



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



Mirella Alves Ferreira

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM  
DO MENOR**

**A (IR)RESPONSABILIDADE DOS SEUS  
REPRESENTANTES LEGAIS**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, orientada pela Professora Doutora Paula Távora Vítor e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2019



Mirella Alves Ferreira

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM DO MENOR**  
**A (IR)RESPONSABILIDADE DOS SEUS REPRESENTANTES LEGAIS**

**LEGAL PROTECTION OF THE RIGHT TO THE IMAGE OF THE CHILD**  
**THE (IR)RESPONSABILITY OF ITS LEGAL REPRESENTATIVES**

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, orientada pelo Professora Doutora Paula Távora Vítor e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2019

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao Mickael*, meu namorado e melhor amigo, por todo o amor e compreensão,

*Aos meus avós, vó Lina, vó Carmen e vô Américo*, a quem devo tanto e que nunca vou conseguir retribuir o suficiente,

*À Kika, Sara, Carol, Cláudia e Carolina Almeida*, pela amizade incomparável que supera os desafios da vida adulta,

*Aos meus pais e à minha irmã*, por acreditarem em mim à maneira deles,

*Ao Gil e à Maria*, pelo apoio incondicional e por tudo o que fazem por mim,

*À Dra. Teresa Paula Borges*, *minha mestre* desta profissão que decidi abraçar, e que me inspira todos os dias a querer ser uma pessoa e profissional melhor,

*À Tatiana Governo*, minha companheira de trabalho e amiga,

*Ao meu primo Luís*, pelos conselhos,

*À Dra. Paula Vítor*, pela orientação que me ofereceu,

Aos meus amigos que me acompanharam nesta caminhada,

Um muito obrigada!

## RESUMO

A Proteção Jurídica do Direito à Imagem do Menor – a (ir)responsabilidade dos seus representantes legais, sendo o título desta Dissertação, terá como objetivo central o aprofundar de temas como a relevância do discernimento da criança para decidir sobre a disposição dos seus direitos de personalidade; questões como a necessidade de controlo da atuação dos seus representantes legais nestas situações, e ainda, a possibilidade de reação contra estes quando ultrapassem o âmbito das suas responsabilidades parentais, e assim, de alguma forma, prejudiquem o menor.

Com esse objetivo claro, começamos por abordar a temática dos direitos de personalidade, centrando-nos nas questões controversas que envolvem a disposição do direito à imagem; analisamos também a evolução europeia e nacional quanto à *preocupação* de o menor de idade ser protegido através de regulamentos específicos.

Numa análise de direito comparado, estudamos o tratamento destas questões em diferentes ordenamentos jurídicos, bem como, o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nestas matérias.

Analisaremos, detalhadamente, como a imagem do menor é hoje protegida em Portugal, nos diferentes âmbitos.

Optaremos pela aferição do discernimento do menor analisado *in casu* e que terá como fator fulcral a audição da criança para o seu enquadramento em determinado escalão de discernimento; ressaltaremos também a necessidade de a atuação parental ser controlada através de meios externos, o que atualmente apenas acontece em situações específicas, nomeadamente ao abrigo da RCT e da LPCJ. Neste sentido, analisamos a possibilidade de o menor ser representado nas ações *contra* os seus legais representantes pelo ministério público ou por outra pessoa externa.

Finalizamos com um olhar sobre o outro polo do problema. Assim, estudaremos, ainda que de forma não tão aprofundada, a possibilidade de os representantes legais agirem, em representação da criança, *contra* terceiros que utilizem indevida e/ou abusivamente a sua imagem.

## ABSTRACT

The Legal Protection of the Right to the Image of the Child - the (ir)responsibility of their legal representatives, being the title of this Dissertation, will have as its central objective the deepening of subjects such as the relevance of the discernment of the child to decide on the disposition of its rights of personality; issues such as the need to control the performance of legal representatives in these situations and also the possibility of reacting against them when they exceed the scope of their parental responsibilities, and thus in some way, harm the child.

With this clear objective, we began by addressing the issue of personality rights, focusing on the controversial issues that involve the provision of the right to image; we also analyze the European and national developments regarding the concern of the minor to be protected through specific regulations.

In an analysis of comparative law, we have studied the treatment of these issues in different legal systems, as well as the role of the European Court of Human Rights in these matters.

We will analyze, in detail, how the image of the child is now protected in Portugal, in different areas.

We will take a option for the assessment of the discernment of the analyzed child *in case* and that will have as a central factor the hearing of the child for its setting in a determined level of discernment and we will also emphasize the need for parental actuation to be controlled through external means, which currently only happens in particular situations, under the RCT and LPCJ.

In this sense we analyze the possibility of the minor being represented in the actions against his legal representatives by the public prosecutor or by another person.

We end *with a look* at the other side of the problem. We will study, albeit not so thoroughly, the possibility of legal representatives acting, on behalf of the child, against third parties who misuse their image.

## **PALAVRAS CHAVE**

Criança; Infância; Proteção; Representantes Legais; Comissão de Proteção de Crianças e Jovens; Direitos de personalidade; Imagem; Disposição; Discernimento; Incapacidade; Idade; Escalões; Controlo Externo; Situação de perigo, Questão de particular importância, Superior interesse do menor; Danos;

## **WORD KEY'S**

Children; Childhood; Protection; Legal Representatives; Commission for the Protection of Children and Young People; Personality Rights; Image; Disposition; Discernment; Incapacity; Age; Steps; External control; Dangerous situation; Issue of particular importance; Superior interest of the child; Damage;

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CC – Código Civil

CDC – Convenção dos Direitos da Criança

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPC – Código do Processo Civil

CPCJ – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CT – Código do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

DLG – Direitos Liberdades e Garantias

DUDC – Declaração Universal dos Direitos da Criança

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

LPCJ – Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, 147/99 de 1 de setembro

OIT – Organização Internacional de Trabalho

ONG – Organização não Governamental

PTE – Processo Tutelar Educativo

RCT – Lei nº 105/2009 de 14 de setembro

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TR Coimbra - Tribunal da Relação de Coimbra

TR Évora – Tribunal da Relação de Évora

TR Lisboa – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

UNICEF – United Nations International Children Emergency Funds

## **ÍNDICE**

### **INTRODUÇÃO**

#### **CAPÍTULO I**

- 1. Os Direitos de Personalidade e o Direito à Imagem em especial: a especificidade da sua observação como direito de personalidade e direito fundamental**
  - 1.1. Os Direitos de Personalidade**
  - 1.2. O Direito à Imagem – a sua consideração como direito de personalidade autónomo, com carácter patrimonial, absoluto e perpétuo**
  
- 2. O Tratamento Jurídico Atual do Direito à Imagem e o Papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**
  - 2.1. O Ordenamento Alemão**
  - 2.2. O Ordenamento Inglês**
  - 2.3. O Ordenamento Espanhol**
  - 2.4. O Ordenamento Italiano**
  - 2.5. O Ordenamento Francês**
  
- 3. A Evolução da Proteção jurídica da Criança no Contexto Europeu e Internacional**
  - 3.1. A Convenção dos Direitos da Criança em Portugal**

#### **CAPÍTULO II**

- 4. O Círculo de Proteção Atual do Direito à Imagem do Menor**
  
- 5. A Necessidade da Densificação de Conceitos**
  - 5.1. A “Situação de Perigo”**
  - 5.2. O “Superior Interesse” da criança**

#### **CAPÍTULO III**

- 6. O Discernimento do menor - a relevância da observação da criança como ser autónomo**
  
- 7. A Audição do Menor – a (des) necessidade do seu discernimento**
  - 7.1. Aspectos Processuais a seguir na Audição do Menor**
  
- 8. O Direito à Imagem do Menor como (possível) Questão de Particular Importância**
  
- 9. Mecanismos Legais de Controlo da Circulação *Online* de Imagens de Crianças**
  - 9.1. O Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – a sua aplicação aos menores de idade**

## CAPÍTULO IV

### **10. Contrato de Disposição da Imagem do Menor**

**10.1.** Contrato de Disposição de Imagem da Criança – Atividade Profissional do Menor?

**10.2.** Rendimento fruto da Disposição da Imagem do Menor

**11.** Breve análise de direito comparado

## CAPÍTULO V

**12.** O Papel dos Representantes Legais nas situações de Disposição Indevida e/ou Abusiva da Imagem dos Menores

**13.** A Criança “Figura Pública”

**13.1.** Uma Análise Concreta – a densificação do conceito

**14.** A (possível) Representação do Menor pelo Ministério Público

**14.1.** Possibilidade de um dos Representantes Legais agir em nome do Menor contra o Outro

## CAPÍTULO VI

**15.** Os Danos Originados pela Violação do Direito à Imagem: O Porquê da Indemnização à Criança

**15.1.** A Rejeição pelo Ordenamento Português da Responsabilidade Civil sem Dano - o Dano IN RE IPSA

**16.** O Papel do TEDH na ingerência dos Estados na Vida Privada e Familiar – a interpretação do artigo 8º da CEDH

**17.** Breve Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-10-2016– Processo nº 1015. 14.7TVLSB e 1015. 14.7TVLSB.L17

**18.** Possibilidade de Responsabilização do Titular do Direito à Imagem enquanto *Apresentador* da Mensagem Ilícita

## CONCLUSÃO

Bibliografia

Jurisprudência

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi fruto de um desenvolvimento das matérias estudadas durante o meu percurso académico enquanto aluna do Mestrado Científico de Ciências Jurídico-Civilísticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O estudo dos diferentes temas que envolvem a proteção jurídica da imagem do menor na atualidade levaram então à pesquisa e reflexão aprofundada do tema a que nos propusemos tratar.

Intitulada como “A Proteção Jurídica do Direito à Imagem do Menor – a (ir)responsabilidade dos seus representantes legais”, esta Dissertação é o resultado do interesse suscitado pelo estudo das questões jurídicas (controversas e duvidosas!) que se colocam no entendimento de que as responsabilidades parentais são efetivamente um dever, com mais ênfase na segunda vertente, e que os representantes legais não serão, de todo, proprietários dos filhos, no nosso caso, proprietários do seu direito à imagem.

De forma a cumprir este desígnio, primeiramente, começamos por abordar o direito à imagem, entendido de forma genérica, como direito de personalidade e direito fundamental e todas as consequências que advém do fato de ser (*talvez!*) o direito de personalidade mais suscetível de ser ofendido.

De seguida, abordamos também alguns “*leading case*” nesta matéria, de forma a compreendermos o seu tratamento legal e jurisprudencial nos diferentes ordenamentos jurídicos, bem como, abordamos o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nas situações que envolvam uma violação do direito à imagem.

Feita esta análise inicial, debruçamo-nos sobre a evolução da proteção oferecida à criança, ao nível europeu e em especial no nosso ordenamento, proteção essa a ser regulada por diferentes instrumentos, institucionais e/ou legais específicos, que tem em vista uma maior proteção do menor, entendido como um ser frágil e vulnerável.

Esse estudo levou-nos rapidamente a conclusão que o arsenal jurídico existente (ainda) não traduz uma proteção totalmente eficaz. Esta conclusão é ainda mais evidente relativamente à violação do seu direito à imagem, que nunca atingiu proporções como as que hoje se verificam.

Finalmente, centramo-nos no círculo protetor em matéria de disposição do direito à imagem da criança que o nosso ordenamento apresenta atualmente.

Analisamos as regras específicas para que, válida e legalmente, possa o menor (ou terceiros em seu nome) da sua imagem dispor, dando ênfase ao papel que as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens ocupam nestes termos.

Centrando-nos no âmbito do direito da família apresentou-se a necessidade de densificarmos conceitos. Delimitamos, assim, o que será entendido como “*situação de perigo*” para a criança e em que consistirá o seu “*superior interesse*”. Interpretamos estes conceitos adaptando-os à proteção do direito à sua imagem.

Optamos pelo entendimento de que o menor, enquanto *ser discernível*, deve consentir na utilização da sua imagem, ou quando não discernível pelo menos a sua opinião deva ser levada em conta. Na aferição do seu discernimento adotamos o conceito de discernimento *escalonado*, analisado *in casu*, tendo em conta outros fatores que não, meramente, a sua idade.

Assim, rejeitamos o sistema rígido de minoridade que nos é oferecido pelo nosso sistema jurídico.

Finda esta análise, ressalvamos também a importância da audição do menor nas situações concretas que o envolvem, bem como a desnecessidade de aquele ser visto como ser discernível para que a sua audição ocorra por órgão competente.

Consideramos que a sua audição é que nos possibilitará (também) enquadrá-lo, (enquadramento não entendido estaticamente) num determinado escalão de desenvolvimento, ou seja, num determinado nível de discernimento.

De seguida, centramo-nos na análise do direito à imagem do menor como uma *possível* questão de partilhar importância, bem como, analisamos as consequências jurídicas imanentes a esta qualificação.

Tendo em conta que grande parte da violação do seu direito à imagem ocorre hoje *online* debruçamo-nos sobre os mecanismos especiais de proteção deste tipo de conteúdos, analisando de forma específica o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, datado de 2018, nomeadamente, as regras especiais que estabelece em relação ao tratamento de informações de cidadãos menores de idade.

Num momento posterior, importou a consideração concreta dos Contratos de disposição de imagem, analisando a sua especificidade quando o objeto do contrato seja a imagem de uma criança. Questionamo-nos se poderemos falar em um verdadeiro “*trabalho*” da criança, bem como analisamos, ainda que sucintamente, o regime relativo à sua

retribuição, a ser por ela ou pelos seus representantes legais recebida. Finalizamos a questão com a responsabilização derivada da não correta utilização destes rendimentos pelos seus legais representantes.

Com a ideia presente de que as formas de controlo oferecidas pelo ordenamento português da utilização legal da imagem do menor são manifestamente insuficientes, tanto nos casos em que tenhamos verdadeiros contratos de disposição de imagem ou nos casos em que tenhamos uma utilização da imagem do menor como ato isolado, procedemos a breve análise deste regime à luz de outros sistemas jurídicos.

Analisamos também, em concreto, a responsabilização e o papel dos representantes legais pela utilização abusiva e/ou indevida da imagem dos seus filhos/menores ao seu cargo, e em especial, o caso específico do seu dever (*acrescido*) de proteção da criança que já é considerada, à luz dos padrões que apresentaremos, “figura pública”.

Debruçamo-nos sob o tratamento das situações em que os próprios representantes legais entram em conflito, um com o outro, no tratamento destas situações, bem como, apontamos a figura do ministério público como órgão possível de representação da criança.

Em espécie de “*capítulo final*”, abordamos os danos causados aos menores com estas utilizações indevidas, e ainda, pretendemos compreender o funcionamento de uma (*possível*) indemnização em sede de dano não patrimonial às crianças “*não discerníveis*”, ressaltando aqui o melhor funcionamento dos sistemas jurídicos que adotam o dano *in re ipsa*, visto que salvaguarda, acreditamos nós da melhor forma, o interesse da criança nestas situações.

Entramos em conclusões com o entendimento e o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre algumas das questões que debatemos, com ênfase na possibilidade de os estados se indagarem contra os representantes legais devido a um exercício indevido, nesta sede, das suas responsabilidades parentais. Para tal faremos uma breve análise do artigo 8º da Convenção Europeia do Direitos do Homem.

Concluimos, finalmente, com a análise do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-11-2015, relativo ao processo nº 1015.14TVLSB.L17, que apresenta uma (*possível*) solução relativamente a proteção da imagem da criança em relação a terceiros, externos a qualquer relação sentimental ou contratual com ela. Fazemos nesta última parte também uma breve referência, embora sem aprofundamento, da possibilidade de responsabilizar o titular do direito à imagem pela apresentação ao público de uma mensagem

considerada ilícita, ressalvando que no caso do menor de idade esta responsabilização além de difícil levaria a um possível (*e não provável*) processo tutelar educativo e/ou a responsabilização do(s) seu(s) representante legal(is).

## CAPÍTULO I

### **1. Os Direitos de Personalidade e o Direito à Imagem em especial: a especificidade da sua observação como direito de personalidade e direito fundamental**

#### **1.1. Os Direitos de Personalidade**

A temática dos direitos de personalidade insere-se no âmbito do direito civil, e a conceitualização deste tipo de direitos parece ter como objetivo proteger os sujeitos de agressões provenientes daqueles que são seus pares, ou seja, das restantes pessoas que pertencem a “sua” comunidade e que são também titulares de direitos de personalidade.

A sua tutela debruça-se sobre as relações horizontais (de sujeito para sujeito).

A personalidade da pessoa, apesar de estipulada uma tutela geral, pode ser perspectivada em “camadas”.

Em termos legais, os artigos 72.º a 80.º do Código Civil (Doravante CC) mostram-nos o elenco de certos aspetos “*parcelares*” da personalidade, como o direito ao nome ou o direito à imagem.

Além destes, temos outros direitos que revestem igual importância: o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à liberdade, o direito à inviolabilidade pessoal (cabendo aqui aspetos como a intimidade da vida privada e a honra), o direito à identidade pessoal e o direito à criação pessoal (este último corresponde ao direito moral de autor).

Todos estes domínios encontram-se protegidos pela ordem jurídica, tendo em conta que se entende que o objetivo da tutela dos direitos de personalidade parece ser permitir o livre desenvolvimento de cada pessoa, entendido como ser individual, mas também enquanto ser “*social*”, que não se desenvolve sozinho, na medida em que está inserido numa comunidade com os demais membros que nela coexistem.<sup>1</sup>

Neste sentido, MENEZES CORDEIRO mostra-nos que os direitos de personalidade são observados como instrumentos de tutela da personalidade, e que são o resultado de uma “*paulatina caminhada civilizacional*”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. como entende PISSARA, MAFALDA – “*Os Direitos de Personalidade*”, Revista QUID JUP, outubro de 2017.

<sup>2</sup> Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “*Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral*”, 4ª edição, Almedina, 2016, *ob.cit.* p. 203.

A sua “*melhor*” definição será talvez a de CAPELO DE SOUSA que os considera como “direitos subjetivos, privados, absolutos, gerais”, direitos “interiores da pessoa humana”, que visam “tutelar a integridade e o desenvolvimento físico/moral dos indivíduos” e que obrigam “todos os restantes sujeitos a absterem-se de praticar” ou mesmo “de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou **ameacem ofender** a personalidade alheia”, se o fizeram, irão incorrer em “responsabilidade civil e/ou sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida”.<sup>3</sup>

Esta grande e completa definição e densificação que CAPELO DE SOUSA nos apresentou debruça-se essencialmente sobre os seus efeitos civis, no entanto, haverá que considerar que os seus efeitos podem extrapolar o âmbito civil, entrando no campo dos ilícitos criminais.<sup>4</sup>

Há que ter em conta que, ao contrário do que acontece quanto ao direito à imagem, nem todos os direitos de personalidade são considerados também como direitos fundamentais, e nem o inverso se verifica.

No entanto, o direito à imagem é simultaneamente direito de personalidade e direito fundamental, funcionando, assim, uma dupla proteção.

Neste sentido, CAPELO DE SOUSA ressalva: “para além da preordenação de todo o ordenamento jurídico-constitucional pela dignidade da pessoa humana, é certo que a Constituição da República Portuguesa de 1976 alargou a constitucionalização dos direitos de personalidade e reforçou as garantias jurídico-constitucionais dos Direitos de personalidade fundamentais”<sup>5</sup>, referindo-se ainda em especial ao direito à imagem.

LEITE DE CAMPOS oferece-nos, neste âmbito, uma importante distinção. Distingue os direitos de personalidade em sentido estrito e em sentido lato.<sup>6</sup>

Os direitos de personalidade em sentido estrito visam a proteção da pessoa em si mesma como autónoma criadora de si própria. Já os direitos de personalidade em sentido lato compreenderão a atividade de inter-relacionamento da pessoa na sua dimensão social.

---

<sup>3</sup> Cfr. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO – “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, *ob.cit.*, p. 380 ss.

<sup>4</sup> Cfr. a violação do direito à imagem poderá ser também punida criminalmente, como referiremos mais à frente, sem aprofundamento, por não nos competir este desenvolvimento.

<sup>5</sup> Cfr. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO – “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, *ob.cit.*, p. 500 ss.

<sup>6</sup> Cfr. CAMPOS, DIOGO LEITE - “*Lições de Direitos da Personalidade*”, Separata do Vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1990), 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, 1992, *ob.cit.*, p. 73-74.

Consideramos que o *nosso* direito à imagem, direito de personalidade e fundamental, duplamente protegido, estará *tutelado* como direito de personalidade em ambos os sentidos que LEITE DE CAMPOS nos apresentou.

O seu titular é “autónomo criador de si próprio”, tendo a faculdade exclusiva sobre este *seu direito*, e por outro lado, a sua titularidade implica também uma certa dimensão social, visto que permite que, de alguma forma, “ceda o seu direito à imagem a terceiro”, cedência esta que terá de ser sempre limitada, restrita e previamente acordada, como analisaremos.

### **1.2. O Direito à Imagem – a sua consideração como direito de personalidade autónomo, com carácter patrimonial, absoluto e perpétuo.**

O direito à imagem encontra-se consagrado no artigo 79º do CC.

Para além desta tutela civil, a sua violação é hoje punida também criminalmente nos termos do artigo 199º do Código Penal (Doravante CP), e temos ainda a sua consagração constitucional no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP)<sup>7</sup>.

Numa visão ampla, podemos defini-lo como o “retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, slide ou qualquer outra forma de representação gráfica e não a imagem que os outros fazem de nós”<sup>8</sup>.

Este direito será aquele que visa conferir aos seus titulares à faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem com carácter comercial (ou com outra finalidade), englobando também, por outro lado, o direito que terá o seu titular de impedir que um terceiro possa praticar atos sobre a sua imagem sem a sua autorização.<sup>9</sup>

É neste último ponto que teremos uma das nossas grandes problemáticas a serem analisadas, que se prende com a questão de saber se os representantes legais (como terceiros) poderão ou não se utilizar da imagem do menor sem o seu consentimento.

---

<sup>7</sup> Cfr. nos termos do nº1 do artigo 26º da CRP o direito à imagem é visto como Direito Liberdade e Garantia (DLG), estando constitucionalmente consagrado. Não existem dúvidas quanto à irrenunciabilidade de direitos fundamentais, no entanto, é necessário fazer uma distinção entre a renúncia ao núcleo substancial do direito e a limitação voluntária que está ao exercício do seu titular já como aceitável em certas condições, e que acontece na disposição do direito à imagem.

<sup>8</sup> Cfr. noção oferecida pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa –Processo nº3845/2007-6.

<sup>9</sup> Cfr. aqui temos presente a dupla vertente do direito à imagem, com uma índole positiva por um lado, e negativa por outro. Esta divisão foi apresentada por CLÁUDIA TRABUCO in Separata da revista “*Dos Contratos relativos ao Direito à Imagem*” – tese da professora da Faculdade Nova de Lisboa, 2001, *ob.cit.* p. 406.

Importa referir que, segundo alguns autores, este direito de personalidade pode ainda hoje ser analisado e compreendido como uma manifestação do direito à intimidade da vida privada e/ou do direito à honra, como é o caso de LUÍS FERNANDES<sup>10</sup>.

No entanto, além do entendimento de alguns autores da Escola de Lisboa, seguimos a corrente de que o direito à imagem (apesar de ser uma evolução e estar diretamente ligado a outros direitos de personalidade) é um direito com uma proteção autónoma e recebe assim um tratamento particular no ordenamento português.

Outros sistemas jurídicos acompanham o entendimento de que o direito à imagem será um direito de personalidade com um carácter autónomo, e por isso merece um tratamento jurídico particular, é o entendimento de ordenamentos como o Espanhol e o Brasileiro.

Neste sentido, SCHREIBER afirma: “A tutela do direito à imagem independe da lesão do direito à honra ou de outro qualquer. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode fazê-lo de modo elogioso com a intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa tem de impedir a divulgação da sua própria imagem como manifestação exterior da sua personalidade”.<sup>11</sup>

Há que ter em conta que a compreensão atual do direito à imagem no ordenamento português engloba uma proteção não apenas da imagem física da pessoa analisada *como um todo*, mas também de partes integrantes do seu corpo e/ou partes distintas que de alguma forma representem a sua personalidade e figura estética perante terceiros, o que acreditamos demonstrar um especial cuidado no tratamento da sua proteção, pelo que, se individualizamos e alagarmos “a imagem da pessoa” desta forma, não faz sentido o que nos aponta alguma doutrina de que este direito de personalidade não terá autonomia e será uma mera extensão de outros direitos de personalidade, como por exemplo do direito à intimidade da vida privada.

Este tratamento particular que é oferecido pelo ordenamento português é importante e acreditamos que oferece alguma tutela acrescida a imagem individualizada. No entanto, CLÁUDIA TRABUCO<sup>12</sup> considera que mesmo em Portugal a sua tutela não é feita da forma

---

<sup>10</sup> Cfr. FERNANDES, LUÍS A. C. - “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 6ª edição, Universidade Católica Editora, Introdução aos Pressupostos da Relação Jurídica, 2012, *ob.cit.* p. 230 ss.

<sup>11</sup> Cfr. NETO, EUGÊNIO FAECHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018 APUD SCHREIBER, ANDERSON - *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>12</sup> Cfr. CLÁUDIA TRABUCO - “*Dos Contratos...*” *ob.cit.* p. 407-408.

global e absolutamente congruente como deveria. Aponta-nos falhas evidentes a nível penal, que teremos de acompanhar.

A proteção da imagem, *penalmente falando*, é vista como um bem jurídico-criminal autónomo, mas tal especificidade que a lei penal lhe atribuí não implica necessariamente uma tutela total e uma proteção contra todas as ofensas. A proteção deste direito impõe dois limites que reduzem o ilícito penal: a imagem só é protegida aquando da captação ou de uma reprodução arbitrária por um lado, e contra os processos técnicos de divulgação por outro (por exemplo através de fotografia, filmes etc.), ficando de fora outros modos de divulgação, como a pintura, caricatura ou desenho da pessoa retratada.

CLÁUDIA TRABUCO<sup>13</sup> considera-o ainda um direito não patrimonial, que não pode ser objeto do tráfico jurídico, no entanto, a forma de reparação de danos que eventualmente sejam causados ao seu titular será uma indemnização em dinheiro.

Devido a este último fator, alguns autores consideram-no como um direito com um cariz meramente patrimonial, na medida em que este só será um direito pessoal até ao momento em que se produza a sua intromissão ou se faça uma utilização da imagem para fins distintos dos acordados contratualmente, o que não acompanhamos.

A vertente patrimonial ligada ao direito à imagem é uma das suas características base, mas este será, na sua essencialidade, um direito pessoal.

O direito à imagem não se limita a possibilidade da sua disposição; é um direito inerente ao seu titular que poderá não ter a intenção de auferir qualquer intuito patrimonial com ele.

Pelo entendimento destes autores, parece que sem a sua vertente patrimonial este direito de personalidade não existiria. Não acompanhando esta conceção, não nos parece correto a sua designação como “direito meramente patrimonial”.

Num sentido inverso ao que adotamos temos PAIS VASCONCELOS<sup>14</sup>.

O autor vai ainda “*mais longe*”, tendo uma posição extrema na sua consideração de que no hodierno mundo em que se vive atualmente já nem poderemos considerar o direito à imagem como um verdadeiro direito de personalidade, e devemos observá-lo sim como um verdadeiro “bem patrimonial.” Afirmando assim o autor: “a imagem tem recentemente assumido uma nova feição como bem económico, suscetível de ser lançado e explorado no

---

<sup>13</sup> Cfr. CLÁUDIA TRABUCO - “*Dos Contratos...*” *ob.cit.* p. 417-419.

<sup>14</sup> Cfr. VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito de personalidade*”, Almedina, Reimpresão da edição de novembro de 2006, *ob.cit.* p. 68.

comércio de um modo lucrativo. Modelos, desportistas e outras celebridades mercadejam a sua imagem por quantias frequentemente muitíssimo importantes. Por isso defendo-a, não já como algo ligado à sua personalidade e à sua dignidade, mas como um bem patrimonial”. Não vamos, de todo, de encontro a este entendimento.

Atribuir uma vertente puramente patrimonial ao direito à imagem pelo facto de, na sua vertente positiva, implicar uma possível disposição deste direito parece-nos inadequado. A vertente patrimonial ligada ao direito à imagem é uma das suas características, talvez até das mais importantes, mas tal não implica considerá-lo como um “mero bem patrimonial.”

Para além da sua vertente patrimonial, o direito à imagem sendo um direito de personalidade terá, irremediavelmente, outras características imanentes, nomeadamente: é um direito inalienável, imprescritível, impenhorável, é também um direito inato e oponível *erga omnes*. No entanto, como já analisado, tal não o torna um direito indisponível, existindo a possibilidade do seu titular da sua imagem dispor, sendo que, no caso de se tratar de um menor de idade, ainda mais especial será esta possibilidade de disposição.

Importará analisar às exceções que estarão inerentes a este direito de personalidade.

O nº 2 do artigo 79º CC<sup>15</sup> estabelece algumas possíveis limitações ao direito à imagem pelo que há considerações a tecer. Demonstra-nos que a determinação das exatas circunstâncias em que aquelas situações se verificam poderão limitar o seu titular.<sup>16</sup>

As circunstâncias descritas no nº2 do artigo supramencionado variam de caso para caso, pelo que as circunstâncias precisas daquele conteúdo do preceito ficarão (de forma muito alargada!) sobre o livre arbítrio do julgador. O nº3 é corolário do nº2, como exceção que é a faculdade de publicação naquelas circunstâncias a que o nº 2 se refere como lícita, sem incorrer em prejuízo a pessoa em questão.<sup>17</sup>

Pelas considerações que até aqui tecemos, concluímos e acompanhamos que o direito à imagem terá como que uma dupla vertente: de um lado positiva e de outro lado negativa<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Afirma o nº 2 do artigo 79º do CC que - “Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.”

<sup>16</sup> Cfr. que iremos analisar, em detalhe, mais à frente.

<sup>17</sup> Cfr. nº 3 do artigo 79º do CC – “O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.”

<sup>18</sup> Cfr. seguindo a conceção que já apresentamos de TRABUCO, CLÁUDIA - Separata da Revista “*Dos Contratos relativos ao Direito à Imagem*”, Tese da Professora da Faculdade Nova de Lisboa, 2001 *ob.cit.* p. 406.

Importa lembrar que, atualmente, este direito de personalidade passa a ser entendido ainda como Direito, Liberdade e Garantia (DLG), previsto desta forma desde a Constituição de 1976, recebendo assim tratamento autónomo também pela Doutrina constitucional.

Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram-no um direito que tem de ser considerado no prisma de ser uma “*regalia*” que o seu titular terá de não ver o seu retrato (entendido naquele sentido amplo) exposto sem o seu consentimento. Na CRP anotada os autores demonstram-nos que está abrangido pela proteção constitucional o dever de não representação da imagem de outrem também em forma gráfica e/ou como montagem ofensiva e materialmente distorcida e/ou infiel.<sup>19</sup>

Na mesma linha mas já no âmbito da sua tutela civil, MENEZES CORDEIRO afirma que “a imagem de uma pessoa é um bem fortemente objetivado” e que o “destino que se dê a imagem, é de certo modo, um tratamento dado à pessoa”, sendo ela a representação externa do indivíduo, é o direito de personalidade mais suscetível de ser ofendido.<sup>20</sup>

Nestas considerações gerais quanto ao direito à imagem, uma questão que se coloca frequentemente é a de saber se o artigo 79º do CC protege apenas a “comercialização da imagem não consentida propriamente dita” ou também atua contra outras formas que se possam considerar abusivas.

A maioria da doutrina acredita que só a partir desta comercialização teremos a atuação da proteção civil. No entanto, uma voz contra é a de ORLANDO DE CARVALHO<sup>21</sup> que integra aqui também a própria captação como interdita por esta implicar, por si só, riscos de divulgação. O autor afirma, assim, que a mera captação da imagem não consentida constitui um ilícito penal nos termos no nº 2, alínea a) do artigo 199º do Código Penal.<sup>22</sup>

No entanto, consideramos que o próprio artigo 70º do CC protege o indivíduo contra qualquer tipo de “ofensa” ou “ameaça” à sua personalidade, podendo a pessoa que sofra a *mera captação* da sua imagem de forma não consentida e/ou indevida “requerer as

---

<sup>19</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, VITAL - “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, 3ª edição/Coimbra Editora, Volume I, 2014, *ob.cit.* p. 960.

<sup>20</sup> Cfr. CORDEIRO, MENEZES – “*Tratado de Direito Civil*”, Coimbra Almedina, volume I, 2004, T III, *ob.cit.* p. 240 ss.

<sup>21</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO- “*Teoria Geral do Direito Civil/Sumários desenvolvidos*”, Coimbra, 1981, *ob.cit.* p. 189-207.

<sup>22</sup> Cfr. nomeadamente no nº 2, alínea a) – “Na mesma pena incorre quem, contra a vontade: a) fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado”.

providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

O direito à imagem também será, no nosso entendimento, um direito de personalidade que podemos considerar “absoluto”, na medida em que é reconhecido como dos mais “*personais*” do elenco dos direitos de personalidade, pelo que se impõe que os terceiros que dessa imagem se queiram utilizar de alguma forma tomem nota desse reconhecimento, visto que este só poderá ser cedido e explorado com autorização expressa – com o consentimento explícito do seu titular<sup>23</sup>.

Por outro lado, não lhe é contraposto nenhum dever jurídico e sim o que podemos chamar uma obrigação universal, daí o seu carácter exclusivo e a classificação que lhe atribuí ADALBERTO COSTA como direito “absoluto”, que acompanhamos.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Cfr. No entanto, existe jurisprudência relevante que parece aceitar como que uma “presunção de consentimento” para a utilização da imagem do seu titular, que entendemos como que um “consentimento tácito” a ser aceite para esta divulgação/publicação ser considerada lícita. Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 1581/07.3TVLSB.II.S1, 1ª Secção de 07-01-2011, afirmou que: *“Exige-se que esse consentimento seja expresso, o que constitui uma garantia de que, efetivamente, o titular está de acordo com a intromissão de um terceiro num bem da personalidade do próprio. Em situações limite poderá ocorrer uma presunção de consentimento, bastando para tal que a conduta do titular do direito à própria imagem revele um comportamento de tal modo alheado à sorte da captação de imagens que dele se possa inferir uma anuência desprendida ou imane ao conteúdo e destino das imagens. Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografado para um determinado fim, não podem as imagens ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim. Para que ocorra uma situação de consentimento tácito, significação externa de autorização para a captação, reprodução e publicitação da imagem de quem quer, torna-se necessário que os sinais (significantes ou exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida.”* Este tribunal concluí quanto ao consentimento que: *“estariamos, nesta hipótese, perante um quadro de presunção de consentimento na medida em que o comportamento da Autora não evidencia oposição à utilização das imagens para quaisquer fins (lícitos) que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional é juridicamente eficaz para remover a ação ilícita do lesante”* e afirmou também: *“A defesa pode ser temerária e contrária a uma realidade objetiva, no entanto, teria sido necessário que ficasse provado que as RR. tinham agido com dolo ou pelo menos com negligência grosseira, o que não ressalta da factualidade provada. Pelo exposto concluímos, como nas instâncias, que não se pode assacar uma atuação anti processual das RR. pelo que não deverão ser sancionadas.”* Entendimento este do douto STJ que não acompanhamos. Neste caso em específico o consentimento tácito a que se refere o CC no nº 2 do artigo 79º como lícito não se verifica. Acreditamos que não é pela aderente do clube de Fitness e a sua filha frequentarem o ginásio que automaticamente anuem na utilização da sua imagem para fins publicitários. Pessoalmente, consideramos que só poderia ser considerada lícita esta situação se, aquando da assinatura da mensalidade/anuidade do ginásio, constasse cláusula que o estabelecesse; assim com a assinatura do dito contrato ficariam vinculadas a que a sua imagem fosse utilizada para aqueles fins. No entanto, acreditamos que o Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que iremos analisar, iria implicar que o STJ tivesse hoje, em 2018/19, tomado decisão diversa tendo em conta os requisitos (ainda mais) restritos que se impõem na cedência de dados pessoais e consequentemente também no direito à imagem do seu titular.

<sup>24</sup> Cfr. COSTA, ADALBERTO - *“O Direito à imagem”* in Revista da Ordem dos Advogados, nº 4, outubro/novembro 2012, *ob.cit.*, p. 1323-1377.

Este direito de personalidade é também um direito subjetivo inerente ao seu titular, direito este que só se poderá traduzir num poder concreto que é constituído por faculdades reais e potenciais, isto é, a faculdade de poder produzir, difundir ou publicar a sua imagem com a exclusão de todos os demais, salvo quando exista a tal autorização expressa.

É ainda um direito vitalício, mas mais correto será até dizer que é um direito perpétuo. Do nº1 do artigo 71º do CC extraímos que este direito de personalidade será protegido obviamente durante toda a vida do seu titular, no entanto, esclarece-nos que o seu círculo de proteção vai mais longe. Mesmo depois da sua morte, não se colhe ou se descortina qualquer entrave à sua proteção perpétua.<sup>25</sup>

Pessoalmente, acompanhando a legislação, não consideramos que pelo fato do seu titular ter sucumbido cesse também a proteção deste seu direito de personalidade. Assim sendo, após a sua morte não será lícita a utilização da sua imagem para fins que não foram acordados em vida, independentemente da notoriedade, imanente ou não, do seu titular. Este parece ser o entendimento de grande parte da doutrina e acompanhamos ADALBERTO COSTA quando afirma que mais correto será assim a sua designação como direito perpétuo.<sup>26</sup>

## **2. O Tratamento Jurídico Atual do Direito à Imagem e o Papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

### **2.1. O Ordenamento Alemão**

Tal como no nosso ordenamento, a Alemanha oferece hoje um especial cuidado no tratamento do direito à imagem, observando-o como direito de personalidade e simultaneamente como direito fundamental, além de não consagrar, isoladamente no seu *Código Civil*, uma disposição legal destinada à sua proteção.

A Alemanha depara-se com o seu “primeiro conflito jurídico” relativamente a este direito de personalidade em 1898, quando o *Reichsgericht* entendeu abusiva a captação da imagem de uma jovem, em trajes de banho, que foi posteriormente reproduzida em medalhões, cigarreiras e outros objetos, tal fotografia foi “colocada no mercado”, e essa divulgação foi considerada como abusiva e ilegal.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup>Cfr. COSTA, ADALBERTO - “*O Direito...*”, *ob.cit.*, p. 1323 a 1377.

<sup>26</sup>Cfr. COSTA, ADALBERTO - “*O Direito...*” *ob.cit.*, p. 1323 a 1377.

<sup>27</sup> Cfr. Cifuentes, 2008, *ob.cit.* p. 557 APUD NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção...*” *ob.cit.* p. 292.

Pela *primeira vez* chegou então uma situação deste tipo a ser entendida pelo meio jurídico como merecedora de proteção.

O tribunal alemão que decidiu a questão entendeu que a abusividade era agravada pelos fins comerciais a que aquela imagem, retirada sem o consentimento da jovem, se destinava.

Afirmou, ainda, que não bastava a captação e divulgação não autorizada do seu retrato, como os danos foram agravados por se tratar de uma jovem, menor de idade, a deparar-se com a violação do livre desenvolvimento da sua personalidade, o que lhe causou danos mais graves do que causaria a um adulto, à partida, melhor preparado para enfrentar o mediatismo que aquela publicação poderia acarretar. O que, em tempos tão ulteriores, parece ser merecedor de elogios.

Importa apontar também, para compreendermos como se despoletou a preocupação de existir uma tutela individualizada especial do direito à imagem no ordenamento Alemão, o chamado “*estranho caso da máscara mortuária de Otto Von Bismarck*”<sup>28</sup> aquando do seu falecimento, que ocorre no mesmo ano da situação anterior.<sup>29</sup>

A repercussão da captação abusiva da imagem da máscara mortuária de *Bismarck*, foi uma das razões que levou à rigorosa proteção do direito à imagem na lei dos direitos de autor Alemã, intitulada *Kunsturhebergesetz* (KUG), promulgada em 1907.

No seu artigo 22 estipulou-se que a imagem da pessoa só poderia ser publicitada com a sua autorização expressa, salvo se a divulgação envolvesse personagens importantes/absolutas da história contemporânea, as chamadas “*Personen der Zeitgeschichte*”.

Esta consagração legal conduziu à orientação jurisprudencial de que figuras públicas “especiais” poderiam ser fotografadas sem o seu consentimento, exceto se tivesse existido intrusão na esfera da sua vida (mais) íntima, ou seja, no chamado círculo privado. Se fossem estas fotografadas em lugares públicos estariam dentro do âmbito de limitação do seu direito à imagem, só atuando a proteção se fossem retratadas em suas casas ou em zonas consideradas reservadas; zonas “*vip*” de restaurantes, por exemplo... ou seja, em locais que demonstrassem, de forma clara, que não queriam ser incomodadas.

---

<sup>28</sup> Cfr. Otto Von Bismarck foi um diplomata e político Prussiano, foi também chanceler de ferro e o estadista mais importante da Alemanha no século XIX.

<sup>29</sup> Cfr. Caso retirado de NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção...*” *ob.cit.* p. 292 ss.

Este tratamento *especial* não se verifica no caso de todas as figuras públicas, e sim nas chamadas figuras públicas “especiais”, aquelas que de alguma forma suscitem ao público um “interesse superior” que o justifique (caso de duques, infantes, príncipes etc...).

Como é de fácil compreensão, esta delimitação não é suficientemente clara e consideramos que não traduz uma adequada tutela do direito à imagem à figura pública.

Assim, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH), entendeu, recentemente, que a figura pública especial que está sujeita a este “critério de isolamento espacial”, só poderá ser considerada como tal quando exerça funções oficiais.

Tal decisão foi tomada num “*leading case*” quanto à princesa Carolina do Mónaco, em 2004, que chegou com esta questão ao TEDH, visto que os tribunais nacionais alemães (mesmo o constitucional...) consideraram-na abrangida ao abrigo desta limitação do seu direito à imagem. (Na realidade aquela nunca exerceu qualquer função oficial).<sup>30</sup>

O TEDH considera que o facto de pertencer a uma família real não faria dela a tal “*eine absolute person derzeitgerchiche*”.

A verdade, é que a princesa esteve de 1999 até 2004 a recorrer das decisões dos tribunais alemães que a consideravam abrangida por aquele regime, e só o TEDH é que esclarece que efetivamente a princesa não poderá estar sobre o regime da “figura pública especial”. O que foi de louvar.

No entanto, relembramos que o TEDH não funciona como um tribunal de recurso...

Desta feita, o TEDH apenas esclareceu para a necessidade de a legislação alemã ser mais clara de quando a figura pública especial (que será, efetivamente, só aquela que exerça funções oficiais), estará ou não limitada na reserva da sua vida privada e no seu direito à imagem, na medida em que este critério do isolamento espacial, na prática, poderá ser muito difícil de esclarecer, e o cidadão deve saber com o que pode contar.

PAIS VASCONCELOS mostra-nos a dupla importância desta orientação jurisprudencial por parte do TEDH, importância que acompanhamos.

Por um lado, esta põe termos a dualidade de critérios que existiam entre as jurisprudências europeias, que era aproveitada pela imprensa para obter fotografias em outros países e publicá-las na Alemanha, sob a égide de proteção do artigo 22 da lei suprarreferida.

---

<sup>30</sup> Cfr. VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito de personalidade*”, Almedina, Reimpresão da edição de novembro de 2006, *ob.cit.* p. 85 ss.

A jurisprudência alemã limitava à privacidade da figura pública “especial” ao que se passava “dentro de casa” ou em espaço que se considerasse “suficientemente reservado”, o que não se poderá aceitar sem que exista uma verdadeira delimitação de quando a pessoa será integrada neste regime (des)privilegiado.<sup>31</sup>

Ademais, afastou-se, no TEDH, a tese aceite pelos tribunais alemães de que a liberdade de imprensa prevalece sobre o direito à privacidade, ainda que os conteúdos publicados tenham finalidade de entretenimento. A verdade é que estas informações também contribuem para a formação do leitor e da opinião pública; a fórmula dos tribunais alemães era muito incerta, pois num estado de direito as pessoas têm de conhecer antecipadamente o critério da sua ação.

Assim, restar-nos-á concluir que caberá a Alemanha densificar este conceito...

Por fim, importa ter em conta que o ordenamento alemão observa também o direito à imagem como um direito fundamental, uma das “*primeiras decisões*” que levam o entendimento da jurisprudência alemã nesse sentido prendeu-se com a utilização de uma fotografia de um cavaleiro alemão, para uma campanha publicitária.

Trata-se do acórdão referente ao “*Herrenreiter*”, julgado pelo *Bundesgerichtshof*, em 1958. É nesta situação concreta utilizada para fins comerciais uma fotografia de um cavaleiro, durante uma competição em que participava.

Passado algum tempo, essa fotografia foi utilizada para uma campanha publicitária de um medicamento destinado a aumentar o desempenho sexual. A fotografia era simples, mostrava o viril cavaleiro e seu cavalo a conseguir elegantemente atravessar um obstáculo, com a legenda “*Potência – Força – Energia*” seguida do nome do medicamento.

A fotografia fora muito bem tirada, e o cavaleiro foi apresentado numa posição de grande virilidade. Nada havia de prejudicial (ou que se entendesse como tal).

Todavia, afirmou-se que cabia ao próprio fotografado decidir se e quando pretendia dispor da sua imagem, pois este direito de personalidade integrava o seu direito à autodeterminação como algo inerente ao direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Se se decidisse por dispor da sua imagem nestes termos, teria, à partida, um

---

<sup>31</sup> Cfr. VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito de personalidade*”, Almedina, Reimpresão da edição de novembro de 2006, *ob.cit.* p. 99.

valor patrimonial a receber pela cedência da sua imagem naqueles termos; teríamos possivelmente a efetiva celebração de uma prestação de serviços/contrato.<sup>32</sup>

É assim que atualmente este direito passa a ser denominado pelo ordenamento alemão de *Recht am eigenen Bild* (direito à própria imagem).

O embasamento legal utilizado por esta pioneira decisão alemã repousa nos arts. 1º (inviolabilidade da dignidade humana) e 2º (direito geral de personalidade) da Constituição Federal alemã.

O Tribunal constitucional alemão frequentemente invoca o direito à autodeterminação pessoal como o “*princípio-guia*” para decidir estas questões que envolvem a privacidade e/ou a imagem dos ofendidos.<sup>33</sup> Sendo estes dois direitos de personalidade observados como independentes e autônomos entre si, além de poder existir e admitindo-se que existe muitas vezes, a sua violação conjunta, posição que nos faz aplaudir o sistema alemão.

## 2.2. O Ordenamento Inglês

No ordenamento inglês, bem como nos restantes países da *Comon Law*, o direito à imagem não é observado como um direito autônomo, mas sim como uma vertente de outros direitos de personalidade, nomeadamente do direito à privacidade e do direito à liberdade de expressão - o direito à “*freedom of expression*”.<sup>34</sup> A sua violação gera um *tort of privacy*.

A proteção da *privacy* é oferecida por meio de outros institutos, entre os quais se destacam o chamado *breach of confidence*, *trespass*, *nuisance*, entre outros, como foi devidamente esclarecido pelo “*leading case*” relativo à modelo *Noami Campbell*, de 2003.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Cfr. caso retirado de NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018, *ob.cit.* p. 291 ss.

<sup>33</sup> Cfr. NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018, *ob.cit.* p. 294.

<sup>34</sup> Cfr. Neste sentido, SNYNODINOU, TATIANA – “*Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences*” - Law Department, University of Cyprus, New University Campus, PO Box 20537, Nicosia 1576, 23 de abril de 2014 - ISSN 2075-471X, *ob.cit.* p. 186, esclarece-nos - “English law offers no particular protection to an individual’s image. In the absence of a general right of personality or of privacy or of a specific privacy tort, the legal protection of the personal dignity and commercial aspects of a person’s image is naturally sought in the framework of tort law. Especially in respect to the unwillingness to grant robust protection of image rights in the UK, a significant reason is that image rights are considered as a threat to freedom of expression. Images normally tell the truth, and there is a strong argument for promoting the publication of what is true rather than imposing restrictions through the application of image rights”.

<sup>35</sup> Cfr. NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018, *ob.cit.* p. 296 ss e VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito de personalidade*”, Almedina, Reimpresão da edição de novembro de 2006, *ob.cit.* p. 101 ss.

Este é então um dos “*leading case*” atual em matéria de direito à imagem no ordenamento inglês - *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, julgado em 06-05-2004 pela então *House of Lords*.

*Tudo se despoletou* com a publicação pelo jornal *The Daily Mirror* de um longo artigo, de duas páginas, com a capa intitulada: “*Naomi: I am a drug addict*”. A reportagem estava acompanhada de fotografia da modelo, a saída de uma das sessões privadas dos *Narcotics Anonymous*.<sup>36</sup>

O artigo não tinha como base nenhuma declaração pública de *Naomi* a respeito de alguns dos problemas que enfrentava naquele momento. A reportagem decorreu do fato de o jornal ter descoberto a frequência com que se dirigia ao centro de *Narcotics Anonymous*.

A modelo, perante esta invasão da sua privacidade e imagem, intenta assim ação judicial contra o jornal inglês.

*Naomi* teve mérito na sua pretensão logo em primeira instância, no entanto, o Jornal interpõe recurso.

O tribunal de segunda instância não considerou que houvesse uma total intromissão na sua vida privada e imagem. Na decisão de segunda instância existem dois votos contra a proibição de publicação daquelas fotografias pelo jornal, na medida em que, sendo ela figura pública e frequentando locais públicos, nada impede que seja nestes termos fotografada.

Não acompanhamos esta posição e sim a daqueles que entenderam que a lei impõe como que um “dever de confiança” nestas situações específicas, em que o jornal saberia que a frequência da modelo a sessões deste tipo indicavam a sua dependência e assim existe como que um dever implícito de não interferir com este aspeto delicado da sua vida privada que traz repercussões negativas à sua imagem e carreira profissional, devendo ser consideradas aquelas informações como fatos confidenciais.

O argumento de quem votou contra a proibição de publicação daquelas fotografias no tribunal de segunda instância não é de todo convincente, porque esta situação é muito diferente da situação, por exemplo, em que em causa esteja a publicação de fotografias de uma figura pública numa revista a ser considerada lícita pelo fato de aquela estar presente numa “*feira pública*”, em que aqui sim, a figura pública (mais até do que a pessoa comum...), parece-nos que poderá estar sobre o âmbito de limitação e presuntiva anuência

---

<sup>36</sup> Cfr. caso retirado de VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito...*” *ob.cit.* p. 103 ss.

para a divulgação da sua imagem, entre nós sobre as exceções previstas no n° 2 do artigo 79° do CC.<sup>37</sup>

### 2.3. O Ordenamento Espanhol

Em Espanha, o sistema jurídico apresenta legislação específica a tratar apenas o direito à imagem de forma isolada. Trata-se assim da “*Ley Orgánica nº 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*”<sup>38</sup>

É no artigo 8° da lei suprarreferida que se regulam quais as exceções da proteção ao direito à imagem, em que se permitirá a sua utilização quando predominar “*un interés histórico, científico cultural relevante*”.

Um dos “*leading case*” em matéria de direito à imagem sucedeu em 1994 e envolveu a demissão de um empregado de mesa que era trabalhador de um restaurante local. A propositura da ação teve como objeto o facto de aquele não permitir que lhe fossem retiradas fotografias e feitas filmagens enquanto realizava uma das suas tarefas diárias no restaurante, o corte de *jamón ibérico*, tarefa esta que ele realizava com grande habilidade e destreza.

A questão é suscitada uma vez que a empresa para a qual trabalhava pretendia divulgar tal imagem em uma importante feira, tendo aquela divulgação fins comerciais.<sup>39</sup>

Foi o tribunal constitucional espanhol que deu alento à sua pretensão. O tribunal assentou que a questão envolvia o direito à própria imagem do empregado, como direito de impedir que outros a captem e a difundam. Afirmou que o seu direito à imagem, juntamente com outros dos seus direitos de personalidade (como o direito à intimidade privada e pessoal, familiar e à honra), contribuem para a preservação da dignidade da pessoa humana, salvaguardando-lhe uma esfera de reserva pessoal que “*faça frente*” as intromissões ilegítimas provenientes de terceiros.

Concluí o douto tribunal que o contrato de trabalho não pode ser considerado como um título legitimador de afrontas ao exercício de direitos fundamentais, que incumbam ao

---

<sup>37</sup> Cfr. Importa apontar que o TEDH tomou posição nesta situação, mas por razões de tempo e espaço não a iremos densificar – para maior desenvolvimento consultar VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito...*”

<sup>38</sup> Cfr. A própria constituição espanhola de 1978 no seu artigo 18°, n° 1 assegura a proteção do direito à imagem.

<sup>39</sup> Cfr. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>>. Acesso em: 30 de mar. 2018 e Sentença n° 99/1994, de 11 de abril, publicada no BOE 117, de 17 de maio de 1994 e também disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

trabalhador como cidadão, que não perde a sua condição pelo fato de estar inserido no âmbito de uma organização privada.

Também o ordenamento espanhol é feliz no sentido de considerar uma dupla vertente na consideração do direito à imagem, o seu reconhecimento como direito fundamental e direito de personalidade.<sup>40</sup>

## 2.4. O Ordenamento Italiano

No direito italiano, a tutela da imagem encontra-se prevista no artigo 10º do seu *Código Civil*.

Este artigo demonstra-nos que quando a imagem de uma pessoa, do seu cônjuge ou dos seus filhos, tenha sido exposta ou publicada sem autorização, terá direito a ser indemnizada, independentemente de tal utilização indevida causar danos.<sup>41</sup>

Tal prende-se com a conceção de responsabilidade civil presente no ordenamento italiano, que *semelhante* ao que acontece no ordenamento brasileiro, *parece* considerar passível de indemnização e consequente responsabilidade nestes termos o chamado “*dano in re ipsa*”, que iremos analisar.

A legislação italiana em matéria de direito à imagem é extremamente defensiva, na medida em que se atribuí ao titular do direito à imagem “o poder de impedir a abusiva utilização, reprodução ou publicação do seu retrato.”<sup>42</sup>

Com a evolução das práticas sociais, vem sendo aceite também um direito sobre a imagem, vinculado a possibilidade do seu titular ceder ou licenciar a utilização da sua imagem, normalmente mediante uma contraprestação pecuniária, caracterizando, assim, uma espécie de direito proprietário e seguindo a vertente de atribuir ao direito à imagem um carácter (demasiado!) patrimonial.

---

<sup>40</sup> Cfr. *leading case* retirado de NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018, *ob.cit.* p. 195 ss.

<sup>41</sup> Cfr. deve sempre esta disposição legal ser interpretada conjuntamente com os artigos 96º e 97º da Lei de Direitos de Autor Italiana, que trata dos direitos relativos ao retrato da própria pessoa. Estes artigos dispõem sobre a proibição de exposição, reprodução ou colocação em comércio de qualquer fotografia de uma pessoa, sem o seu consentimento. Ressalvadas ficarão as hipóteses em que tal reprodução é justificada pela notoriedade do visado ou pelo ofício público; pela necessidade de justiça ou de polícia; pelas finalidades científicas, didáticas ou culturais, e, ainda, quando relacionadas a fatos, acontecimentos ou cerimônias consideradas de interesse público – JÚNIOR, DAVID CURY – “*A Proteção...*”, *ob.cit.* p. 19.

<sup>42</sup> Cfr. BUSACCA, ANGELA - *L’immagine della persona. right of privacy e right to publicity*. In: CENDON, Paolo (dir.). *Trattato breve dei nuovi danni*. Volume Primo – Persone, Famiglia, Medicina. S/l: CEDAM, 2014, *ob.cit.* p. 245.

A jurisprudência italiana demonstra-nos esta posição defensiva e ao mesmo tempo inibitória que o legislador pretendeu alcançar com o espírito das normas que regulam estas matérias.

Analisando a jurisprudência italiana noutro âmbito ligado ao direito à imagem, num acórdão de 2013, por exemplo, foi negada em primeira instância a indemnização a alguém cuja imagem fora captada em uma estação ferroviária, junto a uma multidão anónima de passageiros, entre os quais se encontravam participantes de uma manifestação “*gay pride*”.

Entendeu-se que estaria em causa um “*certo*” interesse público com a publicação, e ressalva-se que a imagem da pessoa foi retirada por mero acaso, que não fora destacada. Complementou-se a argumentação com o fato de ter sido fotografada naquelas circunstâncias constituir um “*risco decorrente da própria vida*”.<sup>43</sup>

Independentemente destes argumentos, em sede de recurso, o tribunal de segunda instância considerou que teria sim a pessoa direito a indemnização e consequentemente teria o direito a não *aparecer* nas ditas publicações, visto que não o autorizou, e que claramente nenhum interesse público estava verificado.

Em Portugal duvidamos que a decisão fosse equivalente. Efetivamente consideramos não estar em causa um interesse público com a divulgação daquela fotografia específica, mas ao mesmo tempo parece evidente que a captação da imagem da pessoa que se encontrava naquela estação foi efetivamente captada “*por mero acaso*” e que, estando aquela em local público conjugada com os termos em que as fotografias foram retiradas, não poderia consubstanciar responsabilidade daqueles fotógrafos, nem uma obrigação de não publicação.

Também numa decisão datada de 2015 do ordenamento italiano foi referido que o exercício legítimo do direito de crónica não valida automaticamente a utilização de imagens dos noticiados acompanhando o texto que relata situações se não houver um interesse público nessa publicação, é assim afirmado: “(...) na ótica da essencialidade de tal divulgação não será permitido a utilização de imagens sobre quem recai a notícia (...) para assegurar a completude e a correção da informação fornecida (...)”.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Cfr. (Cass. N.º 24110/2013) - NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção...*” *ob.cit.* p. 302.

<sup>44</sup> Cfr. (Cass. n.º 15360/2015) - NETO, EUGÊNIO FRACHINI – “*A Proteção...*” *ob.cit.* p. 302.

## 2.5. O Ordenamento Francês

Este Ordenamento tem a característica base de ter sido o direito à imagem o primeiro do restante leque dos direitos de personalidade a receber tratamento pela jurisprudência, mas que acaba (atualmente) por não ser regulado devidamente, salvo melhor opinião.<sup>45</sup>

É em 1855, por meio de uma *ordonnance de référé*, que o presidente do tribunal civil do sena proibiu a exposição pública de um quadro em que a diretora da congregação católica *Soeurs de la Providence* tinha sido retratada, pois ela não havia permitido tal utilização da sua imagem.

A jurisprudência fixou então, como regra base, a necessidade do consentimento da pessoa retratada para que haja a publicação das suas imagens, utilizando, para tanto, uma fundamentação, pelo menos em parte, evidentemente situada no âmbito dos direitos de personalidade, ainda que esta categoria fosse à época desconhecida.<sup>46</sup>

O passo seguinte do (*suposto*) desenvolvimento do direito à imagem decorre das decisões proferidas na década de sessenta.

Nesse período houve um aumento vertiginoso do número de processos ajuizados por problemas relacionados com o direito à imagem e à vida privada, especialmente em função de abusos cometidos pela imprensa na captação de imagens de celebridades em espaços reservados, que levaram ao pagamento de indenizações baseadas no artigo 1382º do seu *Código Civil* - sendo esta uma cláusula geral em matéria de delitos, que não trata do direito à imagem de forma autónoma, não existindo sequer um verdadeiro direito de personalidade neste sentido.

Apenas na década de setenta, depois de os tribunais terem julgado uma grande quantidade de situações que envolviam direitos de personalidade, é que o legislador francês positivou o direito ao respeito da vida privada, o que foi feito pela Lei nº 70-643, de 17-7-1970, não tratando mais uma vez do direito à imagem.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Cfr. nos termos do artigo 9º do Código Civil, pela Lei 70.643, de 17 de julho de 1970 – a proteção da imagem é tutelada atualmente no direito francês como parte integrante do direito ao respeito pela vida privada.

<sup>46</sup> Cfr. BARTNIK, MARCEL – “*Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*”, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004., *ob.cit.* p. 29 APUD ZANINI, LEONARDO ESTEVÃO DE ASSIS – “*A Proteção do Direito à Imagem e da Vida Privada em França*”, Livre-Docente em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018 *ob.cit.* p. 57-73.

<sup>47</sup> Cfr. CARBONNIER, JEAN. “*Droit civil. Introduction. Les personnes.*” 14. ed. Paris: PUF, 1982, *ob.cit.* p. 340.

No ordenamento francês o direito à imagem é entendido ainda pela maior parte da doutrina como uma mera extensão do direito à intimidade da vida privada<sup>48</sup>, e as questões suscitadas e problemáticas neste país parecem surgir, essencialmente, pela reticência em aceitar a vertente patrimonial que a cedência destes direitos envolve.

No entanto, a chamada “*Corte de Cassação*”, em acórdãos relativamente recentes, tem julgado que o atentado ao respeito devido à vida privada e o atentado ao direito à imagem constituem fontes de prejuízo diferentes, sendo esta diferença discutida por alguma doutrina francesa atualmente.<sup>49</sup>

Assim, tem se reconhecido nestas situações a existência não somente de prejuízos distintos, mas também de diversos direitos, pelo que mesmo uma imagem banal, retirada em um local público, em princípio necessitará do consentimento da pessoa para ser divulgada.

Tais conceções parecem-nos um avanço positivo que levará, possivelmente, a consagração deste direito de personalidade como direito autónomo, a receber assim uma (*merecida*) tutela jurídica individualizada.

### **3.A Evolução da Proteção da Criança no Contexto Europeu e Internacional**

A proteção jurídica da criança tem sofrido, ao longo dos anos, desenvolvimentos positivos que efetivam a segurança dos menores nos mais diversos âmbitos.

No entanto, para além de todas as evoluções que iremos destacar, consideramos que o percurso para se alcançar uma verdadeira proteção **jurídica** infantil, especialmente no que toca à defesa dos seus direitos fundamentais e direitos de personalidade, ainda é longo e árduo.

A proteção dos menores é hoje regulada por diversos textos internacionais e é oferecido um leque alargado de *documentos “protetores”*.

Atualmente, com a importância oferecida a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, todo o catálogo das legislações globais parecem oferecer um lugar de destaque a estes direitos dos mais vulneráveis, no nosso caso, dos menores de idade.

No entanto, esta proteção que é oferecida a nível do direito interno, internacional e da união europeia (doravante UE) não é manifestamente suficiente.

---

<sup>48</sup> Cfr. Como por BEIGNIER, BERNARD in “*L’honneur et le droit.*” Paris: LGDJ, 1995, *ob.cit.* p. 74.

<sup>49</sup> Cfr. Como por HASSLER, in “*Théo. Le droit à l’image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*”. Paris: LexisNexis, 2014, *ob.cit.* p. 10.

Analisemos, sucintamente, a evolução da proteção jurídica oferecida ao menor.

Foi a partir do século XX que as instituições da UE começaram a classificar a criança como portadora de direitos especiais. Consideravam “criança”, “todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo se, nos termos da lei que for aplicável, consiga atingir a maioridade em idade mais precoce”.<sup>50</sup>

É entre 1901 e 1917 que surgem as primeiras organizações não governamentais (ONG’S). Essas organizações internacionais começam a consagrar disposições legais em defesa dos direitos das crianças em especial. Nestes anos são também adotadas as primeiras organizações internacionais do trabalho (OIT), relacionadas com a infância.

Com a ideia presente de que seria “fundamental que os direitos da criança fossem objeto de um reconhecimento distinto dado constituírem um conjunto de preocupações específicas, não devendo ser assim meramente inseridos nos esforços mais latos da defesa sistemática dos direitos humanos em geral” (...) e “dado que certos direitos se aplicam de forma exclusiva e específica as crianças”, nasceu assim a “*primeira grande legislação internacional*” que protege os menores de idade, na data de 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das nações unidas que aprova, em Paris, a resolução 217<sup>a</sup> (III) com o texto de 30 artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH). Aqui pela *primeira vez* é mencionada a criança num contexto específico.<sup>51</sup>

É também em meados da mesma data, num mundo pós-guerra, que é criada a United Nations International Children's Emergency Fund - UNICEF<sup>52</sup>, que trata apenas de problemas relacionados com abusos infantis.<sup>53</sup>

Seguidamente, em 4 de novembro de 1950, em Roma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH) dirige-se pela primeira vez as crianças como “menores” que carecem de um “especial cuidado”.<sup>54</sup>

Em 1953, a Organização das Nações Unidas – ONU, proclama um dos mais importantes instrumentos de proteção dos menores, criando a Declaração Universal dos

---

<sup>50</sup> Cfr. noção da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança - noção desenvolvida no decorrer da sua criação.

<sup>51</sup> Cfr. ARIÈS, PHILIPPE – “*A criança e a vida familiar no Antigo Regime*”, Editora, Relógio de Água, 1988 e LEBRUN, FRANÇOIS – “*A vida conjugal no Antigo Regime*”, Edições Rolim, Lisboa, 1988, *ob.cit.* p. 107.

<sup>52</sup> Cfr. Atualmente apenas designada como The United Nations Children's Fund.

<sup>53</sup> Cfr. O Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, [www.unicef.org](http://www.unicef.org) – foi criado no dia 11 de dezembro de 1946, por decisão unânime da Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>54</sup> Cfr. ALVES, DORA RESENDE e CASTILHOS, DANIELA SERRA – “*Surgimento e Afirmação dos Textos Europeus de Defesa dos Direitos das Crianças*”, *ob.cit.* p. 4.

Direitos da Criança (DUDC), efetivando-se a sua criação em 1959. Esta surge com o objetivo essencial de adaptar a DUDH aos menores, em que se afirmou que “a humanidade deve dar o melhor de si mesma a criança”.<sup>55</sup>

Uma questão a ressaltar é que além deste marco ser de suma importância não impõe ainda nenhuma obrigação jurídica, tendo um caráter meramente institucional.

Em 1989, surge outro grande instrumento internacional, denominado CDC (Convenção sobre os Direitos da Criança), documento esse que enuncia um conjunto de direitos fundamentais “especiais” de que os menores são titulares.

A CDC é talvez o mais completo instrumento de proteção do menor a nível internacional<sup>56</sup>. Quando ratificada, representa um vínculo para os Estados que a ela aderem, os quais devem assim adequar as suas normas de direito interno as normas que estabelece.

Em 2000, a Carta dos direitos fundamentais da UE consagra artigos específicos que atribuem especial ênfase a necessidade de o menor ser observado como “um sujeito igual e privilegiado ao mesmo tempo”.<sup>57</sup>

No entanto, até aqui, com a adoção inicial da Carta enquanto texto, esta ainda não tinha caráter vinculativo, ocorrendo assim uma movimentação das instituições comunitárias no sentido de ser oferecido reconhecimento a estes instrumentos.

Visto este facto, a “Comissão Europeia identifica os direitos da criança como uma das principais prioridades nos objetivos estratégicos para 2005-2009, devendo a UE ser fonte de inspiração para o resto do mundo” e a “a UE assume a obrigação de respeitar todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos da criança, tal implica não apenas uma obrigação geral no sentido de se abster de cometer atos que violem esses direitos, mas igualmente pela necessidade de os tomar em consideração, sempre que relevante, na prossecução das suas próprias políticas ao abrigo de diversas bases jurídicas dos tratados europeus.”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Cfr. MESQUITA, AMÍLCAR - “Justiça e história no pensamento europeu” in *Direitos de Personalidade e sua tutela* - Volume I, com coordenação de Manuela Costa Andrade, da coleção “Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense”. Rei dos Livros e Universidade Portucalense Infante D. Henrique, ISBN 978-989-8305-51-0., 2013, *ob.cit.* p. 52.

<sup>56</sup> Cfr. SILVEIRA, ALESSANDRA E CANOTILHO, MARIANA – “Carta dos Direitos Fundamentais Anotada” - *Comentada*, editora PR, 2013, *ob.cit.* p. 302.

<sup>57</sup> Cfr. SILVEIRA, ALESSANDRA e CANOTILHO, MARIANA – “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” – *Comentada*, editora PR, 2013, *ob.cit.* p. 299.

<sup>58</sup> Cfr. AUTORES DIVERSOS – “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” – Anotações relativas ao texto integral, 2000, *ob.cit.* p. 40 ss.

Por fim, atualmente, o Tratado de Lisboa no n° 3 e 5 do seu artigo 3° refere-se expressamente à proteção dos direitos da criança como um “*novo objetivo*”, e este é um dos mais importantes avanços.

Assim, é adotado para vigorar entre 2014 e 2020, vigorando atualmente, o “*Programa Justiça*” que “deverá apoiar à proteção da criança, incluindo o direito a um julgamento equitativo, à compensação do processo, ao respeito pela vida privada e familiar e pelo direito à integridade e a dignidade humana.”

O programa deve visar, em específico, o reforço da proteção da criança nos *sistemas de justiça* e o acesso das crianças aos meios judiciais e extrajudiciais, que deve ter como objetivo base integrar e promover o direito da criança na execução de todas as ações que a ela digam respeito.<sup>59</sup> O que nos parece fundamental.

### **3.1. A Convenção dos Direitos da Criança em Portugal**

Um marco importante para a proteção dos direitos de personalidade da criança em Portugal ocorre com a assinatura à CDC, que ocorreu apenas em 1996 e esta entra em vigor efetivo em 2004.<sup>60</sup>

Esta convenção surge em Portugal com uma natureza processual e *parece ter* o objetivo de permitir às crianças fazer valer os seus direitos *jurídicos*, prevendo ainda a constituição de um Comité permanente encarregue de tratar os problemas suscitados nos anos anteriores, nomeadamente de exploração infantil, abuso sexual, entre outros.

Este texto legislativo prevê um conjunto de medidas destinadas a promover o exercício dos direitos da criança.<sup>61</sup>

Nas medidas impostas importar-nos-á analisar a medida de garantir o acesso à sua participação em processos familiares que decorram institucional ou judicialmente.

Com esta medida, o tribunal ou outra pessoa nomeada que surja para representar a criança tem deveres que deverão cumprir o objetivo de facilitar o exercício dos seus direitos, nomeadamente o dever de lhes ser dado conhecimento de todos os atos que estão a ser praticados que a envolvam de alguma forma, e ainda, o poder/dever de fazer valer a opinião

---

<sup>59</sup> Cfr. ALVES, DORA RESENDE E CASTILHO, DANIELA SERRA - “*Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos da criança*” in Repositório da Universidade Portucalense, Juruá editora, janeiro de 2016, *ob.cit.* p. 12.

<sup>60</sup> Cfr. CARVALHO, ANA ISABEL TOMÉ – “*Proteção de Crianças e Jovens em Portugal*”, Dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de direito de lisboa, fevereiro de 2015, *ob.cit.* p. 18 ss.

<sup>61</sup> Cfr. nomeadamente, a partir do seu capítulo II, artigo 3° e ss.

do menor quanto a estas questões; o que não poderia ser de outra maneira, visto que essas questões serão assuntos que lhes dizem diretamente respeito.<sup>62</sup>

Tanto no contexto internacional, mas ainda de forma mais veemente no contexto português e europeu, podemos afirmar que os direitos da criança, entendidos *em sentido amplo*, estão bem longe de ser devidamente respeitados e continua a não ser oferecida uma resposta ao preenchimento e satisfação dos seus direitos *jurídicos* básicos.

Desde logo, como iremos analisar mais à frente, esta “medida de participação do menor nos processos que o afetem” não é respeitada. O menor tem um papel totalmente de “sujeito secundário”, muitas vezes sem o mínimo poder de decisão, nos assuntos discutidos em litígios que o envolvem diretamente.

Ficamos com a ideia presente de que a UE pode e deve assegurar um valor acrescentado essencial e fundamental no domínio dos direitos da criança, na medida em que esta dispõe do peso e legitimidade necessários para o garantir, desde logo para garantir que os instrumentos que coloca “*em vigor*” nos Estados que a esses instrumentos aderem sejam por eles respeitados. Acreditamos que a UE deve assim servir-se da sua forte presença para que esta promoção seja mais eficaz.

Por fim, importa ressaltar a necessidade atual, neste âmbito, de aumentar a informação quanto aos próprios menores relativamente aos meios de defesa que estes podem ter acesso em situações (*consideradas*) de perigo, que iremos analisar.

A verdade é que estes muitas vezes desconhecem os seus direitos e ainda tem um desconhecimento acrescido quanto as instâncias a que podem recorrer para os fazer valer.

Divulgar essa informação é também um dever que cabe ao Estado Português.

Concluimos que a criança é hoje observada como um “*bem raro*” pelos institutos que analisamos, mas não é tratada como tal.

Por mais controverso que possa parecer, e começando a abordar a proteção que nos interessa quanto aos menores, nomeadamente a proteção dos seus direitos de personalidade e em específico do seu direito à imagem, há que concluir que para além de toda esta proteção envolvente e esta crescente importância que se oferece na prevenção de abusos contra os menores, a realidade é que é na atualidade que o seu direito à imagem é reiteradamente

---

<sup>62</sup> Cfr. CARVALHO, ANA ISABEL TOMÉ – “*Proteção de Crianças e Jovens em Portugal*”, Dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de direito de Lisboa, fevereiro de 2015, *ob.cit.* p. 20 ss.

violado, muito mais do que em tempos anteriores em que a proteção jurídica das crianças era descredibilizada.

Acreditamos que a evolução tecnológica e a descredibilização de alguns valores essenciais fazem, também, com que neste seio o menor esteja desprotegido hoje como nunca antes esteve, como iremos observar em toda a restante análise.

A verdade é que embora o corpo dos direitos da criança esteja há muito constituído, na prática ainda existe um caminho a percorrer para que crianças e jovens sejam observados como *autores sociais*, cuja proteção deva ser um sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, sociais e culturais.

SOTTO MAYOR considera existir, quanto à proteção jurídica da criança no ordenamento português, uma “deficiente técnica legislativa de (...) normas legais ou diplomas legais, bem como, a sua dispersão e fragmentação!”<sup>63</sup> O que não podemos deixar de acompanhar.

## **CAPÍTULO II**

### **4. O Círculo de Proteção Atual do Direito à Imagem do Menor**

A evolução que sucintamente analisamos acarretou uma acrescida importância à proteção dos direitos dos mais vulneráveis, e criou, entre nós, um maior arsenal jurídico que estabelece um círculo protetor em volta da defesa dos direitos humanos e de personalidade das crianças.

Quanto ao que nos importa discutir, centremo-nos no círculo protetor do direito à imagem do menor.

O ordenamento português contém um círculo protetor neste âmbito em que intervém não só órgãos judiciais como também outros institucionais, importando agora a sua análise.

A consagração desta necessidade de uma intervenção multifacetada deve-se a razões de economia processual, mas essencialmente devido a vertente sociológica que a violação deste tipo de direitos envolve que poderá assim exigir a intervenção destas outras entidades não judiciais.

---

<sup>63</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA - “*A Regulação do Exercício das Responsabilidades em caso de Divórcio*”, Editora, Almedina, 5ª edição, 2011, *ob.cit.* p. 36.

A utilização da imagem do menor é observada em diversos seios na atualidade, sendo importante diferenciar as situações que propomos analisar.

Por um lado, teremos situações em que em causa estarão contratos a serem celebrados entre um menor e determinada agência publicitária, empresa etc...

Por outro lado, teremos os casos em que serão os próprios representantes legais a utilizar-se da imagem dos menores ao seu cargo, sendo que esta utilização poderá não ter qualquer intuito económico e/ou de notoriedade, ou então poderemos ter efetivamente uma utilização com objetivos económicos da imagem dos menores a ser realizada, de forma reiterada, pelos seus legais representantes.<sup>64</sup>

Em qualquer das situações poderemos ter as formas de controlo que nos são oferecidas pelo ordenamento português a serem colocadas em causa, ou então a não serem aplicáveis à situação concreta.

Quando estejamos perante um contrato de disposição da imagem da criança, teremos a intervenção da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (doravante CPCJ) como obrigatória, em primeira linha.<sup>65</sup>

Esta entidade será nestes casos chamada a prestar autorização para a licitude da celebração destes contratos e da consequente utilização da imagem da criança, nos termos da Lei nº 105/2009, de 14 de setembro (doravante RCT).<sup>66</sup>

No entanto, nas situações em que contratos e/ou atividades que estejam sob o regime da RCT não se verifiquem, e que, por outro lado, esta utilização seja levada a cabo pelos representantes legais da criança/outra pessoa/entidade, não teremos um controlo externo a ser efetuado, só sendo a CPCJ (eventualmente) chamada a intervir quando existam alertas exteriores de que possa estar em causa uma “*situação de perigo*” para o menor.

A questão que se impõe discutir é que em qualquer das situações que caiba a intervenção da CPCJ, esta só é possível com a autorização de ambos os representantes legais. Não existindo autorização de ambos os representantes, o processo só poderá ser tratado legalmente pelos tribunais.

---

<sup>64</sup> Cfr. esta utilização da imagem do menor pelos seus legais representantes se consubstanciará, na maior parte das situações, como uma questão de particular importância. Em situações mais graves consideraremos estas situações como “situação de perigo”, situações essas últimas sob a égide de proteção da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo, que iremos analisar.

<sup>65</sup> Cfr. nos termos do nº 3 do artigo 5º da RCT.

<sup>66</sup> Cfr. não concordando os representantes legais e/ou a agência publicitária com a recusa de aceitação do contrato pela CPCJ, cabe recurso da sua decisão para o tribunal de família e menores da área de residência do menor, nos termos do nº 1 do artigo 11º da RCT.

Mesmo que os representantes legais tenham inicialmente consentido na intervenção da CPCJ, poderão, a todo o tempo, retirar o seu consentimento.

Consideramos que esta exigência de consentimento dos representantes legais do menor para a intervenção da CPCJ representa, desde logo, uma enorme desvantagem.

Em primeiro lugar, acreditamos que os processos em tribunal serão (possivelmente) muito mais longos e morosos do que a intervenção, direta e única, da CPCJ.

Em segundo lugar, há que considerar que os representantes legais poderão estar de alguma forma a prejudicar e a abusar da falta de capacidade do menor para decidir sobre as questões referentes à disposição da sua imagem. Assim, serem estes a poder evitar a intervenção da CPCJ não nos parece compreensível, independentemente de estar em causa com a sua atuação uma “*situação de perigo*” para o menor, ou serem terceiros a utilizar-se da sua imagem de alguma forma.

A questão que emerge discutir, será a de saber o porquê de se atribuir um carácter tão subsidiário à intervenção da CPCJ nestas situações, permitindo-lhe apenas intervir quando o possível “*abusador*” o permite, visto que, nem nas situações ditas “*de perigo*” nem nas situações que estejam sob a égide da RCT poderá aquela entidade intervir sem a sua autorização.

Questionamos se não serão talvez estas Comissões (mais do que os tribunais) as entidades mais aptas e com maior ligação direta as situações das crianças daquela área de residência.

Relembramos que existem CPCJ em quase todas as cidades, e estas, tanto nas suas comissões alargadas como nas suas comissões restritas, contém juristas, educadores, psicólogos, policiais, entre outras entidades<sup>67</sup>, compondo assim um arsenal protetor em diferentes campos da vida do menor.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Cfr. nos termos do nº 4 do artigo 20º da Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>68</sup> Cfr. Importa ressaltar que as CPCJ nas suas comissões restritas nunca podem ser constituídas por um número par de membros, visto que, aquando da tomada de decisões (por exemplo, relativamente a qual será a medida de promoção e proteção a aplicar ao caso concreto) deverá sempre valer a decisão que teve o número superior de votos a favor, nos termos no nº 1 artigo 20º da Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Numa das reuniões da comissão alargada da CPCJ de Aveiro, em que estão presentes outros membros para além dos que compõem a comissão restrita, foi discutido exatamente o “*fechar portas*” que é estabelecido pela legislação, em que muitas vezes quando o processo de promoção e proteção da criança já corre termos na CPCJ, um dos representantes legais retira o seu consentimento e a situação tem de ser de imediato reportada ao tribunal.

A verdade é que muitas vezes ocorrerá a situação em que o processo de promoção e proteção já se encontra a correr termos até certo momento na CPCJ, e por falta de consentimento dos legais representantes (que retiram o seu consentimento já anteriormente fornecido) passa o processo para a competência do tribunal.

Importa também lembrar que os *escalamentos* de proteção oferecidos ao menor no nosso ordenamento compõem-se pelos tribunais e pelas CPCJ, mas também por outras entidades com competência em matéria de infância e juventude.<sup>69</sup>

Serão todas estas entidades, de alguma forma, sujeitas ao controlo externo do ministério público.

Importará referirmo-nos agora ao papel que deverá assumir esta intervenção judicial ou da CPCJ nestes processos.

Estando no âmbito judicial, quando chamado a intervir, o juiz terá obrigatoriamente um papel mediador e/ou orientador nestas situações, limitando-se, inicialmente, a tentar que os pais dialoguem e resolvam eles mesmos os seus conflitos e decidindo tendo como vetor o “superior interesse da criança.”

Os mesmos papéis mediadores e orientadores terão os órgãos da CPCJ quando lhes seja permitido intervir, no entanto, para a CPCJ estará aqui esgotada a sua competência, não podendo aplicar medida de promoção e proteção que os representantes legais não consintam.

70

Já o tribunal pode efetivamente decidir em sentido diverso aos pais, através de sentença.<sup>71</sup>

Teremos de considerar que mais grave serão as situações em que a utilização indevida da imagem da criança é realizada pelos seus legais representantes, ou por qualquer outra pessoa/entidade, mas não seja alvo de uma situação abrangida pela RCT, nem exista

---

Nestes casos, a entidade judicial terá, irremediavelmente, de analisar o caso concreto daquela criança em risco desde o início e terá de enfrentar um processo muito mais moroso para decidir a situação em causa, aplicando, apenas posteriormente e através de uma sentença (que poderá tardar a surgir...) as medidas necessárias – informação retirada pela presença em uma das reuniões da Comissão alargada da CPCJ de Aveiro, no mês de setembro, do ano de 2018.

A comissão alargada não trata diretamente estas questões, visto que quem o faz serão as comissões restritas. As reuniões da comissão restrita têm carácter secreto, tal como, os respetivos processos de promoção e proteção que tem ao seu cargo.

A comissão alargada, que contém outros membros para além daqueles que compõem a restrita, tem o papel de intervir nos seios da sua área de atuação (com um caráter de intervenção ou mera prevenção) onde estejam integradas crianças – por exemplo, em escolas através da realização de formações destinadas ao público infantil e direcionadas à sua proteção.

A comissão restrita é que será então a entidade que receberá os alertas de “situações de criança em perigo” e que irá aplicar, com o consentimento dos legais representantes do(s) minore(s) em causa, medida de promoção e proteção.

<sup>69</sup> Cfr. Um vetor importante neste círculo protetor da criança foi o estabelecimento, desde 2001, da responsabilidade no acompanhamento das crianças em “*situação de perigo*” junto dos tribunais passar a ser competência também do instituto da segurança social do local da residência do menor.

<sup>70</sup> Cfr. nos termos da Lei 147/99, de 1 de setembro -Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>71</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*A Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*”, 7ª edição, 2011, *ob.cit.*, p. 286 –288.

nenhum alerta exterior que possa levar a consideração daquela atuação como “*situação de perigo*”.

Nestas situações, esta atuação não estará sujeita a nenhum controlo externo.<sup>72</sup> O que não aceitamos nem compreendemos.

A título de exemplo, questionamos se não deveria estar sob o regime da RCT, e assim sobre a obrigatoriedade de concessão de autorização pela CPCJ ou pelo tribunal, as situações em que os legais representantes tem *blogs* que tenham como tema principal a vida familiar (que é hoje uma realidade bastante frequente). Nesses *blogs*, a imagem e vida privada dos menores ao seu cargo são expostas ao público de forma diária, e muitas vezes existe uma remuneração económica com este tipo de publicações...

Independentemente de não podermos considerar o menor na situação referida anteriormente como uma criança em situação de risco que esteja sob o abrigo protetor da Lei de proteção de crianças e jovens em perigo - Lei 147/99, de 1 de setembro, o que se aceita por não configurar a gravidade necessária, parece-nos claro que deveriam estar estas situações sobre o regime da RCT, de forma a existir algum controlo externo desta atuação dos seus representantes legais que poderão, com grande probabilidade, violar o direito à imagem das crianças envolvidas.

Restar-nos-á acompanhar que o regime jurídico de proteção dos direitos de personalidade do menor que é adotado pelo sistema jurídico português pode ser classificado como um “regime jurídico mitigado”<sup>73</sup>, e diríamos até, não adaptado as novas realidades familiares.

Concluimos com a certeza de que a CPCJ deveria e poderia ter um papel mais ativo na proteção dos direitos de personalidade (e outros!) dos menores, e a verdade é que acreditamos também que os representantes legais não deveriam poder negar a sua intervenção, pelas razões já explicadas e pelas que ainda propomos expor, e mesmo pelas já referidas razões práticas, de economia processual.

---

<sup>72</sup> Cfr. GUERREIRO, PAULO – “*Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*”, legislação anotada, Celta Editora, 2016.

<sup>73</sup> Cfr. Como é classificado por CUNHA LANÇA, HUGO - “*A Regulação dos Conteúdos Disponíveis na Internet: a imperatividade de proteger as crianças*”, Chiado Editora, 2016, *ob.cit.* p. 193.

## 5. A Necessidade da Densificação de Conceitos

### 5.1. A “Situação de Perigo”

Algum comentário haverá que tecer para considerarmos o que poderá ou não ser, neste âmbito, uma situação de perigo.

A Lei nº 265/VII – aprovada pela 147/99, de 1 de setembro – da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Doravante LPCJ), deixa de lado a expressão “crianças e jovens em perigo” adotado pela versão anterior, e reclama o conceito mais amplo de “crianças em risco”.

A questão relevante será sabermos em que situação a criança que sofre um abuso da sua imagem estará em perigo para estes efeitos, visto que será uma situação dita “de perigo” que poderá sofrer a intervenção da CPCJ e dar origem a um processo de promoção e proteção.<sup>74</sup>

Como se sabe e já se denotou, as CPCJ visam proporcionar ações junto a crianças e jovens em situações de risco, sem que seja necessário recorrer a uma intervenção judicial por parte dos tribunais.<sup>75</sup>

Dentro da legislação em vigor, “criança em risco”, no nosso caso, será aquela em que a utilização da sua imagem a transtorne e/ou prejudique.

Incluir-se-á a sua participação em atividades ou situações que prejudiquem de alguma forma o seu desenvolvimento e /ou que a exponha a comportamentos que afetam o seu equilíbrio emocional.

Também se considera como situação de risco os casos em que as crianças assumem comportamentos (impostos ou tomados por si própria), que impliquem uma utilização da sua imagem, e que aquele comportamento lhe cause algum tipo de perigo para a sua saúde, formação, segurança ou educação; e que a estes comportamentos os seus representantes legais não se oponham e sejam coniventes, ou ainda, em situações mais extremas (e bastante frequentes) sejam eles próprios a incentivarem (ou mesmo obrigarem) o menor a este tipo de publicações e/ou divulgações da sua imagem.

---

<sup>74</sup> Cfr. ao lado das situações abrangidas pela RCT.

<sup>75</sup> Cfr. TOMÁS, CATARINA E FONSECA, DIANA - “*Crianças e Jovens em Perigo: o papel das CPJC de Menores em Portugal*”, volume 47, número 002, Instituto Universitário de pesquisas do Rio de Janeiro, Brasil – DADOS, Revista de Ciências Sociais, 2004, *ob.cit.*, p. 383-408 e p. 392.

A LPCJ esclarece o que se poderá considerar como “situação de perigo” para a criança.

Consideramos que estando em causa uma utilização abusiva da imagem da criança podemos enquadrá-la em uma de três alíneas do seu artigo 3º, nomeadamente na alínea e), f) ou g)<sup>76</sup>

Já referimos que a CPCJ quando esteja em causa um contrato de utilização da imagem de um menor, ao abrigo da RCT, terá a obrigação legal de intervir e conceder autorização.

Criticamos que tal obrigação não exista da mesma forma quando essa utilização parte dos seus representantes legais, só existindo um possível (e não provável) controlo externo quando outra pessoa verifique uma destas “situações de perigo” e alerte a CPCJ.

Nesta senda, também já criticamos o fato de não existir uma exigência de controlo externo em todas as situações que impliquem a utilização e disposição da imagem da criança.

Mais consideramos, que existe a necessidade veemente de se densificar *quando e como* se consubstancia um caso em que a utilização da imagem da criança pelos representantes legais possa ser considerada como uma circunstância de perigo, à luz da LPCJ que implique a intervenção da CPCJ ou do tribunal.

Acreditamos não existir ainda doutrina nem jurisprudência suficientemente fixada que considere a utilização abusiva da imagem do menor como situação de perigo e/ou como ato de particular importância, como consideramos.<sup>77</sup>

Veremos também que consideramos o direito à imagem do menor como uma possível questão de particular importância, com todas as consequências que este conceito acarreta, e este é efetivamente outro conceito dotado de uma especial ambiguidade.

---

<sup>76</sup> Cfr. Esclarece-nos a alínea e), “é obrigada a atividades, trabalhos excessivos inadequados a sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudicial à sua formação ou desenvolvimento”; a alínea f), “está sujeita, direta ou indiretamente a comportamentos que afetem a sua segurança ou equilíbrio emocional” e por fim, a alínea g), “assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, representantes legais se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.”

<sup>77</sup> Cfr. podendo enquadrar-se em algumas delas, ou revestir o caráter de ato de particular importância e ser também uma situação de perigo para o menor. Pode revestir ambas as formas quando a disposição da imagem da criança é *autorizada* ou mesmo *levada a cabo* pelo seu legal representante e este o faz de forma abusiva, ao ponto de a situação em causa se enquadrar em uma das situações das alíneas e), f) ou g) do artigo 3º da lei 147/99 de 1 de setembro. Mais à frente analisaremos algumas “novas” decisões da jurisprudência que já interpretam a utilização da imagem da criança pelos seus representantes legais nesta perspetiva.

Para a intervenção do tribunal ou da CPCJ, outro aspeto importante é considerarmos todo o dever que está imanente (nestas situações consideradas mais graves) com a atuação do juiz e/ou dos membros da comissão restrita da CPCJ.

Também nestas situações de “criança em risco”, estes terão um papel essencialmente apaziguador e moderador, nos mesmos termos que nos são demonstrados pelo artigo 1901º, nº 2 do CC.

É esta tarefa considerada, acompanhando SOTTO MAYOR nesta consideração, essencialmente sociológica, mais do que jurídica.<sup>78</sup>

## 5.2. O “Superior Interesse da Criança”

A proteção do direito à imagem do menor é observada sempre numa perspetiva que tem como último e máximo objetivo a proteção do “superior interesse da criança”.

Este conceito é, no nosso entender, uma categoria *pré-jurídica*.

Claro para todos será a sua consideração como um conceito indeterminado, que faz com que os tribunais tenham amplo poder de o interpretar quando confrontados com situações em que este esteja em causa (ou possa ser considerado como tal).

O juiz perante a interpretação deste preceito é como que confrontado com uma nova tarefa, tendo de assumir a posição de “*Juiz Hércules*”, tal qual nos foi apresentado por DWORKIN<sup>79</sup>.

Neste sentido, CARBONNIER parece entender que devemos deixar à categoria dos magistrados, ao seu discernimento e à sua experiência, o interesse da criança.<sup>80</sup>

No entanto, discordamos desta conceção tão ampla de oferecer tamanha liberdade aos tribunais na interpretação de conceitos indeterminados.

A verdade é que ainda mais preocupante será a determinação deste conceito nestas situações, dotadas de uma grande especificidade, que põem em jogo o interesse e os direitos de personalidade de menores, irremediavelmente pessoas mais indefesas e com menos possibilidades de fazerem valer os seus direitos.

---

<sup>78</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “Regulação...”, *ob.cit.* p. 97.

<sup>79</sup> Cfr. DWORKIN observa o juiz como o órgão “*capacitado*” para encontrar a *right answer* para os problemas jurídicos (que se debatam sobre conceitos indeterminados ou não), em virtude das suas excepcionais qualidades, designadamente de qualidade e juízo – in “*Uma questão de princípio.*” -Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>80</sup> Cfr. CARBONNIER, JEAN – “*Droit Civil Introduction*”, Quad, Edrige. 2017.

Acompanhamos, assim, SOTTO MAYOR<sup>81</sup> quando afirma que esta é uma fórmula inadequada por estar demasiado aberta e ser permeável as convicções pessoais e preconceitos dos juízes.

O “superior interesse da criança” é um conceito que segue a tradição da legislação ligada ao direito da família, sendo um conceito ambíguo que consideramos, também, indeterminado (em demasia!).

Neste sentido, SOTTO MAYOR aponta mesmo para o seu excessivo “subjativismo”.<sup>82</sup>

Concordamos que seria importante que o legislador “em vez de deixar aos tribunais uma tão ampla margem de liberdade de decisão, se compromettesse com uma definição do conceito, vinculando os tribunais ao respeito pela continuidade dos cuidados prestados à criança e da relação afetiva recíproca”.<sup>83</sup>

A verdade é que este conceito visto numa perspetiva ainda que pré-jurídica tem, obrigatoriamente, de conter um núcleo definido, passível de ser preenchido através do recurso a valorações que sejam suficientemente objetivas.

O “superior interesse da criança” deverá ser tido em consideração em todos os atos que sejam praticados pelos seus legais representantes.

Acreditamos que a ideia base e central da manutenção da estabilidade da vida familiar da criança e dos seus laços afetivos profundos (a sua verdade afetiva e sociológica) terá de ser equilibrada com a sua autodeterminação.

Devemos observar o menor enquanto ser individual e autónomo, que merecerá tutela e proteção quando o núcleo familiar é que o prejudica ou que não toma as cautelas necessárias para que a proteção dos seus direitos de personalidade seja efetiva.

Este balanço<sup>84</sup>, quando tido em consideração da forma adequada, pode introduzir uma zona de consenso dentro deste conceito indeterminado, que necessita de clara densificação, e que essa consolidação poderá efetivamente evitar o subjativismo judiciário e limitar a discricionariedade judicial.

---

<sup>81</sup> Cfr. In “A Regulação...”, *ob.cit.* p. 140.

<sup>82</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “A Regulação...”, *ob.cit.* p. 67.

<sup>83</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA - “A Regulação...”, *ob.cit.* p. 77.

<sup>84</sup> Cfr. entre a liberdade individual da criança e o exercício da responsabilidade parental, no caso, por exemplo, de existir conflito entre o legal representante e o menor representado.

### CAPÍTULO III

#### **6. O Discernimento do Menor: a relevância da observação da criança como ser autónomo**

Debruçamo-nos sobre a possibilidade de disposição ou não de um direito de personalidade.

A possibilidade de disposição do direito à imagem é indiscutível, no entanto, quando o titular deste direito seja um incapaz aos olhos da lei, considerações haverá a tecer.

Estando em causa o direito à imagem dos menores, irremediavelmente teremos de ter em conta a possibilidade, do seu titular, de discernir que disposição está ou poderá estar em causa.

Para compreendermos em que termos a imagem do menor pode ser utilizada por si ou por outrem temos de ter em conta primeiramente que esta possibilidade de a decisão poder partir da criança se liga de forma direta ao conceito de capacidade jurídica<sup>85</sup>, logo ao artigo 67º do CC.<sup>86</sup>

É claro que os menores têm capacidade de gozo de direitos, já quanto à capacidade de exercício, se atendermos apenas à letra da lei, o artigo 130º do CC parece apontar para que só a terão os maiores de dezoito anos<sup>87</sup>.

Antes de mais, MARGARIDA PORTO<sup>88</sup> oferece-nos o que se poderá considerar como menoridade. Afirma que tendo em conta a leitura conjunta dos artigos 122º e 129º do CC<sup>89</sup>, entender-se-á por menoridade “todo o período que vai desde o nascimento de um sujeito completo e com vida até ao termo dos seus dezoito anos de idade”.

No entanto, ao consagrar-se um princípio geral de incapacidade judicial aplicada, discriminadamente, a todos os menores, a revelia da sua capacidade de **entendimento**,

---

<sup>85</sup> Cfr. FERNANDES, LUÍS A. C. - “Teoria...”, *Ob.cit.* p. 370-374.

<sup>86</sup> Cfr. artigo 67 do CC: “As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”.

<sup>87</sup> Cfr. artigo 130º do CC: “Aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens”.

<sup>88</sup> Cfr. MARGARIDA PORTO - “*A Participação do Menor em Espetáculo, outra atividade de Natureza Cultural/Artística e Publicitária – Análise das especificidades do Regime Legal*”, Editora Almedina, Coimbra, abril 2010, *ob.cit.* p. 17-19.

<sup>89</sup> Cfr. artigo 122º do CC: “É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade” e artigo 129º do CC: “A incapacidade dos menores termina quando eles atingem a maioridade ou são emancipados, salvas as restrições da lei”.

**maturidade e discernimento** como regra, parece que estamos perante uma limitação genérica à capacidade das pessoas, prevista por lei ordinária que não tem justificação.

Consideramos que esta rigidez apresentada pelo sistema imposto em matéria de menoridade e incapacidade consubstancia uma limitação aos direitos fundamentais e de personalidade dos menores, rigidez essa pautada por uma validade jurídico-constitucional questionável. Parece estar em causa uma limitação intolerável da capacidade de agir, incompatível com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança.

Neste sentido, ROSA MARTINS<sup>90</sup> considera que não se demonstra difícil concluir a negação da capacidade de agir aos sujeitos menores de idade, reconduzindo-se a negação de tal possibilidade, significa como que uma limitação não justificável ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, nos casos em que neles se verifique capacidade de querer e poder entender a experiência bastante para prover ao seu auto governo.

Da breve análise do tratamento jurídico civil quanto a menoridade, observada de forma global, concluímos que impera um casuismo relativamente a aferição do discernimento da criança, apontando-se para a idade dos doze ou catorze anos para a conclusão do discernimento do menor em alguns casos, outras situações apontam para os dezasseis anos, e outras ainda para os dezoito anos.

ROSA MARTINS<sup>91</sup> quando afirma que a idade, observada de forma isolada, não tem em conta o “grau de desenvolvimento do sujeito”, parece demonstrar-nos que esse processo de amadurecimento da criança está dependente de outros fatores que não apenas a sua idade, mas também das circunstâncias culturais, económicas e/ou sociais em que aquele menor em concreto se encontra.

Não poderíamos concordar mais com esta consideração.

A autora propõe<sup>92</sup> que exista a adoção de um sistema de fixação normativa da

---

<sup>90</sup>Cfr. In “*Menoridade (In) capacidade e cuidado parental*”, Coimbra Editora, 2008, *ob.cit.* p. 100/101.

<sup>91</sup> Cfr. MARTINS, ROSA CÂNDIDO - “*Menoridade e (In)Capacidade e Cuidado Parental*”, Coimbra Editora, 2008, *ob.cit.* p. 27-29.

<sup>92</sup> Cfr. sendo fortemente influenciada pelo modelo presente no sistema jurídico alemão e austríaco. No direito alemão estabelece-se, tal como no ordenamento português, uma divisão entre menoridade e maioridade de acordo com o limite dos dezoito anos de idade, nos termos do artigo 2º do BGB. No entanto, existem diferentes escalões etários dentro da menoridade neste sistema jurídico, que se centra dos 0-18 anos. Os menores de sete anos são considerados como “absolutamente incapazes” e sujeitos maiores de sete anos até aos dezoito anos apenas como “parcialmente incapazes”. ROSA MARTINS esclarece-nos que tal não é expreso na lei alemã, mas decorre de uma interpretação dos artigos 104 e 106 do BGB.

O direito austríaco distingue igualmente a menoridade e maioridade. Este sistema jurídico fixou a aquisição da maioridade de todos os indivíduos na idade dos seus dezoito anos, nos termos do artigo 21º II 1 do seu Código Civil. De todo o modo, esclarece que existem “*diferentes*” menores de idade, impondo patamares, nomeadamente: no primeiro escalão teremos menores de idade com menos de sete anos, no segundo escalão

maioridade.

Esse sistema será resultante (e parece que poderá variar) consoante a fixação gradual de várias idades, correspondentes cada uma delas a progressivos graus de maturidade, que irá introduzir o menor em diferentes escalões, aos quais corresponderá, a cada um dos escalões, um diferente estatuto jurídico.

Ao contrário do que possa parecer, acreditamos que este *escalonamento*, analisado à luz da situação concreta, não terá apenas em conta a idade do menor para o introduzir em determinado escalão de discernimento, visto que esta análise terá em atenção outros parâmetros, nomeadamente o seu meio social, entendido em sentido amplo.<sup>93</sup>

No entanto, ROSA MARTINS parece questionar se o ordenamento jurídico português estará preparado para uma “*neo-interpretação*” da autonomia da criança.

Creemos que sim!

A verdade é que se tivermos em conta a hermenêutica legal encontramos respostas que a lei oferece à possibilidade de o menor poder realizar de “*per si*” os atos pessoais que caracterizam o seu dever existencial.

Desde logo, a alínea b) do artigo 127º do CC já nos aponta para uma oposição de conceitos, que nos demonstram que, dependendo do que se trate, poderá o menor ter plena capacidade para realizar certos atos que da sua vida digam respeito, quando minimamente discernível para tal.

Acompanhamos PAULA TÁVORA VÍTOR<sup>94</sup> quando nos demonstra que a norma do artigo 127º do CC será válida também para os atos jurídicos de cariz pessoal.

Por analogia, permitiremos ao menor praticar atos jurídicos de cariz pessoal. No nosso caso, entenda-se consentimento para dispor da sua imagem por si só ou para dar consentimento a outros para o fazer ou não, quando discernível para tal.

---

teremos os menores de idade entre sete e catorze, e, por fim, o terceiro escalão é composto pelos menores de idade que tenham entre catorze e dezasseis anos. – MARTINS, ROSA CÂNDIDO in “*Menoridade*”, *ob.cit.* p. 37-38.

<sup>93</sup> Cfr. Existindo escalões de fixação de menoridade naturalmente teremos idades fixadas, no entanto, a situação concreta do menor poderá levar a que dentro do mesmo escalão o seu discernimento não seja observado na mesma forma. A título de exemplo, o que chamamos de “segundo escalão”, no modelo que nos é demonstrado pelo sistema jurídico austríaco, centra-se entre os sete e os catorze anos. O discernimento da criança de oito anos e da criança de treze anos é obviamente diferente, mas acreditamos que mesmo nas situações em que tenhamos duas crianças com a mesma idade poderá uma delas ser “inserida” num *escalão de discernimento* diferente da outra, porque o seu meio social, por exemplo, causou essa diferença na sua capacidade de discernir. Visto este facto é que alertamos para a necessidade de existir efetivamente um sistema de gradação progressiva da menoridade tal qual nos apresenta ROSA MARTINS, mas com esta ressalva clara. (que interpretamos já existir no modelo proposto pela autora.)

<sup>94</sup>Cfr. In “*A Administração do Património de Pessoas com Capacidade Diminuída*”, Coimbra Editora, 2008.

Na mesma senda, ANTUNES VARELA E PIRES LIMA<sup>95</sup> interpretam o artigo 127º, nº 1, alínea b) do CC– “preside a atuação dos pais junto do menor – estes devem, nos assuntos familiares mais importantes, ouvir a opinião e aprovação dos filhos logo quando discernível o seu consentimento”.<sup>96</sup>

A verdade é que o artigo 127º do CC, entendido “à letra”, estabelece um conjunto de exceções à incapacidade dos menores.

Assim sendo, acreditamos que estando em casa a disposição de um seu direito de personalidade poderíamos, então, englobar nas alíneas do artigo algumas destas situações, recorrendo à analogia.

Ademais, a sua alínea b)<sup>97</sup>, mostra-nos que os menores terão capacidade para celebrar negócios jurídicos da sua vida corrente quando atos de pequena importância.

Se o consentimento para a disposição da sua imagem se enquadrar aqui (*in caso*) é nestes termos que o poderemos considerar.

Acompanhamos também ROSA MARTINS<sup>98</sup> na sua crítica global à legislação portuguesa em matéria de menoridade, quando afirma que o princípio da incapacidade estipulado não oferece respostas satisfatórias às exigências que a menoridade reclama do direito: tanto na proteção da criança e do adolescente por um lado, como na promoção do desenvolvimento da sua personalidade por outro. O estabelecimento da incapacidade do menor nos termos que nos são apresentados não parece ser compatível com o “*acertar dinâmico*” da menoridade.

Segue ROSA MARTINS a mesma perspetiva de SOTTO MAYOR<sup>99</sup>.

SOTTO MAYOR afirma que “o regime da incapacidade de exercício revelou-se demasiado rígido, autoritário e limitativo da liberdade dos filhos/as, sobretudo na esfera pessoal.”<sup>100</sup>

Neste âmbito, importará seguirmos a *doutrina da alternativa menos restritiva*.

---

<sup>95</sup>Cfr. In “*Código Civil Anotado e Comentado*”, Coimbra Editora, 2010, *ob.cit.* p. 133.

<sup>96</sup>Cfr. no mesmo sentido está TORRES, FILIPE - In “*A Autonomia Progressiva das Crianças e dos Adolescentes*”, *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, nº 14, *ob.cit.* p. 35.

<sup>97</sup> Cfr. alínea b) do artigo 127º do CC – “b) os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposição de bens, de pequena importância”.

<sup>98</sup>Cfr. In “*Menoridade...*”, *ob.cit.* p. 127.

<sup>99</sup>Cfr. In “*A Regulação...*” *ob.cit.* p. 19 ss.

<sup>100</sup>Cfr. Analogicamente, SOTTO MAYOR demonstra-nos que a figura de assistência trouxe uma maior flexibilidade e adaptabilidade ao desenvolvimento progressivo das crianças.

Esta Doutrina tem a sua sede na jurisprudência americana que defende que os Estados devem escolher os melhores métodos (os menos lesivos dos direitos fundamentais dos cidadãos) que, *in caso*, se consubstanciam em alargar a autonomia dos menores para todas as situações em que aqueles tenham discernimento suficiente para agir.<sup>101</sup>

Seguindo o mesmo caminho, CAPELO DE SOUSA<sup>102</sup>, MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO, ORLANDO DE CARVALHO e CLÁUDIA TRABUCO<sup>103</sup> dizem-nos que quando estamos perante a disposição da imagem do menor em qualquer seio<sup>104</sup> teremos o consentimento da criança como obrigatório a partir do momento em que aquela tenha “discernimento suficiente” para entender em que termos aquela disposição está ou irá acontecer, sendo este um entendimento inspirado no ordenamento espanhol.

Ressalvando desde já as diversas interpretações que este conceito de “discernimento” poderá ter (além de já termos optado pelo padrão de aferição supramencionado), invocamos que a própria lei civil, ainda que de forma não expressa, caminha lado a lado com o entendimento de que o menor deve decidir sobre os atos que impliquem a divulgação da sua imagem.

Nesta linha, interpretamos o nº 2 do artigo 1878º do CC como a imperatividade de existir um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos e autonomia dos menores na organização da sua própria vida, na sua primeira parte.

Esta parece-nos ser uma interpretação de acordo com o conteúdo jurídico constitucional.

Olhando novamente para o nº2 do artigo 1878º do CC, temos consagrado um princípio de obediência aos pais pelos filhos até atingirem a maioridade como observamos, mas mais do que isso, na sua segunda parte é expresso que os pais “devem ter sempre em conta a sua opinião (...) e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”, sendo este um artigo que nos parece estar a favor do entendimento que acompanhamos.

---

<sup>101</sup>Cfr. VÍTOR, PAULA TÁVORA – “*A administração...*”, *ob.cit.*, p. 185 e ss.

<sup>102</sup> Cfr. DE SOUSA, R.V.A.C.– “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, 2011, *ob.cit.* p. 411 e ss.

<sup>103</sup> Cfr. PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA e MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra Editora, 4ª edição, 2012 *ob.cit.* p. 228-241; ORLANDO CARVALHO – “*Teoria Geral do Direito Civil*”, sumários desenvolvidos – *ob.cit.* p.183 e TRABUCO, CLÁUDIA – “*Dos Contratos...*”, *ob.cit.*, pág. 435.

<sup>104</sup> Cfr. no âmbito de um contrato publicitário celebrado entre uma agência publicitária e o menor, ou mesmo a utilização da imagem dos filhos feita pelos pais em determinada situação. Por exemplo, os casos muito atuais, de pais que tem blogues sobre a vida dos filhos, blogs esses que são uma fonte de rendimento e que além da mera utilização da imagem da criança fazem com que a sua vida privada seja constantemente exposta ao público.

Há que ter em conta que esta ideia de consentimento aquando do “discernimento suficiente da criança” é um pensamento (ainda) não consagrado pela lei que se refere à utilização da imagem do menor, por exemplo no seio publicitário. A legislação deste âmbito apenas esclarece quanto à “obrigatoriedade de o menor ser ouvido”, nomeadamente na RCT - lei 105/2009.<sup>105</sup>

A verdade é que quando falamos da disposição da imagem da criança temos que ter em conta que os prejuízos/danos causados serão maiores caso aquela utilização aconteça de forma indevida, logo parece que devemos ter efetivamente como requisito obrigatório o seu consentimento quando tenha a **capacidade** necessária para tal.

Com o mesmo objetivo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que poderá estar em causa a “prevenção de lesões irreversíveis ao desenvolvimento da personalidade dos menores, à sua adequada socialização e capacidade de autodeterminação aos quais estes são especialmente vulneráveis”.<sup>106</sup>

Encaramos, destas considerações, a proteção deste direito de personalidade das crianças e jovens como um direito “especial”, devido essencialmente a especial fragilidade e vulnerabilidade de que os seus titulares são dotados.

A jurisprudência **atual** parece começar a seguir o mesmo entendimento.

O menor, quando discernível, é que decidirá das questões referentes a disposição da sua imagem, assim, o consentimento prestado para a utilização e disposição da sua imagem só poderá ser considerado lícito quando provenha da *vontade* criança discernível, como nos demonstrou o douto e esclarecedor acórdão do tribunal da relação de lisboa de 11-12-2018.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Cfr. nº 1 do artigo 7º da RCT.

<sup>106</sup> Cfr. CANOTILHO, GOMES E MACHADO, JÓNATAS – “*Reality Shows e Liberdade de programação*”, Coimbra Editora, 2003, *ob.cit.* p. 55-65.

<sup>107</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-12-2018, Processo nº 336/18.4T8OER.L1-6., Relator Adeodato Brotas. Citando o acórdão: “*Se o menor dispuser de discernimento e maturidade suficientes que lhe possibilitem avaliar corretamente o alcance e as consequências do consentimento limitativo dos seus direitos de personalidade, deve ser ele e não o(s) representante(s) progenitor(es) a consentir nessa limitação.*” O acórdão vai ainda mais longe, afirmando que: “*Nos casos em que o menor não tiver maturidade para avaliar as consequências do seu consentimento, de iure condendo, deve ponderar-se a opção por uma solução em que os progenitores apresentem projeto de consentimento ao Ministério Público, que a ele se poderá opor, com possibilidade de recurso para o tribunal.*” Apresentando esta solução, é visível a preocupação da jurisprudência com a necessidade de existir um controlo externo (por nós já referido como crucial) relativamente aos atos praticados pelos representantes legais do menor que impliquem a disposição do seu direito à imagem, e de outros seus direitos de personalidade. Iremos analisar este acórdão em diferentes âmbitos.

O Acórdão centra-se na iniciativa do ministério público de proibir a continuação da exibição de um programa televisivo (*Reality Show*) por violar os direitos de personalidade das crianças. O ministério público propõe ação

Este acórdão, extremamente esclarecedor e inovador nas matérias que propomos debater, leva-nos a conclusão que dentro de pouco tempo a legislação seja mais clara e assertiva neste ponto.

A título de exemplo, a RCT poderá deixar de afirmar que deve apenas a opinião do menor ser levada em conta, afirmando sim que “sempre que minimamente discernível seja ele a consentir”.

Deixando de lado o debate já exposto quanto ao consentimento partir dos seus legais representantes ou do próprio menor, o consentimento terá sempre de prover de uma vontade livre e esclarecida para que se possa dispor validamente da imagem prestada, não se admitindo nestes termos um consentimento presumido.

Haverá que distinguir do consentimento presumido as situações em que a imagem da criança é captada por “mero acaso” ou quando esteja em causa “a reprodução da sua imagem (...) enquadrada em lugares públicos”, por exemplo.<sup>108</sup>

O consentimento terá também de ser restrito, não sendo admitido um consentimento geral.

Desta feita, será ilícita a situação em que a agência publicitária, por exemplo, extrapola o âmbito de utilização da imagem do menor que lhe foi concedido, utilizando-a para outros fins que não os previamente acordados.

Da consideração quanto ao discernimento do menor para decidir estas questões, resta-nos adotar uma conceção personalista das responsabilidades parentais, adequadamente aplicada a estas situações, seguindo a perspetiva de SOTTO MAYOR<sup>109</sup>.

A criança é assim considerada não apenas como “um sujeito de direitos suscetível de ser titular de relações jurídicas” como é vista também como “pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções”, a quem deve ser reconhecido um espaço de

---

em nome dos menores envolvidos para fazer cessar o programa por violar o direito à imagem e à reserva da vida privada das crianças, bem como, esclarece que a participação dos menores acontece *ab initio* de forma ilícita, por não ter existido pedido de autorização à CPCJ para a intervenção das crianças naquele programa, violando assim a RCT.

Simultaneamente, a CPCJ abriu processo de promoção e proteção relativamente as crianças envolvidas, em que não sabemos o seu desfecho por se tratar de um processo com carácter secreto. (Nem tão pouco sabemos se terá sido a CPCJ a aplicar medida de promoção e proteção aos pais ou se, não tendo havido consentimento para esta intervenção por parte dos pais terá sido o tribunal, por sentença, a responsabilizar os seus representantes legais por terem, eles próprios, consentido em representação dos menores para a sua participação e divulgação de imagem naquele programa.)

<sup>108</sup> Cfr. situações essas que estão sobre as exceções ao direito à imagem no nº 2, segunda parte, do artigo 79º do CC.

<sup>109</sup> Cfr. In “*A Regulação do Exercício das Responsabilidades em caso de Divórcio*”, 5ª edição, 2011, *ob.cit.* p. 17.

autonomia e determinação, de acordo com a sua capacidade **de entendimento e de discernimento**.

A menoridade não pode de forma alguma ser vista como *um bloco* e deve sim ser observada como um processo de evolução gradual ou de emancipação progressiva.

Em casos específicos consideramos dever ser reconhecida a criança uma maioria sectorial ou especial, como é efetivamente necessário para a análise da possibilidade do seu consentimento para a disposição ou mera divulgação da sua imagem.

Há também que ter em atenção, na análise deste entendimento e discernimento, o que nos aponta MARIA FERNANDA PAULA<sup>110</sup>.

A autora mostra-nos que a imputabilidade penal não acompanha a imputabilidade civil, na medida em que, “ter capacidade para avaliar a ilicitude significa apenas ser capaz de distinguir (em abstrato) que há bem e mal. Diferente é exigir-se uma capacidade mais concretizada.”

A verdade é que ter capacidade para avaliar a ilicitude implica uma consciência do que é lícito ou ilícito, requerendo uma verdadeira perceção das circunstâncias para si e para os outros dos seus atos e/ou dos atos que estão a ser sobre si praticados.

Acreditamos que a plena dimensão do bem e do mal, num parâmetro de ilicitude, só é atingível numa certa fase de desenvolvimento, que nada tem a ver com o entendimento (mínimo) necessário do menor para ter todo ou algum controlo sobre os atos praticados sobre a sua imagem.<sup>111</sup>

Concluimos que esta evolução doutrinal e jurisprudencial deve efetivamente ser observada como um avanço positivo, em que a aferição do discernimento da criança deve ser observada *caso a caso*, com especial atenção à coincidência entre a sua capacidade jurídica e a sua capacidade natural, de acordo com a conceção de o menor ser observado como um ser em desenvolvimento constante, como consideramos, acompanhando a proposta de aferição de discernimento apresentada por ROSA MARTINS<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Cfr. In “*Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português*”, *sub-judice justiça e sociedade*”, Lisboa ° 11, 1996, *ob.cit.* p. 62.

<sup>111</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, M.C. – “*A Regulação...*”, *ob.cit.* p. 234.

<sup>112</sup> Cfr. MARTINS, ROSA CÂNDIDO in “*Menoridade...*”.

Assim sendo, acompanhamos também SOTTO MAYOR quando a autora “*inverte o seu pensamento*”,<sup>113</sup> e nos diz agora que “*o retirar*” de algumas exigências quanto aos representantes legais é uma evolução positiva, na medida em que respeita a capacidade natural das crianças para decisões pessoais, e respeita ainda os seus direitos de participação nos atos que tenham implicação direta com a sua vida, em que aqui se enquadram as situações em que terceiros pretendam, de alguma forma, dispor da sua imagem.

### **7.A Audição do Menor – a (des) necessidade do seu discernimento**

A intervenção dos menores nos processos que lhes digam diretamente respeito é uma questão controversa, existindo diversos instrumentos que o regulam.

Desde logo, o modelo estabelecido pela CEDH não prevê um direito absoluto das crianças serem ouvidas em tribunal nos processos que tenham alguma implicação com a sua vida.

Não existindo uma exigência estabelecida, a possibilidade de o menor ser chamado ou não a ser ouvido, será avaliado à luz das circunstâncias específicas de cada caso e a sua concessão dependerá da idade e maturidade da criança que será uma apreciação livre.<sup>114</sup>

De todo o modo, o CDC estabelece uma oportunidade de a criança ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito, seja diretamente seja através dos seus representantes legais ou de outra pessoa adequada, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

No quadro do direito das nações unidas, o direito das crianças a exprimirem livremente a sua opinião em todos os assuntos que as afetem foi reconhecido como um dos princípios gerais na Convenção sobre os direitos da criança.

Também o Comité dos direitos da criança das nações unidas salientou que os estados partes devem garantir o direito de audição do menor de forma plena e direta, quer adotando ou mesmo revendo legislação, de modo a que este direito possa por ela ser plenamente exercido.

---

<sup>113</sup> Cfr. por exemplo, a autora deixa de considerar que o exercício conjunto das responsabilidades parentais deveria exigir sempre um acordo dos pais previamente. Considerava-o in “*Exercício das Responsabilidades Parentais*” – Publicações da Universidade Católica, Porto 2003, *ob.cit.* p. 503 e 506.

<sup>114</sup> Cfr. CUNHA, HUGO – “*A Regulação dos Conteúdos Disponíveis na Internet*”, Chiado Books, dezembro/2016, *ob.cit.* p. 38.

Caberá aos Estados, o dever de assegurar que a criança recebe toda a informação e aconselhamento necessário de forma a tomar uma decisão consentânea com o seu superior interesse.

Neste sentido, o Comité ressaltou uma questão importante, afirmando que a criança tem o poder de não exercer esse direito, caso não o pretenda por qualquer motivo, considera-se que exprimir a sua opinião deve ser uma escolha e não uma obrigação.<sup>115</sup>

Também a Carta fundamental dos direitos da UE, no seu artigo 24º, nº1, estabelece o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião. Essa opinião deverá ser tomada em consideração nos assuntos que lhe digam respeito em função da sua idade e maturidade.

Saíndo dos instrumentos europeus, analisemos o que sucede nos *nostros processos*.

Quando esteja em causa, em tribunal ou na CPCJ, a utilização e divulgação da imagem da criança, em qualquer seio, consideramos crucial ouvir a sua opinião<sup>116</sup>.

Consideramos não poder existir outro entendimento, na medida em que, estamos perante a disposição de um direito de personalidade, direito esse que tem um carácter especial por o seu titular ser uma pessoa especialmente vulnerável.

No entanto, a sua audição não sucede em todas as situações, como iremos observar.

Antes de chegarmos as vias de a CPCJ ou os tribunais ouvirem o menor, os próprios representantes legais devem fazê-lo. A sua audição por estes, quando queiram de alguma forma utilizar-se da imagem da criança, é crucial.

Os representantes legais poderem livremente dispor da imagem do seu filho, sem ter em conta a opinião do menor ou do adolescente, ou seja, sem o ouvirem, entra em conflito direto com a sua autonomia e limites de ordem natural.

Deveria exigir-se, nestes casos em específico, uma “diminuição do controlo e da vigilância”<sup>117</sup> da autoridade parental, na medida em que, já ressaltamos que quando aquele seja minimamente discernível e mostre a intenção de **não pretender** dispor da sua imagem naqueles termos, a sua opinião deverá prevalecer sobre a dos seus legais representantes.

O menor não pode ser alheio às decisões importantes que o rodeiam, tendo de lhe ser conferida uma voz que deve ser adequada a sua maturidade.

---

<sup>115</sup> Cfr. CUNHA, HUGO – “*A Regulação...*”, *ob.cit.* p. 70-80.

<sup>116</sup> Cfr. quanto ao regime específico da utilização da imagem do menor no seio publicitário é a própria lei que obriga a CPCJ a ouvir a opinião da criança nos termos do artigo 7º da lei 105/2009 de 14 de setembro.

<sup>117</sup> Cfr. CUNHA, HUGO – “*A Regulação...*”, *ob.cit.* p.46.

Tal consideração será consequência do protagonismo que assume no âmbito das responsabilidades parentais (e já não poder paternal!) no qual é sujeito protegido e “*não dominado*”.

A atuação dos progenitores/representantes legais terá de ser legalmente conformada. Não existe livre arbítrio no seu exercício parental, e o direito da criança também não pode ser renunciável.<sup>118</sup>

Voltando a audição do menor pelos órgãos competentes, quando já exista processo que envolva o menor, há que ter em conta que a sua audição é legalmente exigida quando estejam em causa situações em que a intervenção caiba à CPCJ.

Esta entidade não poderá aplicar medida de promoção e proteção sem ouvir o menor. Ademais, o seu consentimento para a sua intervenção inicial é obrigatório a partir do momento em que tenha doze anos.

No entanto, já os tribunais podem dispensar ouvir o menor sem ter de apresentar razão justificativa para tal.

Parece que quanto à atuação judicial o livre arbítrio impera...

Os juízes, ao abrigo da livre apreciação, poderão dispensar ouvir a criança.

No entanto, além de não existir esta exigência na lei, acreditamos que a audição do menor só poderia ser dispensada nas situações em que os próprios menores não o quisessem fazer.

O argumento muitas vezes apresentado pelos órgãos judiciais para que não procedam a audição do menor nos processos de promoção e proteção é que a sua audição o prejudicaria de alguma forma.

No entanto, se deixarmos a decisão final à criança de ser ou não ouvida, este perigo seria acautelado, salvo melhor entendimento.

De todo o modo, acreditamos que temos suficiente indicação legal que se encaminha para a futura concessão da obrigatoriedade de audição da criança em todas as situações que a envolvam.

Entenda-se obrigatoriedade no facto de ter-se a audição como regra e a não audição como exceção.

---

<sup>118</sup> Cfr. CRUZ, ROSSANA – “*A Divulgação da Imagem do Filho Menor na Rede Social*” – o desafio de exercer as responsabilidades parentais num novo mundo web digital.”, Dissertação de Mestrado da Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Minho, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, *ob.cit.* p. 279-293.

Esclarecesse que esta necessidade de os representantes legais ouvirem o menor é já estabelecida pelo CC.

Desde logo, o artigo 1878º, 1º parte do CC esclarece-nos que compete aos pais, no exercício das suas responsabilidades parentais, até o menor atingir a maioridade ou a emancipação, as decisões sobre as questões relevantes da vida do jovem. Assim, caber-lhes-á zelar pela sua saúde, segurança, sustento, educação e representação; mas o seu nº 2 estabelece também que estes devem ouvir a sua opinião.

Tal quer dizer, na prática, que os representantes legais devem ter em linha de conta a opinião dos filhos e a sua audição, nos assuntos de relevo, e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida, opinião essa que será valorada consonante com a sua maturidade.

Falta apenas uma consagração equivalente para os órgãos judiciais, que estão de igual forma a decidir questões referentes à vida das crianças e jovens.

Desta feita, ficamos com a ideia presente de que o menor não pode nem deve ser alheio as matérias essenciais que à sua vida digam respeito, acreditamos que terá obrigatoriamente de a sua opinião ser levada em conta, mesmo nos casos em que o seu discernimento não o permita decidir sozinho.

Por outro lado, quando o seu discernimento o permita (discernimento esse entendido nos termos que analisamos anteriormente) será a sua decisão que deverá ser tida em consideração.

O cerne da questão que propomos tratar é o facto de a sua audição ser exatamente um fator que fará os tribunais compreenderem se ele será ou não autónomo e capaz o suficiente de decidir sozinho, ou seja, se o seu discernimento o permitirá.<sup>119</sup>

Sem a audição da criança será difícil enquadrá-lo em determinado escalão de discernimento para que seja perceptível se apenas a sua opinião deva ser levada em conta ou se estaremos perante uma situação em que a decisão final lhe caberá.

Esta compreensão já é adotada, ainda que não expressamente, pelo artigo 12º da CEDH, bem como é ainda reforçada pelos artigos 5º e 14º, nº2 do mesmo diploma legal.

Há que ter em consideração que existem situações em que audição do menor poderá ser ainda mais crucial.

---

<sup>119</sup> Cfr. e permitiria também, consequentemente, enquadrá-lo em determinado escalão de discernimento dentro do sistema proposto de fixação gradual da menoridade.

A relação atual dos seus representantes legais (um com o outro) pode fazer com que se exijam cautelas acrescidas, por parte dos tribunais ou da CPCJ.

Quanto estejam os representantes legais em vivência comum ou estejam unidos de facto, o exercício das responsabilidades parentais e as decisões quanto aos assuntos da vida do menor devem ser decididas por ambos, nos termos dos artigos 1901º, nº1 e 1911º, nº 1 do CC.<sup>120</sup>

Nas situações de representantes legais que exerçam as suas responsabilidades parentais de forma disjunta, ou seja, separada, poderão surgir efetivamente ainda mais situações em que imperará um “desacordo” quanto às questões relativas a vida do menor que representam...

Se houver desacordo quanto as questões de particular importância, o tribunal decidirá ouvindo a criança, apenas se necessário, nos termos do nº 2 e 3 do artigo 1901º do CC.

Nestas situações de desacordo dos representantes legais quanto a estas questões a audição do menor será (ainda mais) indispensável...

Observamos que nas situações em que em causa estejam processos de promoção e proteção e os pais não deem consentimento à CPCJ para intervir, mas esta já tenha conhecimento da situação do menor, poderá ser ela própria a fazer o alerta da “situação de perigo”, dirigindo-se ao ministério público. Poderá ser então o ministério público a representar o menor em tribunal nestas ações, como iremos analisar futuramente.

Imagine-se, então, a situação em que a CPCJ recebe um alerta de que os pais estão a utilizar indevidamente a imagem da criança colocando-a numa possível situação de perigo.<sup>121</sup>

Não havendo a tal autorização dos representantes legais, o processo passará automaticamente a ser competência apenas do tribunal.

Nestas situações, o tribunal pode optar, como vimos, por não ouvir o menor.

O problema central é que o tribunal opta, muitas vezes, se não na maior parte das situações, por não o fazer.

---

<sup>120</sup> Cfr. Nestas situações de vivência comum, o legislador parece apontar mais para a vivência dos progenitores não necessitando que a união de facto esteja “provada” para que as responsabilidades parentais possam ser exercidas em conjunto.

<sup>121</sup> Cfr. no caso em que não exista contrato nem se trate de atividade que estejam sob a égide da RCT, em que já vimos que nestes casos a autorização da CPCJ é obrigatória, ou na falta de consentimento parental ou do menor que tenha mais de doze anos, obrigatória será a autorização do tribunal.

Não se compreende o porquê desta diferença de tratamento, nem tão pouco o porquê de os tribunais não o fazerem com mais frequência.<sup>122</sup>

A participação ativa do menor nos processos que o envolvam necessita de uma intervenção.

A verdade é que embora o corpo de direitos da criança esteja há muito constituído, na prática ainda existe um caminho a percorrer para que as crianças e jovens sejam vistos como autores sociais, cuja proteção deva ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, sociais e culturais.

Na jurisprudência, as mudanças ocorridas nas últimas décadas do século XX não foram suficientes para alterar a decisão sobre a posição da criança como sujeito de direitos.<sup>123</sup>

Consideramos necessário que se deva adotar medidas e procedimentos que garantam uma adequada (e essencialmente não vitimizadora) participação das crianças nos processos que lhe digam respeito, reconhecendo-se desde já as inúmeras dificuldades inerentes à realização desse apoio, designadamente em sede de avaliação psicológica.

Esperaríamos que a categoria “infância” uma vez construída levasse a que a criança pudesse gozar do estatuto que teoricamente lhe é atribuído. Consideramos que continua a existir alguma resistência no domínio jurídico quanto à intervenção direta do menor nos meios processuais que lhe dizem respeito.

Existem muitas discrepâncias entre o que se ratifica quanto à relevância atribuída a audição do menor<sup>124</sup> e o que de fato se pratica.

Neste sentido importa referir a conceção que nos é apresentada por SOTTO MAYOR<sup>125</sup>.

SOTTO MAYOR entende que o direito de audição dos menores terá a ver com a consideração de que a vontade da criança, ligada ao seu discernimento/maturidade, faz com

---

<sup>122</sup> Cfr. Opinião extraída pelo trabalho diário com um membro da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens de Aveiro em que se concluí que diversas situações de perigo que chegam a CPCJ (e que por falta de consentimento parental passam para a competência dos tribunais). Denota-se que aquelas raramente são ouvidas pelos Juiz. Se esta exigência já existe para CPCJ e se os tribunais ficarão encarregues daquele processo exatamente da mesma forma como ela estaria, porquê exigir à entidade não judicial ouvir o menor e o tribunal poder dispensar a sua audição!? Talvez por serem efetivamente as CPCJ os órgãos mais adequados para lidar com estas situações e tenham uma maior capacidade e *disponibilidade* para ouvir o menor... e não poder ser dispensada a sua intervenção pelos representantes legais, como propomos.

<sup>123</sup> Cfr. SANI, ANA ISABEL – “*Reflexões sobre a infância e os Direitos de Participação da Criança no contexto da justiça*”.

<sup>124</sup> Cfr. exemplo: o que está estabelecido na CDC.

<sup>125</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*A Regulação...*”, *ob.cit.* p. 109 - A autora equipara o direito à audição da criança com o direito de visita.

que possa ser ouvida, ou seja, daqui extraímos que parece ser tomado em consideração ouvir o menor apenas nestas condições. O que, pelo já exposto e densificado, não acompanhamos

Ressalve-se que não defendemos que a criança que com um ou dois anos, sem capacidade para entender o que quer que seja, tenha de ser ouvida, mas ser necessário um real “discernimento” não será correto.

### **O diferenciar entre o que será discernir e entender parece-nos crucial.**

Além de nos apontar para “*várias idades*”, a lei civil aponta-nos com maior frequência para a idade de doze anos, como se esta fosse a idade que ela se pudesse considerar “discernível”. Fá-lo, por exemplo, em matéria de adoção.<sup>126</sup> A própria lei sobre as crianças e jovens em perigo, aponta também essa idade para o consentimento do menor quanto ao apadrinhamento civil.<sup>127</sup> Também quanto à concessão de autorização para a intervenção da CPCJ, é necessário o consentimento do menor quando tenha mais de doze anos, como vimos.<sup>128</sup>

Não acompanhamos esta idade que o legislador adotou. Uma criança de doze anos pode ter uma maturidade e um desenvolvimento totalmente diferente de outra com a mesma idade, mas o fato de se encontrar integrada em determinado seio familiar e/ou social, por exemplo, causa essa diferença.

Saindo do nosso ordenamento, CONDE PUMPINO apresenta uma solução interessante<sup>129</sup>, dizendo que devem ser tidos em conta os “critérios/padrões sociais que fixam as condições psicológicas do menor/incapaz”, dizendo que compete aos próprios representantes legais fixar a existência dessa maturidade, fornece ainda um “critério adicional”, afirmando que “os menores de catorze anos em todos os casos e os menores de doze anos nos casos em que a cedência da imagem não apresente vagos de complexidade, podem ceder/contratar/consentir por si mesmos na utilização da sua imagem”.

O autor adota uma concessão de discernimento baseada no menor em concreto. De todo o modo não acompanhamos o seu entendimento, na medida em que a fixação da maturidade da criança não deverá depender do entendimento dos seus representantes legais, pelos perigos já assinalados. Por outro lado, parece-nos também que nesta conceção

---

<sup>126</sup> Cfr. artigo 36º da Lei 143/2015.

<sup>127</sup> Cfr. artigo 10º da LPCJ.

<sup>128</sup> Cfr. artigo 10º da LPCJ.

<sup>129</sup> Cfr. jurista espanhol; Ministro da Suprema Corte de Espanha, foi Fiscal General do Estado espanhol (Procurador-Geral) desde abril de 2004 até dezembro de 2011.

é atribuída extrema relevância a idade efetiva da criança.

Sintetizando, acreditamos que para a audição do menor se concretizar e ser tida como regra bastará que a criança tenha **entendimento** da situação em que se encontra.

A avaliação desse entendimento só poderá ser feita caso a caso, até porque, como já ressaltamos, a audição será importante para entender qual o grau de discernimento daquele menor em concreto.

Se discernível, é necessário o seu consentimento.

Quando ele entenda (de forma exata ou não) que em causa está uma utilização da sua imagem, teremos a sua opinião como requisito obrigatório, opinião essa que só é possível de ser tomada em conta com a audição do menor! Ressaltamos, uma vez mais, que haverá que distinguir o discernimento do mero entendimento.

A propósito da audição da criança, alguma jurisprudência tem presumido que uma criança com pouca idade não tem capacidade para ser ouvida, mesmo sem exames que o comprovem.

Acompanhamos SOTTO MAYOR<sup>130</sup> a julgar esta avaliação de forma diferente.

A interpretação das normas mais adequada à letra e ao espírito da lei encaminha-nos para o sentido inverso. A criança só não é ouvida quando a sua audição possa afetá-la de alguma forma.

Acreditamos também, como já ressaltado, que quando a sua audição a possa afetar esta poderá afirmar que não quer ser ouvida, e essa opinião deverá ser respeitada<sup>131</sup>.

Como vimos, a obrigatoriedade de audição do menor só existe no tipo de processos em que a nossa problemática se insere (possíveis processos de promoção e proteção) e apenas quanto à CPCJ.

No entanto, a alteração ao CC (operada pela lei 61/2008) parece orientar-se no mesmo sentido, na medida em que aboliu o limite de idade de catorze anos para a criança ser ouvida nos conflitos parentais que lhe digam respeito, nomeadamente, quando se trate de questões de particular importância.

Em matéria de regulação de responsabilidades parentais é esse o caminho a seguir, como se observa (ainda que aos poucos!) em algumas decisões da jurisprudência.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “A Regulação...”, *ob.cit.* 110-116.

<sup>131</sup> Cfr. nos termos do artigo 4, alínea I, da LPCJ.

<sup>132</sup> Cfr. Por exemplo no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-11-2017 é defendido que: “I- A criança tem direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito, designadamente, aquelas que dizem respeito ao exercício do poder paternal (hoje, responsabilidade parental),

### 7.1. Alguns Aspetos Processuais a seguir na Audição do Menor

Nenhuma disposição regula o procedimento a seguir quanto à questão de sabermos como será feita, processualmente, a audição do menor.

A jurisprudência tem admitido a legalidade da audição de crianças na presença tanto do juiz como apenas na presença do ministério público.<sup>133</sup>

O entendimento seguido é que essa audição seja efetuada sem a presença dos representantes legais nem de mandatário, independentemente do tipo de processo em causa.

Usualmente são também as declarações dos menores reduzidas a escrito.<sup>134</sup>

Quando a criança é ainda muito jovem, a jurisprudência tem adotado (como prática geral), uma mediação entre um familiar (sendo a mãe na maior parte dos casos) e a pessoa encarregue de ouvir o menor.

No entanto, acreditamos que a sua audição isolada não é, de todo, impossível.

Mantendo a posição que a maturidade e discernimento não se medem com a idade, não faz sentido a necessidade de mediação, nos *nostros processos* específicos - quando em causa esteja um menor a não querer dispor da sua imagem de alguma forma contra a vontade dos seus representantes legais, por exemplo.

A verdade é que poderia essa mediação levar a uma manipulação pelo seu progenitor/representante legal, que já existe irremediavelmente, mas só se ampliaria.

Concluimos que as reticências que os tribunais apresentam para a audição do menor poderá ser justificada, também, pela falta de regulamentação quanto a como deverá ser devidamente procedida processualmente a sua audição.

Importa ressaltar o facto ainda não exposto de que, nos processos de promoção e proteção do sistema jurídico português, quase como regra geral, o menor é anteriormente

---

*devendo ser devidamente e em todos os casos levada em conta a sua opinião, de acordo com a sua idade e maturidade.*” E ainda o Supremo Tribunal de Justiça, em decisão mais antiga na data de 07-02-2008 (Relator Moreira Camilo), processo nº 07A477, doc. nº SJ20080207004661, decisão tomada por unanimidade— *“Na regulação do poder paternal não existe na nossa lei uma qualquer idade mínima para a audição de um menor, pelo que, em cada momento, poderá verificar-se a necessidade e a possibilidade de ouvir o menor, como foi o caso.”*

<sup>133</sup> Cfr. SOTTO MAYOR defende que “nunca deve ser dispensada a audição da criança perante o juiz” por ser este o responsável pela decisão - in *“A Regulação...”* *ob.cit.* p. 112-113, opinião que acompanhamos, além de se observar, por vezes, que é o Ministério Público a ouvir e interrogar a criança em vez do juiz de direito. No entanto, SOTTO MAYOR afirma, no mesmo livro, como vimos, só ser necessário ouvir o menor quando minimamente discernível. Acreditamos que a autora quereria referir-se à capacidade de entendimento e não a um verdadeiro discernimento. (nos termos em que diferenciamos o mero entendimento do real discernimento).

<sup>134</sup> Cfr. um Acórdão do TR Lisboa, datado de 15-06-2007, (Relator – Vaz Gomes) seguiu esta linha, além de ser este o parâmetro geral – para mais desenvolvimento consultar SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – *“A Regulação...”*, *ob.cit.* p. 112 ss.

ouvido por psicológicos infantis que constam do rol dos tribunais em que a questão se coloca, e estes após a audição da criança elaboram um relatório que será analisado pelos tribunais.

No entanto, esta avaliação psicológica além de considerarmos revestir suma importância, acreditamos não suprimir a necessidade de o juiz ouvir o menor, de forma a compreender a sua capacidade de entender e/ou discernir no caso concreto.

Veja-se, por exemplo, o que sucede nos Processos Tutelares Educativos. Além de os psicólogos ouvirem o “*menor infrator*” e elaborarem um relatório social que é apresentado ao juiz, não são os psicólogos que decidem qual a medida tutelar educativa a aplicar-lhe, nem tão pouco “*impõem*” sugestões de quais serão as mais eficazes para aquela criança em específico...

## **8. O Direito à Imagem do Menor como (possível) Questão de Particular Importância**

Observamos a utilização da imagem do menor como uma questão de particular importância, na maior parte das situações.<sup>135</sup>

Sendo este um conceito indeterminado, quanto às decisões da qualificação de questões a serem consideradas como de particular importância ou não, estas poderão não ter um entendimento uniforme.

Para alguns, certos assuntos ou situações concretas poderão ser considerados como tal e outros podem não o entender da mesma forma.

Consideramos assim que este conceito (nos termos gerais) deve ser de alguma forma densificado, para que não existam soluções na jurisprudência tão díspares nesta matéria<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Cfr. estando estas previstas nos termos do artigo 1906º, nº1, 1ª parte do CC.

<sup>136</sup> Cfr. O duto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02-05-2017, processo nº 897/12.1T2AMD-F.L1-1 considerou a frequência do menor a explicações particulares de inglês como ato da vida corrente da criança, a poder ser decidido apenas pela progenitora, na medida em que, o progenitor que não está a todo o tempo com o menor deve seguir as orientações educativas do outro. Noutra sentença, o duto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (o mesmo tribunal...) em 08-03-2018, processo nº 419/17.8T8AVR.P1 já parece integrar as explicações privadas, quando o menor delas necessite por factos comprovados, como questão de particular importância. Ou seja, parece-nos que a criança concreta (a sua personalidade, características e necessidades) fez com que o mesmo tribunal considerasse a qualificação do mesmo facto de forma diferente, o que entendemos e acompanhamos.

De todo o modo, uma maior densificação deste conceito na lei (por exemplo, elencando situações que terão de ser, irremediavelmente, questões de particular importância) não nos parece de todo descabido.

Todavia, temos em conta que questões relacionadas com a mudança de residência do menor ou mudança de estabelecimento de ensino tem sido considerados, quase uniformemente pela jurisprudência, como questão de particular importância a carecer do consentimento de ambos os representantes legais, e em caso de conflito quem terá a última decisão serão os tribunais.

A verdade é que a jurisprudência ainda não é suficientemente uniforme na classificação de questões referentes à vida das crianças como de particular importância ou não.

Neste sentido, SOTTO MAYOR demonstra-nos que esta “técnica legislativa” de “questão de particular importância”, que considera que se trata de uma técnica inadequada por ser demasiado aberta à livre convicção dos tribunais, tem de ser obrigatoriamente melhor estruturada, desde logo, porque para o decidir como tal os tribunais tem se apoderado de “convicções pessoais e de preconceitos”, o que acompanhamos não ser de todo ser aceitável.<sup>137</sup>

Aceitamos, no entanto, que a noção de ato de particular importância deverá variar de acordo com a personalidade e **necessidades** de cada criança e com as condições da sua família e deverá, sempre que possível, ser concretizada pelo acordo dos representantes legais.

Consideramos, assim, que na maior parte das situações em que esteja em causa a utilização da imagem da criança, em qualquer seio, haverá obrigatoriamente de existir um consentimento de ambos os representantes legais (quando for o caso de a criança, pelo seu discernimento, não poder ainda decidir sozinha), por se tratar de um assunto de particular importância.

Esta consideração é clara pelo fato dos efeitos prejudiciais que a utilização indevida das imagens das crianças poderá acarretar.

No entanto, haverá que diferenciar situações.

Centramos como questão de particular importância, essencialmente, a publicação/divulgação de imagens externamente (*online* por exemplo), situações essas em que outras pessoas, desconhecidas, terão acesso aqueles conteúdos.

Por outro lado, já deverá ser considerado como assunto da vida corrente do menor (consequentemente, uma questão deste tipo poderá ser apenas decidida por um dos representantes legais) as situações que impliquem a divulgação da imagem do menor casualmente. Vejamos.

Por exemplo, poderá ser considerada como tal o comportamento da mãe que mostra uma fotografia da filha menor aos colegas de trabalho, que tem fotografias das crianças em retratos pela casa etc...

---

<sup>137</sup> Cfr. In “A Regulação...”, *ob.cit.* p. 40.

Obviamente estas situações rotineiras fazem parte da vida corrente da criança e dos seus progenitores/representantes legais, e seria uma interferência externa extrema se os tribunais pudessem intervir nestas situações ou que fosse exigido sempre o consentimento do outro progenitor/representante legal.

Em situações de progenitores separados, então, tal poderia levar a que as “*guerrilhas*” existentes entre ex-cônjuges leva-se a um recorrer desenfreado aos tribunais por questões sem a devida importância, e que devem estar dentro do âmbito da liberdade dos progenitores, tendo em conta o respeito pela vida privada e familiar.

Para esclarecermos esta diferença, analisemos sucintamente, um Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (Doravante TR Évora),<sup>138139</sup> que tratou esta questão em específico.

Este Acórdão confirma a decisão tomada em primeira instância de que os progenitores (neste caso da filha menor) devem abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha menor nas redes sociais.

A questão que levou ao recurso de os pais poderem ou não o fazer é uma questão de particular importância, na medida em que o desacordo dos pais, relativamente a esta e outras questões, levou a que o tribunal o pudesse decidir.

A questão que se colocou ainda seria a de saber se os tribunais têm fundamento factual e legal, caso a caso, para o decidir, ou seja, para proibir os pais de o fazer.

O TR de Évora considerou que sim. Decidindo, por sentença, que o progenitor estará então proibido de continuar a divulgar fotografias que permitissem a identificação da filha menor nas redes sociais.

Quanto ao conteúdo desta decisão, há que ter em conta que o TR de Évora considera, pelo fundamento factual e legal que apresentou, que existe um dever de não divulgação de imagens das crianças *externamente*, e que esse dever está inerente ao exercício correto das responsabilidades parentais.

Este dever de não divulgação foi pelo TR de Évora observado como outro qualquer dever essencial dos pais perante os filhos, como o dever de sustento, à saúde ou a educação.

---

<sup>138</sup> Cfr. Acórdão do tribunal da relação de Évora de 25-06-2015, Relator: Bernardo Domingos, processo 789/13.7TMSTB-B. E1 – decisão tomada por unanimidade.

<sup>139</sup> Cfr. BARBOSA, MAFALDA C. N. M. – “*Podem os Pais Publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais?*” – *AB INSTANTIA*, 5, 2015, *ob.cit.* p. 313-339.

Concordamos com a decisão tomada, na medida em que todo o exercício das responsabilidades parentais terá de ter como parâmetro o “superior interesse da criança”. Este deve ser um objetivo a prosseguir por todos os que acompanham o desenvolvimento dos menores.

O TR de Évora considerou, ainda, que este tipo de publicações tem levado, atualmente, a que um emergente número de predadores sexuais e pedófilos consigam atingir os seus propósitos, havendo mesmo diversos organismos de trabalho (OIT) e a própria organização das nações unidas (ONU) a dialogarem no sentido de ser aumentada a proteção dos direitos de personalidade das crianças.<sup>140</sup>

A verdade é que já é grave o suficiente a própria divulgação da sua identidade e imagem desenfreada (dos próprios menores) nas redes sociais.

Se a estas atitudes juntarmos os próprios representantes legais a agirem inconscientemente no mesmo sentido, não haverá regulação legal possível de proteção do menor neste âmbito.

Há que ter em conta, que o jovem dotado da sua “especial vulnerabilidade” não é ainda informado o suficiente dos perigos existentes no dito “*Ciber-espaço*”<sup>141</sup>, contraposta a esta fragilidade, teremos as redes internacionais de tráfico de seres humanos a tornar-se uma realidade cada vez mais premente como tão bem afirmou o TR de Évora. Essas redes colecionam imagens de crianças para adaptá-las a conteúdos de cariz sexual, de forma a serem publicitadas no crime organizado, por exemplo.

Concluí o douto tribunal, de forma bastante assertiva no nosso entender, que a imposição da obrigação aos representantes legais de se absterem de publicitar este tipo de conteúdo de imagem que permitisse de alguma forma identificar a criança é adequada e proporcional à salvaguarda dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais da menor envolvida.

De todo o modo, nesta situação concreta, acreditamos que se a intervenção coubesse a CPCJ, a medida de promoção e proteção que esta aplicaria seria semelhante à decisão tomada pelo TR Évora.<sup>142</sup> Iria esta entidade, certamente, alertar os representantes legais que

---

<sup>140</sup> Cfr. exemplo desta proteção – artigo 34º CDC.

<sup>141</sup> Cfr. considera o TR de Évora no acórdão suprarreferido.

<sup>142</sup> Cfr. tal ocorreria, se, por exemplo, não fossem os pais da menor a discutir esta questão, mas sim se tivéssemos a situação de uma pessoa externa a este núcleo familiar a tomar nota da utilização abusiva da imagem da criança e fazendo assim um “*alerta de sinalização de situação de perigo*”, em que quem teria legitimidade para intervir, em primeira linha, seria a CPCJ.

ficariam inibidos de divulgarem as imagens da menor que permitissem a sua identificação nas redes sociais.

Neste sentido, o nº 2 do artigo 1906º do CC traz-nos uma questão que poderia ter sido no caso em análise relevante.

O artigo aponta-nos para que, mesmo nas questões de particular importância, poderá um dos representantes legais reagir sozinho quando a atuação do outro possa de alguma forma prejudicar o menor, no entanto, recorrendo para o tribunal desta decisão de o outro não poder exercer plenamente este seu direito, caberá, mais uma vez, ao tribunal decidir.

De todo modo, a decisão quanto a estas questões a serem tomadas pelos tribunais é um recurso considerado de *ultima ratio*, devendo ser devidamente fundamentadas, tal como aconteceu no TR Évora, na medida em que se considera que devem ser os representantes legais, por acordo, a tomar estas decisões.<sup>143</sup>

A Doutrina parece, *de alguma forma*, acompanhar a consideração de que a disposição dos direitos de personalidade dos menores pelos seus legais representantes deve ser considerada como ato de particular importância, e continua a apontar para a necessidade de uma maior densificação do conceito.

Nesta senda, HUGO RODRIGUES<sup>144</sup> aponta para a necessidade de uma maior concretização legislativa que terá de surgir quanto aos atos de particular importância. Incorpora, a título de exemplo, como atos e questões de particular importância a segurança, a integridade física, a saúde e a educação escolar e religiosa do menor.

O autor considera que deverá estar neste leque incluído também a integridade moral da criança.

Consideramos que a integridade moral da criança poderá ser afetada quando esteja em causa a mera divulgação ou a real disposição, pelos seus representantes legais, da imagem dos menores de forma indevida.

Por outro lado, quando consideremos que a divulgação da imagem da criança pode ser considerada, *in casu*, como um ato da vida corrente do menor, é estabelecido pelo nº 3

---

<sup>143</sup> Cfr. ressalva-se que o mediatismo deste acórdão tem a ver exatamente com o facto de ter sido esta uma decisão de alguma forma “surpreendente”.

<sup>144</sup> Cfr, RODRIGUES, HUGO MANUEL LEITE – “*Questões de Particular Importância no Exercício da Responsabilidades Parentais*”, isbn: 9789723218756, Serie Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2011, *ob.cit.* p. 104 ss.

do artigo 1906º do CC que teremos nestes casos um exercício disjuncto das responsabilidades parentais.

Em vista da estabilidade das crianças considera-se que o progenitor que esteja naquele momento apto a tomar a decisão deve poder ser ele a decidir e a agir em situações mais simples.

No entanto, há que ter em conta que se segue o entendimento legal de que, no exercício das responsabilidades parentais no caso de representantes legais que não as exerçam conjuntamente e/ou diariamente, cada um deve seguir as orientações educativas do outro, com mais ênfase nas orientações de quem o menor vive diariamente, sendo aqueles os seus hábitos de vida e as suas orientações educativas.

Conclui-se que haverá que diferenciar, *in casu*, o que poderá ser considerado, na divulgação da imagem da criança pelos representantes legais, como um ato da vida corrente ou um ato de particular importância.

Nestes termos podem efetivamente surgir conflitos, e nesses casos quem decidirá será o tribunal.

Importante será considerar outros exemplos de diferenciação destas situações.

Consideramos que a divulgação de uma fotografia da criança aos restantes membros da família aquando do seu nascimento ou de um seu aniversário é um ato da sua vida corrente, ato esse a poder ser *decidido* por um progenitores/representantes legais sem qualquer questão.

Por outro lado, situações como a divulgação de fotografias do menor na *internet em rede aberta*, situações essas que permitirão a um conjunto de pessoas (muitas desconhecidas!) terem acesso direto aquelas imagens, deve ser um ato consciente tomado por ambos os representantes legais, com o assentimento da criança sempre que possível, e assim considerado como ato de particular importância.

Fora desta destrição, ficam os casos *mais graves* em que os representantes legais têm um *Blog* (por exemplo) sobre a vida da criança, existindo uma divulgação e publicitação reiterada da sua imagem e da sua vida privada, muitas vezes com intuito lucrativo.

Nestas últimas situações, tal como o que já acontece quando existe um contrato de disposição de imagem do menor com terceiro e nas situações abrangidas pela RCT,

acreditamos que deveria, obrigatoriamente, de existir algum controlo externo que extravase o consentimento dos representantes legais ou do próprio menor.<sup>145</sup>

Por fim, quanto à possibilidade legal de delegação do exercício das responsabilidades parentais por um dos progenitores a pessoa externa quando esteja em causa um ato da vida corrente do menor<sup>146</sup>, já não poderemos considerar esta delegação válida em sede de divulgação da imagem da criança, por tudo o que essa utilização e disposição envolve (ou possa envolver).

Acreditamos que mesmo se tratando de um ato que possa ser entendido como “*sem a devida importância*”, teremos de considerar, pelos perigos assinalados, que a decisão só poderá partir dos seus legais representantes.

## **9. Mecanismos Legais de Controlo da Circulação *Online* de Imagens de Crianças**

A questão que agora se coloca será a de saber se existem meios para o Estado (no nosso caso o Estado Português) de regular os conteúdos disponíveis *online*, auferindo se determinado conflito *web* será competência daquele sistema jurídico ou não.

É efetivamente difícil permitir que um Estado procure obrigar o autor do conteúdo a retirá-lo da rede *online*, ainda que tal esteja dentro da competência do Estado Português (a imposição dessa obrigação).

A verdade é que será quase impossível por um lado saber qual a origem daquela publicação (quem foi a primeira pessoa a publicá-la), e ainda ter a certeza se aquela imagem, daquele menor em específico, não foi reproduzida ou copiada de alguma forma.

Para além deste entrave, que é comum a todas as legislações, estando no campo *online* teremos de saber em que situações estará a competência dentro do seu território, no nosso caso, do território português.

Neste sentido, DIAS PEREIRA diz-nos que para “apurar da sua competência quanto a questões relacionadas com um litígio internetico, o tribunal português deve começar por consultar o Código do Processo Civil, na medida em que este diploma regula a

---

<sup>145</sup> Cfr. Seguindo este entendimento temos a decisão do TR Lisboa, de 11-12-2018, processo 336(..), já analisado.

<sup>146</sup> Cfr. permitido pelo nº 4 do artigo 1906º do CC.

competência internacional dos tribunais portugueses, prevendo elementos condicionantes ou fatores de atribuição de competência internacional.”<sup>147</sup>

MARIANA DAVID aponta-nos para que “apesar das dificuldades suscitadas por negócios jurídicos tão deslocalizados, nada parece, em abstrato, afastar a possibilidade de regulação por meio de normas e diplomas de direito internacional privado”<sup>148</sup>, normas essas vigentes em cada um dos diferentes ordenamentos jurídicos, lidas de forma analogicamente neutra.

Estando esta questão deslocalizada do cerne do nosso estudo, é certo que *temos em mente nem que* sempre essas operações serão simples, no entanto, a verdade é que as mesmas dificuldades se colocam perante litígios externos a este contexto.

A solução passará por ter por base uma averiguação judicial do teor dos conteúdos publicados sempre que justificável esteja a sua supressão e responsabilização dos autores do “crime”, autores esses quase “não identificáveis” na maior parte das vezes...

Dependendo do local onde o “crime” foi despoletado, esse será o país competente para o julgar, obedecendo ao regime de aplicação do direito penal português que tem o princípio da territorialidade como regra, e outros como exceção.<sup>149</sup>

Haverá responsabilidade criminal sempre que, perante as circunstâncias de que se tem conhecimento, esse autor do crime (que pode ser ou não o prestador do serviço) tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito daquela divulgação de informações relacionadas com menores de idade.

### **9.1. O Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – a sua aplicação aos menores de idade**

É para responder a alguns dos problemas suscitados na rede *online* que surge em maio de 2018 o novo Regulamento Geral de Proteção de dados (doravante RGPD).

O RGPD de 2018, em vigor em Portugal, demonstra uma preocupação acrescida numa liberdade do titular dos direitos de personalidade (aquele que fornece os seus dados,

---

<sup>147</sup> Cfr. PEREIRA, ALEXANDRE DIAS – “A Jurisdição na Internet segundo o Regime 44/2001 (e as alternativas extra judiciais ou tecnológicas”, *FDUC – artigos em revistas nacionais, 2001* – disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28775><https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28775>, *ob.cit.* p. 639.

<sup>148</sup> Cfr. DAVID, MARIANA SOARES – “A Resolução de Litígios no contexto da Internet”, *Themis, A.7.*, Nº 12, 2006, p. 149 ss *ob.cit.* p. 179.

<sup>149</sup> Cfr. artigo 4º, 5º e ss do Código Penal.

imagens, informações), ter acesso a toda a informação que prestou, podendo ainda revogá-la a todo o tempo, e existindo também uma exigência acrescida em relação aos terceiros que desses dados/imagens se utilizam. Devem estes ter como que uma declaração de aceitação por parte dos titulares destes direitos, renovada de forma periódica.<sup>150</sup>

O RGPD estabelece ainda um “*novo*” direito. O direito a um “arrependimento a todo o tempo”<sup>151</sup> que é inerente ao titular dos dados e imagens fornecidas; direito esse de fazer com que a entidade para a qual concedeu a sua imagem de alguma forma desta já não se possa utilizar, sem ter de apresentar razão justificativa para este arrependimento.

Referimo-nos a um “*novo direito*” desta forma devido a este direito já existir anteriormente, ao abrigo, por exemplo, da legislação referente à Comissão Nacional de Proteção de Dados, sendo agora apenas como que alargado.

De fora não ficarão, nas situações em que tenhamos verdadeiros contratos de disposição de imagem, a obrigação de indemnizar a entidade dos danos que esse arrependimento tardio lhe possa causar, tal obrigação é nos estabelecida pelo CC.<sup>152</sup>

No entanto, o problema que já se colocava quanto à imagem propriamente dita continua a existir com o novo RGPD. Nada é fiável ao ponto de sabermos se não houve alguma reprodução da imagem ou informação já anteriormente concedida, sendo muito difícil apagar o seu “*rastro*” na totalidade.

Por outro lado, o RGPD estabelece regras mais rígidas quanto ao próprio consentimento para o tratamento de dados.

É estabelecido, desde logo, que o consentimento prestado terá obrigatoriamente de ser livre, específico, informado, explícito e inequívoco.<sup>153</sup>

Acreditamos que problemas acrescidos enfrentará a aplicação do RGPD quanto aos dados e imagens de crianças e outros tantos quanto à validade do seu consentimento...

Claro é, que a proteção dos dados do menor é uma preocupação no RGPD.

Este protege as crianças em específico, nomeadamente o seu artigo 38º demonstra-nos uma evolução neste sentido.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Cfr. artigo 63º do RGPD.

<sup>151</sup> Cfr. 65º e 66º do RGPD.

<sup>152</sup> Cfr. nº2 do artigo 81º do CC.

<sup>153</sup> Cfr. artigo 32º do RGPD.

<sup>154</sup> Outros artigos do RGPD referem-se, em detalhe, à situação do menor, nomeadamente os seus artigos 58º, 65º, 71º e 75º.

Aí se afirma: “As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças. O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança.”

A questão que colocamos é se o consentimento que é fornecido apenas pelos representantes legais do menor para a utilização da imagem da criança de dois ou três anos é explícito e livre ao ponto de respeitar as rígidas regras em matéria de consentimento deste “novo” RGPD.

Duvidamos que assim seja...

Independentemente de quem forneceu o consentimento inicial para a divulgação da imagem da criança e deste ser tido como válido ou não, a verdade é que a criança ou o representante legal que se arrependa tardiamente da publicação de imagens que fez no *Facebook* e que venha a pedir a destruição desses dados e imagens fornecidas, pedindo ao *Facebook* que apague o rastro daquelas fotografias (o que é possível com o novo RGPD como vimos e que parece ser uma das suas grandes preocupações!<sup>155</sup>), sofre o mesmo problema das restantes pessoas comuns, em não conseguir saber ao certo se as suas imagens foram republicadas e/ou copiadas, acrescido do fato dos efeitos nefastos que aquela publicação antiga lhe poderá causar, tratando-se de um ser em desenvolvimento e dotado da sua especial vulnerabilidade e fragilidade.

De todo o modo, além destas questões que colocamos as quais ainda não temos uma resposta, diga-se, certa, o RGPD é efetivamente uma evolução positiva na defesa dos direitos de personalidade dos menores, desde logo, por reconhecer que quando em causa estejam dados e imagens de menores de idade tenha de existir uma especial cautela tanto na maneira como esses dados são fornecidos como também no próprio tratamento dessas informações.

---

<sup>155</sup> Cfr. muito se tem defendido que o novo regulamento surge efetivamente para limitar situações que aconteceram com a própria utilização do *Facebook*, e que foi exatamente esta rede social que o despoletou.

Há que ter em conta, que a dinâmica da *internet* tende a ampliar consideravelmente a extensão do dano causado. Na rede *online* aquele que vê este seu direito de personalidade a ser ofendido e a propagação daquelas imagens indevidamente publicadas é feita em um reduzidíssimo espaço de tempo.

Desta forma, parece ser crucial para a tutela integral da pessoa que se garantam nesta sede as funções preventivas e compensatórias da responsabilidade civil, as referidas considerações deverão ser observadas no momento da quantificação do dano, tanto do patrimonial como do moral.

Parece adequado que o intérprete analise também, no caso concreto, quais os direitos de personalidade que foram violados para além do direito à imagem, realizando a identificação dos danos e a individualização dos bens jurídicos violados, de modo a dimensionar adequadamente a proporção do dano à integridade do lesado.

Na *internet*, é comum que o fato lesivo cause danos a mais de um direito de personalidade, sendo relevante, até mesmo para a melhor compreensão do caso concreto, que sejam estes devidamente identificados, essencialmente pelo fato de ser imprescindível essa qualificação para ser auferido corretamente o montante a ser (ou não!) concedido em sede de dano não patrimonial.<sup>156</sup>

A referência clara as regras especiais relativas aos menores no novo RGPD representa o culminar da preocupação de tornar efetiva uma proteção especial do menor nestes seios.

Já a Comissão Nacional de Proteção de Dados, por exemplo, começou por apontar que os eventuais consentimentos obtidos dos representantes legais ou dos próprios menores para a recolha de imagens deverão passar a constar de processos individuais, o que denota a preocupação com que estas utilizações fiquem como que registadas. Sendo que, é enfatizado também nesta sede, que devem os *estabelecimentos* que se utilizam da imagem do menor sensibilizar toda a comunidade para a necessidade de proteger os seus dados pessoais e respeitar a sua privacidade.

Esta Comissão já tinha vindo a defender um entendimento cada vez mais restritivo e protetor relativamente aos menores de idade, o que é coincidente com o esforço

---

<sup>156</sup> Cfr. TEFFÉ, CHIARA SPADACCINI – “*Considerações sobre a Proteção do Direito à Imagem na Internet*”, RIL Brasília a. 54, n. 213 janeiro/março, 2017, *ob.cit.* p. 173-198.

legislativo para reforçar a proteção concedida aos entes que estão mais desprotegidos. O RGPD parece ser apenas o culminar desta preocupação.

Concluindo, para além de não nos aprofundar-nos nesta tema, restar-nos-á acompanhar MARIANA LEITÃO quando afirma que: “(...) o verdadeiro reforço desta proteção só irá ocorrer com a mudança das mentalidades que tenha por base uma única preocupação, o superior e real interesse das crianças e jovens, e que reconheça os novos princípios subjacentes à proteção de dados pessoais.”<sup>157</sup>

## CAPÍTULO IV

### **10. Contratos de Disposição de Imagem do Menor:**

A exploração económica da imagem do menor através de contrato dependerá sempre de uma autorização expressa e especial nos termos que analisamos.

O contrato tem obrigatoriamente de se cingir ao que foi estipulado, o que origina que a imagem da criança/jovem não possa ser utilizada noutros termos, esse uso é indevido e incorrerá, a entidade, em responsabilidade civil<sup>158</sup>. Tal justificasse por a celebração deste contrato envolver a exploração de um direito de personalidade do seu titular.

No entanto, analisando o artigo 79º do CC, este parece não ter sido pensado para a celebração de contratos propriamente ditos.

A verdade é que a vinculação contratual contém sempre, dada a natureza/função do contrato que debatemos, alguma “alienalidade” para com os obrigados, como algo que é desencado pelo seu querer e se autonomiza, mas se for caso disso a ele também se poderá impor.

Tal como analisamos vigorar no RGPD, também o CC no seu nº2 do artigo 81º<sup>159</sup> permite ao titular do direito de personalidade revogar unilateralmente o seu consentimento a todo o tempo, obrigando-o, em algumas situações, a indemnizar a outra parte por este arrependimento tardio e injustificado.

Já vimos que se o consentimento for revogado, além de o poder ser a todo o tempo, não deve ser deixada de lado uma indemnização para com a empresa ou agência que

---

<sup>157</sup> Cfr. LEITÃO, MARIANA MARQUES – “O tratamento de dados de crianças e jovens no âmbito do Novo Regulamento 2016/679 de 27 abril (Regulamento Geral sobre a Proteção da Dados)” – Comentário, novembro 2018

<sup>158</sup> Cfr. D.C. JÚNIOR - “A Proteção Jurídica...” *ob.cit.* p. 211.

<sup>159</sup> Cfr. nº 2 do artigo 81º do CC: “2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expetativas da outra parte.”

legitimamente tinha a expectativa de usufruir da imagem da criança, e que o facto de já não poder contar com isso implicará prejuízo, assim, terá este direito a uma indemnização pelo lucro cessante<sup>160</sup>.

A possibilidade de revogar o consentimento nestes termos, exercível a qualquer momento, não deixaria de causar estranheza não fosse o facto de nos encontrarmos perante um contrato que pretende dispor de um bem da personalidade, mesmo que a restrição inicial do seu direito à imagem tivesse ocorrido de forma voluntária.

Assim, acreditamos que se acautela a posição do sujeito contra eventuais precipitações anteriores ou de um seu arrependimento tardio, numa espécie de *paternalismo* que lhe conserva uma margem de autodeterminação nestes casos que não existe nos demais, e que no caso de uma criança, sendo uma pessoa em desenvolvimento, esta possibilidade de arrependimento, mesmo que venha de parte dos seus representantes legais, deve-lhe ser amplamente concedida.

Com esta regra analisada haverá agora que considerar em que medida o contrato de disposição de imagem será aplicado ao caso especial de uma das partes ser um menor de idade.

Centremo-nos no caso específico em que o menor utiliza a sua imagem como modelo ou ator para promover determinado produto e/ou serviço para determinada agência publicitária ou marca, situações essas em que teremos, à partida, um vínculo jurídico-contratual estabelecido através de um contrato de disposição de imagem.

Debrucemo-nos sobre algumas das regras mais importantes para a utilização da imagem da criança se proceder de forma lícita.

Desde logo, os capítulos I e II da RCT serão aplicados aos menores de dezasseis anos. Aos menores que tenham entre dezasseis e dezoito anos será aplicado apenas o capítulo I (capítulo geral) e simultaneamente as normas relativas à proteção do trabalho do menor presente no artigo 63º e seguintes do Código do Trabalho (doravante CT).

O artigo 14º do Código da Publicidade é também de suma importância nesta relação contratual, contendo uma enumeração exemplificativa dos especiais cuidados a ter quando nestas atividades participem menores.

---

<sup>160</sup> Cfr. O lucro cessante será aqui tomado em consideração como o ganho legítimo que se deixou de obter com a impossibilidade da utilização da imagem da criança, e que sem aquele arrependimento esse prejuízo não se verificaria.

O seu n° 1 aponta para a necessidade de ponderação, em todas as circunstâncias, da sua especial “fragilidade e ingenuidade”<sup>161</sup>.

Mais importante será atender a letra do seu n° 2. Daqui extraímos que a lei só permite que o menor seja interveniente principal/protagonista em determinado anúncio publicitário nas mensagens publicitárias em que entre ele e o produto e/ou serviço que está a ser através da sua imagem alvo de publicidade exista uma **relação direta**, ou seja, que seja direcionado ao público infantil. Só com esta exigência cumprida é que a sua imagem poderá aparecer em primeiro plano no anúncio publicitário.

Nos casos aqui não abrangidos o menor só poderá intervir como interveniente secundário.

Atendendo a este conceito de “relação direta”, auferimos que o consumidor principal do produto e/ou serviço em questão terá de ser essencialmente a criança, e não apenas ela.<sup>162</sup>

A verdade é que, não obstante a esta exigência, muitas empresas e marcas o fazem ilicitamente sem qualquer consequência legal aparente.

Neste sentido, SUSANA GIL afirma: “a falta de efetividade da lei neste aspeto é de uma enorme preocupação social e este artigo é violado de forma reiterada e sistemática, transformando a letra da lei em letra morta”.<sup>163</sup>

Outra regra relevante será a presente no n° 1 do artigo 17° do Código da Publicidade, que estabelece a proibição expressa de participação de menores na publicidade de bebidas alcoólicas (ainda que seja uma intervenção secundária respeitando o artigo 14° do Código da

---

<sup>161</sup> Cfr. artigo 14° do Código da Publicidade – “1 - A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter **sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica**, abstendo-se, nomeadamente, de: a) Incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; b) Incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; c) Conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores. 2 - Os menores **só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado.**”

<sup>162</sup> Cfr. como exemplos gerais de utilização lícita da imagem do menor temos os anúncios de fraldas e “papas” de criança. O exemplo crucial de utilização ilícita, que está hoje muito presente, é referente ao anúncio televisivo da marca *Procter & Gamble*, que comercializa a marca *Skip*, marca essa de detergente para lavar a roupa, em que os protagonistas dos anúncios publicitários desta marca são sempre menores, sendo efetivamente um produto em que a exigência de relação direta a que se refere o artigo 14° do código da publicidade não se verifica. – GIL, S.I.F.S.– “*A Prestação do trabalho do menor na atividade publicitária*”, Universidade Católica Portuguesa, revista luso #21, março 2016, *ob.cit.* p. 39.

<sup>163</sup> Cfr. GIL, S.I.F.S. – “*A Prestação do trabalho do menor na atividade publicitária*”, Universidade Católica Portuguesa, revista luso #21, março 2016, *ob.cit.* p. 39.

Publicidade). A norma confronta-nos com uma não permissão em veicular a propaganda de determinados produtos tendo como base a figura de uma criança.

### **10.1. Contrato de Disposição de Imagem da Criança – Atividade Profissional do Menor?**

A ideia fulcral que nos é oferecida pelo ordenamento português é que as crianças não será permitido trabalhar até a sua idade ser inferior ao término da escolaridade obrigatória<sup>164</sup>, tal obrigação é nos oferecida por diversos diplomas legais<sup>165</sup>.

A CRP neste tratamento assume relevância.

O nº2 do artigo 59º da CRP<sup>166</sup> impõe ao estado o dever de prover a uma especial proteção do trabalho de menores, assumindo assim um princípio de igualdade a nível positivo.<sup>167</sup>

Também o nº3 do artigo 69º da CRP<sup>168</sup> proíbe o trabalho de menores em idade escolar, em respeito ao princípio do livre desenvolvimento da sua personalidade, o que implica que por lei seja fixada uma idade mínima de admissão ao emprego, *basicamente*, que seja fixado um sistema de proteção contra perigos físicos/morais a que a criança possa estar exposta e a um regime penal/sancionatório adequado à sua efetiva proteção contra o uso abusivo por parte das entidades empregadoras (no nosso caso agências publicitárias / diretores de televisão e teatro entre outras).

No âmbito dos contratos de disposição da imagem estas proibições não se vão aplicar.

---

<sup>164</sup> Cfr. PORTO, MARGARIDA - “A Participação do Menor em Espetáculo/outra atividade de Natureza Cultural/Artística/Publicitária” – Análise das especificidades do regime legal, Editora Almedina, abril 2010, *ob.cit.* p. 37.

<sup>165</sup> Cfr, a título de exemplo temos a Carta de direitos fundamentais da UE, que no seu artigo 32º estabelece a proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho: “É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas. Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de uma proteção contra a exploração económica e contra todas as atividades suscetíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social, ou ainda de pôr em causa a sua educação.”

<sup>166</sup> Artigo 59, nº2, alínea c) da CRP: “Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: “c) A especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas.”

<sup>167</sup> Cfr. incumbindo ao legislador prever um tratamento desigual em situações substancial e objectivamente desiguais, analisando as situações não apenas como existem mas como deviam existir.

<sup>168</sup> Artigo 69º, nº3 CRP: “É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.”

As crianças é reconhecido, obviamente através de um conjunto de *regras especiais*, o direito de participarem e serem titulares neste tipo de contratos – contratos de disposição de imagem. A verdade é que até os recém nascidos poderão participar, licitamente, nestas atividades.

Obviamente, o trabalho do menor acarretará um conjunto de deveres a cargo da entidade empregadora, existindo limitações do tipo de atividade a poder ser exercida pelas crianças; é exigido que estejam previamente estipulados o tempo de trabalho e o respetivo período de descanso com mínimos obrigatórios, entre outras regras.

Assim, hoje, verifica-se um aligeiramento para uma maior tendência da participação infantil no mercado de trabalho, principalmente nestes mercados dos meios artísticos, culturais e publicitários em que a utilização da imagem do menor cada vez mais é utilizada, e tal parece ser aceite de *bom grado* pelo público em geral.

Acreditamos que muitas vezes ao realizar-se a celebração destes contratos não é tomado em conta que uma das partes é um menor, uma pessoa em fase de desenvolvimento da sua personalidade, e que nesta sede qualquer distúrbio, de que tipo for, poderá causar-lhe prejuízos na sua vida futura, prejuízos esses mesmo a nível psicológico.

MENEZES CORDEIRO, grande defensor deste tipo de atividades pelos menores, diz que esta pode ser uma “nova fonte de rendimento para a família”<sup>169</sup> e afirma existirem regras especiais de tutela dos trabalhadores que são incapazes nos termos gerais.

Sendo esta última afirmação totalmente verdadeira, dúvidas colocamos quanto ao primeiro argumento, na medida em que o rendimento fruto do trabalho do menor, além de o nosso CC permitir que aquele rendimento seja eventualmente utilizado para suprir os ditos encargos da vida familiar, como analisaremos, essa não é a sua finalidade principal.

Em teoria, os rendimentos fruto destes contratos caberão ao menor, cabendo tão só aos pais administrá-los, visto ser aquele incapaz perante a lei para exercer os seus direitos nesses termos.

Acreditamos que a possibilidade que os pais teriam de utilizar aqueles rendimentos nos encargos da vida familiar, nomeadamente até em algumas despesas, ditas extraordinárias, com aquele filho, deva ser observado de forma excecional, e não como regra.

---

<sup>169</sup> Cfr. CORDEIRO, MENEZES – “*Tratado de Direito Civil*” Coimbra Almedina, volume 1, T III, 2004, *ob.cit.* pp 903 ss.

## 10.2. Rendimento fruto da Disposição da Imagem do Menor

Estando o menor perante um contrato ou uma prestação de serviços, a ser celebrado entre ele e determinada agência publicitária, artística ou de espetáculo, a disposição da sua imagem nestes termos implicará, à partida, uma retribuição.<sup>170</sup>

Quanto ao que a retribuição do menor diz respeito, o CT estabelece a regra geral nesta matéria no seu artigo 70º, que estabelece que o menor que seja maior de dezasseis anos terá um regime semelhante ao maior de idade no que toca à sua compensação económica. Este poderá livremente recebê-la sem necessitar do assentimento ou da mera opinião dos seus representantes legais (nº1). Existem, obviamente, regras especiais quanto ao tipo de trabalhos que poderão ser por estes realizados, tendo em conta a sua especial fragilidade e ingenuidade.

Já quanto ao menor de dezasseis anos o regime será outro. Este só poderá receber (por ele próprio) a retribuição respetiva do trabalho por ele prestado se não existir oposição dos seus representantes legais por escrito. O artigo é *rígido*, na medida em que constituirá contraordenação grave por parte da entidade empregadora oferecer a retribuição ao menor caso aquela oposição exista (nº2 e nº6 do artigo 70º do mesmo diploma legal).

De todo o modo, no caso de serem os representantes legais a receber a retribuição do menor em vez dele, aquele rendimento nunca será “*bem próprio*” destes, e sim um bem do menor a que lhes cabe a sua administração; administração essa que terá sempre como parâmetro base o superior interesse da criança.

Desta forma, entramos no âmbito da administração dos bens do menor pelos seus representantes legais ao abrigo das suas responsabilidades parentais.

Seguindo o regime do CC, o artigo 1878º aponta-nos para o fato de que aos pais caberá administrar os bens do filho menor de idade<sup>171</sup>, devendo fazê-lo com o “maior zelo e

---

<sup>170</sup> Cfr. Não sendo esta obrigatória. Esta é uma situação criticada por MARGARIDA PORTO in “*A Participação do Menor em Espetáculo ou outra Atividade de Natureza Cultural/Artística e Publicitária – Análise das especificidades do regime legal*”, Editora Almedina, Coimbra, abril 2010, *ob.cit.* p. 240 e faz também com que CLÁUDIA TRABUCO in “*Contratos...*”, afirme que este contrato é efetivamente um contrato de prestação de serviços e não um contrato de trabalho, visto que a remuneração é elemento imprescindível destes últimos. *ob.cit.* p. 453-457.

<sup>171</sup> Cfr. entenda-se menor de dezasseis anos. O menor que tenha entre dezasseis a dezoito anos terá, à partida, plena capacidade para receber a retribuição fruto das suas atividades, tirando algumas exceções presentes no Código do Trabalho.

cuidado possível”, ou seja, poderão estes efetivamente receber os rendimentos em vez da criança.<sup>172</sup>

Atendendo ao nº 1 do artigo 1896º do CC é permitido aqueles aplicar esse rendimento para satisfazerem as despesas do menor com o seu sustento, segurança, saúde e educação, e parece também que esta utilização é lícita para socorrer as ditas “necessidades e encargos da vida familiar”, dentro dos limites que sejam considerados “justos”.<sup>173</sup>

No entanto, estando em causa um rendimento do menor fruto da realização de um contrato de disposição de imagem, acreditamos que a RCT nos aponta, no seu *espírito*, para uma interpretação restrita desta possibilidade de serem utilizados os rendimentos do menor para o suprimento das necessidades da restante família.

Existe, assim, lei especial (RCT) no caso da cedência da imagem do menor que se irá sobrepor as regras gerais presentes no CC e CT, visto que “*les speciales derogat legi generali*”.

Quando a utilização da imagem da criança é desenvolvida no âmbito publicitário, a RCT diz-nos que teremos a regular as mais diversas situações um órgão imparcial, a CPCJ, como analisamos<sup>174</sup>.

Quanto ao que a retribuição diz respeito a RCT estabelece o mesmo regime do CT.

No entanto, acreditamos que a CPCJ deveria ter o poder/dever de estabelecer o montante que do total da sua retribuição o menor de dezasseis anos poderia livremente receber, sendo a restante quantia depositada numa conta à ordem que aquele pudesse usufruir

---

<sup>172</sup> Cfr. não devemos também deixar de referir que o artigo 127º do CC impõe um conjunto de exceções à incapacidade dos menores que podem também aqui ser relevantes. De alguma forma a lei neste artigo amplia os limites “dentro dos quais é lícito ao menor dispor dos bens adquiridos à custa do seu trabalho, seja qual for a modalidade deste” - in “*Código Civil Anotado*”, volume I, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora Limitada – LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES com a colaboração de MESQUITA, HENRIQUE M. Se englobarmos esta disposição na alínea b) ou c) do artigo 127º do CC podemos considerar que, mesmo à luz do CC, possa ser ele próprio a auferir livremente a retribuição fruto desta atividade – “alínea b) os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposição de bens, de pequena importância” e” c) .... Os relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no (seu) exercício”. De todo o modo, sendo a RCT uma legislação especial irá sempre sobrepor-se as regras gerais.

<sup>173</sup> Cfr. Também os artigos 1888º e 1889º do CC deverão ser tomados em consideração nesta análise. Estes estabelecem-nos os atos a serem praticados pelos representantes legais que se encontram dentro e fora do seu poder de administração, e aqueles que estarão sujeitos a autorização dos tribunais para serem válidos.

<sup>174</sup> Cfr. artigo 5º da RCT.

a partir de certa idade, quando complete dezasseis anos. Adotando-se, assim, este sistema que já é o presente no ordenamento francês nesta matéria.<sup>175</sup>

A CPCJ faria esta avaliação tendo em conta as suas necessidades, ou seja, a quantia por ela estabelecida<sup>176</sup> que o menor poderia auferir naquele momento (tendo em conta as suas necessidades e que não iria para a dita conta à ordem), poderia ser por ele recebida e dar-lhe-ia os fins que desejasse, a menos que existisse, como já nos é estabelecido pelo CT, oposição dos seus representantes legais por escrito, oposição essa fundamentada no porquê de o menor não ter ele próprio capacidade para receber aquela parte do rendimento que a CPCJ lhe atribuisse.

Nas situações em que esta oposição existisse caberia aos representantes legais a administração daquela parte do seu rendimento, seguindo os termos do CC que começamos por analisar.

Importa ressaltar que estando sobre o regime do CC existe a possibilidade clara na lei de os pais se poderem socorrer daquele rendimento para suprir as ditas “necessidades da vida familiar”. Como já referimos, não nos parece que a RCT seja tão branda como o CC, este último diz-nos que essa utilização deverá ser feita apenas dentro do que se considere “justos limites”.

Assim, consideramos como lícita, à luz da RCT, a utilização daquele rendimento que supra as necessidades daquela criança em questão, e não as necessidades da família observada na sua totalidade<sup>177</sup>.

Todavia, aceitamos que a maior parte das situações são duvidosas, até porque estando em causa o interesse da família como um todo de alguma forma estamos a beneficiar a criança em questão integrada naquele seio familiar.

Este controlo, a ser exercido, poderia sê-lo também pela CPCJ.

---

<sup>175</sup> Cfr. desta forma seguimos a proposta apresentada por GIL, SUSANA I.P.F.S. in “*A Prestação de Trabalho dos Menores em Atividades Publicitárias*”, Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, volume VI. Nº21, março 2016, *ob.cit.* p. 43-44.

<sup>176</sup> Cfr. que o determinará tendo em conta as necessidades do menor naquele momento, tirando parte do seu rendimento para esse fim. Quanto ao restante, este a partir do momento em que complete os dezasseis anos, tendo capacidade para auferir o rendimento fruto da sua atividade profissional, poderá levantar os valores depositados e dar-lhe os fins que desejar.

<sup>177</sup> Cfr. teremos por exemplo uma utilização legítima quando os pais se utilizam daquele rendimento para pagar um caro colégio privado ao filho que trabalha na publicidade, sendo que de outra forma não o poderiam fazer. Consideramos que situação diferente seria a utilização por algum dos progenitores do rendimento da criança para comprar um carro novo, que só seria utilizado, por exemplo, por um dos representantes legais, não usufruindo a criança do automóvel nem tirando qualquer proveito daquela compra, que foi feita com os seus rendimentos.

Admitimos que a CPCJ confrontar-se-ia, muito possivelmente, com a dificuldade prática de saber se aquela utilização dos rendimentos do menor lhe seria diretamente benéfica ou não.

Por fim, quanto a possível responsabilização dos representantes legais pelo uso indevido daquele rendimento, entramos no campo da violação das suas responsabilidades parentais.

Terá legitimidade para reagir contra estes, nos termos do artigo 1915º do CC, o próprio menor até um ano depois de ter atingido a maioridade/emancipação; o ministério público (que tem um papel fulcral de proteção das crianças nestes termos) e que poderá, inclusive, agir em representação do menor; qualquer parente do menor ou mesmo qualquer outra pessoa externa ao seio familiar da criança.

Nestas situações poderão ser pedidas meras informações sobre o património atual da criança e será intentada a anulação dos atos de alienação praticados, nos termos dos artigos 1893º e 1915º do CC. Nos casos mais graves poderemos ter a efetiva inibição total das responsabilidades parentais.

A prática tem demonstrado que esta proteção é insuficiente, porque muitas vezes quando aquele é menor parece não existir ninguém importado em proteger o seu património, e quando maior os laços afetivos que os unem podem impedi-los de reagir contra os seus representantes legais. Mesmo o ministério público<sup>178</sup> parece não conseguir estar *alerta* e acompanhar devidamente todas essas situações.

## 11. Breve análise de direito comparado

Em Portugal, quando a utilização da imagem de crianças é utilizada por agências publicitárias e/ou de espetáculo no âmbito de um contrato e sobre os termos da RCT, teremos a intervenção do tal terceiro imparcial (CPCJ) que surge para autorizar e controlar a licitude daquela utilização da sua imagem.

No entanto, quando o vínculo contratual não se verifica; quando não estejamos perante situações que se encontrem sobre a égide da RCT e/ou são os próprios representantes

---

<sup>178</sup> Cfr. nos termos do artigo 23º, nº 1 do Código do Processo Civil cabe ao ministério público em “representação de incapazes e ausentes intentar em juízo quaisquer ações que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses.” No entanto, a verdade é que muitas vezes a representação do menor pelo ministério público é *impugnada*, como iremos analisar mais adiante.

legais a dispor (com objetivos económicos ou de notoriedade) da imagem da criança, esse controlo externo não existe.

Mesmo nas primeiras situações, vimos que a RCT e o n.º 2 do artigo 14.º do Código da Publicidade são reiteradamente violados, sendo, ainda, muito maior o número de crianças que dispõe da sua imagem nestes termos do que aqueles que a CPCJ apresenta.

Mostrando-se a nossa lei especial e todo o regime desta sede insuficiente e com pouco sucesso no fornecimento de uma verdadeira proteção à criança, vejamos então, sucintamente, como se processa a proteção da imagem do menor noutros países.

Em Espanha, a Lei 1/1996, de 15 de janeiro de 1996, já analisada, fornece proteção jurídica ao menor de idade, no seu artigo 4.º. Este artigo ocupa-se da proteção em específico do seu direito à honra, à intimidade e à imagem. O n.º 2 do mesmo artigo estabelece como órgão responsável pelo controlo de imagem de crianças o ministério fiscal, também responsável para conceder autorizações para a utilização da sua imagem nos diferentes seios.<sup>179</sup> A doutrina diverge se esta intervenção acontecerá em todas as situações em que a utilização da imagem da criança é levada avante, ou dependerá sempre da autorização dos seus legais representantes para que tal seja possível.<sup>180</sup>

Em Itália, temos presente o Decreto legislativo n.º 196, de 30 de junho de 2003 que estatuiu um Código em matéria de proteção de dados pessoais, com a finalidade declarada no artigo 2.º de assegurar que o tratamento dos dados pessoais, dos dados de identificação, dos dados sensíveis (origem étnica, convicções políticas, religiosas ou filosóficas) e dos dados judiciais, sejam feitos com respeito aos direitos e às liberdades fundamentais do interessado, e com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, com especial referência à reserva pessoal e à identidade, e ainda, ao direito à proteção dos seus dados pessoais - em que integramos aqui a sua imagem. A Lei de Tutela dos Dados Pessoais Alemã protege o menor em específico.<sup>181182</sup>

---

<sup>179</sup> Cfr. n.º 2, do artigo 4.º da lei /1996, de 15 de janeiro de 1996 – “La difusión de información o la utilización **de imágenes o nombre de los menores** en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.”

<sup>180</sup> Cfr. SUEIRO, MARIA E. in “*El derecho a la propia imagen*”, Granada: Editorial Comares, 2000, *ob.cit.* p.124-125, defende que no âmbito da defesa da imagem do menor a intervenção do ministério fiscal deve existir mesmo no caso em que o menor já tenha prestado o seu consentimento e/ou os seus representantes legais já o tenham feito. O que acompanhamos.

<sup>181</sup> Cfr. JÚNIOR, DAVID CURRY – “*A Proteção...*”, *ob.cit.* p. 19.

<sup>182</sup> Cfr. A Lei de Tutela dos Dados Pessoais, cuja disciplina, na doutrina, é tratada com a expressão “*right of privacy*”, originária do direito norte-americano, que já analisamos, fixou, no seu artigo 50.º, a proibição de

Para além disso, observamos já que o ordenamento jurídico italiano apresenta uma certa aversão quanto à *vertente não patrimonial* que este direito de personalidade pode envolver.

Na Grécia, o protagonismo de crianças em filmes, novelas ou em qualquer tipo de publicidade só é permitido através de uma autorização especial concedida pelo próprio ministério do trabalho, em que parece-nos que caberá aos representantes legais ou a agência publicitária que da imagem da criança se utiliza a elaboração de um requerimento de concessão de autorização.

Este sistema jurídico tem também presente, tal como no nosso ordenamento, a necessidade de existência de uma relação direta do menor com a publicidade que estará a ser por ele divulgada, regra essa, entre nós, presente na disposição legal do artigo 14º do Código da Publicidade, que exige a tal relação direta entre o produto e o meio infantil. Resta saber se nesse país esta situação será mais controlada com o recurso ao controlo do ministério, ao invés de ser feito por parte de uma Comissão externa, como acontece no nosso ordenamento jurídico.<sup>183</sup>

Em França, como observamos, não podemos falar de um real direito à imagem sendo este protegido como uma mera extensão do direito à intimidade da vida privada. Seguindo então esta vertente, basta uma autorização formal dos pais ou tutores do menor de dezasseis anos e uma adequada estrutura médica escolar para serem permitidas filmagens ou qualquer forma de captação da imagem da criança<sup>184</sup>. Não existe a regra de relação direta, nem existe a intervenção, *diga-se direta*, de entidade externa de controlo chamada a colação para a concessão das autorizações, bastando que aqueles pressupostos estejam cumpridos para a disposição da imagem e/ou vida privada do menor se proceder licitamente.

Podemos concluir que além de elogiarmos e propormos o que o sistema francês impõe em matéria de compensação económica/ retribuição do menor fruto destas atividades, a nível de uma proteção moral inicial do direito à imagem da criança, este país apresenta,

---

publicação ou divulgação, por qualquer meio, de notícias ou imagens idôneas a permitir a identificação da criança ou do adolescente, especialmente em relação aos casos em que ocorreu o seu envolvimento. Esta proteção alastra-se aos processos judiciais em matéria diversa da penal.

<sup>183</sup> Cfr. PEREIRA, HELOÍSA PRADO - “Utilização não autorizada da Imagem do Menor e o Dano Moral”, orientação: Diogo Leite de Campos, Coimbra, 2004, B-18-25-15.

<sup>184</sup> Cfr. são essas limitações impostas pelos artigos 37º e seguintes do Código Civil Francês.

ainda, um regime bastante leviano em matéria de proteção dos seus direitos de personalidade.<sup>185</sup>

A Alemanha, por outro lado, é um país que apresenta um regime bastante rígido no que toca a utilização de imagens de crianças, na medida em que quaisquer filmagens que envolvam menores carecem de permissão de autoridades civis, que só as concederá com prévia homologação do contrato de disposição de imagem; a ser homologado pela secção de família do Supremo Tribunal.<sup>186</sup> Neste caso, já temos um órgão judicial como único competente para a concessão dessas autorizações<sup>187188</sup>.

Por fim, a Suécia é também um país com um regime bastante *severo* nesta matéria.

Com a reforma legal em sede de proteção da imagem e vida privada da criança é excluído, quase totalmente, a possibilidade de crianças com menos de doze anos poderem participar em programas de televisão ou anúncios televisivos.

O objetivo que esta reforma quis alcançar parece ser o de proteger os jovens de pressões comerciais para o consumo de produtos.<sup>189</sup>

O sistema jurídico sueco acredita que os interesses da criança deveriam estar acima de qualquer interesse comercial e/ou económico, na medida em que, *na opinião daquele legislador*, a utilização de imagens de crianças com menos de doze anos não lhes trará a elas próprias nenhuma vantagem, entendendo mesmo ser um entrave ao livre desenvolvimento da sua personalidade, tendo aquela utilização apenas a finalidade de beneficiar terceiros, ou

---

<sup>185</sup> Cfr. No entanto, existe Legislação Francesa relevante em matéria de proteção do menor na publicidade - Lei n. 98.468, de 17 de junho de 1998 e os artigos 227-23, ambos relevantes em matéria penal, em que se protege a imagem das crianças figuradas em sentidos eróticos e ou pornográficos – JÚNIOR, DAVID CURY – “*A Proteção...*”.

<sup>186</sup> Na Alemanha, até a Constituição de 23-5-1949, o parágrafo 823 do BGB era utilizado na doutrina e na jurisprudência como cláusula geral do ilícito civil, sendo aplicado para a solução de questões relativas aos direitos da personalidade, particularmente muito utilizado em matéria de proteção do direito à imagem. Nesse sentido, quem nos esclarece é Capelo de Sousa, in “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 *ob.cit.*, p. 82 e Karl Larenz - “*Derecho Civil – parte general*”, trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Caracas, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 161.

<sup>187</sup> Cfr. Em Portugal, existe a possibilidade de os pais recorrerem também para a secção do tribunal de família e menores da decisão de não concessão de autorização pela CPCJ, mas não é, no entanto, o órgão judicial o responsável pela concessão das ditas autorizações, tendo apenas um papel de recurso quando os pais ou a agência não concordem com a não concessão de autorização por parte da comissão (tal situação está prevista no n° 1 do artigo 11° da RCT), e ainda, como vimos, nas situações em que a sua intervenção não é permitida/consentida pelos legais representantes da criança.

<sup>188</sup> Cfr. Ideias base do regime Grego, Francês e Alemão retiradas in “*Utilização não autorizada da Imagem do Menor e o Dano Moral*” – PEREIRA, HELOÍSA PRADO, Coimbra, 2004, B-18-25-15.

<sup>189</sup> Cfr. Conforme notícia presente no site <http://ofuxico.uol.com.br>, em 26/01/2005. A proibição existe desde 1991, e foi editada para preservar as crianças no seio da publicidade, já que, no entender do sistema jurídico sueco, estas não possuem discernimento para compreender verdadeiramente os produtos que lhes cabe divulgar; é tomada em conta a sua idade como o fator central da proibição.

seja, daqui concluímos que a ideia seguida pelo nosso ordenamento de que deve estar em causa um “superior interesse do menor” com esta utilização é observada pelo ordenamento sueco como uma ideia ilusória.<sup>190</sup>

## CAPÍTULO V

### **12. O Papel dos Representantes Legais nas situações de Disposição Indevida e/ou Abusiva da Imagem dos Menores**

As Responsabilidades Parentais vão para além da mera faceta jurídica de suprimento da incapacidade dos menores.

Existe em relação aos representantes legais da criança um dever de os proteger, dever esse não só moral, mas também legal.

Não o fazendo da forma adequada caberá a sua responsabilização.

A nossa CRP já nos alude para este caminho.

O artigo 67º CRP demonstra-nos que incumbe ao Estado proteger a criança e a família. Parece-nos que aqui estará *implícito* um dever de o Estado proteger as crianças quando os seus representantes legais não sejam as pessoas adequadas para prover a sua adequada educação e desenvolvimento.

SÓNIA MOREIRA afirma, neste sentido, que: “a família deve ser vista como centro do universo pessoal dos menores, representa-se também cada vez mais como estando no centro de grandes problemas, perante os quais se pede uma posição ativa do estado”<sup>191</sup>. Outros autores a acompanham, como é o caso de JORGE MIRANDA.<sup>192</sup>

Nesta senda, acreditamos que apesar de nas responsabilidades parentais se incluírem os poderes funcionais de representação e administração dos filhos menores, as responsabilidades parentais não esgotam, por si só, esta realidade jurídica.

Estas consistem no “conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo funcional de filiação entre pais e filhos e incumbem aos representantes legais o

---

<sup>190</sup> Cfr. JÚNIOR, D.C. – “*A Proteção jurídica da Imagem da Criança e do Adolescente*”, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, *ob.cit.* p. 144-151.

<sup>191</sup> Cfr. MOREIRA, SÓNIA – “*A autonomia do Menor no exercício dos seus Direitos*”, Scientia Iurídica, Tomo I, Nº 291, setembro-dezembro, 2001, *ob.cit.* p. 159 a 194.

<sup>192</sup> Cfr. MIRANDA, JORGE – “*Sobre o Poder Paternal...*”, -“*Revista de Direito e Estudos Sociais*” Coimbra, A. 32, (1-4), janeiro-dezembro, 1990, *ob.cit.* p. 23-56, seguindo o mesmo caminho – SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*A Autonomia do Direito das Crianças*” in LEANDRO, ARMANDO; LÚCIO, ÁLVARO LABORINHO; GUERRA, PAULO (coordenador) - Estudos em homenagem a Rui Epifânio. Coimbra: Almedina - ISBN 978-972-40-4069-1., 2010 *ob.cit.* p. 79-88.

seu cumprimento com vista à promoção e proteção do desenvolvimento integral da criança”<sup>193</sup>, os próprios artigos 1877º e 1878º do CC corroboram este entendimento.

Seguindo o mesmo entendimento, ROSA MARTINS diz-nos que “as responsabilidades parentais são um feixe de poderes funcionais atribuídos pela ordem jurídica aos pais para que eles possam desempenhar a sua função de cuidar dos filhos, protegendo-os e promovendo a sua autonomia e independência.”<sup>194</sup>

CAPELO DE SOUSA afirma algo relevante nesta sede: “ No que toca a dinâmica evolutiva de cada homem, surge desde logo quanto à criança e ao jovem, enquanto personalidades com uma estrutura física e mental particularmente em formação, e assim portadores de uma certa fragilidade e credoras de respeito e ajuda da família/da Sociedade/do Estado, tanto em áreas específicas que o nosso Direito tem vindo a identificar, como na globalidade do seu ser com vista ao seu desenvolvimento integral, são essas virtualidades e carências na personalidade dos menores que podem tornar ilícitas e suscetíveis de responsabilidade civil certos atos que estão a ser praticados...”<sup>195</sup>

A verdade é que o filho menor é irremediavelmente um sujeito de direitos que, pela sua proteção e interesse, está sob o escudo do compromisso/comprometimento e responsabilidade dos seus representantes legais.<sup>196</sup>

É certo que, enquanto menores, os filhos são representados pelos seus representantes legais, porém, entendemos que esta representação diz somente respeito aos atos que beneficiem o menor e cuja representação careça inevitavelmente da decisão final dos ditos representantes.

A disposição do direito à imagem da criança, envolvendo um direito de personalidade, faz com que, devido ao carácter *pessoalíssimo* deste tipo de direitos, só deva essa disposição ser exercida pelos representantes legais ao invés das crianças em situações que ROSSANA CRUZ chama de “situações de necessidade”, posição que, de alguma forma, acompanhamos.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> Cfr. MARTINGO CRUZ, ROSSANA – “A Divulgação da Imagem do Filho Menor na Rede Social – Desafio de exercer as responsabilidades parentais num novo mundo WEB/DIGITAL” – Instituto Politécnico de Cávado e do Ave – Universidade do Minho, “Estudos”, 2016, *ob.cit.* p. 282.

<sup>194</sup> Cfr. CÂNDIDO MARTINS, ROSA – “Menoridade...”, *ob.cit.* p. 281.

<sup>195</sup> Cfr. DE SOUSA, R. V. A. CAPELO - “O Direito Geral de Personalidade” *ob.cit.* p. 368 ss.

<sup>196</sup> Cfr. tal é visível, como já ressaltamos, com o abandono da figura do “poder paternal”, com a lei nº 6, 1/2008 de 31 de outubro.

<sup>197</sup> Cfr. MARTINGO CRUZ, ROSSANA – “A Divulgação...”, *ob.cit.* p. 279-293.

Acompanhamos a autora quando esta afirma que em abstrato não se vislumbra qualquer interesse e/ou benefício que a criança possa retirar do facto da sua imagem ser divulgada, partilhada e acabar, por exemplo, por “*cair*” na rede social.

Sabemos que, a partir do momento em que a imagem é colocada na *internet*, a mesma não desaparecerá tão facilmente, ainda que possa vir a ser apagada por quem a colocou. Basta a alguém que a tenha visto no seu computador fazer uma captura de ecrã (o chamado “*printscreen*”), que passa a ter aquela imagem em sua posse. A verdade é que essa pessoa poderá facilmente colocar essa imagem noutros fóruns sociais.

Além dos próprios perigos que a *internet* acarreta para a utilização indevida da imagem das crianças, defendemos que os representantes legais, não são, de todo, proprietários da imagem dos filhos.

Seguindo este entendimento, o artigo 69º da CRP, que começamos por analisar, oferece às crianças uma proteção contra o exercício abusivo da autoridade parental que impede (ou pode impedir) o Estado (e a sociedade!) de fechar os olhos e ignorar o sofrimento e a violação dos seus direitos, mesmo que essas violações ocorram no seio familiar (sendo até mais graves nestes casos).

Salvo melhor entendimento, é esta a interpretação, neste âmbito, que colhemos desta disposição legal.

Outros ordenamentos caminham de mãos dadas com Portugal na defesa da criança *contra* os próprios representantes legais.

No ordenamento brasileiro, por exemplo, CORDEIRO E LEITE e outros autores entendem que os progenitores/representantes legais devem zelar pela atuação dos filhos no ambiente virtual, devendo ser responsabilizados por negligência até mesmo nos casos em que a conduta dos filhos menores de dezoito anos não produza danos ao próprio adolescente.

Os autores sustentam este pensamento dizendo que aos filhos menores deve ser garantido o direito à saúde, o que engloba também o seu adequado desenvolvimento psíquico, intelectual e o adequado desenvolvimento da sua personalidade, que sem essas limitações ficaria comprometido.<sup>198</sup>

Como já ressaltamos em capítulos anteriores, acreditamos que quando a iniciativa parta dos representantes legais de quererem dispor da imagem da criança de alguma forma,

---

<sup>198</sup> Cfr. CORDEIRO, CRISTINA DA FARIA E LEITE, CARLA CARVALHO in “*Você também é responsável*” – Geração Digital: Riscos e Benefícios das Novas Tecnologias para as Crianças e Adolescentes – Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2008, *ob.cit.* p. 189.

a opinião do menor deve ser tomada em consideração quando o seu entendimento o permite ou deverá mesmo a decisão do menor prevalecer sobre a dos seus legais representantes quando o seu discernimento já esteja verificado.

No entanto, entendemo-lo de forma diferente quando a iniciativa de publicar imagens ou fotografias suas (na *internet*, por exemplo) parta do próprio menor.

Nestas situações, acreditamos que os representantes legais poderão ser os entes responsáveis pela última palavra na decisão de divulgação ou não.

Nesta senda, no ordenamento português, acompanhamos SOTTO MAYOR ao defender um poder de correção dos pais em relação aos filhos. Correção essa não entendida como punição física ou em forma de castigos.

A autora afirma que a educação se faz através do diálogo, negando a licitude de castigos, ainda que (considerados) pedagógicos. Sublinha, contudo, poder ser proporcional às necessidades educativas e de proteção dos filhos uma correção contra possíveis abusos, sendo necessária uma atenção e *super* vigilância constantes nas publicações efetuadas que envolvam menores e que possam levar a que um certo conteúdo, por exemplo sexual, possa daquelas fotografias ser extraído.<sup>199</sup>

Consideramos que se os representantes legais não impuserem certo tipo de limitações às publicações e divulgações das suas imagens e fotografias de alguma forma, aí sim teremos um exercício incorreto das responsabilidades parentais que levará a que exista uma limitação à própria privacidade do jovem, ao contrário do que se poderia pensar.

A verdade é que o *aligeiramento* dos progenitores/representantes legais em não limitar esse tipo de publicações fará com que a privacidade do menor esteja desprotegida, por mais que naquele momento o menor considere que de alguma forma a responsabilidade parental está a limitar a sua liberdade individual.

Defendemos que essa limitação é que fará com que a livre personalidade da criança se possa corretamente desenvolver.<sup>200</sup>

No entanto, concordamos que não se pode tratar de uma limitação extrema.

Vejamos.

---

<sup>199</sup> SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*Existe um poder de correção dos pais?*” – Comentário à propósito do Acórdão do STJ de 05-01-2006 – *lex familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, a.4, n° 7 – (2007).

<sup>200</sup> Cfr. SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*Existe um poder de correção dos pais?*” – Comentário à propósito do Acórdão do STJ de 05-01-2006 – *lex familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, a.4, n° 7 – (2007), *ob.cit.* p. 124.

Acreditamos que a interceção de e-mails, mensagens trocadas pelos menores é, na maior parte das situações, assunto privado da vida da criança, dependendo claro da sua maturidade e discernimento, não estando aqui os representantes legais a poder licitamente exercer um controlo constante.

Até porque, consideramos também, que se o menor já tem acesso ao telemóvel e já tem o seu próprio e-mail, o representante legal já o autorizou previamente e assim esse controlo já não é necessário.

Por outro lado, situação diferente será estar atento as publicações das crianças quando as suas imagens estejam em causa.

Ver e-mails e mensagens já consideramos que será ir contra a liberdade individual e autonomia do menor, e conseqüentemente haverá também violação do seu direito à intimidade da vida privada.<sup>201</sup>

A tomada de conhecimento dos representantes legais sem autorização dos menores deste tipo de informações poderá até preencher o tipo legal do crime de violação de correspondência, crime esse previsto e punido no artigo 194º do Código Penal.

De todo o modo, consideramos que o cerne do problema prende-se com a questão de em Portugal ainda não existir uma *Cyber proteção* adequada aos menores.<sup>202</sup>

A decisão pioneira em matéria de direitos de personalidade do menor no *Cyber Espaço* foi a já analisada decisão do TR de Évora de 2015, que se referiu em especial a utilização da imagem da criança pelos pais em rede social.

O Acórdão referido, além de uma evolução, ainda se baseia nos “*perigos da internet*” entendidos em sentido lato, não se debruçando da mesma forma sobre a questão jurídica propriamente dita da possibilidade de disposição da imagem de uma criança pelos seus representantes legais, como responsáveis pela violação do seu direito de personalidade, direta ou indiretamente - fazendo-a eles próprios ou permitindo que outros o façam.

Estas são efetivamente situações que envolvem conflitos controversos, o acórdão esclareceu apenas o poder do próprio tribunal de declarar que os pais ficam inibidos de publicar fotografias da sua filha. Esta não foi *protagonista* do conflito que levou os pais ao tribunal, visto que o litígio parecia ser entre os dois representantes legais.

---

<sup>201</sup> Cfr. Sendo este um direito de personalidade, nos termos do artigo 80º do CC.

<sup>202</sup> Cfr. não só em Portugal, sendo que a divulgação de imagens na *internet* acarreta sempre um “desconhecimento” quanto à reprodução daquelas imagens. Observamos já que o “direito ao arrependimento”, estabelecido tanto pelo CC como pelo RGPD, não consegue ser suficientemente eficaz nessa prevenção.

Noutro polo de disposição de imagem, nomeadamente em matéria de divulgação televisiva da imagem dos menores, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-12-2018, já analisado, responde a algumas das questões que colocamos, decidindo, desde logo, que o discernimento da criança deve ser tido em conta como fator determinante para a decisão final sobre a disposição dos seus direitos de personalidade, decisão essa que quando discernível deve partir dela própria e não dos seus representantes legais, e quando aplicável, como foi o caso, da prévia autorização da CPCJ.

Neste acórdão são terceiros (*in caso* a estação televisiva SIC), a utilizar-se abusiva e ilegalmente das imagens dos menores envolvidos, cuja autorização para tal foi fornecida, como já analisamos, pelos representantes legais e não pela CPCJ, e nem tão pouco parece ter existido o pedido de opinião ou o real consentimento dos menores para o aparecimento da sua imagem no *Reality show*.

Desta feita, para além do processo judicial instaurado pelo ministério público em representação das crianças, são abertos também<sup>203</sup> processos de promoção e proteção pela CPCJ, relativamente a cada uma das crianças envolvidas, com o fim de ser aplicada medida de promoção e proteção junto aos representantes legais.

O que pretendemos compreender ao longo da dissertação, e a jurisprudência ainda não é clara e suficientemente uniforme neste sentido, será o ponto de saber até onde vai a liberdade individual da criança de poder decidir sobre a utilização da sua imagem, e onde “*acaba*” o poder/dever dos representantes legais sobre essa decisão.

É neste ponto que o acórdão de 2018 do Tribunal da Relação de Lisboa parece-nos um excelente ponto de partida, ao afirmar que: “*Se o menor dispuser de discernimento e maturidade suficientes que lhe possibilitem avaliar corretamente o alcance e as consequências do consentimento limitativo dos seus direitos de personalidade, deve ser ele e não o(s) representante(s) progenitor(es) a consentir nessa limitação.*”, e ainda que: “*Existe conflito de interesses quando o representante legal dos interesses do menor, descurando o superior interesse do representado atua, ainda que negligentemente, priorizando interesses próprios.*”

Sintetizando, acreditamos que, na maior parte das situações, os progenitores/representantes legais não podem ser os responsáveis pela decisão final na publicação da imagem dos filhos, nos casos em que esta disposição é desencadeada pela sua

---

<sup>203</sup> Cfr. correndo por apenso ao primeiro.

vontade (dos progenitores), e independentemente dos seus objetivos, ou mesmo quando é levada a cabo por terceiros com a autorização daqueles, como aconteceu no acórdão referido a cima.

Por outro lado, quando o menor, por exemplo, tem a sua própria rede social e divulga a sua própria imagem, acreditamos que, tendo sempre como parâmetro base a sua maturidade e sensatez, os progenitores/representantes legais é que **poderão ou não autorizar** certo tipo de publicações.

A verdade é que quando estes não permitem que o menor por eles representado publique uma fotografia sua por alguma razão, fazem-no no interesse da criança, nenhuma vantagem terão com a não publicação.

Sendo o nosso vetor de proteção do menor o seu “superior interesse”, acreditamos que o protegemos da melhor forma quando deixamos, nestes casos específicos ressalva-se, a decisão final aos representantes legais.

De todo o modo, pelo menos a opinião do menor deverá ser sempre tida em conta, quando o seu entendimento se verifique.<sup>204</sup>

Nestes casos poderá gerar-se conflitos entre *direitos*. Assim, haverá que ter em consideração as circunstâncias do caso concreto em análise e deve a solução ser procurada no nº2 do artigo 335º do CC, referente a colisão de direitos.

A verdade é que não consideramos que tenhamos aqui “*direitos de igual valor*”. Parece-nos que a liberdade negocial e a vontade dos representantes legais deverão ter de ceder perante a prevalência de um direito de personalidade que, nestas circunstâncias, parece ser considerado superior.<sup>205</sup>

Como critério decisivo deste *processo de ponderação* teremos a dignidade da pessoa humana, mas acreditamos que este princípio estará sempre a favor da proteção dos direitos de personalidade do menor.

---

<sup>204</sup> Cfr. como vemos pela evolução legislativa – artigo 1878º do CC e a própria Convenção dos Direitos da Criança.

<sup>205</sup> Cfr. É o caso também de quando a liberdade de imprensa choca com o direito à imagem, não existindo razões justificativas (interesse público) que justifiquem aquela divulgação. Citando o Acórdão 42822/06.0TVLSB do STJ: “*Por aplicação do disposto no citado artigo 335º do C. Civil, há que entender que a liberdade de expressão não possa (e não deva) atentar contra os direitos à reserva da intimidade da vida privada e à imagem, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação.*”

### 13. A Criança “Figura Pública”

Importa agora considerar qual o tratamento específico do direito à imagem da criança que é uma figura pública.

Primeiramente densifiquemos em que situações se poderá considerar uma pessoa como tal.

MARIA DEL CARMEN GARCIA GUARNICA<sup>206</sup> considera que pessoa notória é aquela que “é conhecida pelos indivíduos de um determinado ambiente, pela sua profissão, cargo público/papel mediático que assumiu; seja de âmbito universal/nacional/regional ou local”.

Assim, acompanhando esta qualificação, figura pública será a pessoa que é reconhecida, de alguma forma, pela maior parte do público em geral, tendo em conta o cidadão médio.

Nestes termos, atualmente, existem bastantes crianças que são figuras-públicas, não sendo esta uma realidade apenas dos cidadãos adultos.

No entanto, a notoriedade ligada a criança levanta um conjunto questões e problemas.

Segundo grande parte da doutrina, existirá um direito da criança (de forma mais alargada do que nos adultos) de não ser mais incomodada depois do seu período de notoriedade ter passado, e mesmo durante essa fase, a intromissão na sua vida e na utilização da sua imagem deve ser entendida restritivamente, tendo em conta o efeito prejudicial, possivelmente futuro, que poderá ter no menor.

Esta conceção doutrinal aponta-nos para a necessidade de diferenciar a notoriedade do menor da notoriedade ligada a cidadãos adultos, que já estão de alguma forma melhor preparados para lidar com as situações que o mediatismo inerente à sua imagem acarreta.<sup>207</sup>

O que se discute, será a questão de saber se a própria notoriedade do menor faz com que a exposição da sua vida e imagem possa ocorrer naturalmente, existindo assim uma limitação do seu direito à imagem, nos exatos termos do nº 2 do artigo 79º do CC.

---

<sup>206</sup> Cfr. GUARNICA, MARIA DEL CARMEN GARCIA - Em “*El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado:*”, editora Aranzadi, 2004 - Professora da Universidade de Granada.

<sup>207</sup> Cfr. defendido por PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ in “*Direito à Verdade, a Mentira e ao Esquecimento*”, AAFDL Editora, 2018, por exemplo.

Ressalva-se que não entendemos este artigo da mesma forma quando em causa esteja uma criança notória ou uma pessoa adulta figura pública, na medida em que, a criança não teve escolha na decisão de se tornar uma pessoa com visibilidade pública na maior parte das situações, e ainda, a sua especial fragilidade e ingenuidade aliada aos efeitos nefastos que a divulgação abusiva da sua imagem possa trazer à criança faz com que a interpretação deste n.º 2 tenha de ser, obrigatoriamente, mais limitada.

No mesmo sentido, ROSSANA CRUZ aponta para o fato de a proibição de divulgação de imagens de adultos famosos ser hoje um assunto bastante “protegido” e essa proteção não ter o mesmo “impacto” quando falamos de menores de idade.

Por outro lado, a autora aponta para a licitude da divulgação de imagens de crianças que possam ter cariz de interesse público (exemplo: infantes Espanhóis, príncipes de Inglaterra...), afirmando que nestes casos até se admite a divulgação controlada da imagem dos menores, na medida em que a sua menoridade aliada as razões que levam a sua notoriedade deve ser um ponto a ter em conta.

Ressalva ainda que deverão ficar salvaguardadas as situações em que o interesse e vontade do menor esteja em causa com as publicações; quando é ele a decidir sobre a publicação da sua imagem, em qualquer seio.

Não acompanhamos nenhuma destas duas conceções. Vejamos.

Começando pelo segundo ponto, a verdade é que não podemos apenas considerar apenas a “vontade” do menor para concluirmos que o seu superior interesse está salvaguardado, e sim, os termos da publicação/divulgação em causa e que consequências aquela divulgação poderá ter para o seu futuro. Referimo-nos com especial atenção as situações mais complexas, que envolvem a publicação constante da imagem do menor, por exemplo, por ser modelo ou ator. Estamos a referir-nos ao âmbito que envolve o trabalho/participação do menor em espetáculos ou na publicidade.<sup>208209</sup>

---

<sup>208</sup> Cfr. para maior desenvolvimento destas questões consultar a já citada bibliografia de PORTO, MARGARIDA – “*A Participação do Menor...*”, Editora Almedina, Coimbra, abril 2010.

<sup>209</sup> Cfr. até porque a legislação acompanha o nosso entendimento de que não será (apenas) a vontade do menor a ser tomada em conta neste tipo de situações. Nos contratos de disposição de imagem estaremos sobre o regime da RCT – que exige, para além do consentimento do menor maior de doze anos para a sua intervenção, exige também uma autorização de entidade externa de controlo – a CPCJ, como analisamos.

Também o Acórdão do TR Lisboa de 11-12-2019, processo 336(...), já analisado refere que a concessão de autorização da CPCJ nestas situações é crucial para a utilização lícita da imagem do menor – “*A participação de menores em Espetáculos está sujeita a comunicação e pedido de autorização, nos termos dos art.ºs 2.º a 11.º da Lei 105/2009, de 15/09, e depende de prévio acordo da CPCJ, sob pena de não poder ser levada a cabo e de ser considerado nulo, por violar norma imperativa, o contrato celebrado sem a referida autorização.*” O douto tribunal afirma ainda que esta norma da RCT é imperativa, e a sua violação implica a nulidade do contrato

Discordamos também com a autora quando afirma que a dita criança notória tem, muitas vezes, a divulgação da sua imagem “*controlada*” pelo facto de não serem fotografias suas publicadas nas redes sociais (referindo-se aqui as situações especiais das crianças provindas de famílias reais em que tal muitas vezes é vedado, por exemplo).

Acreditamos que não é pelo fato de a sua imagem e vida privada não ser partilhada desta forma que o seu direito de personalidade não será violado. Será violado muito mais de outras formas, nomeadamente, com a exposição constante do seu dia-a-dia, que afetam, *certamente*, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Acreditamos que haverá também que ter em conta nesta análise se aquela notoriedade foi atingida de forma voluntária ou não, sendo ainda mais restringida esta possibilidade de intromissão invocando a “notoriedade” quando a criança atingiu projeção e visibilidade pelo público por ter passado por um evento traumático que se tornou de conhecimento geral, por exemplo.

Consideramos que estes casos são efetivamente diferentes das situações dos jovens que por terem profissões ligadas aos meios artísticos vêm a sua vida privada e a sua imagem a serem, de forma constante, expostas.

No primeiro caso não deverá funcionar as limitações inerentes às imagens de figuras públicas, e mesmo no segundo já ressalvamos que essa limitação deverá ser entendida restritivamente.

Ademais, a doutrina criou, neste seio, o “princípio da vulnerabilidade da criança”, devido a sua situação frágil que se pode verificar tanto em relação aos *Mídias* como em relação aos seus próprios representantes legais.<sup>210</sup>

Acreditamos que o objetivo deste princípio, sendo aplicado no nosso ordenamento, terá o objetivo de como que obrigar a CPCJ, aquando *chamada* a autorizar determinada situação, a partir da análise concreta dos diferentes casos que chegam até ao seu conhecimento e competência, e tenha de perceber se o que esta em causa na situação concreta será o verdadeiro benefício do menor, e não de qualquer outro, para conceder ou não as autorizações, visto que sua autodeterminação nestes casos já é tão limitada, que

---

– “*Portanto, a participação de menores em espetáculos está sujeita a pedido de autorização, nos termos mencionados e depende de prévio acordo da CPCJ, sob pena de não poder ser levada a cabo e de ser considerado nulo, por violar norma imperativa, o contrato celebrado sem a referida autorização*”.

<sup>210</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, CATARINA – “*O Princípio do Superior Interesse da Criança*”, Ação formativa – “*Avanços e Desafios na Defesa dos Direitos da Criança*”, 25/junho/2014.

quando a tem<sup>211</sup> deve fazer esta análise da melhor forma, análise esta que terá como vetor, uma vez mais, o superior interesse da criança.

O mesmo papel deverá assumir a entidade judicial quando a situação em causa esteja dentro da sua competência.

Neste sentido, GOMES CANOTILHO E JÓNATAS MACHADO<sup>212</sup> advertem então para o fato de que o princípio da dignidade humana especificadamente aplicado à criança, não se presta a substituir cláusulas gerais de moral pública e bons costumes, sendo muitas vezes suficiente o recurso ao princípio constitucional para dirimir conflitos entre estes direitos.

Esses conflitos serão, então, entre os direitos da criança, dos representantes legais, das agências publicitárias que possam contratar com o menor, do interesse público e por fim da liberdade de imprensa, que terá de ter especial atenção na divulgação de imagens de crianças, mesmo que sejam consideradas “crianças - figuras públicas”.<sup>213</sup>

Consideramos que mais desprotegido estará o menor quando a iniciativa que tornou a criança uma pessoa notória parte dos seus representantes legais...<sup>214215</sup>

### **13.1. Uma Análise Concreta – a densificação do conceito**

Importa referir-nos ao caso referente à adoção de uma menor de nacionalidade asiática, em que as suas condições de vida e os termos em que a sua adoção se processou fizeram-na atingir notoriedade.

Assim, analisemos sucintamente a situação concreta para concluirmos que, em

---

<sup>211</sup> Cfr. no caso dos contratos de disposição de imagem, nos termos da RCT e nas ditas “situações de perigo”.

<sup>212</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO E JÓNATAS MACHADO – “*Reality shows...*” *ob.cit* p. 58 ss e p. 67.

<sup>213</sup> Cfr. Também o Acórdão do TR Lisboa de 11-12-2019, processo 336(...), já analisado, afirma, relativamente ao conflito de interesses entre o menor e os seus legais representantes, que: “*Existe conflito de interesses quando o representante legal dos interesses do menor, descurando o superior interesse do representado atua, ainda que negligentemente, priorizando interesses próprios.*” E ainda, “*perante uma situação de conflito de interesses entre o menor e o seu representante importa que os progenitores sejam afastados da possibilidade de atuarem o poder-dever legal de representação do filho. A lei, no artº 1881º nº 2, refere que quando houver conflito de interesses entre pais e filhos a representação legal fica suspensa, nomeando-se curador especial.*”

<sup>214</sup> Cfr. MARTINGO CRUZ, ROSSANA – “*A Divulgação...*”, *ob.cit.* p. 275-284.

<sup>215</sup> Cfr. Na decisão do TR Lisboa de 11-12-2018, processo 336(..), já analisada, o Ministério Público aponta exatamente para os efeitos prejudiciais que a notoriedade da criança (notoriedade essa despoletada pelos seus legais representantes) lhes causa ou poderá causar – “*A exibição pública de um programa desta natureza, e neste formato, evidencia receio evidente quanto à restrição desmedida dos direitos daquelas crianças e jovens, através da divulgação televisiva dos seus comportamentos e exposição em público de dimensões da vida íntima de menores de idade com consequências imprevisíveis e de enorme possibilidade nefastas a médio/longo prazo. O programa constitui um espetáculo gratuito, sem qualquer benefício para o desenvolvimento presente e futuro dos menores.*” Neste caso foram os representantes legais que colocaram os menores nesta situação.

circunstâncias análogas, não poderemos conceder o estatuto (des)privilegiado de figura pública à criança.

No caso concreto, a menor, depois de ser *abandonada* pelos seus primeiros pais adotivos, teve a sua imagem e vida privada projetadas à notoriedade pública mundial, sendo alvo de repetidas matérias jornalísticas, chegando ao ponto de ser fotografada inclusive na escola que frequentava.

Tal situação levou aos seus segundos pais adotivos proporem ação judicial para fazer cessar os atos atentadores da imagem da menor de três anos, que viu a sua personalidade altamente afetada com o mediatismo causado, devido ao facto se ter tornado público o seu processo de adoção.<sup>216</sup>

Se o caso tinha algum interesse público no início (*o que desconfiamos*) esse já havia cessado passado alguns anos, e a criança tinha assim o “direito à ser esquecida”, de fugir a uma notoriedade não desejada, mas súbita, e, portanto, altamente nociva, pois são invocados acontecimentos dolorosos e dramáticos que impedem a criança de reconquistar a condição de uma existência normal.<sup>217</sup>

A verdade é que a incontestável força que os *Mídias* apresentam (tanto no caso de crianças modelos ou atores que se tornam figuras públicas desde de muito cedo, e nestas situações em que a notoriedade não é esperada nem desejada) exige zelo redobrado na fiscalização das publicações que envolvam crianças, e que são levadas ao conhecimento do público.<sup>218</sup>

Nesta senda, acompanhamos também MARGARIDA PORTO quando aponta para o fato de termos de perceber em que momento **é que a criança** atinge aquele tal nível de notoriedade que faz com que a lei lhe atribua um regime mais permissivo.

Conclui a autora que teremos de nos guiar pelo padrão do homem médio, homem comum, minimamente atento; se é aquela reconhecida por grande parte do público em geral,

---

<sup>216</sup> Cfr. retirado de JÚNIOR, DAVID CURY – “A Proteção...”, *ob.cit.* p. 97-98 APUD VENDITTI, PRIMULA – “La privacy del minore e i mass-media”, in Privacy, org. Agostinho Clemente, Padova, CEDAM, 1999, p. 389-405.

<sup>217</sup> Cfr. atualmente também o Acórdão do TR Lisboa de 11-12-2018, processo 336(...) já analisado, refere que a criança tem efetivamente direito a não ser mais incomodada a partir do momento em que, nesta situação concreta, o tribunal decide pela ilicitude da utilização da sua imagem. Para tal invoca o novo RGPD, já referido e estudado, que consagra este direito – “O Ministério Público pugna pelo indeferimento da pretensão, invocando o artº 17º do Regulamento Europeu de Proteção de Dados que consagra o efetivo direito ao esquecimento e ao apagamento de dados colocados na internet”. O Tribunal deu alento à sua pretensão.

<sup>218</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. GOMES E MACHADO, JÓNATAS – “Reality shows...” *ob.cit* p. 58 ss e p. 67.

aparecendo muitas vezes nos meios de comunicação social (televisão, rádio, imprensa).<sup>219</sup> O que não é de todo o caso do menor que passou por eventos de tal forma traumáticos que se tornou uma figura mediática...

Outro fator importante nesta discussão é o fato de se a pessoa(s) notória(s) forem os progenitores, tal não implica que a imagem/vida privada do filho possa ser devassada ou mesmo apenas publicada nos órgãos de comunicação, sobre pretexto da notoriedade da figura pública. Nestes casos, o direito de personalidade do menor não se confunde com o dos seus progenitores, logo, não está limitado pelas restrições ao seu direito à imagem, limitações essas impostas entre nós pelo nº 2 do artigo 79º do CC.<sup>220</sup>

Acreditamos que a notoriedade da figura-pública não pode ser hereditária nem transmissível.

Concluindo, além de não existir diferenciação neste sentido no ordenamento português, acreditamos que o nº2 do artigo 79º, primeira parte do CC, não deve ser encarado da mesma forma quando o alvo é uma criança e não um adulto, devendo o ministério público agir quando os pais estejam envolvidos diretamente na difusão equivocada, distorcida ou mesmo abusiva da imagem dos filhos<sup>221</sup>, podendo os primeiros também reagir contra os *Mídias* naquele sentido, quando aqueles o façam.<sup>222</sup>

Parece que o nosso CC deveria salvaguardar melhor a situação da criança nestes termos.

---

<sup>219</sup> Cfr. assim, o parâmetro guia será o mesmo do que para o “adulto-figura pública”, que começamos por analisar.

<sup>220</sup> Artigo 79º, nº 2 do CC - “não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando a sua notoriedade o justifique (...).”

<sup>221</sup> Cfr. o que ocorreu o no Acórdão do TR Lisboa de 11-12-2019, processo 336(..).

<sup>222</sup> Cfr. tal como o que sucedeu no Acórdão do TR Lisboa de 04-10-2016, processo nº 1015. 14.7TVLSB.S1, que iremos analisar em detalhe.

#### 14. A (possível) Representação do Menor pelo Ministério Público

Ao longo das análises efetuadas chegamos facilmente a conclusão de que o ministério público *talvez* será o órgão mais importante dentro do círculo protetor que envolve a criança, na medida em que, é este, em primeira linha, que terá legitimidade de agir em juízo em seu nome, contra os seus representantes legais, quando estes atuem incorreta e/ou ilegalmente nas situações que analisamos.

A atuação do ministério público assenta assim na suposição de que a representação em juízo de uma criança não possa ser assegurada pelos seus representantes legais, visto que são estes que estão a agir contra o menor, ou seja que vão em juízo assumir a possível posição de demandado ou réu.

Ora, nos casos em que compete ao ministério público o dever de assumir a representação do autor, que é um menor incapaz, essa competência é expressão legal da responsabilidade que o Estado tem para com os mais vulneráveis, pretendendo “disponibilizar um meio técnico permanente, destinado à promoção dos seus interesses”<sup>223</sup>.

Ressalva-se que o ministério público parece não ocupar aqui o lugar de representante processual do menor nos termos em que (*pretenderíamos!*) que fosse ocupado.

Tal deve-se ao pressuposto, errado na nossa opinião e salvo qualquer outra que se considere melhor, da sua atuação não ser motivada, supostamente, pela existência, real e concreta, de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado, desde logo porque no exercício do seu poder-dever de representação pode o representante legal (*por exemplo*) opor-se, por requerimento ao processo, à apreciação que o ministério público faça quanto à conveniência ou oportunidade de propor uma ação em representação de um menor.

Poderá ser argumentado que esta intervenção, naquele caso concreto, será uma intromissão exacerbada nos assuntos da vida privada e familiar daquela família.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> PEREIRA COELHO, FRANCISCO e DE OLIVEIRA, GUILHERME - “Curso de Direito da Família II, Direito da Filiação”, t. I, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, *ob.cit.* p. 210.

<sup>224</sup> Cfr. como nos foi demonstrado pelo artigo 5.º, n.º 3 da Lei n.º 9/2011, de 12 de abril.

É claro que, caberá ao juiz deferir ou não o “*requerimento apresentado*”<sup>225</sup>, de todo o modo, essa possibilidade de oposição *ab initio* no processo, parece-nos que na maior parte dos casos deveria ter-se como inconcebível.<sup>226</sup>

Numa aproximação ao problema afigura-se-nos mais concordante com a “*vontade*” da norma que disciplina o próprio conflito de interesses (no nosso caso, conflito entre representante legal e menor representado), confiar a representação do menor em juízo a outro “*representante*”, em algumas situações, que poderá até não ser o ministério público.<sup>227</sup>

Acreditamos que existindo pessoa externa, capaz e interessada em proteger os interesses da criança e que tenha ligação com o menor, poderá ser efetivamente essa pessoa a agir em seu nome.

Ressalva-se que entendemos essa ligação, mais ligada a vertente emocional do que propriamente biológica, não necessitando de fazer parte da família da criança.

De todo o modo, acompanhamos a corrente de que o conceito de representação de que se utilizou a Lei n.º 9/2011, de 12 de abril, “julga-se juridicamente impróprio, porquanto a intervenção do ministério público no âmbito do quadro legal exposto não se traduz numa mera representação de carácter processual. Mais que isso, o ministério público atua na qualidade de representante geral dos incapazes, sob orientação de um princípio geral, constitucionalmente consagrado.”<sup>228</sup>

A questão que se suscita é se será esta representação pelo ministério público ou pessoa externa “*uma intolerável intromissão no seio familiar*”. Como nos apontou, por

---

<sup>225</sup> Cfr. referimo-nos a apresentação de “*requerimento*” não sendo rigorosos nesse ponto, na medida em que o que estará em causa será a invocação de uma questão de ilegitimidade processual por parte do ministério público. Relembramos que o pressuposto da falta de legitimidade leva a absolvição do réu da instância, sendo uma incompetência absoluta, nos termos do Código do Processo Civil.

<sup>226</sup> Cfr. No entanto, tal oposição é realmente possível e utilizada com frequência. No Acórdão do TR Lisboa de 11-12-2018, processo 336(...), já analisado, a estação televisiva (SIC) invoca que o Ministério Público não tem legitimidade para intentar a ação em nome dos menores – Alegando “*Falta de capacidade dos menores por irregular representação pelo Ministério Público, ou ilegitimidade do ministério público para a ação*”, assim a SIC pugnou “*pela falta de capacidade judiciária dos menores por irregularidade de representação do Ministério Público; pela inadmissibilidade do quarto pedido deduzido pelo Ministério Público, por respeitar a quem não é parte na ação e ser relativa a casos incertos e futuros e, se se interpretar o artº 878º do CPC como permitindo decretamento de providências relativas a situações futuras, redundaria numa interpretação contrária à Constituição, por violação dos artº 2º, 110º e 111º da CRP; defende a inexistência de uma situação de perigo para os menores; impugna os factos alegados na petição inicial.*” No entanto, o tribunal não acompanha esta pretensão e considera o ministério público entidade legítima para a representação do menor na situação concreta. E bem, no nosso entender.

<sup>227</sup> Cfr. porque não a CPCJ? Esta entidade também poderia figurar como uma opção para representação do menor em juízo.

<sup>228</sup> Cfr. PEREIRA COELHO, FRANCISCO e DE OLIVEIRA, GUILHERME – “*Curso..*”, *ob.cit.* p. 210.

exemplo, a declaração de voto do Conselheiro Campos Costa emitida no acórdão do TR Lisboa de 22/04/1980?<sup>229</sup> E posição essa que parece ainda hoje ser seguida por alguma Jurisprudência.<sup>230</sup>

### **13.1. Possibilidade de um dos Representantes Legais agir em nome do Menor contra o Outro**

Analisemos agora se existe a hipótese de o progenitor, dito “*não conflituante*” com o menor, poder agir, em sua representação, contra o outro legal representante.

Veremos que a procedência desta possibilidade terá de ser analisada, na medida em que existem desde logo dois cenários cruciais que terão de ser distinguidos,<sup>231</sup> para entendermos se tal poderá acontecer.

O primeiro caso respeita aos casos em que o exercício das responsabilidades parentais está confiado a ambos os progenitores, e o segundo aos casos em que o exercício das responsabilidades parentais está confiado apenas a um deles ou aos dois em “separado”.

Na primeira hipótese, se ambos os pais exercem as responsabilidades parentais em conjunto, e se o défice de representação decorre de um alegado conflito de interesses apenas com um deles, não aceitamos a solução de admitir que o outro assuma a difícil “*missão*” de representar o filho menor em juízo, pois sobre ele não deve recair o difícil ónus de optar pelos interesses do cônjuge ou pelos interesses do filho representado.

Mesmo nas restantes situações, duvida-se e duvidamos que o progenitor não conflituante defenda, em consciência, (apenas) o interesse do menor.

Acompanhamos que, “da mesma forma, e ainda no contexto do exercício conjunto das responsabilidades parentais, se o conflito de interesses existir entre os dois

---

<sup>229</sup> Cfr. Coletânea de Jurisprudência, t. II, 1980, p. 226.

<sup>230</sup> Cfr. O Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 15-12-2018, da relatora Raquel Rego, processo nº 2655/08-1, confirmou a decisão já tomada em primeira instância que decidiu que o ministério público não tinha legitimidade para intentar ação em nome da criança contra os seus pais, em defesa de um seu direito de personalidade. No caso em concreto do seu direito ao nome. O tribunal considerou que fora dos casos expressamente previstos na lei em que caberá ao ministério público a representação do menor incapaz, tal só poderá ser justificado quando o “*interesse público*” o justifique. O acórdão decide, erradamente no nosso entender, que está dentro da reserva da intimidade da vida familiar a livre escolha pelos representantes legais do nome dos seus filhos, assim sendo carece o ministério público de legitimidade para intentar a ação, sendo aquela totalmente improcedente.

<sup>231</sup> Cfr. como nos explica BARROS, ANA FILIPA LOURA – “*A representação legal de menores: conflitos de interesses entre representante legal e menor representado*”, Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, *versão online, ob.cit.* p. 92 ss.

progenitores representantes e o menor representado, mais defensável é que nenhum dos pais possa assumir o cargo. (...), o progenitor que exerce as responsabilidades parentais e, em concreto, o poder-dever de representação legal, não poderá representar um filho menor em juízo se os interesses de ambos colidirem. Por sua vez, o progenitor não conflituante está subtraído ao exercício das responsabilidades parentais, não ostentando, designadamente, faculdades de representação.”<sup>232</sup>

Quando os progenitores estão separados e/ou não são casados; e ainda nas situações em que não vivam juntos e assim não exerçam as responsabilidades parentais conjuntamente, a verdade é que o progenitor que agora entra em conflito com o direito da criança, não fica inibido de exercer funções e direitos, na medida em que, mantendo-se intocáveis as consequências jurídicas da filiação, conserva aquele a titularidade das suas responsabilidades parentais.

Com esta “*proibição*” não totalmente clara na lei, tem-se o objetivo com este entendimento que acompanhamos de evitar que aquele progenitor que irá representar o menor se venha dele a utilizar, mesmo que involuntariamente, para a prossecução do seu próprio interesse, interesse este que pode estar ligado ao pretender atingir o ex-cônjuge, por exemplo.

Assim, será preferível que o interesse do menor representado seja salvaguardado por uma entidade imparcial e alheia ao conflito de interesses, do que confiar a primazia a um dos progenitores, que não manterá, com grande probabilidade, a serenidade necessária para tomar decisões segundo o “superior interesse da criança”, que é (ou deve ser!), o único objetivo da sua pretensão.

Nessa hipótese acreditamos que caberá ao tribunal nomear outra pessoa, em que já ressalvamos a nossa preferência pelo ministério público, ou em situações em que seja possível, pela CPCJ da área de domicílio do menor ou por pessoa externa ao conflito de interesses e ligada emocionalmente à criança, tendo de ser esta última também uma pessoa apta para a representar em juízo.

O legislador português não perfilhou expressamente qualquer orientação nesta matéria, o que também não se compreende.

---

<sup>232</sup> Cfr. BARROS, ANA FILIPA LOURA – “*A representação...*”, *ob.cit.* p. 94.

## CAPÍTULO VI

### **14. Os Danos Originados pela Violação do Direito à Imagem: O Porquê da Indemnização à Criança**

A violação do direito à imagem pode originar um conjunto de danos aos seus titulares.

Desde logo, a violação do direito à imagem da criança poderá originar um dano de natureza não patrimonial. Será a compensação deste dano ao menor que levantará questões que importa agora discutir.<sup>233</sup>

Há que ter em conta que anteriormente o dano não patrimonial não era alvo de indemnização, devido a ideia de não poder existir ressarcimento económico para a dor e para o sofrimento, sendo estes considerados como “*valores impagáveis*”.

No entanto, os danos traduzem-se em efeitos decorrentes de atos ilícitos de indivíduos que geram lesões em desfavor de outrem, competindo ao ordenamento jurídico preservar a integridade moral e patrimonial dos cidadãos, de forma a manter a convivência social equilibrada<sup>234</sup>, por isso não faria sentido que estes tipos de prejuízos não fossem indemnizáveis, tendo esta indemnização essencialmente um objetivo compensatório.

A primeira questão que colocamos será a de saber qual a razão da existência de indemnização deste dano à criança e ao adolescente.

A existência desta indemnização terá como pressuposto base o fato de que se a criança e o adolescente tivessem o *discernimento cabível* iriam defender os seus direitos. Quando o seu direito à imagem é violado, o seu desenvolvimento como pessoa, atual e/ou posterior, poderá ser afetado.

No entanto, em certas situações, nomeadamente no caso de crianças muito novas ou mesmo recém-nascidas, não nos é possível configurar intrinsecamente *a dor e o prejuízo* sofridos por elas. É aqui que se centrará a grande problemática que importa discutirmos em sede de responsabilidade civil.

---

<sup>233</sup> Cfr. Tal foi nos demonstrado pelo douto acórdão do TR de Lisboa, processo 336(...), que considera que os danos causados pela violação de direitos de personalidade são especialmente graves, na medida em que, “*é sabido que os danos causados ao direito de personalidade são quase sempre irreversíveis, pois após a consumação da ofensa não é possível repor as coisas no status quo ante, “apagando” os efeitos da agressão*”.

<sup>234</sup> Cfr. ANTUNES, JÚLIA – “*Responsabilidade civil em caso de publicação de imagens de crianças e adolescentes...*”, *ob.cit.* p. 20.

A verdade, é que não terão aquelas um “*sentimento de sofrimento direto*” naquele momento, visto não terem capacidade para tal, e por isso colocamos um conjunto de questões. O fato de esta não ter capacidade para sentir de forma **imediate** os danos que lhe são causados irá fazer com que não possa ser indemnizada em sede de dano não patrimonial? Ou poderemos considerar abrangido no dano não patrimonial a probabilidade de existir um prejuízo futuro? Ou este prejuízo será **presumido** à partida?

Se nos centrarmos no direito brasileiro, as análises dos seus acórdãos levam-nos a certa conclusão, que poderá ser uma explicação para a possível existência de ressarcimento em sede de dano não patrimonial para estas situações que envolvem crianças muito novas ou recém-nascidas.

O ordenamento jurídico brasileiro esclarece-nos que estes danos são presumidos existindo a violação da imagem unicamente. É assim que nos apresentam o apelidado dano “*in re ipsa*”. A sua jurisprudência é clara neste sentido.

Desde logo, um acórdão do STJ<sup>235</sup> mostra-nos que “*o direito à imagem se qualifica como o direito de personalidade extra - patrimonial, de carácter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem em circunstâncias concorrentes à sua vida privada. Tratando-se do direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do seu direito, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo/dano. O dano será a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração de um prejuízo material ou moral.*”

É o princípio da dignidade humana<sup>236</sup> o vetor de ligação a esta presunção de dano, na medida em que, mesmo sem existir um prejuízo *visível e sentido* pelos menores, a violação do direito à imagem é considerada num prisma de afetar, de *per si*, o livre desenvolvimento da personalidade da criança, pelo que outrem não poderá, mesmo que sem dolo, dispor daquela sem o consentimento do seu titular e/ou de forma indevida.

Outro acórdão<sup>237</sup> neste sentido mostra-nos que: “*A conceção atual da doutrina orienta-se no sentido da responsabilização do agente causador do dano moral, operando por força da simples violação do fato de existir violação, verificando-se a situação surge a*

---

<sup>235</sup> Cfr. Acórdão STJ – RESP 267525 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DO – 18.12.2000 – p. 208

<sup>236</sup> Cfr. entre nós, o artigo 26º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>237</sup> Cfr. Acórdão STJ – 4º T – Resp. 2375-DF – Rel. César Artur Rocha – J. 09/06/07 – DJU Repert. IOB de Jurisp., caderno 3, p. 395, n. 144, 678, RSTJ 98/270 E RT 746/183.

*necessidade de reparação, não havendo de cogitar a prova do prejuízo, estando presentes os pressupostos legais para que haja responsabilidade civil.”*

No entanto, temos claro que no ordenamento português aquele dano presumido não poderá ser considerado em sede de ressarcimento do dano não patrimonial.

Analisando o modelo de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento português, o dano concreto, real e atual, é pressuposto base para a existência de responsabilidade civil. Para além disso, facilmente concluímos termos entre nós uma conceção *mais rígida* daquilo que poderá ser ressarcido como dano não patrimonial, sendo exigida uma certa “gravidade” nos termos do artigo 496º do CC que parece não se coadunar com a mera probabilidade de existência de um dano não patrimonial.

Entre nós, um mero incómodo, desgosto ou contrariedade (mesmo que emergentes de atos ilícitos) não poderão ser tidos em conta em sede de responsabilidade civil, além de o lesado ter o dever de respeitar a personalidade do outro não está sujeito a um dever de indemnização nestes termos.<sup>238</sup>

O ordenamento europeu apresenta-nos diferentes soluções; a jurisprudência francesa, por exemplo, tem indemnizado os chamados “*meros incómodos*”.

Neste sentido, VAZ SERRA<sup>239</sup> estabelece um critério apelativo quanto a aferição do dano não patrimonial. Diz-nos que o dano compensável deve ser “de certa gravidade, excluindo-se os (...) insignificantes, destituídos de gravidade que justifiquem compensação pecuniária”.

O autor esclarece-nos que competiria ao juiz numa primeira fase apreciar se o dano teria esta natureza, isto é, se seria razoável que fosse compensado pecuniariamente naquele caso concreto.

VAZ SERRA traz-nos a ideia de que teremos de ter em conta aspetos subjetivos na sua aferição, aspetos esses demonstrados com mais ênfase no “segundo patamar”, a ser elaborado pelo juiz, em que o órgão judicial deverá ter em consideração que as conceções variam com o tempo e local onde a questão concreta se coloca, o que levará a que um dano não patrimonial em tempos posteriores possa ser visto de forma diferente na consciência

---

<sup>238</sup> Cfr. Acórdão TR Lisboa, de 20-10-2005 - “*Só são indemnizáveis os danos que afetam profundamente os valores ou interesses da personalidade jurídica ou moral. Os meros transtornos, incómodos, desgostos e preocupações, cuja gravidade e consequências se desconhecem, não podem constituir danos não patrimoniais ressarcíveis.*”

<sup>239</sup> Cfr. SERRA, ADRIANO VAZ- “*Reparação do Dano Não Patrimonial*” in Boletim do Ministério da Justiça, nº 83, fevereiro 1959, *ob.cit.*, p. 89.

jurídica de hoje, que pode não o considerar digno de compensação, e nada impede que amanhã aquele volte a ser visto como merecedor dela.<sup>240</sup>

Deixamos de lado no critério de compensação deste dano ao menor de idade a opinião de ANTUNES VARELA<sup>241</sup>. O autor demonstra-nos que o padrão de aferição deste dano tem de ser obrigatoriamente objetivo, dizendo-nos que “tal não deverá medir-se à luz de fatores subjetivos, por exemplo, de uma sensibilidade (...) ou especialmente requintada...”.

Voltando ao cerne da nossa questão, acreditamos ser a sensibilidade da criança e o livre e adequado desenvolvimento da sua personalidade que reclamam que sigamos nesta sede padrões mais subjetivos. A aferição do dano não patrimonial do incapaz dificilmente poderá seguir o “*padrão do homem médio*”.

Este prejuízo, existindo, verificar-se-á, a partida, em maior medida nos menores do que nos adultos, devido a especial vulnerabilidade e fragilidade das crianças causada pela sua incapacidade e menoridade.

Acreditamos, assim, num ressarcimento acrescido ao menor que surge também da necessidade de se desestimularem práticas lesivas aos seus direitos de personalidade, esta será aqui a função primordial da responsabilidade civil.

ANTUNES VARELA<sup>242</sup> ensinou-nos ainda, que a finalidade da compensação deste dano pode ser vista com uma natureza mista, em que a reparação não visará só “reparar”, mas também “castigar” de alguma forma o infrator, tendo como que uma função retributiva, em que a pessoa que causa o dano terá de pagar uma indemnização porque não só a criança mas também a própria sociedade vê aquele ato como *moralmente incorreto* (de

---

<sup>240</sup> Cfr. o Acórdão do TR Coimbra de 15 de novembro de 1972, nº 221, p.268 - mostra-nos uma decisão que tem patente que o tempo e local em que a questão se coloca pode fazer variar a conceção deste dano. Aqui impôs-se a questão de saber se teremos ou não um abuso sexual da menor de certa idade (dezassete anos) que mantinha uma relação amorosa com um homem mais velho – (ter em atenção que estávamos em 1972). Citando o acórdão- “*o desfloramento da menor, virgem e honesta, integrada num ambiente social em que tal fato ocorreu ofende o seu bom nome, direito que ela, por ser menor, não podia dispor, constituindo assim fundamento de responsabilidade civil mesmo que não haja responsabilidade criminal, concluímos que o homem de 40 anos procedeu com culpa*”, sabendo da menoridade e irreflexão natural da jovem e do dano que no meio social daquela seria inerente, o homem abusou de toda esta situação, não se inibindo de causar-lhe prejuízos (mesmo psicológicos...) para a satisfação dos seus ímpetos egoístas.” Além de, seguindo o direito penal, a idade da jovem não permitir, tal como já acontecia à data do acórdão, englobar a atuação do sujeito maior como crime, pessoalmente acreditamos que hoje a quantificação e aferição deste dano, dito não patrimonial, causado à menor (a existir) não seria avaliado pelo tribunal da mesma forma.

<sup>241</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – “*Das Obrigações em Geral*”, Volume I, Almedina, 2017, *ob.cit.* p. 591 ss.

<sup>242</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – “*Das Obrigações...*” *ob.cit.* p. 594 ss.

forma ainda mais acentuada devido a sua especial fragilidade) e poderá ter de ser pago um montante que faça com que a sociedade fique “satisfeita”. O que acompanhamos.

Por fim importa referir que no ordenamento português estes danos serão ressarcidos por uma de duas vias, através de uma reconstituição natural ou uma equivalente indemnização em dinheiro<sup>243</sup>.

Independentemente dos termos em que se processará a responsabilidade civil com a violação do direito à imagem, certo é, atualmente, o sofrimento sentido pelos menores com estas utilizações indevidas (sofrimento esse real, presumido ou futuro), tanto nas situações em que essa disposição abusiva provenha dos seus representantes legais como de pessoas externas.

Em Portugal, além da “nova” RCT acreditamos não existir proteção suficiente, principalmente quando esta violação parte dos seus progenitores/representantes legais.

Em França, por exemplo, a violação de direitos de personalidade das crianças com menos de dezasseis anos origina indemnizações que são mais facilmente fornecidas (além de não existir um grande controlo prévio como analisamos nem tão pouco o direito à imagem ser observado de forma autónoma), e são também concedidas em valores mais altos. Por outro lado, em países como a Grécia as indemnizações em sede de dano não patrimonial são escassas.<sup>244</sup>

Quanto a questão de sabermos quais os danos que serão indemnizáveis com a violação do direito à imagem da criança teremos ainda que ter em conta que poderemos ter uma atuação que viola o direito à imagem do menor que origine um dano não patrimonial e o ato levar a que exista também um dano patrimonial.<sup>245</sup>

Ademais, importa referir que até agora referimo-nos aos danos patrimoniais e morais quase como sinónimos, no entanto, há que ter em conta que o conceito de dano não patrimonial é mais abrangente do que o mero dano moral.

Nesta qualificação ficamo-nos pelo entendimento de CAPELO DE SOUSA,<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Cfr. nº 1 do artigo 566 do CC.

<sup>244</sup> Cfr. quem nos esclarece neste sentido é PEREIRA, HELOÍSA PRADO - “Utilização não autorizada da imagem do menor e o dano moral” - CBR, 2004 – B-18-25-15.

<sup>245</sup> Cfr. esta cumulação acontece quando a agência que contratou a/o menor-modelo para determinado anúncio publicitário utilizou a sua imagem fora dos termos acordados, utilizando-a para fins desprestigiante, e por ter havido aquela violação, com a rescisão do contrato deixou a criança de receber as restantes quantias económicas mensais acordadas pela realização daqueles anúncios publicitários, por exemplo - são efetivamente as situações mais comuns, estar em causa os dois tipos de danos.

<sup>246</sup> Cfr. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO – “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 2011, *ob.cit.* p. 458.

que nos demonstra que a qualificação do dano não patrimonial é mais rigorosa e abrangente que a do mero dano moral, pois os primeiros incorporam também os chamados danos biológicos<sup>247</sup>, estéticos, afetivos, entre outros.

Concluindo, haverá que considerar que o dano não patrimonial ocorre na esfera subjetiva do indivíduo, ou no plano dos seus valores enquanto ser social, e é ressarcido pelo fato de derivar de práticas atentadoras da sua personalidade. O sentimento de quem o sofre pode traduzir-se num pesar íntimo do ofendido, capaz de gerar alterações psíquicas e prejuízos ao seu aspeto social e afetivo, afetando assim o seu *património moral*.

No nosso caso, se a utilização da imagem indevida ou não autorizada gera a criança retratada (imediate ou presumidamente, dependendo do entendimento do ordenamento onde a questão se coloca) desprestígio, angústia, sofrimento ou qualquer outro sentimento que provoque cicatrizes no seu âmbito íntimo ou reflexamente um desprestígio familiar, social ou profissional decorrente da cumulação (possível) com o dano patrimonial, acreditamos fazer todo o sentido existir um ressarcimento em dinheiro.

Temos de ter sempre em conta que mesmo existindo a ideia de que a criança é alvo de uma maior tutela e que existindo um dano concreto e atual será ressarcida nesta sede, não será qualquer prejuízo compensado no ordenamento português como vimos - nos termos do artigo 496º do CC é exigido uma certa gravidade.

Neste sentido, DELFIM LUCENA<sup>248</sup> demonstra-nos que “parece não ter o legislador querido reforçar num campo tão fluido como das lesões não patrimoniais, a imperiosidade de se não aceitar de ânimo leve, como compensáveis, prejuízos de pequeno relevo ou de anómala motivação”.

Por fim, cumpre-nos concluir que outras dificuldades serão encontradas quando lidamos nesta sede com direitos de personalidade, como é o caso do nosso direito à imagem.

Estas dificuldades resultam da sua própria natureza, de representarem esses mesmos direitos.

Nesta senda, acompanhamos ORLANDO DE CARVALHO<sup>249</sup> ao considerar esta

---

<sup>247</sup> acórdão do TR Coimbra de 04-06-2013, processo nº 2092/11.8TAVR.C1, JTTC – “o dano biológico pode determinar a indemnização de danos não patrimoniais reflexos, que dele decorre o que acontece, nomeadamente quando vai interferir com a capacidade do lesado auferir rendimentos. Nesta medida, o dano biológico pode vir a determinar a indemnização de danos de natureza patrimonial e/ou não patrimonial, conforme os casos”.

<sup>248</sup> Cfr. LUCENA, DELFIM MAYA in “Danos não Patrimoniais”, Coimbra Almedina, 2006, *ob.cit.* p 19.

<sup>249</sup> Cfr. CARVALHO, ORLANDO – “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra Almedina, 2012, *ob.cit.* p. 58

dificuldade como uma subjetivação do próprio poder de autodeterminação humana ou de não possuírem um contencioso de destinação patrimonial perfeitamente desenhado, ainda que apresentem uma feição patrimonial.

O autor fundamenta o nosso entendimento demonstrado inicialmente, de que o direito à imagem tem efetivamente uma vertente patrimonial, mas não se esgota, de todo, nesta sua “*característica*”.

#### **14.1. A Rejeição pelo Ordenamento Português da Responsabilidade Civil sem Dano: o Dano *IN RE IPSA***

Observamos que a quantificação e atribuição de uma indemnização pelo dano não patrimonial sofrido por crianças muitas novas ou recém-nascidas será muito difícil de ser atribuída pela jurisprudência portuguesa.

A verdade é que a gravidade exigida pelo artigo 496º do CC para a atribuição de um dano desta natureza, conjugado com o facto de o dano ser pressuposto imprescindível para que exista responsabilidade civil, parece não se coadunar com a sua atribuição ao menor de *tenra* idade.

Temos presente que o menor de *tenra* idade não sentirá a gravidade da lesão que lhe está a ser provocada, e nessa medida, mesmo se considerarmos a possibilidade da existência de um dano futuro, não poderemos, à luz do ordenamento português, falar de responsabilidade civil.

No entanto, não parece aceitável que nestas circunstâncias concretas o menor não seja compensado.

Com a certeza de que tal não é possível entre nós, não podemos deixar de *acreditar* que os argumentos apresentados pela jurisprudência brasileira, bem como a sua densificação na doutrina, fazem-nos acompanhar que o mero dever de cuidado para com o menor, ser frágil e protegido amplamente por legislação especial, é pressuposto suficiente para que se consagre que exista responsabilidade civil mesmo sem a existência de um dano concreto e atual.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> Cfr. Num sentido que consideramos de alguma forma um juízo de decisão com base na probabilidade do dano e não na sua certeza, o douto acórdão do TR Lisboa de 11-12-2018, processo 336(...), já analisado, ao decidir sobre um Processo Especial de Tutela da Personalidade, considera que a ameaça a um direito de personalidade deve ser, de alguma forma, levada em conta, visto que devem ser aplicadas providências atenuantes nestas situações, e estas “*são decretadas quando já não é possível evitar a consumação da ofensa, quer esteja em curso, quer já se tenha concretizado e visam minimizar as consequências da agressão.*”

A partir do momento em que possamos admitir a possibilidade de dispor sobre um direito que tem inerente no seu tratamento um dever jurídico de cuidado, a ameaça passa a ser um interesse juridicamente relevante. Com isso, é possível pensar numa resposta do ordenamento jurídico, *antes da ocorrência de um “dano”*.<sup>251</sup>

Observemos a conceção que nos é apresentada por COUTO E SILVA.

O autor apresenta-nos uma nova divisão, na qual o dano será considerado como o resultado da lesão fática (relativa ao facto ocorrido, mas não relativo à lesão de direitos subjetivos) por um lado, e da lesão jurídica (referente a sua repercussão aos direitos subjetivos), por outro.

“Quando não lesivas de direitos subjetivos, as situações fáticas não adentram o dano jurídico e por isso, enquanto não atingir situações consideradas como relevantes não se trata de dano, juridicamente considerado.”<sup>252</sup>

Assim, as situações fáticas dizem respeito a circunstâncias que não podem ser consideradas como danos jurídicos e assim definidas nesta tese como "sem dano", mas essa falta de dano não implica a sua não ressarcibilidade. O facto jurídico que causa a ofensa é

---

Aqui, o tribunal decretou que os restantes episódios televisivos que envolvem a imagem das crianças não possam ser exibidos por representarem um perigo para que os seus direitos de personalidade sejam violados. O tribunal que considerou que tal já ocorreu com o episódio anterior, assim, acautelou os menores, numa posição preventiva/defensiva, decidindo que o episódio não pode ser exibido, ainda que não lhe tenha concedido nenhuma indemnização sobre esta probabilidade de existência de dano. Nestes casos de processos especiais de tutela da personalidade **os tribunais tomam uma decisão sem o verdadeiro dano se ter verificado**, fundamentando com o artigo 70º do CC.

Além de sem dano não podemos falar de responsabilidade civil, é aceite pelo nosso ordenamento que a ameaça a um direito deve exigir uma resposta do ordenamento jurídico – Afirma assim o acórdão suprarreferido que - *“O art. 70º nº 1 do CC determina que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. O normativo refere (apenas) ofensa ou ameaça ilícita. Nada diz acerca da culpa nem exige que da ameaça ou da ofensa resultem danos. Sem divergências, pela doutrina vem sendo entendido que o facto voluntário e ilícito que está na origem do decretamento de providências não implica a culpa nem a produção de danos. A produção de danos é relativa às ações de responsabilidade civil onde se peticionem indemnizações, não sendo requisito da concessão de tutela pelo processo especial do artº 878 e segs. do CPC/13”*.

Assim, nestes processos especiais de tutela de personalidade **parece o legislador ser mais aberto, deixando de lado requisitos estritos de verdadeira ocorrência de dano, e fica-se pela probabilidade séria, ao contrário do que acontece em sede de responsabilidade civil** – mais uma vez, afirma o acórdão suprarreferido - *“Para que sejam deferidas providências de Tutela de Personalidade basta a verificação do facto voluntário e ilícito de que resulte ou possa resultar ameaça ou ofensa ao direito (de personalidade) não se exigindo a culpa, nem a produção de danos, nem a alegação (e prova)”*.

<sup>251</sup> Cfr. de todo o modo, se formos rigorosos, não podemos dizer que a resposta acontece “antes” do dano porque presumimos, no nosso caso relativo ao dano não patrimonial referente a crianças muito jovens, que esse dano já existe.

<sup>252</sup> Cfr. COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO - *“O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”* In FRADERA, VERA MARIA JACOB DE (Org.) - O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, *ob.cit.* p.219.

praticado ilegalmente; é contrário à ordem jurídica e assim, essencialmente por razões preventivas, aquele terá obrigatoriamente de ser passível de responsabilidade civil, ainda que a indemnização seja concedida em menor medida do que em relação aquele fato que (também) ofende direitos subjetivos, mas de forma imediata e direta.

A responsabilidade civil sem dano abrangerá nesta conceção, “todas as situações fáticas ocorridas que possam ser consideradas relevantes e ameacem o direito de outrem, ainda que não tenha ocorrido a efetiva lesão jurídica e seja meramente uma ameaça”,<sup>253</sup> ainda que o dano não se verifique. É uma ação prévia, funcionando com um intuito como que preventivo.

Este pensamento que embasa a responsabilidade civil sem dano, adota uma resposta antes que o dano venha a ocorrer, eis que há danos que são irrisarcíveis, visto que não há como retornar ao *status quo* e nem mesmo é possível realizar uma compensação.<sup>254</sup>

O dever de cuidado a que os autores se referem parece-nos ser um dever implícito no tratamento de direitos de personalidade de menores de idade, incapazes perante a lei, dever esse que se verifica em relação a terceiros que da imagem das crianças disponham de alguma forma, e é ainda mais acentuada quando esta utilização é levada a cabo pelos seus representantes legais.

A verdade é que fora das paredes do positivismo é possível dizer que o direito se constrói com interpretações e definições que não necessitam estar especificadas pela lei e dependem sim da aplicação jurisprudencial e da interpretação doutrinária para que lhe seja atribuída eficácia. No caso do dever de cuidado parece ser exatamente isso que ocorre, trata-se de um dever intrínseco a própria noção das relações sociais, como um dever geral de cautela a *impedir que bens jurídicos possam ser lesados*.

Há que ressaltar que as noções de prevenção e precaução devem ser adotadas para delinear os caminhos desta forma de responsabilidade civil que os autores nos apresentam.

A prevenção tem a pretensão de salvaguardar as situações de prováveis riscos, já a precaução quer salvaguardar os” riscos possíveis”.

No entanto, mesmo com o caminho delineado por estas duas visões (possibilidade e probabilidade), aceitamos que não é possível pensar em uma responsabilidade civil prospetiva no nosso ordenamento.

---

<sup>253</sup> Cfr. COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO - “O conceito...”, *ob.cit.* p. 222.

<sup>254</sup> Cfr. GONÇALVES, GLENDA – “RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: DA LÓGICA REPARATÓRIA À LÓGICA INIBITÓRIA”, Curitiba, 2015, *ob.cit.* p. 195.

De todo o modo, há que ter em conta que nesta conceção apresentada pela doutrina brasileira não parece ser a mera contrariedade ao direito que fundamentará uma possível resposta jurídica de poder existir este tipo de responsabilidade no caso da lesão não patrimonial causada aos menores de *tenra* idade, mas sim o fato jurídico que apresente uma ameaça e por se configurar como tal faz com que seja considerado como contrário ao ordenamento jurídico e que faz com que o dano já exista efetivamente além de não ser *sentido*, e por isso deva ser passível de responsabilidade civil.<sup>255</sup>

Mesmo que não consigamos admitir que exista responsabilidade civil nesta sede, o que se aceita e se compreende, terá de ser sempre tido em conta que, irremediável e verdadeiramente, no mínimo, teremos a existência de um dano não patrimonial provável (e possivelmente futuro) ao menor, recém nascido, que vê este seu direito de personalidade a ser violado, além de naquele momento não ter capacidade para sentir a lesão que lhe está a ser provocada.

Terá esta “*probabilidade*” obrigatoriamente de ser atendível de alguma forma, porque há uma lesão fática e uma lesão jurídica atual, sendo que apenas as consequências, ditas não patrimoniais, é que serão futuras.

### **15. O Papel do TEDH na ingerência dos Estados na Vida Privada e Familiar – a interpretação do artigo 8º da CEDH**

O artigo 8º da CEDH consagra o respeito pela vida privada e familiar como um verdadeiro Direito. Direito esse que, à partida, estará sobre as regras internas de cada família, e que só em casos ao qual podemos chamar de “situações de necessidade” deverá sofrer interferência externa.

Esta disposição legal, que agora nos propomos analisar, trata de conceitos próximos, mas que são muitas vezes indissociáveis.

O TEDH consagra, assim, estes direitos (a vida privada e a vida familiar) em conjunto, como um só.

No entanto, acreditamos que a vida privada de cada membro da família não

---

<sup>255</sup> Cfr. DWORKIN ensinou-nos: " todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem esse dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que “não gostam.” Mas este dever geral não pode ser um dever absoluto, porque mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado." - DWORKIN, RONALD – “*Levando os direitos a sério*” Tradução de Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, *ob.cit.* p. 287.

deverá ser confundida com a vida familiar.

De todo o modo, a sua consagração legal na convenção europeia teve o intento de assegurar o respeito efetivo destes direitos nas relações interpessoais.<sup>256</sup>

Atualmente, teremos de considerar que este artigo parece ser violado, de forma reiterada, em virtude de não se cumprirem obrigações positivas impostas pelos Estados responsáveis pela sua aplicação. No entanto, consideramos que a “violação” deste artigo, que é imputada aos Estados que à Convenção Europeia aderiram, é compreensível.<sup>257</sup> Vejamos.

O objetivo do artigo 8º será essencialmente impedir a ingerência arbitrária das autoridades públicas na esfera pessoal e familiar do indivíduo, no entanto, temos de ter em atenção, que quando um pai ou uma mãe pertencente aquele seio familiar “abusa” dessa sua “liberdade”, e ainda do poder que lhe é conferido pelas responsabilidades parentais que lhe são legalmente atribuídas, não o poderemos considerar da mesma forma, visto que este abuso é cometido contra “ser” especialmente vulnerável; um menor a quem estes tem o dever moral e legal de proteger.

Acreditamos que em vez de se afirmar que existe uma “*violação reiterada pelos Estados desta disposição*” deveríamos afirmar sim que existe uma interpretação restritiva adequada às novas realidades que as vidas familiares e privadas das famílias impõem.

O TEDH entende que o facto de pais e filhos estarem juntos representa um elemento fundamental da vida familiar, pelo que a separação de uma família e as medidas de restrição ou de exclusão de visitas, por exemplo, consubstanciam uma ingerência nesta vida privada do seio familiar, só devendo ser estas medidas aplicadas em situações consideradas “extremas”.

Além de adotarmos uma interpretação restrita do artigo 8º e deste entendimento que o TEDH apresenta, aceitamos que tais restrições aos direitos dos progenitores/representantes legais, para ser justificada, será necessário que esta restrição tenha por base a lei doméstica, abrangendo o direito escrito e não escrito, e que a lei seja clara, acessível e precisa, no sentido de o cidadão conhecer as consequências que podem decorrer da prática de determinado ato. Ademais, perante a inexistência de base legal, a ingerência não poderá considerar-se justificada, ao abrigo do nº 2 do preceito em análise.

---

<sup>256</sup> Cfr. ALMEIDA, SUSANA – “*O Respeito pela vida (privada) e familiar na Jurisprudência do TEDH e as novas formas de Família*”, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008, *ob.cit.* p. 63-67.

<sup>257</sup> Cfr. Conceção retirada de ALMEIDA, SUSANA – “*O Respeito...*”.

A restrição aplicada aos representantes legais deve, efetivamente, mostrar-se necessária, proporcional e adequada, seguindo o princípio da proporcionalidade. Quando tal se verifique, as autoridades estarão legitimadas para a aplicação de medidas, medidas essas que poderão em situações extremas afastar totalmente o contacto entre pais e filhos.

O TEDH, por vezes, não acompanha o entendimento que adotamos nas suas decisões, interpretando o artigo suprarreferido de forma mais “*alargada*”.<sup>258</sup>

Acreditamos que quando o contacto possa ser uma ameaça para a saúde ou segurança do menor, que pode acontecer com a utilização abusiva da sua imagem, deverão existir medidas a serem aplicadas aos seus representantes legais.

Neste juízo, o TEDH, quando intervir, irá averiguar se a medida de restrição responde a um “motivo social imperioso” ou a “motivos pertinentes e suficientes”, se é adequada, e em particular, se tal medida é proporcional ao fim prosseguido.<sup>259</sup>

Neste exercício, parece-nos que o equilíbrio deve ser encontrado entre: interesse público *versus* livre desenvolvimento da personalidade da criança *versus* interesse dos representantes legais (interesse esse não privado destes últimos, mas sim interesse que tenha em vista o bem-estar do menor em causa).

O tribunal apreciará a legitimidade, a conveniência, a necessidade e a relação entre meios e fins da medida aplicada.

A ingerência das autoridades públicas na vida familiar considera-se adequada quando esteja prevista na lei, quando se prossiga um fim legítimo e ainda quando responda ao tal motivo social imperioso. Só assim é que se traduzirá numa medida que respeita o princípio da proporcionalidade que já referimos. A estes requisitos a doutrina qualifica-os, nesta sede, como um “critério básico de proporcionalidade.”<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Cfr. Por exemplo, o TEDH condenou o tribunal de Vila Franca de Xira, em decisão recente datada de março de 2015, pela não proporcionalidade da decisão de proibir o total contacto dos progenitores com os seus filhos, fundamentando com o artigo 8º da Convenção. disponível em: [http://carlospintodeabreu.com/public/files/analise\\_acordao\\_tedh\\_caso\\_pontes.pdf](http://carlospintodeabreu.com/public/files/analise_acordao_tedh_caso_pontes.pdf). Nesta situação concreta, os progenitores já teriam sido afastados do contacto com os seus filhos devido à sua reiterada dependência a produtos estupefacientes. Mesmo já havendo factos provados de que os progenitores não seriam efetivamente capazes de prover as necessidades básicas das crianças nem tão pouco o seu contacto com os menores lhes traria (as crianças) nenhum benefício, o TEDH acabou por condenar Portugal. Para maior desenvolvimento desta questão consultar: “*Análise da Decisão Judicial no Caso Pontes contra Portugal*”, *Comentário e Ficha da Decisão – Condenação do Estado Português por violação do artigo 8º da CEDH*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa, Margarida Sequeira Santos, 2017.

<sup>259</sup> Cfr. ALMEIDA, SUSANA in “*O Respeito...*”, *ob.cit.* p. 60 ss.

<sup>260</sup> Cfr. ALMEIDA, SUSANA in “*O Respeito...*”, *ob.cit.* parte I, capítulo III, 1.3., p. 102 ss.

O TEDH entende, assim, que os menores, e os casos com eles relacionados, exigem uma margem de apreciação mais estreita, falando inclusive de uma proteção moral.

Uma outra variável na aplicação de medidas que interferiram com o seio familiar é o fato de o caso concreto ter de respeitar, obrigatoriamente, as políticas gerais do estado origem do conflito, o que implica que o TEDH terá sempre de reconhecer uma ampla margem de apreciação ao legislador nacional.

A verdade é que o TEDH não é um tribunal de recurso, na medida em que este analisa decisões de diferentes ordenamentos, que têm, por exemplo, modelos de responsabilidade diversos.

Neste sentido, há que ter em atenção que a jurisprudência portuguesa é bastante criticada, indiretamente, pelo TEDH. Quando as decisões do nosso ordenamento chegam à competência deste tribunal conclui-se que existe uma reiterada violação de direitos de personalidade e direitos fundamentais.<sup>261</sup>

Acreditamos que a “*latitude*” deferida aos Estados dependerá da existência ou mesmo da exigência de *standarts* comuns aos sistemas jurídicos dos estados contratantes.

Caso não exista “denominador comum” quanto à questão em apreço, os Estados deverão gozar de uma grande margem de apreciação relativamente à necessidade de adoção de medidas restritivas do direito ao respeito pela vida privada e familiar, pelo que a interpretação do tribunal poderá ser limitativa desse direito de alguma forma, no entanto, aceitamos que a existência desse género de denominadores reduza soberbamente o poder discricionário dos Estados, pelo que o grau do escrutínio exercido pelo tribunal deverá ser maior e assim a interpretação do TEDH reforçará a proteção desses direitos, no nosso caso, dos direitos de personalidade das crianças.

---

<sup>261</sup> Cfr. por exemplo, em 2015 o TEDH condena pela primeira vez Portugal pela violação do direito à vida de um homem. O caso reporta-se à situação de uma estrangeira, que não tinha sequer conhecimentos da língua portuguesa, que expõe a situação do seu marido ser submetido à uma cirurgia para extrair pólipos nasais no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia. “A operação decorreu sem incidentes e assim foi para casa no dia seguinte, no entanto, começou a sentir fortes dores de cabeça e foi às urgências do centro hospitalar, onde lhe receitaram tranquilizantes. Mais tarde diagnosticaram-lhe uma meningite bacteriana e acabou por sucumbir a uma septicemia a 8 de março de 1998 no Hospital de Santo António, no Porto. A viúva não se conformou, apesar de as suas queixas terem começado por não surtir resultado. A verdade é que dois relatórios da Inspeção-Geral da Saúde concluíram que o doente tinha sido tratado da forma correta. Isabel Fernandes (a viúva) contestou os relatórios e, na sequência de novas averiguações, o mesmo organismo veio dizer que um dos médicos que tratou o paciente “não agiu com a prudência e zelo que se impunha”, tendo sido alvo de um processo disciplinar. Quando a situação chega ao TEDH este acaba por condenar Portugal. – Disponível em: [https://e-justice.europa.eu/content\\_international\\_case\\_law-150-pt.do](https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150-pt.do). Também ALMEIDA, SUSANA in “*O Respeito...*” faz referência ao “*desrespeito*” que Portugal parece adotar quanto à vida privada e familiar dos seus cidadãos – *ob.cit.* parte I, Capítulo III, ponto 3., p. 81 ss.

Há que ter em conta que a proteção moral deve ser oferecida pelo tribunal na ausência desses denominadores.<sup>262</sup>

Concluindo, SUSANA ALMEIDA considera que esta doutrina, adotada pelo TEDH, apresenta uma “geometria demasiado variável”, e faz com que seja esta afigurada como uma “(i)legítima contrapartida”.<sup>263</sup>

Acompanhamos a autora quando nos aponta para uma certa dilatação que existe na aplicação do artigo 8º suprarreferido, ressalvando que nem sempre esta é correta, desde logo porque os juízes do TEDH nem sempre estão legitimados para se substituírem aos órgãos eleitos responsáveis pelas alterações legislativas reclamadas, e é com este dilema que o TEDH se vê confrontado diariamente.

A questão que emerge responder é se esta interpretação “ativista” do TEDH na jurisprudência dos estados contratantes é ou não possível.

De um lado, há que exigir o respeito pelo direito do requerente ao respeito pela vida privada e familiar, e de outra parte é exigida a proteção da ordem pública e a prevenção contra infrações que possam ser cometidas pelos membros da família, contra outros dos seus membros...

A verdade é que “o juiz nacional preocupado em encontrar, sobretudo no ordenamento constitucional, a resposta para as demandas submetidas à sua apreciação, tem atribuído, ao artigo 8º e à jurisprudência do TEDH, o papel de elemento coadjuvante de interpretação e integração dos preceitos constitucionais ou com argumentos coadjuvantes, nunca reconhecendo como *RATIO DECIDENDI*.”<sup>264</sup> E ainda bem que assim o é.

---

<sup>262</sup> Cfr. AUTORES DIVERSOS – “*Os Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*” in *Direitos da Criança*, Coimbra Editora, 2004, *ob.cit.* p. 75-100.

<sup>263</sup> Cfr. ALMEIDA, SUSANA – “*O Respeito pela vida (privada) e familiar na Jurisprudência do TEDH e as novas formas de Família*”, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008, *ob.cit.* 94.

<sup>264</sup> Cfr. ALMEIDA, SUSANA – “*O Respeito pela vida (privada) e familiar na Jurisprudência do TEDH e as novas formas de Família*”, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008, *ob.cit.* p. 99.

**16. Breve Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-10-2016 – Processo nº 1015.14.7TVLSB e 1015/14.7TVLSB.L17**

Analisemos agora um acórdão que tratou as questões que se encontram “*do outro lado*” das questões que até aqui analisamos.

Até ao momento referimo-nos, *essencialmente*, a proteção do menor contra os atos atentadores da sua imagem a serem cometidos pelos seus representantes legais.

No entanto, situações existem também em que serão os próprios representantes legais a representarem os menores em ações, também atentórias da sua personalidade, mas cometidas por terceiros.

O acórdão que propomos analisar esclarece ainda questões como a falta de consentimento quanto à utilização da imagem dos menores, questões relacionadas com os danos, e por fim, a densificação do conceito de criança-figura pública.<sup>265</sup>

Estamos perante a situação em que a figura pública *Tony Carreira* e a sua cónjuge instauram uma ação declarativa comum (de condenação) contra a “Imprensa Livre SA”, em nome da sua filha, *Sara*, menor de idade, pela utilização indevida da sua imagem.

Neste acórdão, uma determinada agência televisiva utiliza-se da imagem da criança divulgando um concurso publicitário, em que os votos seriam exercidos através de uma linha telefónica, questionando quais dos três filhos do casal (*Tony Carreira* e a sua cónjuge) seria o mais promissor. Para a divulgação do concurso utilizam-se, sem consentimento dos progenitores ou da criança, imagens da menor retiradas em concertos do pai. Assim, no âmbito das suas responsabilidades parentais poderão, efetivamente, os progenitores representar a sua filha na defesa dos seus direitos de personalidade que estão a ser violados por terceiro, em que nesta situação concreta acreditamos que seriam estas efetivamente as pessoas “*mais legitimadas*” para representar a menor.

Os autores alegaram violação do direito à imagem, ao nome e a reserva da vida privada da criança, pedindo uma condenação em danos não patrimoniais no valor de quarenta e cinco mil euros e de danos patrimoniais emergentes no valor de cinquenta mil euros e, ainda, uma sanção pecuniária compulsória na quantia de cem euros por cada dia de atraso na publicação e divulgação da sentença logo que transite em julgado.

---

<sup>265</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de 1ª Instância 1015/14.7TVLSB e do TR Lisboa, processo nº 1015/14.7TVLSB.L17 - este último de 04-10-2016, Relator: Maria do Rosário Morgado – Disponível em *dgsi*.

Quanto aos factos em questão, é alegado que os pais da menor são efetivamente (ambos) figuras públicas, com nomes artísticos.

A ré, proprietária de uma agência televisiva, de forma a que mais pessoas participassem no seu concurso televisivo, que estava a decorrer em canal aberto, atribuiu um prémio (carro) aos vencedores do concurso, em que tinhamos a menor *Sara* e os seus dois irmãos em disputa, sendo que estes dois últimos são comprovadamente figuras públicas (músicos conhecidos do público).

Um ponto a ressaltar será o facto de as chamadas efetuadas para participação no concurso serem de valor acrescentado, o que demonstrou, desde logo, o interesse lucrativo da ré.

Os autores alegaram também que a menor, além de filha de figuras públicas, não o é efetivamente, e que o concurso causou rivalidade e desconforto entre os irmãos. O que nos faz refletir sobre a questão que analisamos que a notoriedade da família não pode ser motivo de alastramento para a divulgação de imagens das crianças, filhos das figuras públicas.

Quando saíram os resultados, a menor ficou apenas com um por cento dos votos, visto que os seus irmãos, devido a sua notoriedade, tiveram a maior parte dos votos. Assim, na escola, Sara foi alvo de chacota pelos colegas e argumenta-se que a sua reputação ficou prejudicada.

Teremos, aqui, a questão dos danos não patrimoniais a serem sentidos pela menor a terem de, obrigatoriamente, ser levados em conta em sede de responsabilidade civil, em maior medida, do que se tratássemos da mesma situação, mas que o alvo fosse um adulto.

Na primeira decisão do tribunal (primeira instância) a ação foi julgada parcialmente precedente, a ré foi condenada em não utilizar a imagem da criança para aqueles fins, no entanto, a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais foi oferecida em valor muito inferior ao pedido: danos não patrimoniais no valor de mil euros e dois mil e quinhentos euros em danos patrimoniais à criança, não se atribuindo qualquer valor aos irmãos por serem figuras públicas e por se acreditar estar o concurso dentro do âmbito de limitação do seu direito à imagem, funcionando aqui uma das exceções presentes no artigo 79º do CC. O que não compreendemos, visto que são efetivamente ambos figuras públicas, mas tal não dá a Ré legitimidade para utilizar-se das suas imagens, sem autorização, e criar um concurso que poderá por em causa o seu bom nome e reputação, pessoal e profissional.

A ré, mesmo assim, será a parte que recorre da decisão, pedindo o efeito suspensivo do recurso e alegando prejuízo.

Muitos argumentos foram apresentados em segunda instância. Um relevante foi o de que o “*tribunal a quo*” não deu ouvidos as testemunhas apresentadas de como a menor Sara era efetivamente considerada uma figura pública, considerando-a como tal apenas pelo facto de esta ter participado num concurso de talentos em França. Assim, sendo aquela considerada nestes termos estão dispensados de pedir autorização para a utilização da sua imagem quando a finalidade é um mero inquérito de opinião do público (consideravam o concurso como tal).

Ora, pela análise já efetuada de quem será ou não figura pública, a participação num concurso isolado não poderá fazer com que a menor Sara fosse considerada como tal, e nem este concurso se trata de um “mero inquérito de opinião”. A visibilidade alcançada pela criança nada tem a ver com a participação no concurso de talentos e sim, com a notoriedade da sua família.

No que concerne aos requisitos necessários para existência de responsabilidade civil, a ré alega que não ficou provado nenhum dano efetivo a criança, nem o nexo de causalidade estaria verificado.<sup>266</sup> Alegam, assim, que nos termos do artigo 5º do Código do Processo Civil cabe ao autor provar elementos que a demonstrem, o que não aconteceu. Logo, haveria suposta violação dos artigos 483º e 487º do CC, não existindo qualquer relação lógica entre a publicação do concurso e o dano, visto que o dano que esta sofre na escola nada tem a ver com o concurso e sim com a notoriedade de toda a sua família. Argumentos esses que também não acompanhamos.

Sendo a menor figura pública considera que o tribunal não teve em conta o artigo 79º do CC.

Por fim, uma alegação importante é o fato de mencionarem que a sentença está em oposição ao artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH), que prevê a liberdade de expressão. Na análise do nº 2 temos exceções a liberdade de expressão (e não direitos), perante os quais aquela terá de ceder, alegando que o direito à imagem não está previsto enquanto exceção, e mesmo as exceções ao exercício deste direito deve sempre ser entendido de forma clara, sem ambiguidades.

---

<sup>266</sup> Cfr. sendo estes requisitos essenciais para existir responsabilidade civil nos termos dos artigos 342º e 387º do CC.

No entanto, a análise das limitações a essa liberdade terá de estar sujeita a testes; a limitação terá sempre de decorrer da condenação do tribunal do estado signatário, e terá de passar pelas finalidades previstas no nº 2, tendo sempre de ser uma limitação estritamente necessária e proporcional. Afirmam, nesta senda, que o direito à imagem só deverá prevalecer sobre a liberdade de expressão quando a imagem concreta que foi publicada possa ofender a privacidade do retratado segundo o artigo 8º da CEDH, o que não acontece no caso de captação da imagem em canal público.

Consideramos que este argumento não tem fundamento, como já ressalvamos, a liberdade de expressão terá de ceder perante outros direitos que nas circunstâncias concretas sejam considerados superiores, que é efetivamente o caso de um direito de personalidade de um menor de idade.

Por fim, alega a ré existir violação do nº 1 do artigo 37º e do artigo 38º da CRP na sentença de primeira instância, limitando a liberdade de expressão e escolha dos conteúdos da comunicação social (liberdade de programação), invocando também o artigo 335º do CC referente à colisão de direitos<sup>267</sup>. Pelo parágrafo anterior acreditamos que esta alegação final com referência ao artigo 335º do CC só prejudica a própria ré...

Quanto à decisão do tribunal de recurso, este decide, inequivocamente, que a menor não seria considerada uma artista/figura pública. E é, salvo melhor opinião, bastante esclarecedor nos argumentos que apresenta e que por isso mereceram a nossa melhor atenção.

Afirma, desde logo, estarem verificados os pressupostos gerais para que exista responsabilidade civil e obrigação de indemnizar, na medida em que, a conduta da ré viola o direito ao nome, à imagem e a reserva da vida privada da menor, estamos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual, em que existe a violação daqueles direitos de personalidade. Com os requisitos do nº 1 do artigo 483º do CC cumpridos, temos então verificado o fato, ilicitude, imputação do ato do agente ao dano.

Quanto á ilicitude, estamos perante a violação de direitos de outrem: infração de direitos subjetivos, ou seja, de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Quanto á culpa, trata-se de uma situação pautada pela existência de dolo, traduzindo-se num juízo de censura da ordem jurídica sobre uma conduta reprovável do

---

<sup>267</sup> Cfr, “havendo colisão de direitos diferentes ou da mesma espécie devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam o seu efeito, sem maior detrimento das partes.”

identificado como lesante – “... pela sua capacidade e em face das circunstâncias da situação o agente poderia e deveria ter agido de outro modo.”

No caso *SUB JUDICE*, ao longo da petição inicial, os autores alegaram que a ré, no âmbito de um concurso, sem autorização e contra a vontade dos autores, lançou e promoveu o dito passamento com o único intuito de maximizar os seus lucros. O tribunal afirma que desta feita a ré agiu com dolo e assim encontra-se alegada a existência de culpa, visto que o fim da agência não foi, de todo, informar o público ou esclarecer-lhes e muito menos se revestiu de interesse público como aponta o artigo 79º do CC.

Nas conclusões o tribunal toca num ponto importante, afirmando que a ilicitude da sua conduta é ainda mais acentuada por se tratar de uma jovem, ainda menor, a exigir por isso mesmo, uma particular proteção da curiosidade do público, visto que os efeitos prejudiciais poderão ser muito mais fortemente sentidos do que no caso de um adulto, nomeadamente, no caso dos seus irmãos, que além de figuras públicas, por já serem ambos maiores de idade, terão outro discernimento para que aquela situação não lhes seja danosa da mesma forma. No entanto, acreditamos que o dano existe também relativamente aos seus irmãos, e o tribunal acompanhou esta ideia.

Este tribunal foi assim mais longe do que o usual nas decisões similares, dizendo que, mesmo no caso dos irmãos, irá conceder-lhes também uma indemnização, tal como pediram os autores inicialmente, visto que, mesmo maiores e figuras públicas estas devem ter, na maior parte dos casos, um tratamento igual ao da pessoa comum. Afirma que admitir-lhes um estatuto pessoal “*degradado*” é inconstitucional e colide com o princípio da igualdade; entendem que a compreensão da esfera da privacidade que possam efetivamente sofrer só pode fundar-se na publicidade e relevância do interesse em questão a estar em causa para aquela publicação, e não só na sua notoriedade.<sup>268</sup>

A questão levantada de poder estar em causa um conflito de direitos (liberdade de expressão e direito à imagem), o tribunal considera que não se põe em causa<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Cfr. citando desta feita o acórdão nº 4869/06.0TVPRT.S1 do TR Lisboa- “*é lícita a agressão à privacidade quando o interesse que a impulsiona seja eticamente pouco relevante (exemplo: simples interesse de lucro), de tiragem, audiência ou eticamente negativo como ter a intenção de apenas criar um sensacionalismo*”.

<sup>269</sup> Cfr. citando desta feita o acórdão nº 4869/06.0TVPRT.S1 do TR Lisboa – “*Se há um interesse público a prosseguir com a publicação, que contribuirá para a formação nos destinatários de uma opinião, haverá que se privilegiar o direito à informação e a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos individuais*”. Mas é apenas o interesse público que o justifica e nunca qualquer outro; muito menos um interesse lucrativo, como aconteceu na situação narrada.

O acórdão do STJ de 11-02-2012, processo nº 5817/07.2TBOER. LS1 esclarece-nos que: “*Deverá existir uma conexão entre a pessoa e a matéria do interesse público e a natureza dos fatos relevados. Impõe que se tenha*

O TR Lisboa entra em finalizações afirmando que fica provado que a divulgação do passatempo criou na menor uma sensação de insegurança que afetou a sua autoestima, argumentando que aquela foi alvo de “*chacota*” na escola por parte dos colegas, o que no pensamento de uma pré-adolescente é extremamente constrangedor.

Além disso, dá como provado os danos que ambos os irmãos, além de maiores e figuras públicas, sofreram, visto que aquela situação lhes traz repercussões negativas no meio artístico, atendendo também neste ponto ao pedido dos autores.

Concluindo, quanto à indenização, estabeleceu o montante de dois mil e quinhentos euros em danos patrimoniais a cada um dos três filhos de *Tony Carreira*, (em que o tribunal afirmou que se tratava efetivamente de um valor simbólico). Para além disso, em sede de dano não patrimonial tivemos o pagamento de quinze mil euros à menor, Sara, pessoa mais prejudicada com esta publicação indevida, e ainda metade desse valor a cada um dos irmãos, sete mil e quinhentos euros.

Ao contrário do que é prática corrente em Portugal, nas decisões quanto ao quantitativo indemnizatório em sede de compensação do dano não patrimonial, aqui temos valores elevados a serem concedidos.

Debruçamo-nos desta forma exaustiva sobre os argumentos e decisão do TR Lisboa relativamente a esta questão que chegou à sua competência por com ela concordarmos na íntegra. É assim que efetivamente se salvaguardou, acreditamos que da melhor forma possível, o interesse da menor em causa.

### **17. Possibilidade de Responsabilização do Titular do Direito à Imagem enquanto Apresentador da Mensagem Ilícita**

A questão com que concluímos, de forma bastante superficial porque o tempo e o espaço não nos permite que seja de outra forma, será a de saber se existe a possibilidade de o titular do direito à imagem que desta dispõe a favor de terceiro possa ser responsabilizado caso aquela divulgação/publicação contenha conteúdo que se possa considerar abusivo e/ou ilegal.

Analisamos a responsabilidade da publicidade patológica (enganosa ou abusiva) da seguinte forma: entende-se que a elaboração da peça publicitária se inicia com pesquisa e

---

*em conta a causa da notoriedade da pessoa e a correspondência entre esta e os fatos noticiados, questionando-se se estes são relevantes para uma adequada valoração da pessoa, justificada a luz do interesse geral.”*

planejamento que permitirão definir as estratégias mercadológicas utilizadas na venda do produto ou serviço, uma vez que estão disponibilizadas no *briefing*.<sup>270</sup>

Assim sendo, será o *briefing* o documento juridicamente considerável pois permite a avaliação da responsabilidade da agência quanto ao conteúdo patológico da publicidade, muitas vezes usado pela agência para eximir-se de responder pelo conteúdo causador de prejuízos, justificando que ela mesma fora enganada e que recebeu os dados falsos do anunciante.<sup>271</sup>

Diante da realidade atual e partindo da ideia de que o direito privado constrói as suas bases sob os princípios basilares da responsabilidade e da liberdade, surge a dúvida de saber se esses atores/modelos, muitas vezes *pessoas figuras públicas*, que seriam um dos instrumentos utilizados pelos fornecedores para a venda de bens e serviços, incorrem ou não, perante o consumidor, em responsabilidade decorrente dos danos causados pela publicidade ilícita.

À primeira vista podemos considerar estranho a existência de um dever de indenizar *um cliente* pelo dano causado em decorrência de um erro no serviço, por exemplo; mas é também importante lembrar que estas pessoas (muitas vezes figuras públicas e celebridades) recebem normalmente quantias elevadas para participarem em atividades deste tipo.<sup>272</sup>

Neste sentido, CANARIS fala da responsabilidade pela confiança despertada, sendo o único autor alemão que une as ideias de imputação da responsabilidade pela atuação (determinação própria); atuação de risco profissional (mesmo que risco menor) com fim de lucro (direto ou indireto), e afirma: “a responsabilidade/obrigação por força do negócio jurídico gera responsabilidade por participação no meio jurídico negocial”<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> Cfr. o briefing será o documento elaborado pela agência, a partir de informações dadas pelo anunciante que serve de base a criação do anúncio publicitário, que aborda as características do produto/serviço, o público alvo e os objetivos da campanha - BARROSO, FILIPE REIS e OLIVEIRA, CAROLINA SOBREIRO – “*A Responsabilidade Civil da Agência Publicitária*”, RJUR Fortaleza, 24 de abril de 2012.

<sup>271</sup> Cfr. BARROSO, FILIPE REIS e OLIVEIRA, CAROLINA SOBREIRO – “*A Responsabilidade Civil da Agência Publicitária*”, RJUR Fortaleza, 24 de abril de 2012, *ob.cit.* p. 18-19.

<sup>272</sup> Cfr. NETO, FREDERICO DA COSTA CARVALHO; TORRES, VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI e LÓPEZ, CARLOS – “*Responsabilidade civil das celebridades na publicidade ilícita*” – IV Encontro Internacional de Conpedi Montevideu: “Direito Globalização e Responsabilidade nas relações de consumo”, *ob.cit.* p 14.

<sup>273</sup> Cfr. MARQUES - 1999, pf 7 *apud* Cannaris.

O efeito auto vinculante da informação, consoante KONDGEN, deriva do fato dela constituir um agir comunicativo com pretensão de validade, o que segundo SINDE MONTEIRO<sup>274</sup> provoca no destinatário uma expectativa informativa.

A verdade é que se a informação comunica com pretensão de validade e a publicidade é uma forma de informação, podemos verificar que a publicidade feita por uma pessoa leva a necessidade de uma pretensão de validade da informação que é por ela passada, que se traduz na credibilidade daquele emissor da mensagem; na medida em que a credibilidade da pessoa é utilizada para alcançar a validade da mensagem transmitida, assim esta terá como que um *comprometimento* com a *confiança* e a boa-fé.

No entanto, no caso das crianças em específico esta possibilidade de responsabilização seria ainda mais difícil, só se colocando em relação a crianças a partir de certa idade e mesmo aí a responsabilização poderia *cair* sobre os seus representantes legais.

Em outros ordenamentos, por exemplo no sistema americano, entende-se que cabe aos representantes legais a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelos seus filhos até aos dezasseis anos, ao abrigo da *culpa in vigilando* dos pais.<sup>275</sup>

Alguns autores portugueses também o defendem, como é o caso de SOFIA CASIMIRO,<sup>276</sup> argumentando que os menores até aos dezasseis anos estarão irremediavelmente sobre vigilância dos representantes legais pelo que estes deverão ser responsabilizados.

No entanto, em Portugal, existem os chamados Processos Tutelares Educativos, regulados pela lei 166/99 de 14 de setembro (doravante PTE), aplicáveis aos menores até aos dezasseis anos, processos esses que são da competência dos tribunais de família e menores e que visam de alguma forma corrigir a criança para que não volte a cometer atos ilícitos e ou atos ilegais quando maior de idade. Trata-se de um processo crime que pela sua natureza corre termos nestes tribunais.

As medidas aplicadas aos menores vão desde o mero trabalho a favor da comunidade<sup>277</sup> em casos mais simples e em que se considere que dessa forma o menor

---

<sup>274</sup> Cfr. MONTEIRO, JORGE F. SINDE – “Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações”, Almedina, 1989, *ob.cit.* p. 483.

<sup>275</sup> Cfr. AKDENIZ, YAMAN – “Cyber – Rights and Cyber – Liberties” (UK) – “Who watches the watchmen – Internet Content Rating Systems, and Privatized Censorship – University of Leeds. Disponível em [www.cyber-rights.org/watchmen.htm](http://www.cyber-rights.org/watchmen.htm).

<sup>276</sup> Cfr. CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS – “A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo”, *ob.cit.* p. 75 e ss.

<sup>277</sup> Cfr. artigo 20º da LTE.

consegue facilmente compreender o alcance das suas ações, como pode levar a uma medida de internamento compulsivo em centro educativo.<sup>278</sup>

Ressalva-se que neste tipo de processos as exigências de prevenção geral são deixadas de lado, o parâmetro é que o menor compreenda e consiga distinguir “o bem do mal”, de forma a (re)integrar-se devidamente na sociedade para que, quando maior, não volte a cometer atos ilícitos e/ou crimes.<sup>279</sup>

A prevenção especial é o ponto de partida e o *único* objetivo da sentença que será proferida pelo juiz do tribunal de família e menores.

O juiz, na audiência de julgamento destes processos, procede à audição do menor, dos seus legais representantes, de possíveis testemunhas, do representante do ministério público presente neste processo (sendo que este também irá propor uma medida tutelar educativa ao tribunal), e dos juízes sociais (estes últimos quando chamados a intervir, não sendo a sua presença obrigatória), bem como, pela psicóloga forense que não está presente em sede de audiência de julgamento judicial mas que é chamada a ouvir a criança e os seus representantes legais.<sup>280 281</sup>

A psicóloga forense terá o papel de elaborar um relatório social, dando conhecimento ao juiz das condições psicológicas do menor.

No entanto, pela falta de gravidade suficiente que conduza a um PTE, acreditamos que o menor não será responsabilizado nesta sede quando seja ele o transmissor da mensagem que se possa considerar, de alguma forma, ilícita ou ilegal. Diferente serão os casos que ocorrem quando estas mensagens sejam transmitidas através da imagem de um adulto que, com grande probabilidade, será demandado ou réu, mas essas questões são temas que já não nos competem.

---

<sup>278</sup> Cfr. artigo 17º da LTE – as chamadas “prisões de menores”.

<sup>279</sup> Cfr. artigo 2º da LTE.

<sup>280</sup> Cfr. artigo 47º, nº2 LTE.

<sup>281</sup> Cfr. Poderá ser solicitada a presença de juízes sociais. Presente estará sempre o juiz do tribunal de família e menores e o procurador do ministério público para o julgamento dos Processos Tutelares Educativos.

## CONCLUSÃO

Na atualidade verifica-se uma exposição da imagem de menores de idade em diferentes seios.

É prática comum em qualquer rede social, anúncio publicitário ou mesmo em “*blogs familiares*” a presença de fotografias, relatos, fatos íntimos da vida privada de crianças.

Esta exposição constante e desenfreada que se justifica pela naturalidade como estas situações são hoje encaradas, devido essencialmente ao avanço tecnológico; ao interesse precoce dos menores de poderem livremente expor a sua vida numa rede social ou participar em anúncios televisivos/novelas etc... fazem com que sejam “*esquecidos*” os perigos decorrentes de toda esta leviandade para com o tratamento dos direitos de personalidade dos menores.

Ao longo do aprofundamento dos temas que nos propusemos analisar, facilmente constatámos que a proteção da personalidade da criança, nomeadamente os mecanismos legais disponíveis para tal, não acompanham esta nova realidade.

Por um lado, quando a utilização e/ou disposição da imagem de menores parte de terceiros, no seio, por exemplo, de um contrato de disposição de imagem, a sua proteção está disposta na lei, em que se exige a autorização das respetivas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens ou a intervenção dos tribunais para que estes contratos sejam tidos como válidos.

No entanto, a desproteção legal continua... o número real de menores que participa nestas atividades é muito maior do que aqueles que nos são apresentados, e por outro lado as restantes (e escassas) regras relativas à sua adequada participação nestes meios não são cumpridas.

Ademais, as formas de controlo são ainda de forma mais veemente postas em causa quando são os seus representantes legais a ultrapassarem os limites dos seus poderes para com os menores ao seu cuidado. Relembre-se que a autoritária figura do “poder-paternal” foi deixada de lado e hoje apenas nos referimos as “responsabilidades parentais.”

Quando os representantes legais se utilizam da imagem do menor com um fim económico ou meramente de notoriedade, nas diferentes situações que analisamos, não

existe no nosso ordenamento, pelo menos de forma imediata, um controlo externo sobre eles exercido.

Em ambas as situações considerações tivemos que tecer.

No primeiro caso parece-nos inconcebível que as regras relativas as participações do menor naquele tipo de atividades sejam reiteradamente violadas, sem qualquer consequência legal aparente.

Para além disso, o fato de poder ser posta de lado a intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, sem fundamento justificativo, traz desvantagens desmedidas, desde logo porque acreditamos ser este o órgão vocacionado e com maior capacidade para conceder ou não a autorização da participação do menor em atividades artísticas e/ ou publicitárias e por outro lado, nos casos em que estas são chamadas à colação por alerta exterior (as situações mais graves, de “perigo” que densificamos), será este órgão também o mais apto para tomar decisões, devido essencialmente ao arsenal protetor que fornece. Estas Comissões não contêm apenas juristas, mas também psicólogos, educadores etc... que poderão intervir devidamente em outras vertentes de proteção e aconselhamento da criança em risco.

Optamos, de forma clara e sem reservas, à atribuição de uma competência mais alargada e efetiva as CPCJ, até mesmo por razões de economia processual.

Numa análise comparada com outros regimes jurídicos de proteção do menor nestes âmbitos facilmente denotamos que este é hoje um problema atual a ser resolvido. As respostas que não são fornecidas por institutos europeus e internacionais de proteção dos direitos das crianças também não são, na prática, levados a cabo. A proteção da criança como “*ser raro e vulnerável*” como é por diversos institutos identificada não se desdobra numa verdadeira proteção efetiva.

Neste estudo, importou também a análise do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, de 2018, que em relação ao tratamento de dados e imagens de crianças já consagra, de forma específica, por exemplo no seu artigo 38º, uma proteção individual ao tratamento dos dados e informações pessoais do menor.

No entanto, além de o RGPD representar uma evolução, sabemos que principalmente quando estamos perante uma divulgação da imagem digital, facilmente o objetivo do RGPD é falível.

Resta então concluir que por mais que existam meios próprios para evitar que as imagens dos menores sejam indevidamente divulgadas caberá a quem os tem *a seu cargo* um controle dos atos cometidos pelas crianças e ainda dos seus próprios atos.

É na proteção da imagem das crianças quanto aos atos praticados pelos seus próprios representantes legais que centramos a nossa investigação.

Chegamos à conclusão que os representantes legais não são, de todo, proprietários da imagem dos filhos.

Nos casos de conflito entre o menor e os seus representantes legais, apontamos para a necessidade do seu discernimento ser tomado em consideração como parâmetro de decisão *na maior parte das situações*.

Optamos por um discernimento que não corresponde ao modelo de menoridade e capacidade jurídica que nos é oferecido pelo ordenamento português, rejeitamos, assim, um modelo rígido de capacidade/incapacidade centrado na idade da criança.

Seguindo o entendimento de ROSA MARTINS acreditamos só ser possível uma correta avaliação do discernimento da criança baseada num modelo de “*escalamento*”; modelo esse em que o menor, dependendo essencialmente de outros fatores que não a idade, se irá integrar em determinado *patamar*.

Para a avaliação desse discernimento acreditamos ser imprescindível a audição da criança por órgãos competentes, não aceitando que seja possível que esta audição possa ser colocada de lado sem razão justificativa, na medida em que, será a audição um dos fatores que permitirá enquadrar o menor em determinado escalão de discernimento. Claro é que se compreende que tal não aconteça em situações prejudiciais ao menor, ou nos casos em que seja de todo impossível que a sua opinião seja levada em conta.

Debruçamo-nos, ainda, sobre o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nestas questões, em que se exige um acautelar acrescido na intervenção de pessoas externas a relação privada e familiar, sendo o respeito pela vida privada e familiar um direito protegido pelo artigo 8º da CEDH.

Na que concerne à responsabilização dos pais pelos exercício indevido das suas responsabilidades parentais concluímos que existe a necessidade de o menor ser devidamente representado como que por um “*defensor externo*” contra os seus representantes legais, em que consideramos que a sua representação por um dos seus progenitores *contra o outro* não será o mais adequado, na medida em que, poderá, por

exemplo, levar à utilização do menor como objeto, objeto esse utilizado por um deles como “*arma de arremesso ao outro*”.

Tal é claro, tratando-se, por exemplo, de ex-cônjuges. O menor nestas situações poderá servir como “*material de batalha*” entre eles.

A verdade é que ao admitir-se essa possibilidade poderia ser esquecido o verdadeiro interesse a proteger nestes litígios, o “superior interesse da criança”.

Ao longo da análise, consideramos também que o direito à imagem do menor será na maior parte dos casos uma questão de particular importância, em que ressaltando desde logo os entraves que este conceito indeterminado nos apresenta, será necessário o acordo de ambos os representantes legais para a decisão final relativa a estas questões de divulgação ou não da imagem da criança.

Analizamos assim a decisão pioneira nesta matéria, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora. O acórdão decidiu que a divulgação da imagem de uma criança, em rede social, por um dos seus pais, é efetivamente uma questão de particular importância e assim, impôs aos representantes legais a obrigação de não divulgação da imagem daquela menor, posição essa que aplaudimos.

#### §

Numa vertente mais ligada a responsabilidade civil debruçamo-nos sobre as questões referentes a *aferição do prejuízo moral* causado às crianças com a utilização indevida da sua imagem por terceiros.

A aferição do dano de natureza não patrimonial a ser por elas sofrido poderá consubstanciar problemas.

Desde logo, no caso das crianças muito novas ou recém-nascidas, o modelo de responsabilidade que nos é oferecido pelo ordenamento português leva-nos a conclusão de que os requisitos gerais de existência de responsabilidade civil e ainda aqueles que são exigidos pelo artigo 496º do Código Civil não se encontram verificados para a existência de indemnização. Não sendo aquelas discerníveis ao ponto de que tal lhe cause dor, angústia e sofrimento não poderão ser ressarcidas em sede de dano não patrimonial.

É desta forma que, sem entrarmos em grandes considerações em sede de responsabilidade pois não é esse o cerne do nosso trabalho, questionamos se não será talvez mais correto a adoção, em algumas situações, da consideração do dano “*IN RE IPSA*” como o mais acertado em matéria de ressarcimento indemnizatório a estas crianças, na medida em

que, além de não podermos falar de uma dor efetiva e um prejuízo a ser por elas sentido naquele momento, certamente teremos um dano moral, futuro, que estes menores, quando devidamente discerníveis, certamente irão ser imanados pelos sentimentos que presumimos no ordenamento português que aquelas não teriam, o que não deixa de ser verdade, mas esse prejuízo sentimental já existe, só não é possível de ser auferido naquele momento .

Assim, não parece de todo *descabida* a consideração de um dano presumido a ser ressarcido em sede de responsabilidade nestas situações, dano esse que nos é apresentado por outros sistemas jurídicos, nomeadamente, analisamos nesta senda sucintamente a sua consideração pelo ordenamento brasileiro.

Por fim, referimo-nos também, em especial, a proteção da imagem da criança quando sejam terceiros a violarem estes seus direitos, em que aqui admitimos a possibilidade de os seus representantes legais a representarem em juízo. Para tal, procedemos a breve análise do douto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-10-2016, relativo ao processo nº 1015. 14.7TVLSB.

### §§§

Com a consciência que de que existem já mais completos e densificados ensaios nesta matéria tecemos diferentes considerações e algumas possíveis soluções para problemas que além de jurídicos se enquadram numa vertente, consideramos nós, como que “*jurídico-sentimental*” na medida em que, em matéria de direito da família, é impossível alienarmos da vertente pessoal e sentimental que a violação deste tipo de direitos pelos criadores e educadores das crianças lhes causa, no entanto, todos as considerações que tecemos encontram-se longe de subestimar os melhores contributos já apresentados.

Deparamo-nos, naturalmente, com a consciência da dificuldade de uma investigação exaustiva de todos os assuntos que nos propusemos debater. Advertindo para a consciência de não ser possível um aprofundar de todas as reflexões que nos moveram, por serem muitas, (talvez até demasiadas!), optamos por deixar o nosso modesto contributo para o aprofundar de uma matéria controversa, visto que, centramo-nos no fato de os filhos poderem reagir *contra* os seus legais representantes por não respeitarem os seus direitos, quando se parte do pressuposto que serão estes os mais aptos defensores da sua personalidade.

Sabemos que na atualidade estes problemas cada vez surgirão de forma mais veemente e que será impossível um arsenal jurídico protetor que “*faça frente*” a todos os

problemas que principalmente o “novo mundo tecnológico” apresenta, e que no nosso âmbito é extremamente prejudicial na defesa efetiva destes seres vulneráveis.

Não é possível uma obra conclusiva nestas matérias, porquanto os nossos possíveis contributos surgem apenas como algumas notas que tem o objetivo base de suscitar o interesse por estas questões

## BIBLIOGRAFIA

AKDENIZ, YAMAN – “*Cyber – Rights and Cyber – Liberties*”, (UK) – “Who watches the watchmen – Internet Content Rating Systems, and Privatized Censorship – University of Leeds.

ALMEIDA, SUSANA – “*O Respeito pela vida (privada) e familiar na Jurisprudência do TEDH e as novas formas de Família*”, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008.

ALVES, DORA RESENDE E CASTILHO, DANIELA SERRA - “*Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos da criança*” in Repositório da Universidade Portucalense, Juruá editora, janeiro de 2016.

ANTUNES, JÚLIA – “*Responsabilidade civil em caso de publicação de imagens de crianças e adolescentes...*”

ARIÈS, PHILIPPE – “*A criança e a vida familiar no Antigo Regime*”, Editora, Relógio de Água, 1988

AUTORES DIVERSOS – “*Os Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*” in Direitos da Criança, Coimbra Editora, 2004

AUTORES DIVERSOS – “*Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*” – Anotações relativas ao texto integral, 2000

BARBOSA, MAFALDA C. N. M. – “*Podem os Pais Publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais?*” – *AB INSTANTIA*, 5: 313-219, 2015

BARROS, ANA FILIPA LOURA – “*A representação legal de menores: conflitos de interesses entre representante legal e menor representado*”, Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em

Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015

BARROSO, FILIPE REIS e OLIVEIRA, CAROLINA SOBREIRO – “*A Responsabilidade Civil da Agência Publicitária*”, RJUR Fortaleza, 24 de abril de 2012

BEIGNIER, BERNARD in “*L’honneur et le droit.*” Paris: LGDJ, 1995

BUSACCA, Angela. L’immagine della persona. Tra *right of privacy* e *right to publicity*. In: CENDON, Paolo (dir.). *Trattato breve dei nuovi danni*. Volume Primo – Persone, Famiglia, Medicina. S/l: CEDAM, 2014

CLÁUDIA TRABUCO in Separata da revista “*Dos Contratos relativos ao Direito à Imagem*” – Dissertação da professora da Faculdade Nova de Lisboa, 2001

CAMPOS, DIOGO LEITE - “*Lições de Direitos da Personalidade*”, Separata do Vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1990), 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, 1992

CANOTILHO, GOMES E MACHADO, JÓNATAS – “*Reality Shows e Liberdade de programação*”, Coimbra Editora, 2003

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, VITAL - “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, 3<sup>o</sup> edição/Coimbra Editora, Volume I, 2014

CARBONNIER, JEAN – “*Droit Civil Introduction*”, Quad, Edrige. 2017

CARBONNIER, JEAN. “*Droit civil. Introduction. Les personnes.*” 14. ed. Paris: PUF, 1982

CARVALHO, ANA ISABEL TOMÉ – “*Proteção de Crianças e Jovens em Portugal*”, Dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de direito de lisboa, fevereiro de 2015

CARVALHO, ORLANDO – *“Teoria Geral do Direito Civil”*, Coimbra Almedina, 2012

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS – *“A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo”*

COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO - *“O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”* In FRADERA, VERA MARIA JACOB DE (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

CORDEIRO, CRISTINA DA FARIA E, LEITE/CARLA CARVALHO in *“Você também é responsável”* – Geração Digital: Riscos e Benefícios das Normas Tecnologias para as crianças e Adolescentes – Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2008

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *“Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral”*, 4ª edição, Almedina, 2016

CORDEIRO, MENEZES – *“Tratado de Direito Civil”*, Coimbra Almedina, volume I, 2004, T III

COSTA, ADALBERTO - *“O Direito a imagem”* in Revista da Ordem dos Advogados, nº 4, outubro/novembro 2012

CUNHA LANÇA, HUGO in *“A Regulação dos Conteúdos Disponíveis na Internet: a imperatividade de proteger as crianças”*, Chiado Editora, 2016

CUNHA, HUGO – *“A Regulação dos Conteúdos Disponíveis na Internet”*, Chiado Boooks, dezembro/2016

CRUZ, ROSSANA – *“A Divulgação da Imagem do Filho Menor na Rede Social”* – o desafio de exercer as responsabilidades parentais num novo mundo web digital.”, Tese

de Mestrado da Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Minho, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

DAVID, MARIANA SOARES – “*A Resolução de Litígios no contexto da Internet*”- Themis, A.7., Nº 12, 2006, p. 149-18

DE SOUSA, R.V.A.C.– “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, 2011

DWORKIN, “*Uma questão de princípio.*” -Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

FERNANDES, LUÍS A. C. - “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 6ª edição, Universidade Católica Editora, Introdução aos Pressupostos da Relação Jurídica, 2012

GUARNICA, M. D. C. G - Em “*El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado:*”, editora Aranzadi, 2004 - Professora da Universidade de Granada

GIL, S.I.F.S. – “*A Proteção do trabalho do menor na atividade publicitária*”, Universidade Católica Portuguesa, revista luso #21, março 2016

GONÇALVES, GLENDA – “*RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: DA LÓGICA REPARATÓRIA À LÓGICA INIBITÓRIA*”, Curitiba, 2015

GUERREIRO, PAULO – “*Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*”, legislação anotada, Celta Editora, 2016

HASSLER, in “*Théo. Le droit à l’image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*”. Paris: LexisNexis, 2014

JÚNIOR, D.C. – “*A Proteção jurídica da Imagem da Criança e do Adolescente*”, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006

LEBRUN, FRANÇOIS – “*A vida conjugal no Antigo Regime*”, Edições Rolim, Lisboa, 1988

LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES com a colaboração de MESQUITA, HENRIQUE M -Código Civil Anotado”, volume I, 4º edição revista e atualizada, Coimbra Editora Limitada

LUCENA, DELFIM MAYA in “*Danos não Patrimoniais*”, Coimbra Almedina, 2006

MARTINS, ROSA M. C. - “*Menoridade e (In)Capacidade e Cuidado Parental*”, Coimbra Editora, 2008

MESQUITA, AMÍLCAR - “*Justiça e história no pensamento europeu*” in *Direitos de Personalidade e sua tutela*” - Volume I, com coordenação de Manuela Costa Andrade, da coleção “Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense”. Rei dos Livros e Universidade Portucalense Infante D. Henrique, ISBN 978-989-8305-51-0. 2013

MIRANDA, JORGE – “*Sobre o Poder Paternal...*”, -"Revista de Direito e Estudos Sociais" Coimbra, A. 32, (1-4), janeiro-dezembro

MONTEIRO, JORGE F. SINDE – “*Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*”, Almedina, 1989

MOREIRA, SÓNIA – “*A autonomia do Menor no exercício dos seus Direitos*”, Scientia Ivrídica, Tomo L, nº 291, setembro-dezembro, 2001

NETO, EUGÊNIO FAECHINI – “*A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado*” - Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho, 2018

NETO, FREDERICO DA COSTA CARVALHO; TORRES, VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI e LÓPEZ, CARLOS – “*Responsabilidade civil das celebridades na*

*publicidade ilícita*” – IV Encontro Internacional de Conpedi Montevideu: “Direito Globalização e Responsabilidade nas relações de consumo”

ORLANDO DE CARVALHO- “*Teoria Geral do Direito Civil/Sumários desenvolvidos*”, Coimbra, 1981

PAULA, MARIA FERNANDA - “*Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português*”, *sub-judice justiça e sociedade*”, Lisboa ° 11 (1996)

PEREIRA, ALEXANDRE DIAS – “*A Jurisdição na Internet segundo o Regime 44/2001 (e as alternativas extra - judiciais ou tecnológicas)*”, FDUC- Artigos em revistas Nacionais, 2001

PEREIRA COELHO, FRANCISCO e DE OLIVEIRA, GUILHERME - “*Curso de Direito da Família II, Direito da Filiação*”, t. I, 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006

PEREIRA, HELOÍSA PRADO, Coimbra, 2004, B-18-25-15 - “*Utilização não autorizada da Imagem do Menor e o Dano Moral*”

PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ in *Direito à Verdade, a Mentira e ao Esquecimento*”, AAFDL Editora, 2018

PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA e MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra Editora, 4<sup>a</sup> edição, 2012

PISSARA, MAFALDA – “Os Direitos de Personalidade”, Revista QUID JUP, outubro de 2017

PORTO, MARGARIDA - “*A Participação do Menor em Espetáculo, outra atividade de Natureza Cultural/Artística e Publicitária – Análise das especificidades do Regime Legal*”, Editora Almedina, Coimbra, abril 2010

RODRIGUES, HUGO MANUEL LEITE – “*Questões de Particular Importância no Exercício da Responsabilidades Parentais*”, isbn: 9789723218756, Coimbra Editora, abril 2011

SANI, ANA ISABEL – “*Reflexões sobre a infância e os Direitos de Participação da Criança no contexto da justiça*”

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011

SERRA, ADRIANO VAZ- “*Reparação do Dano Não Patrimonial*” in Boletim do Ministério da Justiça, nº 83, fevereiro 1959

SILVEIRA, ALESSANDRA E CANOTILHO, MARIANA - Carta dos Direitos Fundamentais Anotada e Comentada 2013, editora PR

SNYNODINOU, TATIANA – “*Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences*” - Law Department, University of Cyprus, New University Campus, PO Box 20537, Nicosia 1576, 23 de abril de 2014 - ISSN 2075-471X

SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*A Autonomia do Direito das Crianças*” in LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coordenador) - Estudos em homenagem a Rui Epifânio. Coimbra: Almedina - ISBN 978-972-40-4069-1., 2010

SOTTO MAYOR, MARIA CLARA – “*Existe um poder de correção dos pais?*” – Comentário à propósito do Acórdão do STJ de 05-01-2006 – lex familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, a.4, nº 7 – (2007)

SOTTO MAYOR, MARIA CLARA - “*A Regulação do Exercício das Responsabilidades em caso de Divórcio*”, Editora Almedina, 5ª edição e 7ª Edição, 2011

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO – “*O Direito Geral de Personalidade*”,  
Coimbra Editora

SUEIRO, MARIA E. in “*El derecho a la propia imagen*”, Granada: Editorial  
Comares, 2000

TEFFÉ, CHIARA SPADACCINI – “*Considerações sobre a Proteção do Direito à  
Imagem na Internet*”, RIL Brasília a. 54 n. 213 janeiro/março, 2017

TOMÁS, CATARINA E FONSECA, DIANA in “*Crianças e Jovens em Perigo: o  
papel das CPJC de Menores em Portugal*”, volume 47, número 002, Instituto Universitário  
de pesquisas do Rio de Janeiro, Brasil – DADOS, Revista de Ciências Sociais, 2004

TORRES, FILIPE - “*A Autonomia Progressiva das Crianças e dos Adolescentes*”,  
*Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, nº 14

VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “*O Direito de personalidade*”, Almedina,  
Reimpresão da edição de novembro de 2006

VARELA, ANTUNES E LIMA, PIRES - “*Código Civil Anotado e Comentado*”,  
Coimbra Editora, 2010

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – “*Das Obrigações em Geral*”,  
Volume I, Almedina, 2017

VENDITTI, PRIMULA– “*La privacy del minore e i mass-media*” - in Privacy,  
org. Agostinho Clemente, Padova, CEDAM, 1999

VÍTOR, PAULA TÁVORA - “*A Administração do Património de Pessoas com  
Capacidade Diminuída*”, Coimbra Editora, 2008

ZANINI, LEONARDO ESTEVÃO DE ASSIS – “A Proteção do Direito à Imagem e da Vida Privada em Franca”, Livre-Docente em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 57-73, abr./jun. 2018

**JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA CITADA:**

-Tribunal da Relação de Coimbra: processos n°s 1251/12.0TBMGR.C1; 2092/11.8TAVR.C1JTRC

-Tribunal da Relação de Évora: 789/13.7TMSTB-B. E1

-Tribunal da Relação de Lisboa: processos n°s 3845/2007-6; 336/18.4T8OER.L1-6; 897/12.1T2AMD.FL1; 419/17.8T8VR.P1; 789/13.7TMSTB.E1; 1015.14.7.TVLSB.L17

-Supremo Tribunal de Justiça: 1015.147.TVLSB.11.S1