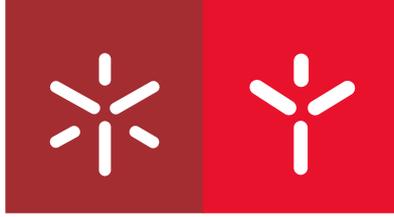


Universidade do Minho
Escola de Direito

Sara Filipa Martins Lopes

**O Incumprimento das Responsabilidades
Parentais e o Crime de Subtração de Menor**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Sara Filipa Martins Lopes

O Incumprimento das Responsabilidades Parentais e o Crime de Subtração de Menor

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Margarida Maria Oliveira Santos

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

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

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

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

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

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

AGRADECIMENTOS

Gratidão é indubitavelmente “a palavra”, e muitos foram os que me acompanharam nesta jornada, que teria sido incomparavelmente mais difícil sem o seu apoio. Assim, não posso deixar de mencionar algumas das pessoas que tiveram um importante contributo na elaboração desta dissertação.

Em primeiro lugar, devo um agradecimento especial à Professora Doutora Margarida Santos, pela pessoa que é, pelas ternas palavras de encorajamento, pelo contributo que teve na minha formação académica, por uma orientação exemplar, pautada pela disponibilidade, cuidado, atenção e dedicação, sem a qual não teria sido possível realizar este trabalho.

Expresso também a minha gratidão ao Dr. António Vigário, com quem tive o privilégio de aprender e aprofundar conhecimentos. Obrigada por ter a generosidade de partilhar comigo a sua inteligência, pela preocupação, motivação e conselhos tão assertivos.

Não obstante dedicar-lhes esta dissertação, o meu agradecimento estende-se a todos familiares, em especial, aos meus pais, e irmãos, pelo apoio incondicional, sobretudo nos dias difíceis.

Um agradecimento especial a todos os meus amigos, em especial à Liliana, Sara e Cátia, por serem minhas companheiras e cúmplices nesta jornada, obrigada pelas sempre reconfortantes palavras.

À Sílvia, pela amizade, pela serenidade e pela alegria, escutando os meus medos e ansiedades, apaziguando-os com ânimo.

Ao João, pelo amor, compreensão e força no dia-a-dia da elaboração da tese, e sobretudo, nos momentos mais difíceis.

A todos, o meu profundo agradecimento.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

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

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

RESUMO

O Incumprimento das Responsabilidades Parentais e o Crime de Subtração de Menor

A presente tese versa sobre a rutura das relações familiares e as implicações do aumento significativo da taxa de divórcios não pacíficos e separações, que vêm ocasionando lutas acirradas entre os progenitores, transportadas para os filhos, que servem muitas das vezes, e egoisticamente, de “arma de arremesso”. Estas quezílias, que devem ser totalmente alheias aos menores, são já uma constante na realidade social, familiar e jurídica.

Tendo por base o princípio do superior interesse da criança como meta de atuação, analisa-se a figura das responsabilidades parentais, determinadas condutas incumpridoras deste regime, e de que forma esse incumprimento será merecedor de intervenção penal. Para esse efeito, caminhamos no sentido de escrutinar o ilícito de subtração de menor, previsto no artigo 249.º do Código Penal.

Pretende-se, ao longo destas páginas, analisar e estabelecer uma relação entre as condutas incumpridoras do regime fixado e o ilícito de subtração de menor, ou seja, pretendemos averiguar se todas as situações de incumprimento das responsabilidades parentais resultam no ilícito de subtração de menor e se o aludido ilícito comportará sempre um incumprimento do regime fixado.

Almejamos uma correlação, e aclaramos a ideia de que nem todas as condutas incumpridoras das responsabilidades parentais são suscetíveis de se ajustar ao ilícito de subtração de menor, previsto no artigo 249.º do Código Penal.

Nesta medida, conclui-se pela necessidade de uma análise cautelosa e casuística das diversas condutas e eventuais incumprimentos das responsabilidades parentais, que podem ser subsumidos no crime em estudo, bem como os comportamentos que podem gozar de uma atenuação especial da pena.

Palavras-chave: Incumprimento das Responsabilidades Parentais, Menores, Responsabilidades Parentais, Subtração de Menor, Violência Doméstica.

ABSTRACT

Breaches in Parental Responsibilities and Child Abduction

This thesis focuses on family relationships ruptures and the significant increase in contested divorce and separation's rates, which generate bitter fights between parents that are carried to their children - whom serve, numerous times, as a weapon. These quarrels, which should not involve minors, are prevalent in today's social, familiar and juridical reality.

Having the best interests of the child as the ground of our intervention, we are going to analyze parenting responsibilities as well as certain conducts that fail to comply this legal framework and in what way this infringement deserves prosecution.

Along this pages, we intent to analyze and establish a relationship between conducts that infringe the legal regime and parental child abduction. Additionally, we intent to determine if all the situations where there's a violation of parental responsibilities result in illicit parental child abduction, and if the mentioned infraction always encompasses a breach of the established regimen.

We strive for a correlation and we clarify that article 249.º of the Penal Code predicts crime situations but, however, there's no mention about breaches in parental responsibilities. Furthermore, not all breaches of parental responsibilities are likely to adjust to the unlaw act of parental child abduction.

With this in mind, we conclude that there is a necessity of a cautious and case-by-case assessment that encompasses the various conducts and potential infringements of parental responsibilities. Moreover, these infractions can be incorporated in the crime in investigation, as well as certain behaviors that can benefit from a special sentence attenuation.

Keywords: Breach of Parental Responsibilities, Child Abduction, Domestic Violence, Minor, Parental Responsibilities.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - DO CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR	3
1. Evolução Legislativa.....	3
2. O bem jurídico tutelado no artigo 249.º do Código Penal.....	9
3. Características e requisitos.....	12
3.1. A conduta prevista no art. 249.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal	12
3.2. Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir	13
3.3. De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento.....	15
4. Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.....	18
5. Distinção entre o Crime de Subtração de Menor (249.º CP) e os Crimes de Sequestro e Rapto (158.º e 161.º CP)	21
CAPÍTULO II – O PODER PATERNAL E O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	24
1. Noção e substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”: objetivos e principais alterações da reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro	24
2. Modalidades de exercício das responsabilidades parentais	29
2.1. A regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais	29
2.1.1. O exercício das responsabilidades parentais e a violência doméstica	34
2.2. O exercício exclusivo das responsabilidades parentais.....	36
3. Adelegação dos atos da vida corrente, artigo 1906.º, n.º 4 do CC.....	38
4. O incumprimento das responsabilidades parentais	39
4.1. Questões gerais.....	39
5. A chamada (síndrome) de “alienação parental”	41
CAPÍTULO III – O INCUMPRIMENTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E A SUA RELAÇÃO COM O ILÍCITO DE SUBTRAÇÃO DE MENOR	45
1. A tutela penal nas responsabilidades parentais	45
2. Regulação das Responsabilidades parentais.....	48
2.1. Subtração em sentido estrito	48

2.2. O incumprimento das responsabilidades parentais e a determinação à fuga do menor	52
2.3. O incumprimento e a recusa/atraso no cumprimento do regime de convivência.....	53
2.4. Análise crítica.....	55
CONCLUSÃO	58
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Als. - Alíneas

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CC. - Código Civil

CEDH. – Código Europeu dos Direitos do Homem

Cfr. - Conferir

CP. - Código Penal

CRP. - Constituição da República Portuguesa

DL. - Decreto-lei

LPCJP. - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

Op. cit. - “opere citato”, “obra citada”

OTM. - Organização Tutelar de Menores

Proc. – Processo

p. – Página

RASI. – Relatório Anual de Segurança Interna

RGPTC. - Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RP. – Responsabilidades Parentais

ss. - Seguintes

TEDH. - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRP. - Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Neste tempo, rápido e implacável, os menores vão continuar a ser os pequenos peões que se arriscam, quotidianamente, nas veredas perigosas que os adultos e a Família lhes reservam, distraidamente.

Guilherme de Oliveira

INTRODUÇÃO

A presente tese aborda algumas problemáticas existentes em torno da subtração de menores. Em especial, centramos a nossa atenção na realidade fáctica e jurídica existente no seio familiar. Em pleno século XXI abundam os conflitos familiares, motivados por divórcios conturbados, resultando no que comumente designamos de raptamento parental.

Este trabalho pretende ser um pequeno contributo para a discussão deste fenómeno, que não é recente, remontando já a 2003, com o caso *Maire*¹, e anos mais tarde, com o conhecido caso *Reigado Ramos*. Permanece, no entanto, uma temática marcada pela atualidade, na medida que o número de casos em que o agente é o próprio progenitor têm vindo a aumentar, e, na grande parte das vezes, associados a conflitos pessoais entre o casal, que vêm a ser transportados para o exercício das Responsabilidades Parentais. Face ao cenário traçado, cremos que este trabalho se apresenta oportuno e relevante.

A opção pelo tema prende-se, essencialmente, com duas ordens de razões: a atualidade e a pertinência jurídica do tema, atendendo à necessidade de concretização legal, associada à parca jurisprudência dos nossos tribunais.

Ora, o incumprimento das decisões proferidas nos processos de regulação do exercício das Responsabilidades Parentais ocorrem com relativa frequência, não escolhem situação económica, estatuto social, formação académica, raça ou religião, sendo transversal a toda a população.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, no artigo 249.º do Código Penal, vieram alargar o leque de situações que nele encontram enquadramento e têm gerado diversas dúvidas na sua interpretação e aplicação. Primeiramente analisa-se a noção de subtração de menor e a respetiva evolução legislativa, sobretudo quanto às mudanças produzidas no ilícito da subtração de menor, previsto no artigo 249.º do Código Penal. Ainda no âmbito do Direito Penal, aprofunda-se o estudo da subtração de menor, incidindo nas suas principais características e respetivos requisitos.

Dúvidas não há que o interesse da criança tem de ser estabelecido como o cerne dos interesses que a norma visa tutelar. No entanto, os entendimentos subjacentes a esta questão são tendencialmente distintos, sobre os quais faremos um breve apanhado.

Revela-se fulcral, e constitui o objeto do presente trabalho, apresentar uma visão crítica dos vários institutos, nomeadamente contrapondo o crime de sequestro e raptamento, com o crime de subtração de menor, previstos nos artigos 151.º e 161.º do Código Penal.

¹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 26/06/2003, disponível em http://www.gddc.pt/direitoshumanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q48206_99.pdf, consultado em 25/06/2019.

Sendo uma área que tem experimentado manifestas interrogações e desafios, na medida em a subtração de menor, à partida, implicará uma violação do regime das responsabilidades parentais, agora num enquadramento civilista, propomo-nos a estudar a questão das responsabilidades parentais.

Para que o superior interesse da criança esteja devidamente acautelado é importante averiguar dos comportamentos dos progenitores e, em concreto, da conduta de subtração levada a cabo, poderá eventualmente, relevar enquanto circunstâncias atenuantes. Certo é que, para tal desiderato, o exercício das responsabilidades parentais deverá ser lavado a cabo de forma plena, sem obstáculos e atropelos. No entanto, em muitos casos, os progenitores insistem em tornar o processo de regulação numa guerra aberta, em resultado disso, pretendemos aprofundar o estudo da alienação parental.

Ademais, não pretendendo abarcar toda a extensão e complexidade temática, propomo-nos, ainda, analisar alguns aspetos relacionados com o delito de violência doméstica, tal como ele se apresenta previsto no artigo 152.º do Código Penal. Considerando a realidade de ambientes familiares marcados pela violência doméstica e outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, verifica-se a necessidade urgente, atendendo à sua situação de especial fragilidade em razão da idade, de proteger o superior interesse da criança.

Pretendemos, por fim, apreciar a intervenção do Direito Penal para a proteção e o cumprimento coercivo de situações em que há incumprimento do regime estabelecido de regulação das responsabilidades parentais após dissociação familiar. Caberá estabelecer uma relação entre o ilícito de subtração de menor e o regime das responsabilidades parentais, e seu incumprimento, bem como aferir condutas que podem, eventualmente, gozar de uma atenuação especial da pena.

CAPÍTULO I - DO CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR

1. Evolução Legislativa

Ninguém questionará que Portugal fez um grande esforço para reforçar legislativamente a visão penalista relativa ao combate dos conflitos familiares nos últimos 30 anos.

Atualmente, o crime de subtração de menor está plasmado no art. 249.º do Código Penal (CP). Sem embargo, é importante deslindar as diversas alterações legislativas que operaram ao referido ilícito. Iniciando esse itinerário, remontamos ao CP de 1852 e constatamos que os crimes relativos à subtração e ocultação de menores foram introduzidos por influência de ordens jurídicas estrangeiras, como a espanhola (art.s 398.º e 400.º do inerente CP de 1850), a francesa (art.s 354.º do Code Pénal de 1810) e a brasileira (art.s 48.º e 254.º do respetivo CP de 1830), das quais se extraiu, pois, o essencial do modo de conformação legal da matéria em Portugal². O CP de 1852 (e, mais tarde, o de 1886 que deixou intocadas as normas em causa, à exceção da definição de algumas penas a tais normas relativas) integrou a subtração de menor no Título IV (“Dos crimes contra as pessoas”), no Capítulo II (relativo aos “Crimes contra o estado civil das pessoas”), e, de modo mais específico, na Secção III, precisamente epigrafada de “Subtração e ocultação de menores”³.

Com efeito, o ilícito de subtração de menores encontra como fontes os art.s 342.º e 343.º⁴. O art. 342.º sancionava o comportamento daquele «(...) que por violência ou por fraude, tirar ou levar, ou fizer tirar ou levar um menor de sete anos da casa ou lugar em que, com autorização das pessoas encarregadas da sua guarda ou direção, ele se achar (...)»; no mesmo sentido, e pese embora a circunstância de o objeto da ação ser aí já um menor de 21 anos⁵, previa-se também no art. 343.º a utilização da violência ou fraude enquanto meios tendentes ao abandono daquele da «(...) casa de seus pais ou tutores, ou dos que forem encarregados de sua pessoa (...)», ou do «(...) lugar em que por seu mandado ele estiver (...)», introduzindo-se uma nuance punitiva no caso de o menor ter menos de 17 anos de idade (§ único). Ainda que se entendesse que os eventuais atos de “*subtração*” dos menores atentavam, antes do mais, contra a liberdade natural destes, acabariam por refletir, bem vistas as coisas, ataques à autoridade paterna *stricto sensu*, isto é, aos poderes do pai (e marido) como chefe de família e especial responsável, à face da lei, pela instrução e educação dos filhos, com óbvia supremacia sobre a mãe (e cônjuge⁶). Vigorou, sem grandes alterações, até 1982, altura em

² A propósito, e com crítica ao legislador português por aquela que, na sua opinião – certa – não foi a melhor arrumação sistemática, no nosso CP de 1852, das diversas influências estrangeiras recebidas, LUÍS OSÓRIO BATISTA, Notas ao Código Penal Português, volume III, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, págs. 37, 40 e 42.

³ EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, págs. 106-114.

⁴ Que vigorou, sem grandes alterações, até 1882, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>, consultado em 19/06/2017.

⁵ À época, patamar da maioridade, artigo 97.º do Código de Seabra.

⁶ Na síntese de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, a propósito das normas dos art.s 137.º e 138.º do Código de Seabra., «(...) na grande maioria dos casos, havendo divergência de opiniões entre o pai e a mãe, é a do primeiro que sempre há de prevalecer, sendo excepcionais os casos em que as duas vontades se equilibram, determinando a intervenção da justiça», e «esta preponderância do pai, como chefe da família, é um princípio de ordem pública, que não pode ser alterado por convenção (...)» (Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, pág. 351).

que, através da Lei de Autorização Legislativa n.º 24/82, de 23 de Agosto, foram aprovadas importantes modificações ao CP, pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, surgindo igualmente o crime de subtração de menor, previsto no art. 196.º, concretamente, na secção I (crimes contra a família), capítulo I (crimes contra os fundamentos ético-sociais), no título III relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade.

Aposteriori, surgiram algumas alterações operadas pela reforma do DL n.º 48/95, de 15 de Março⁷. Desta feita, o CP foi sujeito a uma profunda revisão (que levou mesmo a que se falasse num novo CP). O crime de subtração de menor passou do art. 196.º para constar do art. 249.º, adquirindo aí a sua configuração moderna. Era notório o desequilíbrio existente entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e para os crimes contra o património. Na presença de tal desarmonia, o principal objetivo do DL n.º 48/95, de 15 de Março, foi colmatar essa brecha, ditando um agravamento das penas previstas para os crimes contra as pessoas⁸.

A reforma de 1995 trouxe um novo vislumbre a este art., dispondo que, quem subtraísse menor, ou por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinasse menor a fugir ou se recusasse a entregar o menor à pessoa que sobre ele exercesse o poder paternal ou tutela, ou a quem ele estivesse legitimamente confiado, era punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Pode constatar-se alterações no que ao comportamento de determinação do menor a fugir respeita, e à respetiva moldura penal, diminuindo-se a pena de prisão e colocando-se a pena de multa como alternativa e não cumulativa. O ilícito, em qualquer das suas vertentes, reveste natureza semipública, portanto, para que o Ministério Público tenha legitimidade para promover o processo torna-se necessário que o ofendido apresente queixa pelos factos em causa, nos termos do art. 49.º do Código de Processo Penal. Assim sendo, e apesar de estruturalmente diferente, o novo art. 249.º continuou a prever, à semelhança do anterior 196.º, três comportamentos distintos: (i) a subtração em sentido restrito, (ii) o comportamento violento ou que através de ameaça gera a fuga do menor e (iii) a recusa na entrega do mesmo à pessoa por ele responsável.

O preceito haveria de sobreviver às posteriores alterações feitas ao CP, só voltando a ver-se alterado em 2007, em mais uma revisão do CP, levada a cabo pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro⁹. Embora as modalidades de conduta tenham permanecido inalteradas, o preceito viu a sua moldura penal modificada, agravando-se a pena prevista para pena de prisão de 1 a 5 anos, para qualquer uma das condutas praticadas no art.º 1 (subtração, determinação do menor a fugir, recusa de entrega do mesmo à pessoa que sobre ele exercia o poder paternal ou equivalente). Criou-se, todavia, um regime privilegiado, introduzido pelo art. 249.º n.º 2, que manteve a pena anterior (prisão até 2 anos ou multa até 240 dias) para as situações em que o agente fosse

⁷ Retificado pela declaração de retificação n.º 73-A/95 de 14 de Junho.

⁸ Disponível em:

http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da_justica/pdfleis2/dl481995/downloadFile/file/DL_48_1995.pdf?nocach=1182362188.33,consultadoem19/06/2017.

⁹ Retificada pela declaração de Retificação n.º 102/2007, de 31 de Outubro – 23ª alteração ao Código Penal.

ascendente, adotante ou tivesse exercido a tutela sobre o menor.

Não obstante as reformas *supra* descritas, a verdadeira transformação ao crime de subtração de menor, quer na sua estrutura, quer na moldura penal, dá-se com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro¹⁰. Esta lei não constitui um diploma especificamente votado a tratar de matérias criminais, mas veio introduzir significativas modificações no regime do divórcio. Inseriu igualmente modificações em vários outros diplomas, de modo a dar coerência ao sistema que então se implementava, inclusive nos art.s 249.º e 250.º do CP.

No que ao ilícito de subtração de menor respeita, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, trouxe algum assombro quando voltou a fixar a moldura penal para pena de prisão até dois anos ou, em alternativa, pena de multa até 240 dias, reformulando e alargando o âmbito de incriminação da norma. Isto porque, na exposição dos motivos do Projeto de Lei 509/X, apenas se previa a punição do incumprimento do regime fixado sobre o exercício das responsabilidades parentais, mediante o crime de desobediência, nos termos da lei penal¹¹.

Ao invés do inicialmente conjecturado, a lei alterou o art. 249.º do CP e aditou-lhe a alínea c), e a norma passou a estar organizada da seguinte forma:

“Quem:

[a] Subtrair menor;

[b] Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou

[c] De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

[2] – Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.

[3] – O procedimento criminal depende de queixa”.

Percebe-se que a inovação estará na alínea c) e que houve um retrocesso relativamente à reforma de 1995, tendo sido a moldura penal diminuída. Ainda neste normativo, acrescentou-se que às condutas nele previstas teria

¹⁰ O referido diploma teve como origem uma proposta apresentada em 10 de Abril de 2008 pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, através do Projeto de Lei n.º 509/X18 que, seguidamente, foi aprovada pela Assembleia da República sobre o Decreto n.º 232/X e enviada para promulgação. Após várias discussões sobre esta alteração ao Regime Jurídico do Divórcio, o Presidente da República vetou o diploma, devolvendo-o à Assembleia da República com uma mensagem onde expunha algumas dúvidas, solicitando a reapreciação do mesmo. Nesta altura, a proposta de lei gerou controvérsia e polémica junto da sociedade e do meio jurídico, surgindo diversos pareceres a propósito, mormente da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, que defendeu conduzir, na prática, a eliminação da relevância legal dos fundamentos culposos do divórcio a uma cada vez maior desproteção das mulheres perante o fenómeno da violência doméstica: «(...) um sistema que suprima o divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais não pode deixar de prever expressamente a violência doméstica contra as mulheres e os maus-tratos às crianças como causas de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Caso contrário, a lei está a contribuir para a invisibilidade do fenómeno da violência e para a perpetuação da discriminação das mulheres e das crianças, continuando o CC a reflectir a concepção tradicional de família como “santuário” e a imunidade do agressor» - parecer disponível em www.apmj.pt

¹¹ No projeto pode mesmo ler-se que “(...) se introduz um novo artigo prevendo punição para o incumprimento do exercício das responsabilidades parentais que passa a ser considerado crime de desobediência. Novamente assim se pretende sublinhar que o Estado deve, através dos vários meios ao seu alcance, assegurar a defesa dos direitos das crianças, parte habitualmente silenciosa neste tipo de diferendos entre adultos, sempre que estes não cumpram o que ficar estipulado”.

de estar associado um carácter “repetido e injustificado do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”. A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, deixa também de tipificar apenas a recusa na entrega do menor, contrariamente à anterior versão, vem agora atribuir maior proteção dos direitos inerentes à parentalidade (sobretudo do progenitor com quem o menor não reside), criminalizando os entraves na entrega ou acolhimento do menor e alargando o leque aos casos em que haja incumprimento do regime estabelecido, para a convivência do menor, na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, a decisão proferida pelo TEDH no conhecido “*Caso Reigado Ramos*”¹² – que condenou o Estado Português por violação do art. 8.º da Convenção, na medida em que “As autoridades portuguesas omitiram o desenvolvimento de esforços adequados e suficientes para fazer respeitar os direitos de visita do requerente (...)” – pronunciou-se sobre a questão de não ser possível proceder-se criminalmente pelos factos em apreço, afirmando que cabe aos Estados e não ao Tribunal as opções legislativas, mormente as que se referem à matéria penal. Pode ainda ler-se no mesmo acórdão que “(...) compete a cada Estado contratante dotar-se de um arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas que lhe incumbem ao abrigo do art. 8.º da CEDH. O Estado deve designadamente possuir uma panóplia de sanções adequadas, eficazes e capazes de assegurar os direitos legítimos dos interessados bem como o respeito pelas decisões judiciais”.

Foi, pois, nesta esteira que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu alterações significativas e inovadoras no CC, no que tange ao exercício das responsabilidades parentais, e reforçou (aquele mesmo diploma) a proteção dos direitos nele consagrados – conferindo-lhes a tutela penal que se impunha como necessária e adequada à proteção dos seus destinatários. A nova redação dada aos preceitos contidos nos art.s 249.º e 250.º do CP veio, deste modo, tornar mais abrangente o campo de aplicação dos ilícitos em causa, pelo que atualmente encontram-se compreendidas na tutela penal condutas que anteriormente apenas na área civil encontravam proteção legal; sendo certo que esta se revelou muitas vezes insuficiente e ineficaz¹³. Nesta perspetiva, é interessante notar que se está, em todo o caso, perante a definição de um conceito geneticamente jurídico – o de incumprimento do regime das responsabilidades parentais; ou seja, construído e compreendido no mundo do direito, «(...) por contraposição à definição de conceitos “juridicamente naturalizados” (...)», entendidos estes últimos como conceitos «(...) cujo campo específico de cientificidade não é seguramente o do direito»¹⁴.

Temos assim, grosso modo, que a violação das vertentes do regime que se prendem com a guarda do filho e com o exercício das responsabilidades parentais pode encontrar enquadramento penal no crime de subtração de menor, previsto no art. 249.º n.º 1 al. a), do CP e a violação do regime fixado para o convívio do menor com o

¹² Acórdão de 22 de novembro de 2005, proferido no Recurso n.º 73229/01, disponível em http://direitoshumanos.gddCpt/acordaos/reigado_ramos.pdf, consultado em 19/06/2017.

¹³ Disponível em: http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p415-464.pdf, pág. 48, consultado em 19/06/2017.

¹⁴ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, Dissertação de doutoramento, O novo crime de subtração de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31/10): a criminalização Dos afectos?, disponível em: <https://estudogeral.sib.ucpt/bitstream/10316/35117/1/O%20novo%20crime%20de%20subtracao%20de%20menor.pdf>, pág. 70, consultado em 24/06/2017.

progenitor não residente pode vir a encontrar esse enquadramento na al. c) da mesma norma legal.

Neste seguimento, Maria da Conceição Cunha¹⁵ considera que a incriminação a respeito do incumprimento do regime de visitas – a saber: atrasos repetidos ou a criação de obstáculos na entrega do menor, com base na alínea c) do art. 249.º – só será legítima quando comprovada a ineficácia do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (o princípio constitucional da proporcionalidade e a aplicabilidade do Direito Penal como *última ratio*). Júlio Barbosa¹⁶, ainda a propósito desta questão, afirma que “face à proliferação de casos graves e à falta de consciência acerca de quem se prejudica com determinadas ações, no nosso país só a incriminação pode conferir dentes aos objetivos legais de reunir pais e filho rumo a uma parentalidade positiva”; por outras palavras, considera que a criminalização configura um passo correto para, em última instância, se conferir uma melhor proteção aos direitos das crianças e jovens.

Ainda no que tange ao alargamento desta incriminação através da alínea c), veja-se, mais uma vez, Maria da Conceição Cunha¹⁷. A Autora considera mais óbvio a aplicabilidade da alínea c) à recusa, atraso ou dificuldade da entrega do menor ao progenitor que detém a guarda. No entanto, e analisando a letra da lei, mormente a expressão “não cumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, a Autora conclui pela aplicabilidade às situações em que é o progenitor guardião a dificultar ou a recusar a entrega do menor. Em sentido diverso, André Teixeira dos Santos¹⁸ entende que a alínea c) será apenas aplicável à violação do regime de visitas por quem não é titular da guarda.

Na versão anterior, porém, apenas se contemplava a recusa de quem não detém a guarda relativamente a quem a detém, não se tutelando penalmente o direito de visita. Neste sentido, refira-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.01.2007, onde se pode ler que “o crime de subtração de menor pressupõe sempre um agente que não detenha poderes (e deveres) relativos à custódia do menor”, não abrangendo a “recusa, por parte do legítimo titular dos poderes, em garantir o direito de visita ao outro progenitor”. Mais recentemente, e já tendo em conta as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, importa referir o Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra, de 18/05/2010 Processo n.º 06P4707, segundo o qual, “face à anterior redação do tipo legal, não constituía subtração de menor a recusa, pelo progenitor guardião, do direito de visita ao outro progenitor ou progenitores. Todavia, perante a nova configuração típica daquela alínea, conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, estão atualmente abrangidos no tipo incriminador quer os comportamentos do progenitor guardião que não entrega a criança ao outro para que este exerça o seu regime de convívio, quer as do progenitor não guardião que não entrega o filho ao guardião na pós-visita”.

¹⁵ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A tutela penal da Família e do interesse da Criança – Reflexão acerca do crime de subtração de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e rapto de menores, Separata de Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais – Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 926-927.

¹⁶ JÚLIO BARBOSA DA SILVA, “Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: nada se perde, algo se transforma – O crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1, alínea c e n.º 2 do Código Penal”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2010, n.º 14, pág. 250-264.

¹⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A tutela penal...cit.*, pág. 925.

¹⁸ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *Do Crime do Subtração de Menor, Julgar*, n.º 12 (especial), Nov. 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 240.

O legislador penal, para determinar a ocorrência de crime, tem de socorrer-se do direito civil, designadamente do exercício das Responsabilidades Parentais. Existem quatro vertentes que têm que ser reguladas sempre que o progenitor não vive em conjugalidade, a saber:

- Definição de com qual progenitor fica a criança a viver ou residência alternada;
- Definição de a quem cabe o exercício das RP, e em conjunto as questões de particular importância;
- Regime de convívio da criança com o progenitor com quem não reside;
- Fixação de uma prestação de alimentos.

Todas elas encontram agora tutela penal, que foi claramente alargada. Assim sendo, e como já foi *supra* referido, a nova alínea c) parece vir tentar responder ao problema da violação do regime fixado para o convívio do menor com os progenitores, nomeadamente, mas não só, com o não residente.

A alínea c) vem, assim, aplicar-se aos casos em que o progenitor não guardião vê-se impossibilitado de exercer, de forma livre e sem quaisquer impedimentos, o seu direito de visita ao menor, seu filho. Não obstante, consideramos perfeitamente correta a aplicação do normativo, quer às situações em que o incumprimento é imputável ao progenitor guardião, quer às situações em que o desrespeito pelo regime cabe ao outro progenitor.

Outra alteração importante que cumpre salientar é a de que se procedeu à eliminação da atenuação da pena, por conta de uma eventual ligação mais próxima com o menor, consequência de relações de parentesco, adoção ou tutela, não lhe sendo aplicável uma moldura penal distinta da prevista no tipo legal base.

Destarte, era pacífico o entendimento de que a norma nas suas redações anteriores visava proteger o poder paternal, a tutela e o direito de guarda; face à atual redação, deixa de se atender à qualidade do agente na atenuação, passando a dar-se relevância à vontade do menor, isto porque agora se prevê uma atenuação especial da pena sempre que a conduta qualificada como ilícita seja condicionada pela vontade do menor, com idade superior a 12 anos. Porém, esta atenuação apenas pode ser atendida nos comportamentos subsumíveis na alínea c), do n.º 1, do art. 249.º, deixando-se de parte as condutas de subtração e de instigação à fuga por meio de violência ou ameaça grave.

O legislador optou por estabelecer um limite de idade para, dentro do possível, se assegurar o consentimento livre e esclarecido, e, à partida, o menor já ser capaz de perceber a sua realidade e discernir alguns comportamentos. Pretende-se, assim, salvaguardar a sua vontade quando prestada de forma consciente e fidedigna. São frequentes os casos em que o menor é manipulado por um progenitor contra o outro, servindo de “arma de arremesso” numa luta entre pais. Ao estabelecer-se esta limitação na idade, poder-se-á, com maior cautela, assegurar que a criança ou jovem está efetivamente a exprimir a sua vontade de forma livre e sem vícios.

No que à moldura penal diz respeito, com a Lei 61/2008, de 31 de Outubro, dá-se uma drástica redução na pena de prisão de um a cinco anos para um a dois anos ou pena de multa até 240 dias. Neste âmbito, e realizada uma breve análise a outros ordenamentos jurídicos, facilmente se conclui, relativamente à conduta de subtração propriamente dita, que a moldura penal do nosso ordenamento jurídico é substancialmente menos gravosa¹⁹.

2. O bem jurídico tutelado no artigo 249.º do Código Penal

Relativamente ao crime de subtração de menor, e muito embora estejamos no âmbito do Direito Penal Clássico ou de Justiça, a verdade é que não são unânimes na doutrina os contornos do bem jurídico tutelado pela incriminação²⁰. A norma, nas suas redações anteriores, visava proteger o poder paternal, e empecer a recusa de entrega do menor a quem exercesse o poder paternal ou a tutela ou a quem o mesmo se encontrasse legalmente confiado. O bem jurídico tutelado pela norma era, então, o poder paternal, a tutela ou o direito de guarda decorrente de decisão judicial. Originariamente, era esse direito de guarda que se pretendia acautelar, tendo sempre como fim último a proteção do superior interesse da criança.

Quando os progenitores não habitem na mesma casa, é necessário fixar uma residência à criança e determinar com quem passará a viver. Naturalmente que as questões do quotidiano – a saber, a alimentação, o vestuário, a higiene, etc. – serão, em regra, tomadas pelo progenitor com quem a criança reside; sem prejuízo de as questões de particular importância para a vida da criança serem exercidas em comum por ambos os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta²¹. Tanto na existência de acordo como na falta do mesmo, o Tribunal deverá apurar qual o progenitor que melhor garante esses cuidados, que envolvem um cuidar permanente, e com quem a criança emocional e psicologicamente se sentirá melhor a morar a título permanente²².

O exercício das responsabilidades parentais continuará, em regra, a caber a ambos os progenitores, devendo os dois dar afeto à criança e zelar para que seja bem cuidada; porém, por razões físicas, a opção com quem a criança fica a residir tem subjacente o interesse superior da criança²³. Face à atual redação da norma, e tendo em conta as alterações operadas, designadamente o alargamento do seu âmbito de incriminação, operado com a inclusão da alínea c), a verdade é que o bem jurídico acautelado pelo referido ilícito não é unânime, surgindo, nesta medida, diversas posições doutrinárias.

¹⁹ Por exemplo, Portugal prevê a sua ilicitude sendo, no entanto, o país que fixa uma moldura penal mais baixa. Veja-se que o Código Penal Francês pune a subtração em sentido estrito com pena de prisão de 5 anos e multa de 75.000,00€ (setenta e cinco mil euros). Por sua vez o Código Penal Italiano dispõe, para a mesma conduta, uma pena de prisão de um a três anos. Já o Código Penal Espanhol pune a subtração de menor pelo progenitor com uma pena de prisão de dois a quatro anos.

²⁰ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *op.cit.*, pág. 11.

²¹ Conforme o artigo 1906.º, n.º 1, do CC.

²² Nesta matéria ganha particular acuidade o critério da “*figura primária de referência*” como forma de prosseguir o princípio do superior interesse da criança, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício do poder paternal...*, pág. 53 e segs.

²³ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *op.cit.*, pág. 12.

Parece indiscutível ter-se operado um alargamento no âmbito de proteção da norma, além daquele bem jurídico, que se mantém tutelado pela incriminação, a norma abarca agora “o direito ao exercício sem entraves ilícitos dos conteúdos insitos às responsabilidades parentais”²⁴. Certo será que a proteção do interesse da criança e o seu bem-estar será sempre o objetivo desta concreta proteção penal; mas quanto à delimitação específica do bem jurídico, o legislador deixou de centrar-se no âmbito da guarda para abranger as relações da criança com o progenitor não guardião²⁵.

Deste modo, surgem entendimentos tendencialmente distintos, cuja diferenciação assenta no facto de se defender, por um lado, que o bem jurídico subjacente é o interesse e o bem-estar do menor, ou que, por outro lado, o que se pretende proteger é o exercício dos poderes inerentes a quem detém a guarda do menor.

Sobre a matéria em causa, Maria Clara Sottomayor²⁶ defende que o bem jurídico protegido pela norma não pode deixar de ser o interesse da criança e a sua opinião. Júlio Barbosa²⁷ salienta que quando falamos em bem jurídico, é do interesse da criança e da sua integridade física, afetiva, psicológica e social a que nos referimos. Maria da Conceição Ferreira da Cunha²⁸ salienta que em primeiro plano deverá estar sempre este superior interesse, devendo a criança ou jovem crescer de forma saudável e estruturada, no seu seio familiar. No fundo, estes autores defendem que a norma protege, em primeiro plano, o interesse do menor; mais precisamente, o seu direito a ter uma família que dela cuide e que lhe proporcione estabilidade – sendo estes poderes-deveres exercidos sempre no interesse do menor.

Ana Teresa Leal vem concretizar no mesmo sentido; no entanto, afirma que o interesse da criança só se garante com o exercício pleno e sem obstáculos das responsabilidades parentais. Para a Autora, a redação da Lei 61/2008, de 31 de Outubro, vem acautelar as relações do menor com o progenitor, não se alterando o bem jurídico da norma, mas alargando o seu âmbito de proteção.

Há quem afirme que o art. “visa a protecção dos poderes que cabem a quem esteja encarregado do menor – sejam titulares do poder paternal (cf. arts. 1901.º, 1906.º e 1907.º do CC) ou de tutela (cf. art. 1927.º ss. do CC) ou mesmo pessoas colectivas ou individuais a quem a *criança tenha sido confiada (art. 1907.º do CC); embora a razão dessa protecção esteja pensada para o bem-estar do menor (que, de resto, é a justificação para a existência daqueles poderes-deveres) e não para a protecção dos titulares dos poderes*”²⁹. No entanto, Damião da Cunha reconhece que a razão de ser desta norma está pensada para garantir o bem-estar do menor. Refere ainda que as condutas de subtração, para serem suscetíveis de punição, terão que constituir uma ofensa aos poderes que cabem a quem esteja responsável pela criança ou jovem.

²⁴ ANDRÉ LAMAS LEITE, *O crime de subtração de menor – uma leitura do reformado art.º 249.º do Código Penal*, Revista Julgar, n.º 7, Janeiro/Abril 2009, pág. 99-13.

²⁵ ANA TERESA LEAL, *A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais – O crime de Subtração de Menor, Data Venia*, ano 2, n.º 03, Fev. 2015, pág.27.

²⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição, Almedina, 2011, pág.136.

²⁷ JÚLIO BARBOSA DA SILVA, *op. cit.*, pág. 250-264.

²⁸ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A Tutela Penal da Família e do Interesse da Criança: Reflexão acerca do crime de subtração de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e de rapto de menores, Separata de Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 267.

²⁹ Cf. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 614.

Em sentido similar, Paulo Pinto de Albuquerque afirma que o “bem jurídico protegido pela incriminação é o poder paternal ou de tutela sobre o menor. Havendo exercício conjunto do poder paternal ou de tutela por duas ou mais pessoas, todas são portadoras do bem jurídico. O cerne do poder paternal ou de tutela reside na guarda do menor, identificando-se, para efeitos penais, o poder paternal ou de tutela com o poder da guarda do menor. Portanto, não é portador do bem jurídico aquela pessoa a quem foram concedidos outros poderes, mas que não tem a guarda do menor”³⁰.

Para André Lamas Leite o bem jurídico protegido é o exercício livre e sem entraves das responsabilidades parentais, exercício que se reflete no interesse do menor, ou seja, para o Autor, a norma visa o exercício pleno e sem obstáculos das responsabilidades parentais, para que assim sejam tomadas as melhores decisões em prol do interesse e bem-estar do menor³¹.

Há ainda Autores que se referem a uma dupla proteção, Leal Henriques e Simas Santos³², para quem o tipo legal de crime, simultaneamente, prevê o interesse do menor em permanecer no seio da família e esta em o conservar no seu seio. Isto, tendo em consideração que as responsabilidades parentais constituem um poder/dever direccionado única e exclusivamente para o bem-estar da criança e para a prestação de cuidados básicos, como a saúde, a educação e os afetos.

André Teixeira dos Santos entende que a incriminação pretende tutelar a guarda e o dever de cuidar do menor, garantindo-lhe a prestação de todos os cuidados essenciais e o amor necessário para que cresça saudável e estruturado. O Autor defende que “a tónica reside nos *interesses da criança, encontrando-se os direitos do progenitor necessariamente direccionados para o bem-estar da criança*”³³.

Dúvidas não existem de que a razão de ser desta incriminação reside no bem-estar do menor. Com a criminalização da subtração de menor visa tutelar-se, em primeiro plano, o superior interesse da criança, mais concretamente, o seu direito a manter uma relação de proximidade com ambos os progenitores, a permanecer numa família que dela cuide e que assegure o seu desenvolvimento físico e emocional. Por este facto, o bem jurídico protegido será sempre, em primeiro plano, o superior interesse da criança – em concreto: a sua segurança e a garantia da prestação de todos os cuidados necessários para que esta possa crescer num seio familiar equilibrado, saudável e afetuoso. Concordamos com André Teixeira dos Santos, quando refere que “as responsabilidades parentais enformadas pelo Texto Fundamental consubstanciam um poder- dever, cujo exercício se encontra direccionado para o bem-estar da criança, para, por um lado, os cuidados a serem prestados à mesma, incluindo alimentação, vestuário, educação, saúde, etc., e, por outro, para o objectivo de lhe dar afecto. A lei reconhece que as pessoas que devem prestar esses cuidados e afecto à criança deverão ser os progenitores, salvo situações em que os mesmos a ponham em sério perigo—cf. arts. 1913.º e segs. e 1978.º e segs. do CC e 35.º e segs. da LPCJP. Entendemos que o exercício livre, sem entraves e vícios, deve também ser alvo de proteção, pois só assim o bem-estar do

³⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Lisboa, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2008, pág. 738.

³¹ ANDRÉ LAMAS LEITE, O Crime de Subtração de menor – Uma leitura do reformado artigo 249.º do Código Penal, *Julg. n.º 7*, jan-abr, 2009, pág. 116.

³² Código Penal, Vol. II, Rei dos Livros, Lisboa, 2000, pág. 1603.

³³ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *Do crime de Subtração de Menor*, *Julg.*, n.º 12 (especial), Nov. 2010, pág. 233.

menor será acautelado”³⁴.

Assim sendo, vamos de encontro à tese defendida por Ana Teresa Leal, quando diz que o interesse da criança está sob o alcance de defesa da norma penal, mas em primeira linha é o interesse daqueles a quem cabe legalmente o exercício sobre ela dos poderes-deveres inerentes à parentalidade ou à tutela que o preceito penal visa proteger. Existirá assim uma só proteção: o superior interesse do menor, estando inevitavelmente associado o exercício das responsabilidades parentais.

3. Características e requisitos

3.1. A conduta prevista no art. 249.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal

Conforme já abordado, o objeto da ação é sempre o menor, e na aceção do CC, menor é quem não tenha completado 18 anos de idade ou não seja emancipado pelo casamento (arts. 122.º, 132.º e 133.º do CC)³⁵.

O ilícito de subtração de menor prevê três comportamentos distintos, no entanto, estão todos subsumidos neste crime. O art. 249.º do CP prevê três modalidades, uma em cada alínea do n.º 1, muito embora estas possam ser executadas de formas distintas.

Em primeiro lugar, o art. 249.º do CP prevê a subtração propriamente dita, que implica “retirar um menor do domínio de quem legitimamente o tenha a cargo, afetando-se gravemente o exercício da relação de poder entre o titular do mesmo e o menor”. A al. a) do preceito mantém-se inalterada desde 1995, no que se refere à sua previsão. Por princípio, significará isto uma separação espacial entre o menor e o titular dos poderes. Exige-se nesta alínea uma separação física com uma certa duração, de modo a impossibilitar o exercício daqueles poderes-deveres³⁶. O legislador refere-se a uma retirada do menor da esfera de influência do seu progenitor guardião/tutor, sem autorização.

Damião da Cunha entende ainda que à separação terá de acrescer a impossibilidade de exercício dos poderes/ deveres inerentes às responsabilidades parentais. O agente do crime pode ser, neste caso, um terceiro, ou o progenitor que não detém a guarda, ou ainda os progenitores relativamente a quem detém legitimamente a guarda. Trata-se, por isso, de um crime comum. Trata-se também de um crime de resultado e de dano, uma vez que é necessário que o menor fique privado da pessoa que tem a sua guarda ou a quem esteja confiado.

No nosso ponto de vista, à partida, toda a separação gerará, por si só, uma inibição, ainda que parcial, do exercício das responsabilidades parentais. O que releva será o tempo de duração do afastamento do menor, implicando na aplicação casuística desta alínea; ou seja, a subtração poderá afetar com maior ou menor gravidade o menor, mediante uma separação mais prolongada ou menos prolongada. *Ana Teresa Leal vem dizer que “a*

³⁴ *Ibidem.*, pág. 12.

³⁵ Esta é também a conceção de “criança” plasmada no artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

³⁶ J.M. DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 615.

conduta da subtração terá que afetar de forma séria e grave os poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais, sendo necessário que a subtração perdure no tempo". Vem ainda salientar que "se a conduta traduzida no retirar o menor da alçada de quem o tenha a seu cargo, não perdurar no tempo de modo a determinar uma inversão para o Autor dos factos dos poderes-deveres inerentes à guarda do menor, o legítimo titular destes poderes não os vê beliscados, razão pela qual não se encontra preenchido o ilícito"³⁷.

O objeto sobre que recai o incumprimento punível contende com as determinações da decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais que dizem respeito à convivência do menor; isto é, ao contacto deste último com qualquer um dos progenitores. Na verdade, o tipo é suficientemente elástico, do prisma literal, e a sua teleologia também comporta a interpretação segundo a qual o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que, em dado momento, exerça poderes fácticos sobre o menor, no sentido de controlar, em maior ou menor escala, a sua própria capacidade de movimentos. Aqui enfrentamos a seguinte dificuldade hermenêutica: apenas os sujeitos vinculados pela decisão judicial na matéria em estudo – progenitores, terceira pessoa (art. 1907.º do CC) ou aqueles que exercem poderes fácticos de guarda sobre o menor – são abrangidos pelo tipo ou, ao invés, não se poderá invocar uma espécie de eficácia *inter partes*, mas sim *erga omnes*?³⁸. O elemento gramatical aponta no sentido de que somente esses vinculados podem ser sujeitos ativos do delito. De idêntico modo, sendo o objetivo central a garantia do cumprimento do acordo, também a teleologia parece depor nessa direção. Contudo, na realidade do acontecer, várias situações existem em que, na sequência do exercício de um direito de visita, o menor é entregue, por exemplo, aos cuidados de familiares ou amigos do progenitor não guardião, e são esses mesmos que, de comum acordo ou não com esse progenitor, não entregam a criança. Em conclusão, sujeitos ativos do crime só podem ser aqueles que estão vinculados pela decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais, o que vale por dizer que o delito é, atendendo ao critério do agente, específico impuro ou impróprio.³⁹

3.2. Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir

O resultado comum a todas as alíneas em que o tipo de garantia se decompõe reside na afetação da guarda, no afastamento de facto da criança do domínio dos cuidados e carinho do seu guardião. A al. b) prevê a situação em que é o próprio menor que foge da sua residência habitual, que pode consistir na casa dos progenitores, do tutor ou da casa da família ou da instituição onde se encontra acolhido.⁴⁰ Corresponde a uma forma de instigação do menor à fuga, de modo a impedir ou dificultar sensivelmente o exercício daqueles poderes.

³⁷ ANA TERESA LEAL, *A tutela Penal das Responsabilidades Parentais: O Crime de Subtração de Menor*, *Data Venia – Revista Jurídica Digital*, ano 2, n.º 3, Fevereiro de 2015, pág. 433, disponível em: http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p415-464.pdf, consultado em 10/09/2018.

³⁸ ANDRÉ LAMAS LEITE, *O Crime de Subtração de menor – Uma leitura do reformado artigo 249.º do Código Penal*, *Julgar*, n.º 07, Jan – Abr, 2009, pág. 29.

³⁹ *Ibidem*, pág. 30.

⁴⁰ Todavia se, por alguma razão, o jovem viver de forma autónoma, ou residir com pessoa diversa da que legalmente é titular da guarda, os fundamentos subjacentes à incriminação não se verificam sendo, por conseguinte, a conduta atípica.

Falamos assim de situações em que o menor é incitado a fugir, através de comportamentos violentos e/ou ameaçadores, com o objetivo de impedir o exercício destes poderes-deveres.

Depreende-se que tem de ser criada no menor a resolução de fugir, importa no entanto esclarecer que não sendo punível a mera tentativa (ou seja, quando o comportamento delitivo for praticado mas não chegar a ocorrer a fuga não haverá punição), tal comportamento só será punível desde que a instigação seja realizada através de violência ou de ameaça com mal importante, tendo de resultar na fuga do menor da sua residência habitual ou do local onde se encontra a residir com quem tem a sua guarda⁴¹.

É de notar que não constitui qualquer ilícito penal o facto de a criança fugir de casa, daí que, à semelhança do que acontece com o crime de incitamento ao suicídio e no crime de lenocínio no que concerne à fomentação de prostituição – cf. arts. 135.º e 169.º do CP –, na falta de previsão expressa da incriminação, estaríamos face a um comportamento atípico, pois a aplicação da parte final do art. 26.º do CP tem como pressuposto a determinação de outrem a praticar um crime; a al. b) desempenha o papel essencial na definição do que é desvalorado pelo ordenamento jurídico. O mero auxílio à fuga ou a instigação que não envolva a violência ou ameaça com mal importante não se encontra tipificado. Já na determinação da criança a fugir mediante fraude, ardil ou compensação económica, se a vontade daquela se encontrar instrumentalizada, mesmo que atue com dolo, ocorrerá a prática do crime em autoria⁴².

A jurisprudência, no que ao conceito de violência respeita, tem vindo a considerar que abarca não só toda a intervenção com recurso à força física, mas também a violência psíquica e estão também abrangidas as condutas omissivas, isto é, comportamentos *non facere*. Estes comportamentos com recurso à violência mental acabam por restringir ou impossibilitar a capacidade de decisão e de resistência da vítima⁴³.

Américo Taipa de Carvalho vem dizer que “(...) o mal importante em si mesmo considerado, tanto pode ser ilícito como não ilícito, isto é, o mal ou dano (pessoal ou patrimonial, seja direto ou indireto), não tem de ser ilegítimo. Por outras palavras e mais corretamente: a execução da conduta, objeto da ameaça, não tem de constituir um ilícito, seja penal ou de qualquer outra espécie”⁴⁴. Nesta matéria, esclarece o Tribunal da Relação de Guimarães, no seu acórdão de 04/05/2009, que “(...) a ameaça com mal importante é o prenúncio, a promessa de um mal futuro, mal este que tem de ser acentuadamente relevante em termos objetivos”⁴⁵.

⁴¹ Cf. art. 23.º 1 do CP.

⁴² ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O Crime de Subtração de menor*, in *Julgar n.º 12 (especial) 2010*, pág. 17.

⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19/12/2012, processo 325/08.7GAVLP.P1, relator Eduarda Lobo, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 29/09/2018.

⁴⁴ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial: tomo II, anotação ao artigo 154.º, nota 13, pág. 356.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19/12/2012, processo 325/08.7GAVLP.P1, relator Eduarda Lobo, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 29/09/2018.

3.3. De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, foi dada uma nova redação à alínea c) do preceito em análise, a qual passou a abranger também o incumprimento, “de modo repetido e injustificado, do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”⁴⁶.

A utilização de vários conceitos indeterminados, nomeadamente “modo repetido”, “injustificado” e “recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”, leva-nos a crer que tal delimitação visa impedir a criminalização de situações pouco graves, ou até mesmo “bagatelares”. No entanto, poderá pôr em causa o próprio princípio da legalidade, uma vez que gera insegurança⁴⁷.

Na versão anterior apenas se contemplava a recusa de quem não detém a guarda relativamente a quem a detém, não se tutelando penalmente o direito de visita. Na atual versão, para além das situações em que o progenitor não guardião não entrega o menor a quem exerce as responsabilidades parentais, a tutela, ou tem legitimidade para a sua guarda, criminaliza-se ainda a recusa de entrega do menor por parte do progenitor guardião. Saliente-se ainda que, de acordo com a letra da lei, basta que se criem obstáculos significativos à sua entrega ou acolhimento (“atrasar ou dificultar”) para que o tipo legal esteja preenchido⁴⁸. Tendo em conta as condutas previstas neste ilícito, trata-se de um crime específico, porquanto só pode ser praticado por quem incumprir o regime de convivência. Trata-se igualmente de um crime de execução vinculada, dado que só pode ser cometido nas modalidades de incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais previstas no normativo.

Refira-se também que a própria moldura penal foi alterada, passando de uma pena de prisão de 1 a 5 anos, para uma pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Importa agora focar num ponto: até onde deveremos entender o sentido da recusa de acolhimento do menor, quando a mesma se liga a um comportamento do progenitor com quem a criança não reside? O conceito

⁴⁶ O Acórdão vai ainda mais longe ao referir que “a lei (art. 249, n.º 1, al. c) do CP) exige que o incumprimento seja repetido e injustificado, devendo entender-se que o preenchimento do elemento “modo repetido” exige que a conduta se tenha repetido, no mínimo, por três ocasiões, à semelhança do que sucede com a violação da obrigação de alimentos na qual se exige a “prática reiterada”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25.03.2010, processo n.º 1568/08.9PAVNG.P1, disponível in <http://www.dgsi.pt> (Relator: Joaquim Gomes).

⁴⁷ Relativamente aos problemas do princípio da legalidade e seus corolários, cf. TAIPA DE CARVALHO, Sucessão de Leis Penais, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 43 e segs

⁴⁸ Neste sentido refira-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.01.2007, processo n.º 06P4707, disponível in <http://www.dgsi.pt> (Relator: Henriques Gaspar), perante a nova configuração típica daquela alínea, conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, estão actualmente abrangidos no tipo incriminador quer os comportamentos do progenitor guardião que não entrega a criança ao outro para que este exerça o seu regime de convívio, quer as do progenitor não guardião que não entrega o filho ao guardião na pós-visita”.

de recusa de acolhimento do menor englobará tanto um ato ostensivo de negação na efetivação daquele acolhimento, como uma atitude de pura ausência por parte do progenitor não guardião, que não procura o seu filho para com ele manter qualquer convívio ou por, simplesmente, não aparecer com ele na data acordada para a entrega, sendo certo que esta última hipótese carece de estudo por se integrar antes na alínea a).

Guilherme de Oliveira vem defender que "(...) todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. – que não constituem actos graves isoladamente *considerados, mas que degradam o regime estabelecido, geram represálias e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos*"⁴⁹. *Nestas situações, o agente tem o intuito de impedir ou de afetar o contacto da criança com o progenitor, mas de forma mais suave, uma vez que se socorre de manobras dilatatórias para que o regime não se cumpra de forma plena. Não basta uma recusa isolada ou um mero atraso para que se preencha o tipo legal, tais comportamentos são suscetíveis de integrar o ilícito de subtração de menor previsto na alínea c), se a estas condutas estiver associado um carácter repetido e injustificado.*

O crime de subtração de menor comporta em si um elemento subjetivo que se prende com o facto de o ilícito ter de ser praticado de forma dolosa, nos termos do art. 14.º do CP, excluindo-se neste âmbito o erro. O legislador pretenderá remeter os comportamentos de forma repetida e não isolada para uma conduta dolosa.

Quanto ao carácter injustificado das condutas, falamos dos casos em que, por qualquer razão, não seja aconselhável a saída do menor, como quando esteja doente. No entanto, será necessário analisar os motivos inerentes à recusa ou atraso na entrega, uma vez que nem todo e qualquer motivo é suscetível de integrar o carácter previsto na norma⁵⁰.

Pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18/05/2010, que "o legislador remete para o julgador, em cada momento, fornecer um conteúdo ao conceito ou ideia de justificação, em que este terá de aferir das concretas características da situação sob apreciação e do peso da razão ou das razões que levou ao incumprimento da regulação das responsabilidades parentais em matéria de convivência e, concluindo pela sua injustificação, terá ainda de ter em atenção se tais incumprimentos injustificados se verificaram repetidamente"⁵¹. Impõe-se assim, nestes casos, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

Há no entanto certas situações em que é possível diminuir ou mesmo excluir a ilicitude da conduta. Entende o Tribunal que o legislador optou pela utilização de conceitos indeterminados, conforme foi já supramencionado, de modo a conferir a certas situações a possibilidade de se considerarem justificadas;

⁴⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*, Lex familiae, Revista portuguesa de direito da família, ano 7, n.º 13, 2010 pág. 28, *apud* António Miguel Veiga, *O novo crime de subtração de menor previsto no artigo 249.º, n.º 1, alínea c) do Código Penal (após a Lei n.º 61/2008 de 31-10): A criminalização dos afetos?* Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pág. 99.

⁵⁰ Neste sentido, afirma ANA TERESA LEAL que a conduta só pode ser considerada justificada se a não entrega do filho ao outro progenitor se prender com questões de particular relevo para a vida da criança, designadamente relacionadas com a saúde ou com a educação, mas centradas num núcleo restrito que se revele essencial para aqueles segmentos da sua vida, a sua saúde, bem-estar ou educação, ANA TERESA LEAL, *op. cit.* pág. 450.

⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.05.2010, processo 35/09.8TACTB.C1, relator Alberto Mira, disponível em www.dgsi.pt.

hipóteses que não obstante não preencherem a totalidade dos requisitos das figuras previstas nos art.s 31.º e segs. do CP, delas se aproximam.

Não podemos deixar de concordar com Maria Conceição Ferreira da Cunha quando afirma que “contra o risco de serem interpretados ao sabor da subjectividade de cada intérprete/aplicador, gerando forte insegurança, apelamos a uma aplicação razoável, criteriosa, atenta às particularidades de cada caso concreto, e sujeita a um cuidadoso dever de fundamentação”.⁵²

Quanto ao conceito de agente passível de integrar este ilícito, e conforme já vimos, será aplicável a duas situações distintas, designadamente, aos casos em que é o progenitor guardião/residente a recusar entregar o menor ao outro progenitor, ou criando obstáculos para que aquele não possa exercer plenamente o seu direito de visita ao seu filho; ou quando é o próprio progenitor não residente que, no exercício do seu direito de visita acaba por se recusar a “devolver” ou entregar o menor ao progenitor cuidador, ou criando dilações para que a entrega se protela no tempo⁵³.

Neste contexto, discutir-se-á se a alínea c) pode ser aplicável aos casos em que o progenitor não residente sempre ignorou a criança, não se interessa pelo menor, recusando visitá-lo ou não indo buscar de forma repetida e injustificada, assim demonstrando um total desapego pela criança ou jovem. Pode, neste caso, dizer-se que estamos face a um incumprimento de responsabilidades parentais suscetível de configurar o ilícito regulado no art. 249.º n.º 1, alínea c)? Júlio Barbosa da Silva entende que a lei não quis fechar os olhos a realidades paralelas, que relativamente àquelas que se encontram tipificadas serão de fácil perceção legal, deste modo vem afirmar que o ilícito se pode verificar caso o progenitor não exerça este direito de convívio de forma repetida e injustificada.⁵⁴

Por sua vez, Ana Teresa Leal defende que “(...) para se mostrar preenchido o crime, o progenitor tem que atuar de modo a impedir, dificultar ou criar obstáculos a que o seu filho seja por si recebido em sua casa, não bastando uma mera conduta omissiva traduzida na não recolha do menor”. Através de uma breve análise aos conceitos de “acolhimento” e de “entrega”, a Autora conclui que os mesmos pressupõem uma “actuação positiva, a receber ou recolher alguém”. No caso de o progenitor não residente optar por ter um comportamento omissivo e de desinteresse absoluto pelo menor, tal conduta não será subsumível na alínea c), precisamente por nela se prever uma atuação positiva e ativa. Estes comportamentos omissivos (acrescenta a Autora) consubstanciam um incumprimento do regime das responsabilidades parentais, não integrando a prática do ilícito, mas suscetíveis de resolução em sede de processo tutelar cível próprio⁵⁵.

O nosso entendimento vai ao encontro da posição de Ana Teresa Leal, uma vez que esta omissão não consubstancia a prática do ilícito previsto na alínea c); devendo ser resolvida através dos meios próprios,

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ JÚLIO BARBOSA SILVA, *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: nada se perde, algo se transforma - O Crime de Subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1 alínea c) e n.º 2 do Código Penal, Revista do CEJ n.º 14, 2.º Semestre, s.l., s.n., 2010, pág. 271.*

⁵⁵ ANA TERESA LEAL, *A Tutela Penal das Responsabilidades Parentais: O Crime de Subtração de Menor, Data Venia, Revista Jurídica Digital, Fevereiro, 2015, pág. 445, disponível em: http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p415-464.pdf, consultado em 01/10/2018.*

mormente o apenso de incumprimento das responsabilidades parentais, previsto no art. 41.º do RGPTC, podendo, inclusivamente, face a este incumprimento, ser pedida a alteração do regime fixado, nos termos do art. 42.º do mesmo diploma legal. É de aplaudir esta opção legislativa, uma vez que se trata de matéria que, face aos interesses em causa, deve ser avaliada num processo de família e não penal, pois os critérios de decisão de alteração do exercício das responsabilidades parentais ou de inibição do mesmo não devem coincidir com aqueles que subjazem à aplicação de uma pena.

Idealizam-se resultados demasiado otimistas com a criminalização de tal conduta, como o almejado bem-estar, equilíbrio e desenvolvimento harmonioso do menor – conforme António Miguel Veiga⁵⁶; no entanto, e apenas por existir uma criminalização das condutas omissivas, não implica que se consiga um acompanhamento do progenitor não residente na educação e nos atos da vida corrente do menor. Em todo o caso, e tendo em conta o normativo, defendem alguns Autores que tal criminalização tem todo o sentido e lógica, por uma questão de paridade e igualdade de tratamento entre progenitores, já que com a nova redação são censuráveis tanto os comportamentos do progenitor cuidador/guardião, como as condutas do progenitor não residente⁵⁷.

4. Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos

Conforme já mencionado, com a Lei 61/2008, de 31 de Outubro, na perspetiva do sujeito passivo da ação, aquele que sofre as incidências da conduta, transformou-se também em elemento condicionante da prática do facto e das consequências punitivas mais brandas daí decorrentes. Neste sentido, o n.º 2 do art. 249.º do CP, considera agora que «nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos».

A atual cláusula, com a consideração da vontade do menor com idade superior a 12 anos, demonstra-nos, assim, que o menor, dotado já de alguma maturidade, passou a ser visto como algo mais do que um mero objeto da ação, antes revelando uma capacidade de influência do juízo de ilicitude que a conduta objetiva do agente desencadeia junto da ordem jurídica e, também, do juízo de culpa a dirigir ao seu autor.

O legislador, neste contexto, entendeu que sempre que o comportamento do agente tenha sido condicionado pela vontade do menor, tal conduta será igualmente punida, apesar de essa pena ser especialmente atenuada.

Muitas vezes o progenitor age da forma que age porque a consideração pela vontade do filho “fala mais alto”, remetendo o dolo do agente (sobretudo na sua feição de dolo direto), em relação a tal comportamento, a

⁵⁶ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtração de Menor previsto no artigo 249.º, n.º 1 -C) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31-10): A Criminalização dos Afectos?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 113.

⁵⁷ HELENA GOMES DE MELO, *et al.*, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed. (revista, actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010, pág. 138.

uma dimensão atuante de menor significado. Não se tratando, pois, de uma causa de exclusão da culpa ou, sequer, da ilicitude do facto praticado, sempre convocará, todavia, uma ideia de menor ofensividade social e de uma não tão premente carência de censura ético-jurídica. Foi, portanto, no apontado contexto que a lei reconheceu uma sensível diminuição de necessidade de pena (art. 72.º n.º 1 do CP).⁵⁸ Veja-se Figueiredo Dias, no que ao instituto da atenuação especial da pena respeita; em seu entender: surge como uma válvula de segurança do sistema que atua em hipóteses especiais nas quais existam circunstâncias que diminuam por forma acentuada as exigências de punição do facto, deixando aparecer a sua imagem global especialmente atenuada, relativamente ao completo normal de casos que o legislador terá previsto.⁵⁹

O legislador estabeleceu um limite de idade para que a vontade do menor pudesse ser valorada, excluindo tenras idades. Esta opção parece-nos ter sido tomada para que a vontade do menor possa ser valorada, quando este seja detentor de mais maturidade e consciência sobre a sua realidade; não se podendo atender à vontade de uma criança com 6/7 anos, por não ter o discernimento e o distanciamento psíquico suficientes, de modo a expressar a sua vontade própria e não a vontade dos progenitores⁶⁰.

A possibilidade de exercício das responsabilidades parentais sem entraves é o bem jurídico protegido pelo tipo do atual art. 249.º n.º 1 al. c) do CP, resultando que, e não obstante “beneficiar” o menor da proteção que lhe é dispensada pela tutela desse mesmo bem (através da consecução e manutenção de uma convivência próxima com ambos os progenitores), não é, todavia, o respetivo titular nem dele pode dispor autonomamente. Logo, perceberemos que qualquer eventual vontade prestada pelo menor de idade superior a 12 anos, no sentido de o agente praticar facto subsumível ao art. 249.º n.º 1 al. c) do CP, não poderá valer como acordo enquanto causa de exclusão da tipicidade da conduta.⁶¹

Esta matéria, relativa à vontade do menor de 12 anos, não poderá ser tida em conta, sem mais, isto é, sem verificar de que forma é que tal opinião corresponderá verdadeiramente à realidade. A mesma deverá ser prestada de forma livre, esclarecida e sem vícios, sob pena de se fazer uma interpretação simplista da norma, aplicando-se a casos em que a criança demonstre uma vontade viciada e moldada pelo progenitor, influenciando o menor no sentido de este vir a expressar a vontade daquele e não a sua. Inserem-se neste ponto muitos casos de alienação parental.

Júlio Barbosa da Silva afirma que o n.º 2 do art. 249.º do CP, não pode ser aplicado de forma automática. A vontade da criança é o elemento essencial a ter em conta, caso esta vontade seja condicionada pelo progenitor a atenuação não terá lugar. Nestes termos, a descoberta do sentido da vontade da criança, que se

⁵⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pág. 306 e 307.

⁵⁹ *Ibidem.*, pág. 302.

⁶⁰ JÚLIO BARBOSA DA SILVA, *op.cit.*, pág. 281.

⁶¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista), Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 507 e segs., e ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal da sexualidade dos menores*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 125.

quer livre e esclarecida, e a distinção daquilo que é verdadeiro do que será influenciado, ficcionando e falso, terá de ser efetuada em contexto de inquérito e/ou julgamento⁶².

Em sentido diferente, Maria Clara Sottomayor considera que o art. 249.º, n.º 2, está ferido de inconstitucionalidade. A Autora afirma que a norma “não respeita o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade, concebendo-a como um objeto de direitos do progenitor não guardião (art. 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa) e por punir a mãe por comportamentos de outrem”⁶³. Não partilhamos de toda a observação da Autora, pelo facto de fazer uma referência inequívoca somente à mãe, uma vez que o progenitor titular da guarda, pode ser também o pai⁶⁴. Cremos que a tese da inconstitucionalidade do referido preceito parte de uma consideração pouco coerente com o que deve entender-se por “livre desenvolvimento da personalidade” de uma criança ou adolescente. Sendo o melhor modo de respeitar e garantir a promoção de um sã e normal crescimento da criança ou adolescente, enquanto «pessoa – serem devir, entidade não estática mas dinâmica e com ius à sua “liberdade de desabrochar” (...)»⁶⁵, o que erige a sua vontade a algo de inatacável, não apreciado nem enquadrado por um seguro exercício das responsabilidades parentais. Daí que, em tal visão, qualquer consequência legal apreensível como restritiva ou limitativa do livre curso da vontade do menor tenha de ser vista como inconstitucional, por violação dos princípios gerais dos arts 25.º e 26.º da CRP.

Por outro lado, e partindo novamente de Júlio Barbosa da Silva, existem sempre duas vontades, a da criança ou jovem e a do progenitor – a mãe ou o pai terão sempre uma palavra a dizer perante a vontade expressada pelo seu filho. Desta forma, cabe ao progenitor avaliar a situação e tomar uma posição. Veja-se que a decisão é sempre do progenitor, por mais que possa ser influenciada pelo menor. Neste contexto, não pode haver um refúgio do progenitor infrator, pelo facto de o menor expressar uma vontade. Deverá haver por parte do progenitor uma análise, com bom senso, de modo a incentivar e fomentar o contacto entre o menor e ambos os pais. Deste modo, e só assim, a criança terá um crescimento e um desenvolvimento saudáveis e estruturados.

Esta atenuação não constitui uma causa de exclusão de ilicitude, a conduta do progenitor será sempre alvo de punição, podendo eventualmente ser atenuada na sua pena. António Veiga corrobora este entendimento, o Autor refere que «a relação de cada um dos pais com os seus filhos não deverá prestar-se ou dirigir-se a aproveitamentos “estratégicos” das manifestações de vontade destes últimos, a quem em determinado momento se reconheçam potencialidades destrutivas do relacionamento com o outro progenitor»⁶⁶. Como bem refere Rosa Martins, «o envolvimento do filho pelos pais no processo de concretização do seu interesse não se traduz numa qualquer renúncia à competência de decidir, pois são os pais quem efetivamente toma a

⁶² JÚLIO BARBOSA SILVA, *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: nada se perde, algo se transforma - O Crime de Subtracção de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1 alínea c) e n.º 2 do Código Penal*, Revista do CEJ n.º 14, 2.º Semestre, s.l., s.n., 2010, págs. 249-288.

⁶³ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Síndrome da Alienação Parental e os riscos da sua utilização*, *Julgar*, n.º 13 Jan – Abr, 2011, pág. 106.

⁶⁴ Em Portugal, e segundo dados da Direcção-Geral da Política de Justiça, no ano de 2006 foi concedida a guarda das crianças e adolescentes às mães em cerca de 84,4% dos casos de regulação do exercício do (então denominado) poder paternal, perante 5,9% de decisões favoráveis aos pais, 2,9% no sentido de guardas conjuntas, e 6,8% a terceiras pessoas (dados recolhidos em www.dgpi.mj.pt).

⁶⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 180.

⁶⁶ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor previsto no artigo 249.º, n.º 1 -C) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31-10): A Criminalização dos Afectos?* Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 92.

decisão; reflete sim a intenção de preparar o filho para a autonomia, possibilitando-lhe a experiência de um “processo democrático de decisão”, num contexto de diálogo, cooperação e interação essenciais à dinâmica das relações familiares e, em especial, da relação entre pais e filhos»⁶⁷.

Em suma, a atenuação especial prevista neste normativo parece-nos fazer sentido, quando ponderada e apreciada a veracidade da vontade do menor, não estando, neste caso, e no nosso ponto de vista, ferida de inconstitucionalidade.

5. Distinção entre o Crime de Subtração de Menor (249.º CP) e os Crimes de Sequestro e Rapto (158.º e 161.º CP)

Apesar de uma idêntica situação de facto poder convocar, teoricamente, os três tipos legais de crime: subtração de menor, sequestro⁶⁸ e rapto⁶⁹, a verdade é que, na prática, torna-se relativamente simples distingui-los; tendo em conta, desde logo, os bens jurídicos tutelados, mas também, e sobretudo, as modalidades das condutas e os elementos subjetivos do tipo.

Esta distinção resulta, antes de mais, da diferente inserção sistemática dos tipos legais em causa no CP. Assim, enquanto o crime de subtração de menor (art. 249.º do CP) se insere no âmbito dos crimes contra a vida em sociedade, nomeadamente no capítulo dos crimes contra a família (Título IV, Capítulo I, Secção I), já os crimes de sequestro (art. 158.º do CP) e de rapto (art. 161.º do CP) se inserem no âmbito dos crimes contra as pessoas, mais propriamente contra a liberdade pessoal (Título I, Capítulo IV).

Face a esta distinção, conclui-se que os ilícitos protegerão bens substancialmente diferentes. Veja-se que o ilícito de subtração de menor estará associado aos crimes contra a família, deixando transparecer que protegerá antes o próprio conceito de família, que encontra consagração constitucional no art. 36.º da Constituição da República Portuguesa – salvaguardando sempre o interesse do menor e o direito de estar enquadrado no seu lar e

⁶⁷ ROSA MARTINS, *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, pág. 39-41.

⁶⁸ Resulta do artigo 158.º, n.º 1 do CP que, “quem detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa, ou de qualquer forma a privar da liberdade, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. Dispõe, ainda, o n.º 2 que, “o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos se a privação da liberdade: a) Durar por mais de dois dias; b) For precedida ou acompanhada de ofensa à integridade física grave, tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano; c) For praticada com o falso pretexto de que a vítima sofria de anomalia psíquica; d) Tiver como resultado suicídio ou ofensa à integridade física grave da vítima; e) For praticada contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez; f) For praticada contra uma das pessoas referidas na alínea l) do n.º 2 do artigo 132º, no exercício das suas funções ou por causa delas; g) For praticada mediante simulação de autoridade ou por funcionário com grave abuso de autoridade”. Finalmente, dispõe o n.º 3 que, “se da privação da liberdade resultar a morte da vítima o agente é punido com pena de prisão de três a quinze anos”.

⁶⁹ O crime de rapto está previsto no artigo 161.º do CP, segundo o qual, “quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de: a) Submeter a vítima a extorsão; b) Cometer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima; c) Obter resgate ou recompensa; ou d) Constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade; é punido com pena de prisão de dois a oito anos” (n.º 1). Resulta, também, do n.º 2 que, “se no caso se verificarem as situações previstas: a) No n.º 2 do art. 158.º, o agente é punido com pena de prisão de três a quinze anos; b) No n.º 3 do artigo 158º, o agente é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos”. Por fim, “se o agente renunciar voluntariamente à sua pretensão e libertar a vítima, ou se esforçar seriamente por o conseguir, a pena pode ser especialmente atenuada” (n.º 3).

entregue aos cuidados dos seus progenitores, pessoa por ele responsável ou a quem se encontre confiado.⁷⁰

Os crimes de rapto e sequestro estão ligados ao indivíduo, enquanto sujeito de direitos e pessoa dotada de liberdade pessoal, valor fundamental a ser protegido por aqueles normativos penais. Na verdade, estando inseridos no âmbito dos crimes contra as pessoas, mais propriamente, contra a liberdade pessoal, os tipos legais em causa visam tutelar essa liberdade, mais especificamente, a liberdade de locomoção da vítima⁷¹. Também, neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, onde se pode ler que o “bem jurídico protegido pela incriminação é a liberdade de movimento de outra pessoa, no sentido mais amplo da liberdade de deslocação atual ou potencial de auto e hetero-locomoção”⁷². Por sua vez, o crime de subtração de menor, apesar das diversas posições da doutrina, pretende proteger o bem-estar do menor e o respetivo exercício das responsabilidades parentais. Independentemente das posições existentes na doutrina acerca do bem jurídico protegido por esta incriminação, qualquer um dos valores associados àquelas posições doutrinárias, é substancialmente distinto daqueles salvaguardados pelos crimes de rapto e de sequestro.

Outra diferença prende-se com as modalidades das condutas e os elementos subjetivos do tipo. Como refere Américo Taipa de Carvalho, “a conduta de rapto pressupõe e exige (diferentemente do sequestro) a transferência da vítima de um lugar para outro diferente”⁷³, ao passo que o crime de sequestro não implica necessariamente aquela transferência de local, podendo ser cometido tanto por ação – “detiver, prender” – como por omissão – “manter preso”⁷⁴. Por outro lado, no rapto a transferência da vítima terá de ser conseguida por meio de violência⁷⁵, ameaça⁷⁶ ou astúcia⁷⁷ (crime de execução vinculada ou de processo típico)⁷⁸; diferentemente do que sucede com o crime de sequestro, que não tipifica os meios, utilizando, antes, a cláusula geral “de qualquer forma a privar da liberdade” (crime de processo atípico ou de “execução livre”⁷⁹). Neste sentido, verifica-se um dolo específico⁸⁰, no entanto, não exigindo que estas finalidades se venham a concretizar ou, muito menos, que se pratiquem atos de execução tendo em vista a sua realização – estamos perante aquilo a que Paulo P. de Albuquerque chama um

⁷⁰ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A Tutela Penal da Família e do Interesse da Criança: Reflexão acerca do crime de subtração de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e de rapto de menores, Separata de Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 959.

⁷¹ Neste sentido, (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 404, segundo o qual o bem jurídico protegido pelo crime de sequestro, e também de rapto (pág. 428), é a liberdade de locomoção, isto é, “a liberdade física ou corpórea de mudar de lugar, de se deslocar de um sítio para o outro. O tipo de crime de sequestro não visa a tutela da liberdade de permanecer em determinado lugar ou da liberdade de aceder ou dirigir-se a determinado lugar; o constranger alguém a que abandone determinado lugar ou o impedir alguém de se dirigir para determinado lugar não é subsumível ao tipo de sequestro, mas sim ao tipo de coação”.

⁷² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2.ª Edição Actualizada, Universidade Católica Editora, 2008, pág. 485.

⁷³ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *in* FIGUEIREDO DIAS, *op.cit.*, pág. 428.

⁷⁴ *Ibidem.*, pág. 407.

⁷⁵ Sobre este conceito, TAIPA DE CARVALHO, *op.cit.*, págs. 354-355 e PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op.cit.*, art. 154.º, n.º 6 e segs..

⁷⁶ *Ibidem.*, págs. 343 e segs. e, PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op.cit.*, art. 153.º, n.º 4 e segs

⁷⁷ *Ibidem.*, pág. 408 e PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op.cit.*, art. 161.º, n.º 4 e art. 217.º, n.º 8 e segs

⁷⁸ *Idem.*, art. 161.º n.º 4 e PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op.cit.*, art. 161.º, n.º 4.

⁷⁹ Cf. PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, art. 158.º, n.º 6.

⁸⁰ Isto é, que o agente atue com uma das seguintes finalidades: de extorsão, de violação da liberdade e autodeterminação sexual, de obtenção de resgate ou recompensa, de coação.

crime de “*acto cortado*”⁸¹. O crime de sequestro, por sua vez, basta-se com o dolo de privação da liberdade da vítima, não exigindo nenhuma daquelas finalidades específicas.

Relativamente ao crime de subtração de menor, objeto do tipo é sempre o menor, tal como resulta dos já referidos art.s 122.º, 132.º e 133.º do CC, toda a pessoa que não tenha completado 18 anos de idade nem tenha sido emancipada pelo casamento. O tipo legal distingue três modalidades de preenchimento do tipo legal de crime, *in concreto*, a subtração, a determinação de menor a fugir e a recusa, atraso ou dificuldade do regime de convivência. Comum às três alíneas analisadas é o facto de, em todas, se exigir que a separação provocada pelo agente do crime entre o menor e o titular da guarda seja “espacial e/ou temporalmente significativa de forma a afetar efetivamente a guarda, de forma a impedir o seu exercício de forma significativa e relevante, o que pressupõe, desde logo, a falta de acordo do seu titular”⁸². Deste modo, trata-se de um crime de execução vinculada.

Neste sentido, percebe-se que a diferença entre os ilícitos se pauta não só pela divergente disposição no CP, e consequente distinção dos bens jurídicos e valores fundamentais protegidos pelas normas, mas também pelo próprio objeto/vítima associado a cada crime pelos diversos requisitos e distintas condutas alvo de tutela penal.

⁸¹ Neste sentido, PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op.cit.*, art. 161.º, n.º 6. Sobre este conceito, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Título II, Cap. 13.º, pág. 57 e segs

⁸² Cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *Do Crime de Subtração de Menor nas “Novas” Realidades Familiares*, Julgar, Set/Dez 2010, pág. 235.

CAPÍTULO II – O PODER PATERNAL E O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

1. Noção e substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”: objetivos e principais alterações da reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro

O regime das Responsabilidades Parentais, com a evolução dos tempos, foi-se moldando e centrou-se nos menores (em concreto no superior interesse da criança), uma vez que são eles que mais sofrem com as quezílias entre os progenitores.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, foram introduzidas importantes alterações às regras que estabelecem o exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores em caso de dissolução familiar, passando-se a consagrar o exercício conjunto, nos termos fixados pela lei, quanto aos atos de particular importância.

A primeira alteração consistiu na substituição da designação “poder paternal”, associado a uma ideia de posse, por “responsabilidades parentais” (art. 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), uma vez que aquela expressão se mostrava pouco adequada a refletir a realidade jurídica subjacente.⁸³ Também o conceito de guarda foi alterado, passando antes a falar-se em determinação da residência⁸⁴. Neste sentido, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio suprimir o conceito de guarda, passando antes a fixar duas matérias distintas; a saber: a residência do menor e a determinação das responsabilidades parentais⁸⁵. Valorizando-se, para a sua determinação pelo tribunal, não apenas o acordo dos progenitores mas também a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro progenitor (art. 1906.º, n.ºs 5 e 7 CC). Com a implementação deste exercício conjunto das responsabilidades parentais, e atendendo ao propósito de igualdade entre progenitores, deixou de estar associada uma única pessoa como titular da guarda e da residência, e o atântico “progenitor guardião” deixou de estar numa posição de superioridade relativamente ao outro.⁸⁶

⁸³ Este conceito de responsabilidades parentais é fortemente inspirado no conceito resultante da Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, que considera como mais rigorosa e mais adequada a uma evolução da realidade social e jurídica dos Estados Europeus a noção de “responsabilidades parentais”, definindo-as como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”.

⁸⁴ A este respeito veja-se HELENA GOMES MELO, *et al, op. cit.*, pág. 47, quando refere que “(...) a supressão do conceito de guarda é o resultado de sucessivos contributos doutrinários e das conseqüentes alterações legislativas que progressivamente foram colocando o acento tónico na forma e conteúdo do exercício do poder paternal, independentemente do filho residir com um ou outro progenitor”.

⁸⁵ Veja-se a este respeito o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18/10/2011, processo 626/09.7TMCB.R.C1, relator Regina Rosa, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 31/03/2015: “(...) o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, regulado nos arts. 174.º a 185.º da O.T.M. e 1905.º a 1912.º do C.C., abrange três questões: residência do menor, convívio deste com o progenitor não residente (regime de visitas), pensão de alimentos devida por este, e modelo do exercício das responsabilidades parentais – unilateral alternado/conjunto (artigos 1906.º, n.º 1, 2, 5 e 7 e 1905.º).”

⁸⁶ De referir também que a Lei 61/2008 veio eliminar a presunção legal do artigo 1911.º do Código Civil, relativa à união de facto, que até então previa

Esta noção traduz melhor uma posição de paridade entre pai e mãe, investidos de uma missão de prossecução dos interesses dos filhos, enquanto titulares de direitos juridicamente reconhecidos (...) a tónica é colocada no desenvolvimento da personalidade da criança e no seu bem-estar material e moral⁸⁷, e não em virtude de uma autoridade que lhes seria conferida no seu próprio interesse, sendo ambos responsáveis e implicados pelo seu bem-estar e exercendo, para tanto, poderes legalmente conferidos.

Adotando perspetiva idêntica, a Convenção sobre os Direitos da Criança consagrou também o princípio de que ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança e de que constitui sua responsabilidade prioritária a educação e o bem-estar global da criança (art.s 18.º, n.º 1 e 27.º, n.º 2).⁸⁸

Da análise às diversas alterações legislativas deparamo-nos com uma mudança de paradigma relativamente ao regime das responsabilidades parentais, desde a família tradicional composta por pai, mãe e crianças, às famílias monoparentais ou às famílias dissolvidas pelos divórcios ou separações de facto entre progenitores.

Recuemos a 1867, o poder paternal do Código de Seabra é manifestamente caracterizado por uma visão patrimonial,⁸⁹ de autoridade paterna, havendo supremacia do progenitor masculino⁹⁰, à semelhança do que sucedia nas relações conjugais. Sem prejuízo da figura materna poder ser ouvida relativamente às questões inerentes à vida dos filhos, era ao pai que cabia o direito de guarda (art. 137.º); o dever de manutenção, que abrange o dever de sustento e a obrigação de alimentos (art. 140.º, 148.º/2 e 171.º); o direito de educação e instrução (art. 140.º, 148.º/2 e 171.º único); o poder de correção (art. 143.º); direito de representação (art. 138.º e 139.º) e direitos patrimoniais sobre os bens dos filhos menores (art. 144.º e segs.). No entanto, apesar de lhe ser concedido este “cargos” na constância do matrimónio, a verdade é que, nos casos de divórcio, valorizava-se antes a mãe como pessoa mais preparada e talhada para exercer o poder paternal, caindo assim por terra a posição superior atribuída ao pai, enquanto chefe de família.

Embora dirigido a um sociedade em crescimento económico, onde a concentração urbana se vinha acentuando, o CC de 1966 manteve quanto ao poder paternal a estrutura autoritária tradicional, própria da

que “1- Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os pais e estes não tenham contraído matrimónio após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho. 2- Para efeitos do número anterior presume-se que a mãe tem a guarda do filho; esta presunção só é ilidível judicialmente”. Neste sentido, o diploma legal veio assim eliminar a presunção da guarda materna estabelecendo que é aplicável nestes casos o regime das responsabilidades parentais, ou seja a regra do exercício conjunto.

⁸⁷ Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X artigo 3.º e 6.º).

⁸⁸ Também a Convenção Europeia sobre os Exercícios dos Direitos da Criança celebra no âmbito do Conselho da Europa em 25 de Janeiro de 1996, assinada em Portugal em 6 de Março de 1997, mas ainda não ratificada, utiliza a expressão “responsabilidades parentais” a propósito da titularidade e exercício dos poderes/deveres que integram o poder [artigos 1.º n.º 3, 2.º, alínea b), 4.º n.º 1 e 6.º, alínea a), da Convenção.

⁸⁹ MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1ª reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1989, pág. 14-15.

⁹⁰ Embora sendo latente uma desigualdade de género, a verdade é que, em face do período histórico em questão e parafraseando ELINA GUIMARÃES, “deve notar-se o espírito de justiça com que, dentro da sua época, o código civil tratou a mulher”, *O Poder Maternal*, Livraria Moraes, Lisboa, 1932, pág. 45. A mesma Autora, *op.cit.*, pág. 563, afirma “é glória e progresso do Código Civil de 1867 ter associado a mãe ao poder paternal, o que até então não sucedia. A igualdade não era estabelecida, mas o avanço foi, mesmo assim, muito grande”.

sociedade agrícola, hierarquizada que, em grande parte, já desaparecera.⁹¹ Não se procederam a mudanças substanciais e de fundo do Código de Seabra para o Código Civil de 1966, no que respeita ao poder paternal (situação que só viria a ser alterada com a Reforma de 1977).

Anos mais tarde, em 1976, entrou em vigor a atual CRP, em substituição da CRP de 1933. Com esta substituição, alterou-se também o CC até então vigente, por estar desconforme face à nova CRP. Tal alteração foi levada a cabo pelo DL n.º 496/77, de 25 de Novembro. Esta importante Reforma do CC teve como estandarte o princípio da igualdade, à semelhança do que havia sucedido com os restantes ordenamentos jurídicos europeus no início da década de 70. Sendo uma consequência natural da Constituição de 1976, a Reforma de 1977 ao Código Civil contribuiu não apenas para o reconhecimento do percurso evolutivo da família na sociedade mas também pelo facto de, em certas vertentes, se ter adiantado “*aos costumes sociais*”, pretendendo atuar pedagogicamente sobre eles⁹². Clara Sottomayor refere, como exemplo da inovação e antecipação do Direito aos costumes sociais, a interfuncionalidade dos papéis conjugais e a adoção, pelo marido, do apelido da mulher. Conclui, todavia, que a intenção de modelação de comportamentos do legislador de 1977 foi limitada, subsistindo, uma posição de privilégio do homem com o assentimento da família e estrutura social; dando como exemplos a manutenção tradicional da divisão de tarefas e a sub-participação das mulheres na política. Segundo esta Autora, “a reforma poderá acelerar a evolução mas não alterar substancialmente a estrutura da sociedade”. Porém, não desvirtua a justeza da Reforma de 1977 na sedimentação do princípio da igualdade nas relações familiares, na quebra de posições discriminatórias em função de género e na criação de estruturas familiares de igualdade de género⁹³.

No âmbito das relações parentais, a Reforma de 1977 trouxe um novo paradigma para o Direito da Família, institucionalizou a faceta funcional do chamado «poder paternal», tendo passado de poder (direito) a função (dever) e de poder exclusivo do pai a autoridade conjunta da mãe⁹⁴ – assim se colocando de lado a ideia de superioridade da figura paterna face à figura materna. Por outro lado, nos casos de rutura da relação conjugal, a lei passou a atribuir o poder paternal ao progenitor encarregue pela guarda do menor, abrindo-se, pela primeira vez, as portas para a atribuição guarda única; porém, os pais poderiam acordar que a administração dos bens dos filhos fosse exercida por um ou por outro, em específico.

Posteriormente, a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, veio permitir que o exercício do poder paternal fosse realizado em conjunto por ambos os progenitores, mas, como requisito imperativo, exigia-se a anuência de ambos. No entanto, apesar desta previsão, a norma contemplada no art. 1905.º do CC continuava a ser a da guarda única, quando existisse concordância dos progenitores. Este regime da guarda única vigorou até 2008, ano em que entrou

⁹¹ MOITINHO DE ALMEIDA, *Efeitos da Filiação*, in Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, pág. 139 e segs.,

⁹² PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução ao Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 190.

⁹³ Vide, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos Após a Reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, 2004, págs. 88-89, 97.

⁹⁴ PAULO GUERRA e HELENA BOLIEIRO, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 163.

em vigor a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que veio alterar o regime regra para o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que teve origem no Projeto de Lei n.º 486/X⁹⁵ e Projeto de Lei n.º 509/X⁹⁶, veio alterar o regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais⁹⁷. São várias as alterações introduzidas no nosso ordenamento jurídico que tornam notória a rápida evolução social no âmbito das relações filiais, mais concretamente quanto às responsabilidades parentais. Esta evolução social revelou ser necessária para reforçar a igualdade entre os progenitores, assim como foi essencial definir novos mecanismos e soluções que responsabilizassem os progenitores por certos atos no exercício das responsabilidades parentais. Esta lei teve como primordial objetivo fazer com que houvesse uma maior participação de ambos os progenitores, atribuindo-lhes maior responsabilidade, e tendo sempre presente os princípios de igualdade e colaboração, para que seja possível que ambos os progenitores decidam sobre a vida do filho – tornando-se parte ativa na vida do mesmo.

Uma das alterações mais significativas é a substituição da expressão “*poder paternal*” por “*responsabilidades parentais*”. Esta substituição na denominação encontra inspiração na Recomendação n.º R (84), sobre as responsabilidades parentais, de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, e que define as responsabilidades parentais como “(…) o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”⁹⁸.

É aceite que o conceito de “responsabilidades parentais” expressa mais claramente a natureza funcional dessas responsabilidades e o carácter vinculado do seu exercício, identificando melhor a realidade plural que integra o seu exercício e a sua titularidade e centrando a atenção naqueles cujos direitos se querem salvaguardar e que são as crianças⁹⁹. Obviamente que esta designação não está isenta de críticas¹⁰⁰; com semelhante entendimento mas distinta concretização,

M.C. Taborda Simões, Rosa C. Martins e M.D. Formosinho congratulam a substituição da noção de poder paternal, considerando também o conceito desadequado. Embora as Autoras entendam que a nova designação

⁹⁵ Projeto de Lei apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, para alteração do prazo de separação de facto para efeitos da obtenção do divórcio, disponível em: <http://www.parlamento.pt>, consultado em 13/12/2018.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ As novidades trazidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, foram feitas por via da eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, alargamento dos fundamentos objetivos da rutura conjugal, mudança da terminologia de poder paternal para responsabilidades parentais, incentivo da mediação familiar, exercício conjunto das responsabilidades parentais (em regra) e criação de um crédito compensatório pelos contributos para a vida conjugal e cuidado dos filhos em situação de rutura conjugal.

⁹⁸ ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, Ebook do Centro de Estudos Judiciários, pág. 68, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/guia_pratico_divorcio_responsabilidades_parentais.pdf, consultado em 19/12/2018.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 59.

¹⁰⁰ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lições, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2013, pág. 280 – este Autor aponta o facto de a palavra “parental” relativa às responsabilidades parentais pode levar ao equívoco de considerar o seu exercício legítimo a qualquer ‘parente’. IRÈNE THÉRY também assinala o facto de a expressão responsabilidades parentais, não abranger o dever de exigência dos pais em relação ao filho, cf. IREBE THÉRY, *apud*, ROSA MARTINS, *op.cit.*, pág. 227.

“responsabilidades parentais” não será a mais feliz, defendendo que “(...) os pais não têm apenas responsabilidades relativamente aos filhos, mas possuem também um dever de exigência”¹⁰¹. Neste sentido, considerando que aos pais estão associados outros deveres e não apenas responsabilidades, sugerem a substituição da nova denominação pela expressão “*cuidado parental*”.

Com diferente perceção, Pires de Lima e Antunes Varela vêm defender que a palavra paternal “(...) deriva não de pater no singular mas de patres, no sentido colegial de pai e mãe, como é, aliás, vulgar na linguagem corrente”. Deste modo, entendem que o “(...) poder paternal compete aos pais, no plural, como quem diz ao pai e à mãe (e não apenas ao pai, como poderia pensar-se numa interpretação crassa ou acanhadamente literal do termo paternal)”¹⁰².

Sublinhamos que esta salutar substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais” surge em consonância com a ideia de que aquela se mostrava pouco adequada para refletir aquela conceção e para exprimir, com rigor, a sua natureza, conteúdo e realidades envolventes, nomeadamente as que, doravante, elencamos: a criança enquanto sujeito de direitos; a criança como desfrutando duma autonomia gradual; a dimensão funcional das prerrogativas que integram as responsabilidades parentais; a prevalência do superior interesse das crianças; a paridade de faculdades e de obrigações dos pais no que respeita à vivência dos menores; a corresponsabilização dos progenitores nas diversas valências do bem-estar dos filhos¹⁰³.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, pretendeu implementar uma política mais atual e de maior responsabilidade em relação à família, isto é, teve em vista uma família participativa e baseada em conceitos de igualdade e de colaboração¹⁰⁴.

Procura-se igualmente um maior enfoque nas relações entre ambos os pais e os filhos menores, de forma a facilitar a identificação de uma união parental diferenciada da união conjugal ou da união marital. Esse conceito aponta para a necessidade da manutenção de tal reconhecimento após a eventual dissolução da união conjugal¹⁰⁵, já que a realização do interesse da criança parece estar essencialmente relacionada com a observância de dois princípios fundamentais: (i) o desenvolvimento harmónico da criança depende necessariamente de ambos os progenitores, não podendo nenhum deles substituir a função que ao outro cabe; (ii) as relações paterno-filiais situam-se a um nível diferenciado do das relações conjugais ou maritais. Assim, como corolário destes princípios e objetivos, passou a ser estabelecido como regime regra do exercício das

¹⁰¹ MARIA DA CONCEIÇÃO TABORDA SIMÕES, *et al.*, *Regulação do Exercício do Poder Paternal: Aspectos Jurídicos e Avaliação Psicológica, Psicologia Forense*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 499.

¹⁰² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, volume V*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, págs. 330 e 331.

¹⁰³ Este elenco reporta-se aos artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf, consultado 15/12/2018.

¹⁰⁴ A solução legislativa foi objeto de críticas, nomeadamente expressando a ideia de que não seria o exercício conjunto das responsabilidades parentais a evitar a fragilização do relacionamento efetivo com os filhos a que o exercício exclusivo do poder paternal tinha conduzido (Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas); em sentido contrário, defendendo a solução adotada (Parecer da associação Pais para Sempre).

¹⁰⁵ Esta ideia resulta expressamente dos princípios de Direitos da Família Europeia relativos a Responsabilidades Parentais, quando referem que o exercício destas não pode ficar prejudicado pela dissolução familiar.

responsabilidades parentais, após situação de dissociação familiar, o exercício conjunto quanto às questões de particular importância da vida do filho.

2. Modalidades de exercício das responsabilidades parentais

A nossa lei consagra a hipótese de os progenitores praticarem em conjunto as responsabilidades parentais após a dissolução da união, assim, “o exercício conjunto das responsabilidades parentais é imposto apenas quanto às questões de particular importância, deixando-se a decisão exclusiva dos atos da vida corrente para o progenitor com quem o filho se encontra”¹⁰⁶.

Perante uma situação de dissociação familiar e independentemente do tipo de união anterior entre os progenitores, o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância da vida do filho constitui o regime-regra previsto nos art.s 1901.º, 1906.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º, todos do CC. Tratar-se-ão de “acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança pelo que os progenitores apenas terão que cooperar episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, os chamarão à responsabilidade de pais e à contenção necessária para essas ocasiões”¹⁰⁷.

Apenas mediante um juízo fundamentado do tribunal, e só deste, pode ser atendido, de acordo com o superior interesse da criança, que existem razões para que esse exercício não seja realizado em conjunto e, nessa altura, o mesmo é conferido em exclusivo a um dos progenitores (art. 1906.º, n.º 2 do CC). Assim, a intervenção judicial assume um carácter excecional e subsidiário face ao acordo dos pais, que consiste no modo principal do exercício das responsabilidades parentais, sendo sempre exigido para essa intervenção que a desavença entre os progenitores recaia sobre uma questão de particular importância, cuja existência deve ser controlada pelo juiz. Em relação aos atos usuais ou da vida corrente, não deve justificar-se uma intervenção exterior ao próprio casal, que deve dirimir entre si essas situações.

Concretizando ainda uma realidade familiar cada vez mais frequente, o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício, atos esses que podem ser exercidos por qualquer um dos progenitores (art. 1906.º, n.º 4 do CC).

2.1. A regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais

O exercício conjunto fundamenta-se no preceito do art. 36.º, n.ºs 3, 5 e 6 da CRP, encontrando-se aqui consagrados os princípios da igualdade dos cônjuges, da atribuição aos progenitores do poder-dever de

¹⁰⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *A Nova Lei do Divórcio*, Revista *Lex Familiae*, ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 29.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, pág. 35.

educação dos filhos e da inseparabilidade entre progenitores e filhos. Existem três métodos de organização do exercício conjunto: em primeiro lugar, temos o exercício conjunto com fixação de residência principal do filho com um dos progenitores; em segundo lugar, podemos ter o exercício conjunto, com residência alternada, onde também ambos os progenitores podem praticar atos da vida do filho – mas neste caso a criança viverá um período substancial de tempo em casa de cada um dos progenitores; e em terceiro e último lugar, temos o *bird's nest arrangement*, onde o filho fica a residir na casa de morada de família e são os progenitores que vão alternando a sua estadia nessa mesma casa de morada de família. Este último modelo de organização não tem grande aceitação, sendo que o primeiro é aquele ao qual mais se recorre, pois é o que transmite uma maior estabilidade; além disso, a maioria da doutrina considera ser o que melhor prossegue o interesse da criança.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho passaram a ser exercidas em comum por ambos os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informação ao outro logo que possível (art. 1906.º, n.º 1 do CC)¹⁰⁸. Só o tribunal, através de decisão fundamentada, pode determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas apenas por um dos progenitores quando o exercício conjunto, estabelecido como o regime regra, for julgado contrário aos interesses da criança (n.º 2 do mesmo art.).

Isto aplica-se, independentemente de estarmos perante progenitores casados, progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges (união de fato) ou sobre progenitores que não tiveram qualquer união conjugal ou marital.¹⁰⁹

O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabem ao progenitor que com ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (n.º 3 do mesmo art.). Ao atribuir ao progenitor residente a tarefa de estabelecer essas regras educativas, o legislador parte do princípio de que será com aquele que a criança terá uma relação de maior proximidade e, por isso, vai-lhe transmitindo e definindo determinados valores, princípios e regras que lhe permitem estruturar a sua personalidade e modelar o seu comportamento.

¹⁰⁸ O objetivo da lei foi “promover um maior envolvimento dos pais na vida dos filhos” por se entender que “a separação dos pais não pode nem deve traduzir-se numa separação dos filhos” in HELENA GOMES DE MELO *et al.* *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, pág. 135. Com esta alteração, pretende-se dinamizar o relacionamento das crianças com o progenitor com quem não residem e comprometer este com a vida do filho, tomando parte ativa na mesma. Procuram-se ainda evitar “os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos” in HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 165.

¹⁰⁹ Porém, temos uma exceção, em que o exercício das Responsabilidades Parentais, por impossibilidade de um progenitor, são atribuídas ao outro progenitor (artigo 1903.º do CC), ou no caso de esse progenitor também estar impossibilitado, ou não puder desempenhar os deveres que emergem das Responsabilidades Parentais. Assim, nestes casos, são atribuídas a um terceiro. Poderemos estar perante situações de ausência, incapacidade ou outro impedimento. Isto aplica-se mesmo que se esteja perante atos de particular importância. Para que este terceiro exerça as Responsabilidades Parentais, é necessário acordo prévio e validação legal. TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO entende que esta validação legal implica que o acordo seja por escrito e seja apreciado pelo Tribunal.

O progenitor separado dos filhos não tem que ficar necessariamente afastado das decisões de menor importância mas tem direito a intervir nelas se o desejar. Como não é possível aos pais recorrerem judicialmente contra as decisões quotidianas tomadas pelo outro, em caso de desacordo, deve comunicar ao progenitor residente o seu desacordo para impedir a prática do ato ou arguir a invalidade do mesmo, se este chegar a ser realizado, estará o terceiro de má-fé. Mais ainda, em caso de abuso sistemático por parte do progenitor residente, usando a sua posição privilegiada para agir contra a vontade do outro em assuntos de particular importância ou em atos da vida corrente, pode propor uma modificação do exercício das responsabilidades parentais que restrinja os poderes do outro progenitor¹¹⁰.

Como princípio geral, importa ter presente que, nas relações com terceiros, a aplicação rígida de uma atuação conjunta, exigindo o consentimento de ambos os pais para a realização de todos os atos relativos à pessoa da criança, seria impraticável ou demasiado gravosa em muitos casos, sendo necessário conferir flexibilidade a estas regras, facilitando as tarefas e atuações quotidianas dos pais. Assim sendo, a lei prevê uma presunção de mandato técnico recíproco que permite a cada um dos pais atuar sozinho, visando também proteger os terceiros que contratam com um dos pais e promover a segurança no comércio jurídico. Esta presunção permite a cada um dos progenitores atuar sem o consentimento do progenitor não atuante, dispensando-se de procurar obter o acordo daquele e de o provar perante terceiros. Cada um dos pais atua livremente desde que o outro não manifeste o seu desacordo, passando-se de uma regra de gestão conjunta para uma regra concorrencial que se exige sempre a intervenção de ambos os progenitores (1092.º, n.º 2 do CC). Contudo, a presunção de consentimento apenas opera em relação à prática de atos da vida corrente, pois em relação aos atos de particular importância, como se compreende, exige-se sempre a intervenção de ambos os progenitores (art. 1902.º, n.º 2 do CC).

Após a dissociação familiar o funcionamento desta presunção persiste, mas, pelo facto de os pais viverem separados, na prática, a educação quotidiana da criança é realizada apenas pelo progenitor com quem esta reside habitualmente, existindo uma primazia de facto de um progenitor sobre o outro, fazendo com que seja o progenitor residente a praticar a grande maioria dos atos usuais da vida corrente relativos à vida e educação da criança¹¹¹.

Neste âmbito, analisando os normativos *supra* identificados, facilmente nos apercebemos que o legislador optou por não definir os conceitos de “questões, ou atos, de particular importância” e de “atos da vida corrente”, provavelmente porque consistem em noções-quadro ou em conceitos indeterminados, na medida em que nenhuma

¹¹⁰ Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X. *Alterações ao Regime do Divórcio*, pág. 15, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doCPdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>, consultado em 02/12/2018.

¹¹¹ Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X. *Alterações ao Regime do Divórcio*, pág. 15, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doCPdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>, consultado em 02/12/2018.

definição legal poderia abranger as infinitas variações da realidade. Não obstante, julgamos que este “silêncio” do legislador não foi a estratégia mais acertada. Desta forma, urge aclarar estas noções, veja-se que o próprio Projeto de Lei n.º 509/X, que esteve na origem da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, auxiliou a definir o que deve ser considerado um “ato de particular importância”.

Tratando-se de um conceito variável e subjetivo, e sendo o seu âmbito muito restrito, caberá à doutrina e jurisprudência preenchê-lo. Neste Projeto de Lei n.º 509/X esta alteração surgiu com o intuito de comprometer os dois progenitores no que diz respeito ao crescimento e evolução da criança, até porque se trata de um interesse público que as crianças vivam a sua infância e adolescência e que cresçam em condições de modo a que se tornem bons cidadãos.

O âmbito destas questões tem sido densificado pela doutrina e jurisprudência,¹¹² contemplando questões existenciais “(...) graves e raras que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças” e para que, na sua resolução, o “regime seja praticável e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores”¹¹³. Obviamente que tratando-se de crianças com necessidades especiais, este conjunto de situações vai ser muito mais alargado do que para a generalidade das outras crianças. Ademais, definindo-se o conceito de “questões de particular importância”, a noção de “atos da vida corrente” estará, por omissão/contraposição, esclarecida.

Segundo Maria Clara Sottomayor é de extrema importância determinar este conceito de atos de particular importância, porque a atuação judicial está dependente da sua concretização. Embora o legislador classifique como ato de particular importância a propositura de uma ação pelos progenitores, em representação processual da criança, não se pode determinar quais são as decisões que se devem julgar como atos de particular importância. Tendo sempre presente que cada caso é um caso e que deve ser analisado com o máximo decuidado, imputando-se ao juiz à doutrina a aptidão de preencher a lei.

Com efeito, por vezes, torna-se muito difícil determinar se estamos perante atos de particular importância ou atos da vida comum, uma vez que entre estas duas categorias temos uma ampla zona cinzenta formada por atos intermédios, que – conforme os costumes da família e os usos da sociedade num determinado momento histórico –, tanto se podem qualificar como atos de particular importância ou atos da vida comum.¹¹⁴

Para Helena Gomes Melo e outros Autores “[o] que sejam questões de particular importância deve ser entendido como o conjunto dos atos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que

¹¹² É escassa a interpretação judicial e doutrinal acerca do que significa exatamente o conceito de «ato de particular importância» in MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, pág. 504.

¹¹³ Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X. Alterações ao Regime do Divórcio, pág. 15, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/docPdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl509-X.doc&inline=true>, consultado em 02/12/2018.

¹¹⁴ Como afirma SEISDEDOS MUIÑO, in MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, nota 108, pág. 516, “no futuro, formam-se novos usos que podem tornar atos correntes atos que, neste momento, não o são. Por exemplo, determinadas intervenções cirúrgicas.

compõem o núcleo essencial dos seus direitos¹¹⁵". A Autora vem dizer que as cirurgias plásticas com fins estéticos, que não tenham como objetivo alguma correção ou deformação que a criança tenha sofrido, são tidas como atos de particular importância. Por exemplo, a filha querer fazer uma cirurgia estética para aumentar o peito¹¹⁶ ou querer fazer uma cirurgia estética ao nariz. Se estas cirurgias não implicarem grandes riscos ou até nenhum, podendo ser realizados sem grandes meios técnicos, classifica-se como ato da vida comum. A extração de um dente, por não implicar grande risco nem necessitar de muitos meios técnicos, isto é, poder ser efetuada numa clínica dentária, é considerada um ato da vida comum. Relativamente às consultas, temos as consultas de rotina que são atos da vida comum, assim como a escolha do médico assistente. Já gera controvérsia a escolha entre estabelecimento de saúde público e privado, apesar de a maioria considerar um ato da vida comum, há muita discussão à volta disto. Dá-se por entendido que sempre que a escolha entre um e outro tiver impacto na cura, considera-se um ato de particular importância.

Maria Clara Sottomayor considera ser de particular importância a "autorização para contrair matrimónio, a decisão sobre orientação profissional da criança sobre a questão de saber se esta deve ou não prosseguir os estudos ou arranjar um emprego antes de atingir a maioridade, a decisão de permitir às crianças usar contraceção¹¹⁷ ou recorrer à interrupção da gravidez¹¹⁸, a autorização para intervenções cirúrgicas que envolvam riscos, decisões quanto à religião da criança, decisões de mudança de escolas privadas para escolas públicas e vice-versa, ou qualquer outra mudança escolar que tenha consequências relevantes na educação da criança: decisões envolvendo problemas sérios de disciplina relativos à criança, autorizações para estadias da criança no estrangeiro, etc.". Estas questões devem ser apreciadas e decididas pelos progenitores, atendendo aos interesses pessoais do filho e o grau de autonomia que a lei lhe reconhece.

Para Tomé d'Almeida Ramião, as questões de particular importância são "questões existenciais graves (...) fundamentais para o seu desenvolvimento, segurança, saúde, educação e *formação, todos os atos que se relacionem com o seu futuro, a avaliar em concreto e em função das suas circunstâncias*"¹¹⁹.

Por sua vez, a nossa jurisprudência tem vindo a delimitar o conceito de atos de particular importância. Exemplo disso é o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Outubro de 2011, que atribuiu um carácter raro às questões de particular importância, referindo que, atenta essa mesma raridade, os progenitores teriam de cooperar episodicamente. Neste sentido, considerou o Tribunal da Relação de Coimbra como atos de

¹¹⁵ HELENA GOMES DE MELO, et al., op. cit., pág. 140.

¹¹⁶ HELENA GOMES DE MELO et al., op. cit., pág. 139.

¹¹⁷ No entanto, deve analisar-se a lei sobre a saúde reprodutiva, que parece prescindir da necessidade de autorização dos progenitores para o acesso das crianças à contraceção.

¹¹⁸ Só se exige o consentimento dos representantes legais no caso da mulher grávida ser criança menor de dezasseis anos (artigo 142.º n.º 5 do Código Penal).

¹¹⁹ TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, op. cit., pág. 505-506. A Doutrina Italiana entende que as questões de particular importância estão relacionadas com direitos fundamentais e decisões que coloquem em causa o futuro da criança in PAOLO VERCELLONE, *Principio di Parità tra coniugi e potestà dei genitori*, pág. 1060-1064, apud HUGO RODRIGUES, op. cit., nota 390, pág. 129. Enquanto a Doutrina Espanhola considera atos da vida comum os atos que correspondem ao quotidiano, aos deveres de educação, segurança, saúde, administração dos bens da criança in CARLOS SOLIS VILLA, op. cit., pág. 319, apud HUGO RODRIGUES, op. cit., nota 393, pág. 129. A Doutrina Francesa é do mesmo entendimento mas complementa, referindo que são atos "inofensivos, banais e não comprometedores in CHRISTOPHE DAADOUCHE, *L'Autorité parentale*, pág. 44. Este Autor enumera alguns exemplos de AVC, tais como, assinatura da caderneta escolar, seguro escolar, inscrição numa escola (salvo se se tratar de uma mudança do tipo de estabelecimento de ensino), inscrição num clube desportivo, viagem de grupo, cuidados médicos sem gravidade ou intervenção cirúrgica sem gravidade, etc. apud HUGO RODRIGUES, op. cit., nota 396, pág. 130.

particular importância, entre outros: “as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou mudança de colégio privado; a mudança do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado”¹²⁰. Estipulou ainda a Relação que as decisões sobre atos da vida corrente serão aquelas mais frequentes e conseqüentemente mais rápidas, estando a cargo do progenitor que tem a guarda do menor, integrando-se neste conceito as “(...) decisões relativas às atividades extracurriculares de natureza cultural, desportiva e lúdica, - desde que não comportem riscos para a integridade física do menor – a escolha do concreto estabelecimento de ensino, a decisão (não urgente) sobre cuidados de saúde, o local de residência ou mudança do mesmo, desde que não seja para fora do país e a educação religiosa – salvo se os progenitores forem praticantes de religiões diferentes”¹²¹. O Tribunal fundamenta esta posição no carácter raro das questões de particular importância, alegando que o exercício conjunto de um leque alargado de decisões implicaria frequentes comunicações entre os progenitores e, conseqüentemente, algum dramatismo na sua resolução e maiores conflitos, não beneficiando a criança de nenhum destes comportamentos.¹²²

Consideramos que o acórdão vai de encontro ao estabelecido na exposição dos motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, concretizando que este exercício conjunto das responsabilidades parentais tem de ser um regime praticável, isto é, que na prática resulte e não se torne mais uma lei inócua. Saúda-se o elenco exemplificativo apontado pelo acórdão *supra* identificado, que vem enquadrar-se à nossa realidade jurídica e familiar, assim se salvaguardando situações que, face ao seu carácter essencial, carecem de uma tomada de decisão por ambos progenitores, colocando-se de lado outros tantos casos que não assumem um carácter raro e grave e que só contribuiriam para que a vida fosse constantemente “interrompida”.

O exercício das responsabilidades parentais deve portanto, envolver ambos os progenitores, de modo que a separação dos pais tenha a menor incidência na vida dos filhos menores, para que não se sintam privados de qualquer um deles.

2.1.1. O exercício das responsabilidades parentais e a violência doméstica

O presente trabalho não tem a pretensão de fazer uma análise exaustiva do tipo legal de violência doméstica, pretende-se apenas chamar a atenção para a articulação entre o processo penal de violência doméstica e o processo de regulação das responsabilidades parentais e as presentes alterações legislativas.

O direito das crianças à proteção é um direito constitucionalmente protegido¹²³ que tem como sujeito passivo não só o Estado e os poderes públicos, em geral, mas também a sociedade, a começar pela família e demais

¹²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18/10/2011, processo 626/09.7TMCBR.C1, relator Regina Rosa, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 26/06/2018.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Art. 69.º da CRP.

instituições - Princípio da proteção da infância¹²⁴. O n.º 2 do art.º 69 da CRP, impõe também ao Estado o dever especial proteção às crianças órfãs, abandonadas, ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. Assim, a constituição individualiza três situações de perigo, crianças órfãs, abandonadas, e privadas de ambiente familiar normal. Aqui podem estar contempladas casos de violência doméstica, pois a “anomalia” deve ser vista na perspectiva da falta de condições para o cuidado e o desenvolvimento da criança¹²⁵.

Ana Perdigão, jurista do Instituto de Apoio à Criança, afirma que “os filhos podem não ser vítimas diretas, mas são vítimas”¹²⁶ quando expostas a comportamentos que afetem o seu equilíbrio emocional. Segundo o relatório da UNICEF, estima-se que todos os anos 275 milhões de crianças no mundo são testemunhas de violência doméstica.¹²⁷ A criminologia vem sendo auxiliada por várias técnicas de investigação, como as estatísticas oficiais, inquéritos sociais, dados clínicos, etc. O relatório anual de segurança interna (RASI) fez notar que em 2018, 34% dos casos de violência doméstica ocorreram com menores presentes¹²⁸.

De forma a acautelar os direitos associados ao exercício de responsabilidades parentais, não colocando em causa a segurança da vítima, nem a proteção das crianças em contextos de violência familiar, foi publicada no dia 24 de Maio de 2017 a Lei n.º 24/2017 que tem como objetivo, a regulação urgente das responsabilidades parentais em situações de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, de modo a dar cumprimento às obrigações assumidas perante a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, ou Convenção de Istambul. Alterou o Código Civil, procedeu à quinta alteração à Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (que estabelece o regime aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas), à vigésima sétima alteração ao Código de Processo Penal, à primeira alteração ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível e à segunda alteração à Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro. A lei entrou em vigor a 23 de Junho.

Até aqui, a regra no tocante às responsabilidades parentais era a do exercício conjunto das mesmas, a menos que tal exercício fosse julgado contrário aos interesses do menor, caso em que o tribunal determinaria que essas responsabilidades fossem exercidas por um dos progenitores¹²⁹. Agora, considerando a realidade de ambientes familiares marcados pela violência doméstica e outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, verifica-se a necessidade urgente de proteger o superior interesse da criança, estabelecendo uma clarificação da exceção à referida regra geral de exercício conjunto das responsabilidades parentais. No Código Civil passa a ser agora previsto que o exercício em comum das responsabilidades

¹²⁴ J.J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, CRP, Constituição da República Portuguesa, anotada, arts. 1.º a 107.º, Vol. I, 4ª edição revista, editora: Coimbra, pag.867 a 872.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 870 a 871.

¹²⁶ Disponível em: <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/interior/como-protger-os-filhos-das-vitimas-de-violencia-domestica-10457495.html>, consultado em 14/05/2019.

¹²⁷ Disponível em: <https://www.unicef.pt/>, consultado em 15/04/2019.

¹²⁸ Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>, consultado em 11/08/2018.

¹²⁹ Art. 1906.2.º do CC.

parentais poderá ser julgado contrário aos interesses do menor “se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças”.

Cumpra-se destacar as alterações produzidas por este diploma ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Prevê-se agora, que, quando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, não é admitido o recurso à audição técnica especializada e à mediação entre as partes, e o Ministério Público requer, no prazo máximo de 48 horas após ter conhecimento da situação¹³⁰, a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais – denominada regulação urgente. Autuado o requerimento pelo Ministério Público, os progenitores são citados para a realização de uma conferência de pais, a ter lugar nos cinco dias imediatos, na qual é fixado um regime provisório, que segue os termos gerais, sempre que os progenitores não cheguem a acordo ou qualquer um deles estiver ausente¹³¹.

Da análise às alterações referidas pode concluir-se que veio colmatar a falta de articulação entre as diferentes jurisdições, em concreto entre os Juízos Criminais e os Juízos de Família e Menores, e tornar estes processos de regulação mais céleres, conferindo-lhes agora carácter de urgência. A aplicação de medidas que impliquem a proibição de contacto entre progenitores seja imediatamente comunicada ao Ministério Público, para instauração com carácter urgente da regulação ou alteração do exercício das responsabilidades parentais, podendo ser julgado contrário ao superior interesse do menor o exercício em comum das responsabilidades parentais, com base nessa proibição ou, ainda, se estiver em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar aqui referidas.

2.2. O exercício exclusivo das responsabilidades parentais

Atualmente, e conforme *supra* descrito, só o tribunal, através de decisão fundamentada, pode determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas apenas por um dos progenitores, quando o exercício conjunto for julgado contrário aos interesses da criança (art. 1906.º, n.º 2 do Código Civil). Nesses casos, o legislador impõe que a decisão proferida seja devidamente fundamentada, isto é, que o julgador explique e alicerce os motivos que, em determinado caso, conduziram a que se optasse pelo afastamento do exercício conjunto. Salvaguarde-se, contudo, que, nos termos e ao abrigo do disposto no art. 1906.º, n.º 6,

¹³⁰ Art. 44.º - A n.º 1 do RGPTC.

¹³¹ Art. 44.º - A n.º 2 do RGPTC.

apesar do regime das responsabilidades parentais estar atribuído de modo exclusivo a um progenitor, o outro terá sempre o direito a ser informado relativamente ao exercício daquelas responsabilidades¹³².

Ao circunscrever-se que as responsabilidades parentais sejam praticadas exclusivamente por um dos progenitores acarreta as suas consequências a nível jurídico.

A primeira consequência desta disposição normativa é a de que o Ministério Público não pode conferir parecer favorável a um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que lhe tenha sido remetido pelo conservador do registo civil, no âmbito de um divórcio por mútuo consentimento, na medida em que contenha a decisão de atribuir em exclusivo a um dos pais o exercício das responsabilidades parentais.

A segunda é a de que o acordo dos progenitores quanto ao modo de exercício das responsabilidades parentais não pode fundamentar a decisão do tribunal em atribuir esse exercício apenas a um deles, já que a decisão judicial deverá ser fundamentada em circunstâncias que permitam concluir que o exercício em comum é considerado contrário aos interesses do filho não no mero acordo dos pais¹³³.

Também aqui, à semelhança do que se verifica quanto ao conceito de atos de particular importância, existe um “vazio” legal quanto às circunstâncias que poderão conduzir a um afastamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais. O legislador entendeu não enumerar ou exemplificar as circunstâncias que devam justificar o afastamento do regime regra, colocando essa tarefa aos tribunais que, de forma fundamentada, deverão basear-se no superior interesse da criança para tomar essa decisão.

Contudo, estabelecida a premissa de que o exercício conjunto das responsabilidades parentais se restringe às decisões sobre as questões de particular importância da vida da criança, delimitar algumas das causas que poderão justificar a determinação por parte do tribunal do exercício exclusivo das responsabilidades parentais seria importante; porém, Helena Gomes de Melo e outros Autores avançam com um leque de causas que entendem que deverão ser atendidas, mormente a prática de atos de violência doméstica, a conceção do menor em consequência de um crime de violação, a ausência do progenitor em parte incerta, a recusa ou atraso injustificado no pagamento da pensão de alimentos, a incapacidade dos progenitores dialogarem entre si, entre outros¹³⁴.

Nos casos de atribuição do exercício das responsabilidades parentais exclusivamente a um dos progenitores – e sem o estabelecimento de qualquer reserva – é efetivamente a este que compete exercê-lo, sem, todavia, se poder esquecer que ao progenitor que não exerça as responsabilidades parentais assiste o poder de vigiar as condições de vida e a educação do filho e, conseqüentemente, tem o direito a solicitar e a receber de terceiros (designadamente do estabelecimento escolar ou de ensino) todas as informações relativas ao percurso e sucesso escolar do seu filho (art.

¹³² O regime instituído pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, impõe “(...) o dever de informação ao progenitor que não exerça no todo ou em parte as responsabilidades parentais, sobre a educação e as condições de vida do filho...”: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2010, processo 870/09.7TBCTB.C1.S1, relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 12/10/2018.

¹³³ TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e as Questões Conexas*, 3.ª edição, Quid Juris, 2011, págs. 159-163.

¹³⁴ ANA TERESA LEAL, *et al.*, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, Quid Juris, ISBN:978-972-724-540-6, 2010, págs. 161-166.

1906.º n.º 2 e 6 do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)¹³⁵.

Perante uma situação de dissolução familiar, é ao progenitor com a guarda que compete dar as informações que se mostrem pertinentes para que o outro progenitor possa praticar o seu direito de vigia sobre as condições de vida e instrução do menor. O direito de ser informado significa que esse progenitor tem o direito a exigir do outro as informações relativas ao modo como ele exerce a sua responsabilidade parental, em particular no que se refere à educação e condições de vida do filho, e que o outro tem o correspondente dever de as prestar¹³⁶.

Este afastamento do regime regra deve ser analisado e fundamentado caso a caso, atendendo ao facto de que cada criança é um ser de direitos, com sensibilidades e fragilidades próprias e muito diferentes, que importam ponderação e reflexão na tomada de uma decisão tão importante como é a designação e a atribuição das responsabilidades parentais.

3. A delegação dos atos da vida corrente, artigo 1906.º, n.º 4 do CC

Conforme estabelece o art. 1906.º, n.º 4, do CC, o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício, atos esses que podem ser exercidos por qualquer um dos progenitores quando a criança se encontra consigo.

Procurando dar uma solução para as situações de reconstituição familiar, há Autores, como Tomé d'Almeida Ramião, que estendem que esta disposição normativa veio conferir relevância ao papel educativo cada vez mais importante e significativo que é desempenhado pelos denominados “padrastos ou madrastas” em situações de reconstituição familiar¹³⁷; ou mesmo conferindo um estatuto jurídico ao círculo de pessoas com quem o progenitor não residente se relacionava e a quem este incumbia da realização de tarefas atinentes aos filhos¹³⁸.

Para outros, ter-se-á pretendido permitir que na ausência desse progenitor, por motivos vários, nomeadamente por razões profissionais, em que os filhos ficam ao cuidado de ama, de familiar ou de instituições (infantário ou creche), essas pessoas possam exercer as responsabilidades parentais quanto aos atos da vida corrente e tomem as decisões adequadas nesses atos, presumindo-se que o progenitor, ao delegar essa responsabilidade, transmitirá as respetivas orientações¹³⁹.

Embora se possa suscitar dúvidas quanto ao conteúdo dos poderes e deveres possíveis de transferência, a possibilidade de confiança da criança a terceira pessoa ou a instituição passou a estar prevista no art. 1907.º do Código Civil, eliminando-se a referência a “*estabelecimento de reeducação ou assistência*”.

¹³⁵ Na redação anterior, dada pela Lei n.º 59/99, de 30 de Junho, ao progenitor que não exercesse o poder paternal assistia também o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

¹³⁶ Neste sentido, TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *op.cit.*, pág. 158.

¹³⁷ Nesse sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *A Nova Lei do Divórcio*, Revista Lex Familiae, Ano 7, n.º 13, 2010, pág. 26.

¹³⁸ ANA TERESA LEAL, *et al.*, *op.cit.*, pág. 57.

¹³⁹ TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *op.cit.*, pág. 160.

O menor poderá ser confiado aos cuidados de terceira pessoa, desde que o interesse deste o reclame, mesmo que existam progenitores em circunstâncias de exercerem as responsabilidades parentais. O conceito de interesse do menor tem de ser entendido em termos suficientemente largos, de modo a cingir tudo o que envolva os legítimos desejos, realizações e necessidades daquele, e nos mais variados aspetos, devendo esse interesse ser ponderado em face de uma análise concreta de todas as conjunturas relevantes.

É usual a interferência do novo companheiro do progenitor residente na educação dos filhos menores, podendo contribuir, positivamente, para evitar os elementos negativos associados à vivência ou estrutura monoparental, ou, negativamente, para criar ou agravar a conflitualidade no lar ou mesmo para dificultar ou quebrar os contactos entre a criança e o progenitor não residente¹⁴⁰.

Nestas situações, o que o tribunal deve dar a entender a ambos os progenitores, em caso de conflito ou desentendimento sobre esta questão, é de que está legalmente prevista a possibilidade de delegação da prática dos atos usuais ou da vida corrente da criança e que ela pode ser realizada por qualquer dos progenitores, e sem que o outro se possa imiscuir nessa delegação.

4. O incumprimento das responsabilidades parentais

4.1. Questões gerais

Conforme dispunha a OTM, no seu art. 181.º, o incumprimento das responsabilidades parentais poderá ser requerido por qualquer um dos progenitores. Este diploma legal, embora tenha sido revogado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro, passando a vigorar o RGPTC, não obstante algumas alterações estruturais, o conteúdo permanece sem grandes alterações.

O processo de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais tem natureza incidental, correndo por incidente próprio. Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 41.º do RGPTC, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos. O processo de incumprimento de regulação do exercício de responsabilidades parentais constitui uma instância incidental, relativamente ao processo principal, destinada à verificação quanto a uma situação de incumprimento culposo/censurável de obrigações decorrentes de regime parental (provisório ou definitivo) estabelecido, bem como à realização de diligências tendentes, designadamente, ao

¹⁴⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª edição, AAFDL Editora, pág.322

cumprimento coercivo¹⁴¹. Este incidente pode ser levado a cabo, por um lado, sempre que haja desrespeito pelo regime dos contactos pessoais (regime de convivência) ou, por outro, pelo não cumprimento da obrigação de prestar alimentos.

Tem legitimidade ativa para suscitar o incidente de incumprimento qualquer dos progenitores ou o Ministério Público.

É necessária alguma razoabilidade na aferição da existência de um rigoroso incumprimento, pois existem muitas situações que não configuram, de facto, qualquer tipo de incumprimento – o que significa que urge averiguar se da letra expressa do acordo homologado ou da sentença consta uma cláusula de onde resulte essa obrigação agora tida por incumprida por algum dos pais¹⁴².

Por outro lado, uma boa referência para este efeito é aquela que nos é dada pela jurisprudência ao entender que “não é qualquer incumprimento que faz desencadear as consequências previstas no art. 181.º da Organização Tutelar de Menores, só relevando o incumprimento que, não sendo ocasional, é grave, culposo e reiterado; não o é aquele que surge por razões imponderáveis alheias à vontade do pai dito incumpridor ou no caso em que este está convencido que não está a cumprir, até por má compreensão do acordado ou sentenciado”¹⁴³. Resulta claramente do art. 249.º, n.º 1, alínea c) do CP que os comportamentos suscetíveis de integrar o incumprimento das responsabilidades parentais, apenas serão alvo de tutela penal quando lhes esteja associado um carácter repetido e injustificado.

Relativamente ao regime de visitas, a criança tem o direito de estabelecer, reatar ou manter uma relação direta e contínua com o progenitor a quem não foi confiado, possibilitando ao progenitor com quem a criança não reside habitualmente a oportunidade de acompanhar a maneira como o filho está a ser educado e orientado pelo outro progenitor; devendo este direito ser exercido no interesse da criança, verdadeiro beneficiário desse direito de visita. No entanto, havendo incumprimento do que fora acordado quanto à convivência do menor, pode o progenitor instaurar o competente incidente previsto no art. 41.º do RGPTC. Situação distinta é aquela que se estabeleceu em 1995, com a introdução da norma segundo a qual os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes, que veio consagrar a necessidade de salvaguarda de relações familiares não estritamente nucleares, tendo como pressuposto a ideia de que esse relacionamento se traduz numa mais-valia para o desenvolvimento psicossocial e educacional dos menores. Sendo que as regras comunitárias reguladoras do regime do direito de visita são também aplicáveis a qualquer tipo de exercício desse direito, com abstração da pessoa do seu beneficiário, abrangendo, por exemplo, os avós e terceiros¹⁴⁴.

¹⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/02/2016, processo n.º 847/05.1TMPRT-CP1, relator Vitor Amaral, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/85c2199e6243f7b980257f7e00303786?Op=enDocument>, consultado em 10/01/2018.

¹⁴² PAULO GUERRA e HELENA BOLIEIRO, *op. cit.*, pág. 246, nota 146.

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/10/2006, processo n.º 0622382, relator Henrique Araújo, *in* PAULO GUERRA E HELENA BOLIEIRO, *op. cit.*, pág. 246.

¹⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10/11/2016, processo n.º 719/08.8TBBCL-C.G1, relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível em <http://www.udireito.com/2017/regulacao-das-responsabilidades-parentais/>, consultado em 10/01/2019.

Na decisão proferida pelo TEDH no conhecido “*Caso Reigado Ramos*”¹⁴⁵ pode ler-se que “compete a cada Estado contratante dotar-se de um arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas que lhe incumbem ao abrigo do art.º 8.º da CEDH. O Estado deve designadamente possuir uma panóplia de sanções adequadas, eficazes e capazes de assegurar os direitos legítimos dos interessados bem como o respeito pelas decisões judiciais”. Note-se que foi nestes termos que ficou reforçada a tutela penal do incumprimento das decisões jurídicas relativas ao exercício das responsabilidades parentais, em especial nas vertentes dos contactos pessoais entre os progenitores e os filhos e da obrigação alimentar, plasmada nos art.s 249.º e 250.º do Código Penal.

Se por um lado são muitos os casos em que é o progenitor não residente a incumprir este regime de convivência, faltando ou atrasando-se nas visitas (não obstante esses contactos poderem sempre ser remarcados), por outro lado, quando o progenitor residente cria obstáculos ou manobras dilatórias para impossibilitar a convivência do menor com o outro progenitor, torna-se, na maior parte das vezes, muito difícil de remarcar ou combinar de outra forma, uma vez que o progenitor incumpridor arranjará sempre outro qualquer expediente, dado que a sua intenção é precisamente evitar a convivência do menor com o outro progenitor¹⁴⁶.

O exercício deste direito não pode ser restringido ou suprimido, a não ser que circunstâncias extremamente graves o justifiquem e em nome do superior interesse da criança (art. 180.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores). Com efeito, mesmo nos casos em que seja aplicada medida de confiança do filho a terceira pessoa ou a estabelecimento, em consequência de uma situação de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação da criança, será estabelecido um regime de visitas aos pais, a menos que, excepcionalmente, o interesse do filho o desaconselhe (art. 1919.º, n.º 2 do Código Civil).

Assim, a adequação de uma medida é justificada pela execução das diligências que se podem razoavelmente exigir, face ao superior interesse da criança, assim como pela rapidez da sua aplicação, uma vez que a passagem do tempo pode ter consequências irremediáveis na relação afetiva entre a criança e o progenitor não residente.

5. A chamada (síndrome) de “alienação parental”

Já dissemos que subjacente à opção legislativa contida no n.º 2 do art. 249.º do CP terá estado o respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos, isto é, o menor dotado de alguma maturidade. Importa agora notar

¹⁴⁵ Acórdão de 22 de Novembro de 2005, proferido no Rec. 73229/01, disponível em http://direitoshumanos.gddCPT/acordaos/reigado_ramos.pdf, consultado em 10/01/2018.

¹⁴⁶ Gardner desenvolveu o conceito de Alienação Parental, definindo-o como «o transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos filhos, mediante várias estratégias, com o objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor que surge principalmente no contexto de disputa da guarda e custódia das crianças, através de uma campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação, resultado da combinação de um sistemático endoutrinamento por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança destinadas a denegrir o progenitor objeto esta campanha», in Richard GARDNER, ODSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?, Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Colúmbia, New York, EUA, *apud*, SANDRA INÉS FERREIRA FEITOR, *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do direito de menores*, págs. 23 e 24.

que a indagação, em concreto, de tal maturidade – do querer e entender da criança ou adolescente – será algo de decisivo para efeitos de uma eventual integração da conduta na previsão desta nova norma. Todavia, entramos num domínio cuja essência pode ser difícil de apreender ou perceber pelo julgador. As dificuldades prendem-se com a resposta a dar à seguinte questão: o que, em cada hipótese, terá verdadeiramente querido o menor de idade superior a 12 anos?

Em muitos processos de regulação das responsabilidades assiste-se à disputa acirrada dos progenitores em torno dos seus filhos menores, e são eles quem mais sofre, direta e indiretamente, com danos diretos e colaterais, porque os pais, infelizmente, não conseguem separá-los da frustração de uma relação que chegou ao fim. Na maior parte das vezes esquecem-se que o único elo que ainda mantêm, os filhos, fica violentamente exposto a lutas, guerras, gritos, discussões e, pior de tudo, à impossibilidade de sociabilizar e de conhecer verdadeiramente um dos seus progenitores, e de usufruir do amor de um deles¹⁴⁷. A mais atual e letal arma utilizada são os filhos, tanto o pai como a mãe querem, a todo o risco, levá-los para casa. «As crianças são aqui um objecto de arremesso. Quando já nada resta para se lançar à cabeça do outro, recorre-se a elas»¹⁴⁸.

Estas guerrilhas à volta do menor, e de quem sai vencedor da sua guarda, surgiam em maior número nos processos de regulação em que a regra era a atribuição da guarda única. Nestes casos, existia mesmo um “vencedor” – o progenitor a quem fosse atribuída a guarda – e um vencido – o progenitor não guardião.

Neste aspeto, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio de certa forma desvanecer estes extremismos criados entre progenitores, com a implementação do exercício conjunto das responsabilidades parentais e a supressão do conceito de guarda em detrimento da fixação da residência da criança. Contudo, em muitos casos os progenitores insistem em tornar o processo de regulação numa guerra aberta, sendo cada vez maior o número de casos do que comumente se chama de alienação parental¹⁴⁹.

Nas décadas de oitenta e noventa do século XX, pela mão de Richard Alan Gardner, psiquiatra e psicanalista americano (1931-2003), foi desenvolvida a teoria acerca da “Alienação Parental”. Gardner desenvolveu este conceito e define-o como “o transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos filhos, mediante várias estratégias, com o objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surge principalmente no contexto de disputa da guarda e custódia das crianças, através de uma campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação, resultado da combinação de um ensino sistemático e lavagem cerebral por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança destinadas a denegrir o progenitor objeto desta campanha”¹⁵⁰. Por outras palavras, parte-se de um conjunto de

¹⁴⁷ SOFIA FILHOS RIJO, *As novas armas de arremesso*, artigo de opinião disponível em:

https://expresso.pt/blogues/bloguet_lifestyle/Avidadesaltosaltos/filhos-as-novas-armas-de-arremesso=f824117#gs.UkDcpQAM, consultado em 13/06/2014.

¹⁴⁸ JOSÉ MANUEL AGUILAR, *Síndrome de Alienação Parental, filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*, Casal de Cambra, Caleidoscópio, 2008, pág. 30.

¹⁴⁹ Veja-se o alerta da APIPDF (Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos) que chama a atenção para o aumento do fenómeno de alienação parental, conforme notícia disponível em: http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?did=177333, consultado em 21/01/2019.

¹⁵⁰ RICHARD GARDNER, Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Colúmbia, *apud*, SANDRA INÉS FERREIRA FEITOR, *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do direito de menores*, págs. 23 e 24.

manifestações adversas, de cariz difamatório e injustificado, por parte do filho relativamente a um dos pais (progenitor alienado), manifestações essas que são o resultado de um verdadeiro brain wash da criança ou adolescente, levado a cabo pelo outro progenitor (progenitor alienador).

Gardner esclarece que quem sofre da síndrome de alienação parental são os filhos, porquanto é neles que se manifesta um conjunto de comportamentos e sintomas de rejeição do progenitor alienado, derivados de processos de alienação levados a cabo pelo outro progenitor. O Psiquiatra explica ainda que, regra geral, o papel do progenitor alienador cabe à mãe e do progenitor alienado ao pai, por ser normalmente atribuída a guarda dos menores à figura materna¹⁵¹. De acordo com as publicações deste especialista, cerca de 90% dos progenitores alienadores seriam mulheres, sendo elas as responsáveis em provocar na criança tal sentimento de rejeição perante o progenitor não guardião; são denominadas por este Autor de *“malvada alienadora”*. Acrescentou, mais tarde, que a própria criança acabava por contribuir ativamente nesta campanha de difamação contra o progenitor rejeitado, começam a ter como verdadeiro tudo aquilo que o progenitor guardião lhes diz, rejeitando o outro.

Além de tipificar os critérios/sintomas presentes nas crianças, o Psiquiatra definiu três tipos de síndrome de alienação parental consoante o grau de gravidade dos comportamentos, assim apresentando o tipo ligeiro, moderado e grave¹⁵². A este respeito o Psicólogo Eduardo Sá e o Advogado Fernando Silva, face às suas experiências profissionais, apresentam um rol de comportamentos típicos alienadores, a saber: a não prestação ao progenitor não residente de informações de suma importância relativamente ao menor, como informações médicas (invocando como desculpa para tal os vulgos “esquecimentos”); a apresentação pelo progenitor alienador do seu novo companheiro(a) como pai/mãe do menor, eliminando o outro progenitor da vida da criança e tentando mostrar que aquele companheiro/companheira é a pessoa que verdadeiramente se interessa pelo “seu” filho; interceção de cartas, mensagens, chamadas ou outros contactos realizados pelo progenitor alienado ao filho, manipulando as mensagens ou eliminando-as, com o objetivo de transmitir ao menor um falso desinteresse do progenitor não residente; demonstração de menosprezo pelo progenitor não residente na presença de terceiros e também perante o filho; recusa na prestação de outras informações mais quotidianas sobre os filhos, dando igualmente instruções a terceiros, como avós, tios, ou educadores para negarem informações ao outro progenitor; impedir ou obstaculizar as visitas do progenitor não residente ao filho¹⁵³.

Muitos foram os estudiosos que tentaram alargar ou modificar o conceito de Gardner, resultando

¹⁵¹ O Autor esclarece que quem sofre da síndrome de alienação parental são os filhos, porquanto é neles que se manifesta um conjunto de comportamento e sintomas de rejeição do progenitor alienado, derivados de processos de alienação levados a cabo pelo outro progenitor, disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr99.htm>, consultado em 18/08/2018.

¹⁵² Contra a tese de Gardner veja-se Carol F. Brush, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases*, págs. 530-534, disponível em https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/fam353_06_Bruch_527_552.pdf, consultado em 18/08/2018. Considerou o Autor que a recusa das crianças para visitar os pais sem a guarda provavelmente pode ser melhor explicada sem recorrer à teoria de Gardner, assim a considerando totalmente excessiva e inapropriada. Mais recentemente veja-se também Maria Clara Sottomayor, *Síndrome de Alienação parental e riscos da sua utilização*, Julgar n.º 13, Janeiro/Abril 2011, pág. 78: “[a] síndrome de alienação parental não tem validade científica nem é reconhecida como doença pela Organização Mundial de Saúde.”.

¹⁵³ EDUARDO SÁ e FERNANDO SILVA, *Alienação Parental*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 10-11.

numa acesa diferença de opiniões¹⁵⁴, Douglas Darnal procurou antes partir dos comportamentos dos pais e não dos sintomas apresentados pelas crianças, assim alargando o conceito a todas as condutas passíveis de perturbar a relação do menor com o progenitor¹⁵⁵.

A questão não estará em utilizar a tese da alienação parental como uma fonte de «(...) soluções fáceis e lineares para resolver problemas complexos, simplificando o processo de decisão, nos casos geradores de mais angústia para quem tem a responsabilidade de decidir»¹⁵⁶. Estará na aceitação das potenciais virtualidades auxiliaadoras da perceção de realidades problemáticas que uma determinada tese pode comportar. Aliás, e como informa Teresa García de Leonardo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem seguindo mais recentemente a linha decisória de que o não reconhecimento, pelas entidades estaduais (maxime, judiciais), da problemática e relevo da alienação parental e suas manifestações é suscetível de constituir uma violação dos interesses do progenitor “alienado” e do próprio filho¹⁵⁷.

Outra questão debatida na doutrina, a propósito, prende-se com o facto de se poder designar, ou não, tais comportamentos como uma síndrome. Marco António Garcia de Pinho vem defender que não se deve confundir a Síndrome de Alienação Parental com Alienação Parental, uma vez que, no seu entender, a alienação consiste no afastamento do menor do progenitor, mediante diversos comportamentos alienadores, enquanto a síndrome propriamente dita relaciona-se antes com os efeitos e sequelas emocionais que possam revelar-se no menor¹⁵⁸.

Parecendo-nos, em suma, que a consideração da chamada (síndrome de) “alienação parental” assume uma fecundidade operativa não desprezível no domínio das matérias jurídicas ligadas aos conflitos familiares envolvendo crianças. Como parece entender Maria Clara Sottomayor¹⁵⁹, longe de se tratar de uma mera “arma de arremesso” à posição das progenitoras que têm os filhos menores a seu cargo, permitirá uma mais adequada perceção do enquadramento fáctico-jurídico que haja a fazer das realidades em questão.

A grande dificuldade nesta matéria é fazer a distinção dos casos em que tais comportamentos acontecem e daqueles que são completamente ficcionados; neste sentido, caberá à jurisprudência, com a colaboração de outros profissionais dos ramos da sociologia e da psicologia, num juízo de ponderação, delimitar estas situações de alienação parental, assim tentando salvaguardar o superior interesse da criança, que tem o direito de estabelecer uma relação saudável e próxima com ambos os progenitores.

¹⁵⁴ Para JOSÉ MANUEL AGUILAR, a síndrome de alienação parental constitui «(...) um mau trato infantil cujas estratégias subtis, o seu apoio em crenças socialmente aceites e o seu desenvolvimento na intimidade do lar tornam difícil a sua detecção e abordagem» *in* Síndrome de Alienação Parental *op. cit.*, pág. 25). Já EDUARDO SÁ, sendo claro na opinião de que a alienação parental não é uma doença, sustenta, no entanto, ter-se transportado da «(...) Saúde para a Justiça o formato de classificação das doenças, tentando que os acontecimentos relacionados com a responsabilidade parental possam estar mais enquadrados e que a sua compreensão torne mais eficaz a respectiva resolução», acabando por concluir no sentido de que através da alienação parental «(...) uma criança é maltratada por um dos pais e maltrata o outro» (EDUARDO SÁ e FERNANDO SIVA, *Alienação Parental*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 152 e 154).

¹⁵⁵ JOSÉ MANUEL AGUILAR, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁵⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, pág. 75.

¹⁵⁷ TERESA GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, “Daños en el Derecho de Familia” (coordinador JOSÉ RAMÓN BEAMONTE), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 17, 2006, pág. 185.

¹⁵⁸ SANDRA INÉS FERREIRA FEITOR, *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do direito de menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 27.

¹⁵⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, págs. 85 a 89.

CAPÍTULO III – O INCUMPRIMENTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E A SUA RELAÇÃO COM O ILÍCITO DE SUBTRAÇÃO DE MENOR

Analizados os capítulos precedentes, caberá agora estabelecer uma relação entre o ilícito de subtração de menor e o regime das responsabilidades parentais, e seu incumprimento. Através do estudo das diversas alíneas do n.º 1, do art. 249.º do CP veremos que nem todo o incumprimento das responsabilidades parentais constitui ilícito de subtração de menor, e vice-versa. Estabelecida essa relação, entendemos que será possível aferir em que situações determinada conduta poderá ser suscetível de configurar o crime de subtração de menor; referimo-nos aos comportamentos previstos em todas as alíneas do art. 249.º do CP, designadamente à subtração em sentido estrito, determinação à fuga do menor por violência ou ameaça com mal importante e o incumprimento repetido e injustificado do regime de convivência através da recusa, atraso ou dificuldade da entrega ou acolhimento.

1. A tutela penal nas responsabilidades parentais

Chegados a este ponto torna-se relevante apreciar a intervenção do Direito Penal para a proteção e o cumprimento coercivo de situações em que há incumprimento do regime estabelecido de regulação das responsabilidades parentais após dissociação familiar. Deste modo, cumpre deixar algumas considerações quanto à necessidade do recurso ao Direito Penal no que diz respeito aos conflitos existentes em matéria de direito da família, em concreto, nos casos de desobediência do regime fixado para as responsabilidades parentais, após uma separação de facto ou de direito entre progenitores.

Ius poenale corresponde ao direito penal em sentido objetivo, definido como o “conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito”¹⁶⁰. Para além deste carácter objetivo, o direito penal comporta um carácter subjetivo (*ius puniendi*) que se consagra num poder punitivo, do Estado, delimitador de certas condutas consideradas crime e, portanto, merecedoras de determinadas sanções/penas. Significa, pois, que o direito penal visa proteger e acautelar bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, proteção que se vislumbra na determinação do que é lícito e do que é ilícito, e também no sancionamento dos comportamentos ilícitos.

Cumpre, neste momento, aferir da necessidade da intervenção do Direito para a proteção e o cumprimento coercivo de situações em que há incumprimento do regime fixado para as responsabilidades parentais,

¹⁶⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral, Tomo I - questões fundamentais da doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 3.

após uma separação de facto ou de direito entre progenitores.

A perspetiva adotada pelo sistema penal português é uma perspetiva racional, em que o direito penal é visto como tendo a função de tutela subsidiária dos bens jurídicos dotados de dignidade penal. Tal significa que o Estado se deverá reger pelo princípio da não intervenção ou intervenção mínima, utilizando a lei penal e as reações penais apenas quando tal se revele estritamente necessário e quando a utilização de outras medidas ou sistemas se revelem manifestamente insuficientes para a resolução dos litígios e para a prossecução das finalidades de política criminal de prevenção geral e especial¹⁶¹. Inclusive, André Lamas Leite entende que esta intervenção deve ser fragmentária. Porém, o legislador continua, de modo crescente, a lançar mão das sanções criminais como forma de assegurar o cumprimento de normas jurídicas que pouco ou nada contêm com valores fundamentais comunitários e em que o arsenal punitivo do Direito Criminal, mais do que solucionar alguma coisa, em regra acicata o problema¹⁶².

Costa Andrade, no plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimidade ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal da expressão ao princípio da subsidiariedade e de ultima ratio do direito penal. O direito penal só deve intervir quando a protecção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação de carência da tutela penal significa que a tutela penal é também adequada e necessária (*geeignet und erforderlich*) para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso em concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos. A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*Geeignetheit*) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade¹⁶³.

Na esteira do já citado professor Figueiredo Dias o direito penal (...) só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não penal, se revelem insuficientes e inadequados. O Autor afirma que, quando tal não aconteça, aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da proibição do excesso (...) Tal sucederá, p. ex. quando se determine a intervenção penal para proteção de bens jurídicos que podem ser suficientemente tutelados pela intervenção dos meios civis (...), pelas sanções do direito administrativo (...). Como o mesmo sucederá sempre que se demonstre a inadequação das sanções penais para a prevenção de determinados ilícitos (...)”¹⁶⁴. Também salientando o carácter subsidiário do direito penal veja-se as palavras de José

¹⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/03/2009, proc. 36/03.3GCTCS.C1., disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/79f9dc60815ace9d8025758900525bb5?OpenDocument>, consultado em 20/02/2019.

¹⁶² ANDRÉ LAMAS LEITE, *O CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR UMA LEITURA DO REFORMADO ART. 249.º DO CÓDIGO PENAL*, JULGAR, N.º 7, COIMBRA, COIMBRA EDITORA, 2009, PÁGS. 100.

¹⁶³ MANUEL COSTA ANDRADE, *A Dignidade e a Carência de Tutela Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 1, fasc. 2, 1992, pág. 186.

¹⁶⁴ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral, Tomo I - questões fundamentais da doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág.

Faria da Costa: “o direito penal só poderá intervir – isto é: apenas deverá chamar a si a tutela de certos bens jurídicos – quando outras formas de tutela (social ou normativa) se mostrem insuficientes para assegurar a sua protecção”¹⁶⁵.

No confronto entre normas de natureza civil e penal, deverão as primeiras ser aplicadas a respeito do incumprimento das responsabilidades parentais, sabemos que o CC e o próprio RGPTC preveem instrumentos para acionar o cumprimento coercivo do regime estabelecido para as responsabilidades parentais, sendo apenas acionadas as de natureza penal em última *ratio*, quando as primeiras se mostrarem insuficientes para acautelar os interesses do menor e esse seja o mecanismo mais eficaz de conseguir defender valores jurídicos fundamentais.

A respeito da intervenção penal, Maria Conceição da Cunha questiona a necessidade de se criminalizar o incumprimento do regime de visitas, previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 249.º do CP, face à existência de meios no direito civil, em concreto no RGPTC, para tutelar estas situações. A Autora entende que “(...) esta incriminação só seria legítima, comprovada a ineficácia daqueles mecanismos e, ademais, se comprovadas as vantagens e desvantagens da intervenção penal...”¹⁶⁶.

Apesar da natureza subsidiária do Direito Penal, é muitas vezes através deste que se consegue, em matéria de menores e de incumprimento das responsabilidades parentais, que melhor se acautele interesses e direitos.

Na prática jurídica, todos os dias, nos deparamos com diferentes casos e situações e para todas elas devemos convergir no sentido de lhe atribuir a melhor solução, e nesta perspetiva o art. 249.º do CP representa aquele que melhor protege o superior interesse da criança, no entanto, a sua aplicação e interpretação exige algum cuidado, de modo a excluir situações merecedoras de tutela penal.

O Direito Penal deverá intervir, em última instância¹⁶⁷, sobre o escrutínio do princípio da proporcionalidade¹⁶⁸. Ademais, as normas penais no cumprimento do princípio da proporcionalidade têm de respeitar a vertente da proibição por defeito¹⁶⁹, mas também a vertente da proibição do excesso, que se “trata [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação 'calibrada' - de justa medida - com os fins prosseguidos, o

121.

¹⁶⁵ JOSÉ FARIA DA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 183.

¹⁶⁶ MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *op. cit.*, pág. 928.

¹⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Pr. 687/10.6TAABF.S1, relator: Henrique Gaspar, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstf.nsf/954f0ce6add8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?Open Document>, consultado em 6/04/2017.

¹⁶⁸ O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).» Acórdão do Tribunal Constitucional nº 632/2008 de 23-12-2008, disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449, consultado em 20/02/2019.

¹⁶⁹ Neste sentido veja-se GOMES CANOTILHO quando refere que “existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, pág. 273.

que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”¹⁷⁰.

2. Regulação das Responsabilidades parentais

2.1. Subtração em sentido estrito

Cabe agora, após a análise ao crime de subtração de menor, previsto e punido no art. 249.º do CP, estabelecer uma relação entre a prática deste ilícito específico e o incumprimento das responsabilidades parentais.

Não há dúvidas de que a subtração configura uma situação de incumprimento das responsabilidades parentais, sendo portanto suscetível de tutela penal.

Primeiramente, será importante analisar a conduta em causa, enquadrando-a no ilícito de subtração de menor, posteriormente, aferir da conduta de subtração, sobretudo do modo como é levada a cabo, bem como outras características pertinentes para a sua subsunção em matéria penal.

Não será possível apurar da existência de um comportamento ilícito sem saber qual o regime que vigora para o exercício das responsabilidades parentais; ou seja, se se trata de um exercício conjunto com alternância de residência, se se trata de um exercício conjunto com atribuição da residência a um progenitor, ou ainda se estamos perante um exercício exclusivo das responsabilidades, entre outros cenários possíveis – conforme já vimos no primeiro capítulo.

Sendo estabelecido o regime do exercício exclusivo a um dos progenitores, aplicável quando o exercício conjunto se revele contrário ao bem-estar e superior interesse da criança, estando aquele responsável por tudo o que diga respeito ao menor, designadamente quanto aos atos de vida corrente e ainda quanto às questões de particular importância, sucedendo a retirada do menor sem anuência do progenitor guardião, estamos perante o incumprimento das responsabilidades parentais, conduta essa suscetível de tutela penal.

O progenitor não guardião impede o contacto com o menor, afastando o menor do progenitor que ocupa a posição de cuidador, educador e responsável legal, e naturalmente do desempenho dos poderes-deveres intrínsecos das responsabilidades parentais, comprometendo assim o exercício das responsabilidades parentais. Além de não cumprir o regime estabelecido, comete assim o ilícito previsto na alínea a) do n.º 1, do art. 249.º do CP.

Por outro lado, nos termos do disposto no n.º 6 do art. 1906.º do CC, “ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho”. Cumpre evidenciar que aquele progenitor pode agir e tomar as decisões que entenda convenientes para o menor, não praticando, qualquer conduta suscetível de tutela penal nos termos do art.

¹⁷⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de 23-12-2008, disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449, consultado em 20/02/2019.

249.º do CP. O outro progenitor encontra-se fora do âmbito de atuação e do exercício das responsabilidades parentais, apenas lhe sendo conferido um direito de informação.

Não configurará incumprimento ou ato ilícito, por parte do progenitor guardião, salvo nos casos em que estão reguladas algumas visitas por parte do outro progenitor. Nestas situações, o exercício dos direitos de visita tem de ser cumprido, podendo existir um eventual incumprimento daquele regime de convivência; no entanto, tal conduta deverá antes ser enquadrada na alínea c) do normativo legal. Apesar de o poder decisório estar atribuído a um só progenitor, o outro tem o direito de estar com o menor. Diferente questão ocorre nos casos em que um dos progenitores tem o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, estando o outro inibido de as exercer, não tendo qualquer contacto com a criança ou jovem.

Na eventualidade de o exercício das responsabilidades parentais ser conjunto, ambos os progenitores são responsáveis pelas questões de particular importância, e as decisões quanto aos atos da vida corrente são atribuídas ao progenitor residente¹⁷¹. Nos termos do disposto no art. 1906.º n.º 5 do CC terá de se fixar a residência do menor.

Estaremos então perante um incumprimento das responsabilidades parentais, preenchendo-se igualmente os requisitos do art. 249.º, n.º 1, alínea a) do CP se a residência do menor estiver fixada no domicílio de um dos progenitores e o progenitor não residente subtrair o menor. Este último incumpe o regime fixado e, simultaneamente, comete um facto ilícito, dado que subtrai o menor dos cuidados do outro progenitor. Poderá neste caso haver uma correlação entre o ilícito e o incumprimento, uma vez que cada um existe simultaneamente numa mesma conduta.

Porém, na análise do ilícito será sempre necessário avaliar a duração da subtração, e a respetiva afetação dos poderes-deveres do progenitor residente, inclusive quando o regime fixado para as responsabilidades parentais é exercido em exclusivo.

Poderá também enquadrar-se no crime de subtração de menor – em concreto na alínea a) do referido art. 249.º – o exercício das responsabilidades parentais pertencente a ambos os progenitores, estando fixada a residência do menor, e este, unilateralmente, mudar de residência, sendo o próprio progenitor residente a subtrair a criança, ficando o progenitor não guardião vedado de ver o seu filho.

Vejamos, resumidamente, o circunstancialismo que deu origem ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2010¹⁷². Um casal, com um filho de 2 anos de idade, divorciou-se, por mútuo consentimento, ficando estabelecido, por acordo, que a criança ficaria a residir com a mãe, que vivia em Castelo Branco, e o pai poderia visitar o filho sempre que quisesse, mediante prévia combinação com a mãe. O divórcio ocorreu em

¹⁷¹ Contudo, o progenitor não residente tem o direito de ser informado e de participar na vida e formação do menor.

¹⁷² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18/05/2010, processo n.º 35/09.8TACTB.C1, relator Alberto Mira, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 27/03/2019.

Novembro de 2006 e desde então, e até Janeiro de 2009, o pai manteve contactos assíduos com o filho. Porém, no dia 6 de Janeiro de 2009, o pai recebeu uma carta da mãe comunicando-lhe que havia abandonado o país, rumo à Suíça, na companhia do filho. O pai, inconformado, apresentou uma queixa, na qual acusava a progenitora do crime de subtração de menor¹⁷³. O pai não poderá ver o menor sempre que o entender, atendendo à distância que medeia entre Castelo Branco e a Suíça, contrariamente ao que está estabelecido no acordo acerca do exercício das responsabilidades parentais. Contudo, o tribunal considerou que o comportamento da arguida não fora “injustificado”, porque partira à procura de melhores condições de vida, para si e para o seu filho, decidindo no sentido da absolvição. O tribunal optou por um conceito amplo de “justificação” do incumprimento das responsabilidades parentais. Por outro lado, como o Acórdão concluiu, não houve preenchimento da alínea a) do n.º 1 do art. 249.º do CP, questão que não se afigura pacífica.

Independentemente da residência do menor estar atribuída ao progenitor guardião, havendo decisão no sentido do exercício conjunto das responsabilidades parentais, estas mesmas responsabilidades parentais são da competência de ambos os progenitores, com a ressalva de que fica o progenitor residente responsável pelos atos da vida corrente do menor. Entendemos que a decisão de deslocação do menor para um local geograficamente distanciado integra um ato de particular importância e não um ato da vida corrente, não podendo ser decidida unilateralmente pelo progenitor guardião, uma vez que o outro ficará limitado/prejudicado no exercício dos poderes- deveres de que também é titular¹⁷⁴.

Ana Teresa Leal vem defender que o progenitor residente não pode unilateralmente decidir-se pela mudança de residência do menor, desde que tal implique um grande afastamento geográfico do outro progenitor¹⁷⁵. A Autora refere ainda que deslocar a criança para o estrangeiro, ou para um lugar geograficamente muito distante, constitui um ato que dificulta significativamente e que pode mesmo ser impeditivo da entrega da criança no cumprimento do regime estabelecido¹⁷⁶; enquadrando esta conduta do progenitor residente na alínea a) do art. 249.º do CP, por se tratar de uma impossibilidade ou dificuldade significativa do regime de convivência, até porque tal ato não assume um carácter repetido e injustificado, requisito exigível pela alínea c). Porventura, esta conduta do progenitor residente em mudar de residência poderá configurar uma decisão injustificada, porém, salvo nos casos em que há constantes mudanças de residência sem aviso ou justificação, não configura uma conduta repetida.

Neste sentido, entendemos que a conduta do progenitor guardião, na hipótese de não dar indicação ou

¹⁷³ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A Tutela Penal da Família e do Interesse da Criança: Reflexão acerca do crime de subtração de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e de rapto de menores, Separata de Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 946.

¹⁷⁴ Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa quando dispõe que “pertencendo o exercício das responsabilidades parentais a ambos os progenitores, a remoção do menor de um país para o outro, por se tratar de um assunto de particular importância, carece do consentimento de ambos os cônjuges, nos termos do n.º 2 do artigo 1901.º do CC”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14/07/2011, processo 8395/10.1TBCSC.L1-7, relator Maria João Areias, disponível em: www.dgsi.pt, consultado em 22/07/2018.

¹⁷⁵ ANA TERESA LEAL, *op.cit.* pág. 430.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

informações acerca da intenção de mudança de residência e país, consubstancia-se numa subtração de menor em sentido estrito, prevista na alínea a)¹⁷⁷. Quando está em causa um regime de residência alternada, em que a guarda do filho é partilhada por ambos os progenitores (situação em que o convívio com os progenitores e a guarda se interligam), a conduta daquele que retira o menor da esfera de atuação do outro poderá constituir uma subtração de menor para efeitos do disposto desta alínea, uma vez que as responsabilidades parentais e a guarda estão radicadas em cada um deles em medida idêntica e a conduta impossibilita o exercício cabal por parte do outro progenitor das responsabilidades parentais que lhe cabem. Na medida em que uma conduta destas impede ou torna particularmente difícil a relação da criança com o outro progenitor, pode, de igual modo, estar preenchida a previsão da alínea c)¹⁷⁸.

Aqui chegados, podemos, seguramente, estabelecer uma relação entre o ilícito e o incumprimento das responsabilidades parentais, na medida em que ambos aparecem de modo simultâneo nas condutas descritas.

Ainda no âmbito da previsão desta alínea a), as opiniões dividem-se, de modo que tentamos descortinar o conceito de subtração e recusa na entrega, na sua verdadeira aceção. Vejamos este exemplo: num caso semelhante ao da “Madeira”, um pai foi dar um passeio com a criança, como o consentimento da mãe, e não voltou.

Ana Teresa Leal defende que “subtrair menor, por contraposição à recusa de entrega, significa retirá-lo da esfera de actuação de quem o tem a seu cargo naquele momento”, assim referindo que a recusa implica que “o menor esteja na esfera de actuação de um terceiro, para onde entrou temporariamente e com o consentimento de quem tem a sua guarda legal, e este terceiro nega-se, em momento posterior a permitir o seu regresso”¹⁷⁹. A Autora diz não encontrar previsão no normativo por não constituir uma situação de subtração propriamente dita, nem ser subsumível na alínea c), face à sua nova redação.

Com outra visão, Maria Conceição da Cunha considera que «se entendermos que a recusa na entrega [alínea c)] implica sempre a prévia regulação (definição) da “guarda”, então não vemos por que não integrar tal situação na própria alínea a) – subtração; na verdade, se o acordado fora que o pai voltasse com a criança e não voltou, não a subtraiu efectivamente aos cuidados (*responsabilidades*) do outro progenitor?»¹⁸⁰ A Autora inclina-se no sentido de considerar a recusa como uma subtração em sentido estrito.

Podemos configurar a factualidade *supra* descrita como uma subtração propriamente dita, enquadrando-se na alínea a) do n.º 1 do art. 249.º.

À semelhança do que foi anteriormente dito, como o próprio nome o indica, a subtração implica uma retirada do menor da esfera de atuação do seu progenitor. Não obstante as diferentes condutas levadas a cabo pelo

¹⁷⁷ A nível internacional, uma das preocupações do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho (Regulamento Bruxelas II bis), em complemento da Convenção de Haia, de 25 de Outubro de 1980, foi, precisamente, a de combater o rapto internacional de crianças, que geralmente tem como protagonistas os respetivos progenitores, em divergência sobre o Estado de residência da criança ou, mais amplamente, sobre a respetiva guarda, e que se deslocam para Estado diferente com a criança sem o acordo do outro, ou que, após uma deslocação consensual, se recusam a regressar e pretendem mantê-la consigo.

¹⁷⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, II e III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 615.

¹⁷⁹ ANA TERESA LEAL, *op.cit.* pág. 431.

¹⁸⁰ MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *op. cit.*, pág. 939-940.

progenitor incumpridor, cremos que esses comportamentos consubstanciarão uma subtração em sentido estrito; se assim não fosse, cremos que o legislador teria concretizado o conceito e descrito a conduta subtratora. Porém, o modo como a conduta será levada a cabo e a duração da subtração poderá relevar para efeitos de atribuição da pena.

Entendemos que na alínea c), contrariamente ao que estabelece o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁸¹, se enquadrarão comportamentos menores, comprometendo o exercício dos direitos de visita e violando repetidamente o regime estabelecido para as responsabilidades parentais; isto é, comportamentos menos graves, como por exemplo: recusas ou atrasos momentâneos reiterados no tempo, que, face à sua configuração, serão suscetíveis de ser atenuados na moldura penal. Porém, Júlio Barbosa e Silva¹⁸² crê que para haver preenchimento da incriminação não seja necessária uma verdadeira rutura na relação familiar, basta que se trate de um comportamento revestido de gravidade, constituindo, pelo menos, um perigo para a relação familiar.

2.2. O incumprimento das responsabilidades parentais e a determinação à fuga do menor

A instigação à fuga constitui, a nosso ver, uma conduta reprovável, porém, este comportamento ultrapassa todos os limites quando se faz socorrer de meios violentos e/ou ameaçadores. É complexo averiguar da liberdade de decisão da criança, uma vez que, nestas situações, é muito frequente que a vontade do menor seja instrumentalizada pelo agente¹⁸³. Nos termos elencados, a determinação à fuga constitui uma conduta perigosa e violenta, podendo resultar em graves prejuízos para o menor, situação traumatizante, na qual as vítimas, neste caso as crianças, sabem sempre quando existe litígio e sentem quando este é sobre si próprias, chegando a criar sentimentos de culpa de situações às quais são totalmente alheias – porém, não resulta numa situação de incumprimento das responsabilidades parentais punida pelo art. 249.º.

Não podemos, nesta situação, estabelecer uma correlação entre o ilícito e o incumprimento das responsabilidades parentais. Apesar de estarmos perante um comportamento ilícito subsumível na alínea b), do n.º 1, do art. 249.º, o progenitor que agir de modo a instigar o menor a fugir, usando para isso violência ou ameaçando-o, não está a incumprir o regime estabelecido para as responsabilidades parentais.

¹⁸¹ A recusa, atraso ou estorvo significativo na entrega do menor só têm relevância jurídico-penal se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica rutura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o menor se encontra confiado, e corresponderem ainda a uma lesão nos direitos ou interesses do menor e não em relação àqueles a quem o mesmo está confiado. O Tribunal salienta ainda estar em causa a tutela imediata dos interesses do menor a uma relação de proximidade com os seus progenitores, ocorrendo a lesão destes interesses quando as condutas revelarem efetiva gravidade, pondo em perigo a convivência familiar ou habitual do menor - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25/03/2010, processo n.º 1568/08.9PAVNG, relator Joaquim Gomes, disponível em: www.dgsi.pt, consultado em 22/07/2018.

¹⁸² JÚLIO BARBOSA E SILVA, *op.cit.*, pág. 274.

¹⁸³ PAULO P. DE ALBUQUERQUE, *op. cit.* artigo 249.8.

2.3. O incumprimento e a recusa/atraso no cumprimento do regime de convivência

Só haverá preenchimento da factualidade típica depois de fixado o modo de exercício das responsabilidades parentais por qualquer das modalidades admitidas por lei¹⁸⁴. É assim imperativa a regulação das responsabilidades parentais, e o estabelecimento de um regime de visitas, porque não se pode incumprir algo que não está regulado. Conforme estabelece o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁸⁵, que decidiu que uma ação não pode proceder sem antes ter sido solicitada a homologação das alterações ao regime das responsabilidades parentais. Segundo a Relação, para que possa ser suscitado o incidente de incumprimento relativamente a alterações ao regime de responsabilidades parentais, é necessário que as mesmas sejam objeto da competente homologação, através de uma ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais.

Esta criminalização tem uma vida muito jovem, no entanto a sua aplicação tem gerado algumas controvérsias. De facto, a interpretação e aplicação dos conceitos “repetido e injustificado”, assim como “atrasar ou dificultar significativamente” (a entrega ou acolhimento), especialmente no incumprimento do regime de visitas, nem sempre se afigura transparente¹⁸⁶.

Estando atribuído e regulado o regime, prevê o legislador como ilícito tanto os comportamentos do progenitor não residente que vai buscar o seu filho nos dias e horas marcados para o efeito e se recusa momentaneamente a entregá-lo ou dificulta aquela entrega, como a conduta do progenitor residente que cria expedientes dilatórios no sentido de não cumprir o regime de convivência e de assim criar um fosso entre o menor e o outro progenitor, dificultando as suas relações e assim tentando enfraquecer ou mesmo debelar os laços criados entre aqueles.

Conforme já exposto, haverá a necessidade de uma aplicação prudente e criteriosa dos conceitos restritivos previstos neste tipo legal, traduzindo-se numa tarefa hercúlea aferir do carácter repetido e injustificado da conduta incumpridora. No exercício do direito de visitas são inúmeros os casos em que o progenitor não residente se vê cerceado do contacto com o seu filho, através de expedientes criados pelo outro progenitor, que a todo o momento avança com uma justificação, tornando-se muitas vezes complicado aferir da veracidade destas justificações. Se o carácter repetido das condutas é facilmente identificável, o mesmo não acontece relativamente ao carácter injustificado; vejamos, para este efeito, a situação que deu origem ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora¹⁸⁷, que foi, resumidamente, a seguinte:

¹⁸⁴ ANDRÉ LAMAS LEITE, *op.cit.* pág. 118.

¹⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10/04/2014, pro//cesso n.º 6089/09.0TBCSC-A.L1-7, relator Orlando Nascimento, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 18/04/2017.

¹⁸⁶ MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *op.cit.* pág. 29.

¹⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27/09/2007, processo n.º 1599/07-2, relator, Bernardo Domingos, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 28/06/2018.

Perante o quadro de autêntico campo bélico em que se desenvolvem os contactos entre os progenitores e as constantes violações do regime de regulação até agora fixados, faz a seguinte análise: (...) A mãe entende o direito de visitas que o pai tem em relação aos seus filhos como algo que está na sua disponibilidade e tem procurado cercear por diversos meios esse direito do progenitor. O pai, por sua vez, usa do seu direito de visitas, aproveitando essa situação para criar conflitos, esquecendo-se que crianças de tenra idade têm com frequência problemas de saúde e a necessidade de serem tratadas e que essa circunstância se tem de sobrepor a qualquer regime de visitas que seja fixado. Em suma: comportamentos incorretos do pai e da mãe, com o recurso frequente à polícia e aos insultos, que só contribuem para acentuar a conflitualidade latente entre ambos e para prejudicar a saúde e o bem-estar das crianças e até a sua estima para com os próprios pais.

Conforme já referimos, o grande desafio será analisar o carácter repetido e injustificado dos comportamentos do progenitor incumpridor, apreciando as circunstâncias do caso em concreto e as justificações apresentadas para o efeito, num juízo de ponderação e de razoabilidade. A utilização de expedientes dilatórios de modo a cercear ou restringir os contactos do menor com o outro progenitor, movido por sentimentos de vingança e mágoa em virtude de uma relação que sofreu uma rutura definitiva, consistirão numa conduta ilícita, bem como num incumprimento das responsabilidades parentais; se, por outro lado, como vimos no exemplo anterior, a justificação corresponder à realidade, trata-se de uma conduta não tutelada pelo direito penal, consistindo, apenas, num incumprimento das responsabilidades parentais. O comportamento do progenitor não deixa de merecer tutela penal quando não cumpre de modo repetido e injustificado o regime fixado, atendendo à vontade da criança, nestas circunstâncias está igualmente a cometer o crime previsto na alínea c), do n.º 1, do art. 249.º do CP, embora, no entanto, apesar de ilícita, possa ser atenuada na sua moldura penal.

Complexo será avaliar da liberdade de decisão da criança. Porém, não se tratará de uma tarefa “impossível” se pedirmos o apoio da psicologia e nos satisfizermos com um grau de probabilidade elevado (ao invés de buscarmos certezas inatingíveis). O problema prende-se com o tão atual e controverso tema da alienação parental¹⁸⁸. Se é certo que existem casos de progenitores que influenciam os filhos, denegrindo o outro progenitor, com o intuito de afastar o convívio entre ambos, prejudicando assim a própria criança, porém, em muitos casos é o próprio menor que se recusa a estar com o outro progenitor, por variadas razões, deixando transparecer a ideia de que o progenitor incumpridor é alheio àquela recusa. Evidente será que, independentemente de se atender à vontade do menor ou não, estas condutas configuram igualmente um ilícito, consistindo, simultaneamente, num incumprimento das responsabilidades parentais.

¹⁸⁸ MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *op.cit.* pág. 9.

2.4. Análise crítica

Conforme estudamos, os progenitores no exercício das responsabilidades parentais, no interesse dos filhos, zelam pela sua segurança, saúde, sustento, educação e administração dos seus bens¹⁸⁹. Para se alcançar tal desiderato criminaliza-se a “subtração de menor”, quer na forma de subtração em sentido estrito (retirando o menor do domínio de quem legitimamente o tenha a cargo), quer na modalidade de instigação (por meio de violência ou ameaça com mal importante) à fuga, quer ainda no incumprimento repetido e injustificado do regime estabelecido para a convivência do menor no âmbito da regulação das responsabilidades parentais. Apesar de serem comportamentos distintos entre si, todos eles são puníveis com uma mesma moldura penal, pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias, o que não se afigura correto (do ponto de vista da gravidade do ato em si e das consequências e danos que podem causar).

Começamos por refletir sobre a criminalização em caso de subtração em sentido estrito. Sabemos que o crime de subtração pode ser praticado sob diversos modos, no entanto, em todas essas situações, existe a faculdade de pedir a alteração do regime das responsabilidades parentais. Porém, perante a firme suspeita de que o menor não está a ser bem cuidado – sofre de maus tratos, abusos sexuais ou se encontra em risco – e o Direito Civil (meio através do qual se procede à alteração desse circunstancialismo) não é suficientemente célere para colmatar esta problemática, muitas vezes redundando na prática de condutas subtratoras por parte do progenitor não guardião. Cremos que esta conduta subtratora terá contornos muito distintos daquela em que a subtração se executa por motivos mesquinhos ou de vingança, com o objetivo de afetar o ex-companheiro; no entanto, não se exclui a ilicitude desta conduta.

Se por um lado poderão haver situações em que a conduta se realize com a contribuição ou o acordo do menor (que manifesta, de forma inequívoca, a sua concordância com a mesma), implicando que o Autor não agiu contra a sua vontade¹⁹⁰, também haverá condutas levadas a cabo pelo progenitor que causarão graves transtornos físicos e psíquicos no menor – aquando de subtrações mais violentas, que afetam a relação do menor com o progenitor. Na primeira situação poder-se-á pensar que a subtração em cumprimento da vontade do menor resultará como causa de exclusão da ilicitude, no entanto, esta vontade do menor não procede como justificação para a prática do ilícito, mas poderá eventualmente ser relevada na pena aplicada.

A conduta subjacente à alínea a) configura maior gravidade, face à alínea c), neste caso, e por se tratar de condutas substancialmente diferentes, não deverão tais ilícitos ser punidos com uma mesma pena de prisão ou pena de multa.

¹⁸⁹ Cf. art. 1878.º do CC.

¹⁹⁰ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *op. cit.* pág. 21.

Entendemos que a conduta de instigação à fuga com recurso à violência e/ou ameaça, subjacente à alínea b), não deve ser suscetível de atenuação na moldura penal, por se tratar de um comportamento totalmente censurável. Neste sentido, será, em nossa opinião, fundamento, nos casos em que esteja fixado, para se proceder à alteração do regime conjunto das responsabilidades parentais, já que se trata de um comportamento desprovido de qualquer tipo de índole emocional e psicológico e contrário ao superior interesse e bem-estar do menor – comportamento revelador de inaptidão para exercer os poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais. Cremos que o progenitor incitador deverá ser inibido do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do disposto no art. 1915.º do CC.

No que à alínea c) respeita, verificou-se a consagração de uma atenuação especial da pena nos casos em que a atitude censurada ao agente teve na sua base (de modo genuíno, note-se) um “esbatimento” do dolo traduzido na prática do crime por respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos¹⁹¹. A este propósito, exigir-se-á do julgador uma compreensão dos exatos contornos que possam reclamar de tal atenuação especial, determinando caso a caso, ponderando a gravidade da conduta e os seus reflexos na vida familiar do menor. Cumpre esclarecer que esta vontade do menor apenas releva para a atenuação da pena e não para a exclusão da ilicitude do ato; se assim não fosse, abrir-se-ia portas para sucessivos incumprimentos fundamentados numa eventual recusa do menor em estar com o outro progenitor. Porém, é imprescindível averiguar da vontade do menor, excluindo possíveis situações de alienação parental (em que a vontade do menor se encontra instrumentalizada), sempre com o acompanhamento de profissionais qualificados – nomeadamente, psicológicos, médicos e psiquiatras.

Uma eventual atenuação da pena, no nosso entendimento, estará projetada para as situações em que o progenitor age convencido de que está a fazer o melhor, atendendo à vontade do menor. Contudo, essa conduta não estará isenta de tutela penal, assim existindo simultaneamente ilícito e incumprimento. Outro circunstancialismo poderá residir em artimanhas ou caprichos resultado da tenra idade; perante as recusas sistemáticas do menor, cabe ao progenitor residente mediar, de forma a minorar as quezílias entre progenitor e menor, não se aproveitando aquele para não cumprir com o regime. Relativamente à atenuação da moldura penal em função da vontade do menor de idade superior a 12 anos, haverá que diferenciar daquelas situações até agora elencadas.

Ora vejamos, um jovem com idade superior a 12 anos¹⁹² tem uma maior e melhor perceção sobre a sua

¹⁹¹ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O novo crime de subtração de menor previsto no art. 249.º/n.º 1-c) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31/10): a criminalização dos afectos?*, Coimbra, 2013, pág. 131.

¹⁹² Piaget é provavelmente dos Autores e investigadores mais reconhecidos e populares no tema do desenvolvimento humano. Uma das mais populares propostas de Piaget é que segundo ele e à semelhança de outros Autores como Freud e Erickson, o desenvolvimento ocorre por estádios. Cada estádio segundo este existe um “salto” qualitativo na compreensão e apreensão da realidade.

Piaget propõe que o desenvolvimento ocorre mediante 5 estádios, o último refere-se ao estágio operativo-formal, em que a inteligência torna-se hipotético-dedutiva e lógica, conseguindo facilmente prever consequências, ou visualizar objetos, sem a necessidade de executar as ações ou que os objetos estejam presentes. Capaz de chegar a unanimidade, através se pontos divergentes, podendo também trabalhar com metáforas. Conseguindo estabelecer relações

realidade de vida, nesta medida, interrogamo-nos, será correto obrigar uma criança ou jovem a estar com o progenitor – quando recusa terminantemente os contactos com esse mesmo progenitor – de modo a que essa conduta não seja criminalizada? Creemos que não.

André Lamas Leite entende que quando é o próprio menor que, tendo já um grau de maturidade, se recusa a estabelecer uma relação de proximidade com o progenitor à guarda do qual se não encontra, dificilmente se poderá preencher o tipo (objetivo) do art. 249.º, n.º 1, alínea c), porquanto o incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação das responsabilidades parentais pressupõe que ao agente se deva, por ato seu (*de facere ou omittenda*), esse inadimplemento, o que não sucederá na hipótese em análise¹⁹³. Contudo, defendemos que a recusa é suscetível de preencher o ilícito previsto nesta alínea c), caso contrário não havia necessidade por parte do legislador de prever especificamente uma atenuação especial da pena para os casos em que o agente incumprisse o regime atendendo à vontade do jovem.

Sustentando uma outra posição, que nos levanta algumas dúvidas, Maria Conceição da Cunha¹⁹⁴, debate a possibilidade de o legislador ir mais além, quer no sentido de, para atenuar a pena, atender à vontade de crianças mais novas, quer no sentido de se poder excluir a própria pena do caso de respeito pela vontade livre e esclarecida de crianças já maduras. Neste âmbito, a Autora pondera que se afigura complexa a determinação dos limites etários, dada a variabilidade da evolução cognitiva e emocional dos menores¹⁹⁵. O facto de o menor revelar maturidade, não o habilita a decidir, apesar de trazer credibilidade a essa vontade; trata-se de uma questão a ter em atenção aquando de uma possível exclusão da pena. Nestas circunstâncias, não pode o progenitor valer-se da vontade do menor para cometer um ilícito, em alternativa poderá solicitar uma alteração do regime fixado para as responsabilidades parentais; no entanto, no período que decorre até à tomada de decisão, o progenitor guardião deve garantir o cumprimento do regime estabelecido inicialmente, porque, para todos os efeitos, o tribunal decidiu ser esse que melhor acautelava o superior interesses do menor.

Importa, por fim, referir que por se tratar de uma situação substancialmente menos grave, por comparação com as condutas previstas nas alíneas a) e b) do preceito jurídico-penal, consideramos ser de manter a atenuação prevista no n.º 2 do art. 249.º do CP, não se concordando, contudo, com uma eventual exclusão da ilicitude destas condutas.

de cooperação e reciprocidade, disponível em http://www.psicologiafree.com/areas-da-psicologia/psicologia_clinica/piaget-estadios-de-desenvolvimento/.

¹⁹³ ANDRÉ LAMAS LEITE, *op.cit.* pág. 129.

¹⁹⁴ MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *op.cit.* pág. 932.

¹⁹⁵ O TEDH tem ouvido e respeitado, no âmbito da recusa de visitas, a vontade de crianças que revelem suficiente maturidade, cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Uma crítica feminista ao novo regime jurídico do divórcio*, in *Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Actas do Congresso organizado pela Escola de Direito do Porto da UCP e Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Out. 2008.

CONCLUSÃO

Aqui chegados, cumpre tecermos algumas considerações finais a propósito do estudo que concretizámos ao longo destas páginas.

Numa primeira parte da dissertação abordaram-se diversas problemáticas direcionadas para o estudo do normativo previsto no artigo 249.º do CP, respeitante à subtração de menor.

Como ponto de partida, analisámos a evolução legislativa deste preceito, e conseguimos apurar que foi marcada por múltiplos avanços e recuos.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 conferiram significativas modificações no que ao ilícito de subtração de menor respeita, as quais vieram alargar o âmbito de aplicação do preceito, conferindo tutela penal ao incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor. Porém, a nova redação dada à al. c) do preceito legal, alterou o leque de situações que nele encontram enquadramento e têm gerado diversas dúvidas na sua interpretação e aplicação.

Sublinhámos as (eventuais) alterações produzidas ao bem jurídico protegido, que originariamente se centrava no poder paternal, na tutela ou no direito de guarda decorrente de decisão judicial, tendo sempre como fim último a proteção do superior interesse da criança. Porém, hoje privilegia-se o superior interesse da criança ou jovem de forma indissociável do exercício das responsabilidades parentais. Por forma a proteger este bem jurídico, o ilícito de subtração de menor prevê três comportamentos distintos, subsumidos neste crime, com a mesma moldura penal, a saber: a subtração propriamente dita, a determinação à fuga do menor por meio de violência e/ou ameaça com mal importante e a recusa, atraso ou dificuldade repetida e injustificada do regime estabelecido para as visitas.

Num segundo momento da dissertação, refletimos sobre o regime das responsabilidades parentais implementado pela Lei n.º 61/2008. São várias as alterações introduzidas no nosso ordenamento jurídico que se refletem numa notória e rápida evolução social. Esta evolução social demonstrou ser primordial, de forma a reforçar a igualdade entre os progenitores, quer na constância do casamento quer após a desagregação familiar.

Com a Lei n.º 61/2008, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho passaram a ser exercidas em comum por ambos os progenitores, quer na constância do casamento, na dissolução do casamento ou separação de facto. Hoje, só o tribunal, através de decisão fundamentada, poderá determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas apenas por um dos progenitores quando o exercício conjunto, estabelecido como o regime regra, for julgado contrário aos interesses da criança. Contudo, neste circunstancialismo caberá ao outro o dever de informação.

Contudo, o conceito de questão de particular importância no exercício das responsabilidades

parentais em caso de divórcio não foi definido pelo legislador, mostrando-se como um conceito indeterminado. Seria de salutar a implementação de um rol exemplificativo, de forma a concretizar este conceito. Havendo um universo de situações que podem ser levantadas no direito da família, a existência de um rol taxativo daria origem a deixar de fora circunstâncias que são igualmente relevantes.

A realidade atual de ambientes familiares marcados pela violência doméstica e outras formas de violência em contexto familiar foi marcada pela publicação da Lei n.º 24/2017. A intervenção penal desacompanhada de outras medidas não é suficiente para proteger as vítimas de violência doméstica, sejam elas diretas ou indiretas e para prevenir futuras agressões, principalmente nos casos em que é necessário, após a separação dos progenitores, regular as responsabilidades parentais. Deste modo, parece-nos que o atual regime é merecedor de aplausos, uma vez que, para uma melhor eficácia das medidas de proteção e prevenção aplicadas aos casos que envolvam menores, em que seja necessário regular as responsabilidades parentais, devem ser conjugados todos os esforços para articular os diferentes processos e as decisões finais dos processos de regulação das responsabilidades parentais devem sempre ter em conta que estamos perante um caso de violência doméstica.

Depois deste caminho percorrido, concordamos que o labor jurídico, no que à proteção do superior interesse da criança cumpre, será o de lhe conferir a solução mais favorável, e nestes termos, é de louvar o artigo 249.º do CP. Porém, a sua aplicação e interpretação exige algum cuidado, face à existência de meios no direito civil. Com efeito importa definir as fronteiras até onde o direito penal pode ir, considerando o seu carácter subsidiário e o respeito pelo princípio da intervenção mínima. Afigura-se, pois, essencial um juízo de ponderação e razoabilidade.

O artigo 249.º deverá ser interpretado e aplicado com alguma sensatez, para que de alguma forma releve o modo de atuação, sendo que para efeitos de aplicação de pena, a moldura penal será idêntica. Uma eventual atenuação da pena, no nosso entendimento, estará projetada para as situações em que o progenitor age convencido de que está a fazer o melhor, atendendo à vontade do menor. Contudo, essa conduta não estará isenta de tutela penal, existindo assim simultaneamente ilícito e incumprimento. Por outro lado, entendemos que a conduta de instigação à fuga com recurso à violência e/ou ameaça, subjacente à alínea b), não deve ser suscetível de atenuação na moldura penal, por se tratar de um comportamento totalmente censurável. Neste sentido, será, em nossa opinião, fundamento, nos casos em que esteja fixado, para se proceder à alteração do regime conjunto das responsabilidades parentais, já que se trata de um comportamento desprovido de qualquer tipo de índole emocional e psicológico e contrário ao superior interesse e bem-estar do menor – comportamento revelador de inaptidão para exercer os poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais. Cremos que o progenitor incitador deverá ser inibido do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do disposto no art. 1915.º do CC.

Neste paradigma importa ainda indagar acerca da aplicação da atenuação especial da pena prevista no n.º 2 do artigo 249.º do CP. Este normativo debruça-se sobre as condutas adstritas à alínea c), referentes a situações substancialmente menos graves, aquelas levadas a cabo em cumprimento da vontade do menor, por comparação com as condutas previstas nas alíneas a) e b) do preceito. Consideramos ser de manter a atenuação prevista, não se concordando, contudo, com uma eventual exclusão da ilicitude destas condutas, já que esta vontade do menor não procede como justificação para a prática do ilícito. Referimo-nos aqui à complexidade na avaliação da liberdade de decisão do menor, tendo em conta a tão atual temática da alienação parental. Porém, poder-se-á apurar da liberdade de decisão da criança ou jovem, através do auxílio de especialistas das áreas da psicologia e psiquiatria, excluindo-se assim possíveis situações de alienação parental.

Com base nas conclusões parciais que fomos alcançando ao longo do trabalho, ficamos com a firme certeza que uma avaliação casuística de todo o circunstancialismo que envolve a criança será fulcral, quer na regulação do incumprimento das responsabilidades parentais, quer na apreciação do crime de subtração de menor.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 26/06/2003, disponível em http://www.gddc.pt/direitoshumanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q48206_99.pdf, consultado em 25/06/2019.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 22/11/2005, proferido no Recurso n.º 73229/01, disponível em http://direitoshumanos.gddCpt/acordaos/reigado_ramos.pdf, consultado em 19/06/2017.

Supremo Tribunal de Justiça, 04/01/2007, Processo n.º 06P4707, relator Henriques Gaspar, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/99366fb87bab5bdf802572dd0053bbac?OpenDocument&Highlight=0,06P4707,consultadoem29/09/2018e08/10/2019>.

Tribunal da Relação do Porto, 19/12/2012, Processo 325/08.7GAVLP.P1, relator Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/45b8b67a265e3ce080257aee003f47fd?OpenDocument&Highlight=0,325%2F08.7GAVLP.P1,consultadoem29/09/2018>.

Tribunal da Relação de Coimbra, 18/05/2010, Processo 35/09.8TACTB.C1, relator Alberto Mira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8410534c42c890c58025773f0037a804?OpenDocument&Highlight=0,35%2F09.8TACTB.C1,consultadoem27/03/2019>.

Tribunal da Relação de Coimbra, 18/10/2011, Processo 626/09.7TMCBR.C1, relator Regina Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/de10af80401d246980257933004ed09f0penDocument&Highlight=0,626%2F09.7TMCBR.C1,consultadoem26/06/2018>.

Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2010, Processo 870/09.7TBCTB.C1.S1, relator Fonseca Ramos, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/398836832f01c4a4802577ac0048da99?OpenDocument&Highlight=0,870%2F09.7TBCTB.C1.S1,consultadoem12/10/2018>.

Tribunal da Relação do Porto, 10/02/2016, Processo n.º 847/05.1TMPRT-CP1, relator Vítor Amaral, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/85c2199e6243f7b980257f7e00303786?OpenDocument,consultadoem10/01/2018>.

Tribunal da Relação do Porto, 03/10/2006, Processo n.º 0622382, relator Henrique Araújo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7f4c894ede7dbd268025720500387095?0>

penDocument&Highlight=0,0622382, consultado em 10/01/2018 e 08/10/2019.

Tribunal da Relação de Guimarães, 10/11/2016, Processo n.º 719/08.8TBBCL-C.G1, relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/0d354dc7a14efcf58025807a005afb66?OpenDocument&Highlight=0,719%2F08.8TBBCL-C.G1>, consultado em 10/01/2019.

Tribunal da Relação de Coimbra, 11/03/2009, Processo 36/03.3GCTCS.C1, relator Fernando Ventura, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/79f9dc60815ace9d8025758900525bb5?OpenDocument>, consultado em 20/02/2019.

Supremo Tribunal de Justiça, Processo 687/10.6TAABF.S1, relator: Henrique Gaspar, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstf.nsf/954f0ce6add8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>, consultado em 6/04/2017.

Tribunal Constitucional, Processon.º 632/2008, de 23-12-2008, disponível em

http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449, consultado em 20/02/2019

Tribunal da Relação de Lisboa, 14/07/2011, Processo 8395/10.1TBCSC.L1-7, relator Maria João Areias, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e9c5e8bde55d6b4a8025790c003e2b17?OpenDocument&Highlight=0,8395%2F10.1TBCSC.L1-7>, consultado em 22/07/2018.

Tribunal da Relação do Porto, 25/03/2010, Processo n.º 1568/08.9PAVNG, relator Joaquim Gomes,

disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument&Highlight=0,1568%2F08.9PAVNG>, consultado em 22/07/2018.

Tribunal da Relação de Lisboa, 10/04/2014, Processo n.º 6089/09.0TBCSC-A.L1-7, relator Orlando Nascimento, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c51e7643cb84d00d80257cc8003ba0bf?OpenDocument&Highlight=0,6089%2F09.0TBCSC-A.L1-7>, consultado em 18/04/2017.

Tribunal da Relação de Évora, 27/09/2007, Processon.º 1599/07-2, relator Bernardo Domingos, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/3b43c070052379bf80257de100574b55?OpenDocument&Highlight=0,1599%2F07-2>, consultado em 28/06/2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, José Manuel, *Síndrome de Alienação Parental: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*, Casal de Cambra, Caleidoscópio, 2008;

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE/ BRANCO, JOSÉ BRANCO (Org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, ISBN 9789725402900;

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, ISBN 978-972-54-0220-7;

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*, *Revista de Direito e Economia*, n.º 12, 1986, pág. 99;

- *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, ISBN 9789723204384.

- *A Dignidade e a Carência de Tutela Penal*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, s.l., ano 1, fasc. 2, 1992, pág. 184;

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal?* *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. III, Coimbra, Studia Iuridica 100, 2010;

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE, *A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, n.º III, 2007, pág. 977;

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, *Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida*. 2005. Disponível em
WWW:<URL:http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf>, consultado em 18/06/2019;

AZEVEDO, LUÍS ELOY, *O Direito da Procriação entre a ordem e o caos*, *Revista do Ministério Público*, ano 23, n.º 90, Abr-Jun 2002, págs. 91 a 112;

BARROS, ALBERTO, *Procriação Medicamente Assistida*, in JOÃO LOUREIRO; ANDRÉ DIAS PEREIRA; CARLA BARBOSA (coord.), *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6596-0;

BATISTA, LUÍS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal Português*, volume III, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, págs. 37 a 42;

BOLIEIRO, HELENA – GUERRA, PAULO, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos: visão prática dos principais institutos de direito da família e das crianças e jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM - MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa, anotada*, arts. 1.º a 107.º, Vol. I, 4ª edição revista, editora: Coimbra, págs. 867 a 872;

COELHO, PEREIRA - OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução ao Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 190;

CARDOSO, AUGUSTO LOPES, *Procriação humana assistida - alguns aspectos jurídicos*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, n.º I, 1991, págs. 5 a 27;

CARVALHO, AMÉRICO TAIPADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial: tomo II, anotação ao artigo 154.º, nota 13, pág. 356;

- *Sucessão de Leis Penais*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 43;

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 180;

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório: Procriação Medicamente Assistida*, 2004. Disponível em WWW: <URL: www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf >, consultado em 20/12/2018;

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida, *Relatório Actividade desenvolvida pelos centros de PMA em 2011*, Lisboa, 2013. Disponível em WWW: <URL: http://www.spmr.pt/files/pma_nacional_2011.pdf>, consultado em 01/05/2017;

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*, 2012. Disponível em WWW: <URL: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>>, consultado em 01/05/2017;

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS)*, 2016. Disponível em WWW: <URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf>, consultado em 01/05/2017;

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Parecer sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, 2007. Disponível em WWW: <URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf>, consultado em 20/01/2017;

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida, *Deliberação n.º 03/II: Definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida*. 2013. Disponível em WWW: <URL: http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Deliberacao03_II.pdf>, consultado em 21/01/2017.

CORDIANO, ALESSANDRA, *La famiglia nella società contemporanea*, Ariccia, Aracne, 2016, ISBN 978-88-548-8979-8;

CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, págs. 106 a 114;

COSTA, JOSÉ FARIADA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 183;

- CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA, *Atutela penal da Família e do interesse da Criança – Reflexão acerca do crime de subtração de menores e sua distinção face aos crimes de sequestro e rapto de menores*, Separata de Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais – Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 926 a 927;
- DAADOUCH, CHRISTOPHE, *L' Autorité Parentale*, Saint-Laurent-du-Var, MB Formation, 2003, ISBN 978-284-641-05-88;
- DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, ISBN 972-32-0734-6;
- DIAS, FIGUEIREDO; MONTEIRO, SINDE, "Responsabilidade médica em Portugal", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, págs. 21 a 80;
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, "Na era da tecnologia genética: que caminhos para o Direito Penal médico?" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 1 e 2, Jan-Jun, 2004, págs. 241 a 260;
- *Direito Penal Português- Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Noticias, Lisboa, 2009, ISBN 9789723213539;
- *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, 2ª edição, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2061-2;
- *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2108-4;
- *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, ISBN 978-972-32-0855;
- DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Lisboa, Almedina, 2003, ISBN 9789724018935;
- DUARTE, MARIA DE FÁTIMA ABRANTES, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1ª reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1989, pág. 14 e 15;
- FEITOR, SANDRA INÊS FERREIRA, *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do direito de menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 27;
- FERRARETTI, A.P. et al, *Assisted reproductive technology in Europe, 2009: results generated from European registers by ESHRE*. Bélgica, 2013. Disponível em WWW: <URL: <http://humrep.oxfordjournals.org/>> consultado em 15/01/2017;
- FIALHO, ANTÓNIO JOSÉ, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, Ebook do Centro de Estudos Judiciários, pág. 68, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/guia_pratico_divorcio_responsabilidades_paren_tais.pdf, consultado em 19/12/2018.
- GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, *Código Penal Português anotado e comentado – legislação complementar*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, ISBN 972-40-1451-7;
- GOES, ANA BRITO DE, *Um filho é inútil – reflexão ética sobre a maternidade de substituição* in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 21, dez 2014;

GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código penal português anotado e comentado: legislação complementar*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, ISBN 972-40-1451-7;

GONÇALVES, LUIZDACUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, págs. 351;

GUIMARÃES, ANA PAULA, *Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, ISBN: 972-32-0868-7;

GUIMARÃES, ELINA, *O Poder Maternal*, Livraria Morais, Lisboa, 1932, pág. 45;

LANÇA, HUGO CUNHA, *Procriação Medicamente Assistida, Data Venia – Revista Jurídica Digital*, ano 4, n.º 6, Nov 2016, págs. 63 a 86;

LEAL, ANA TERESA, *et al.*, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, Quid Juris, ISBN:978-972-724-540-6, 2010, págs. 161 a 166;

LEAL, ANA TERESA, *A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais – O crime de Subtração de Menor*, Data Venia, ano 2, n.º 03, Fev. 2015, pág. 27.

LEITE, ANDRÉ LAMAS, *O Crime de Subtração de menor, Julgar*, n.º 7, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 99 a 131.

LEONARDO, TERESA GARCÍA DE, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, “Daños en el Derecho de Familia” (coordinador JOSÉ RAMÓN BEAMONTE), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 17, 2006, pág. 185.

LIMA, PIRES-VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág. 330 e 331. LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “Dignidade e direitos do embrião”, *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética*, ano XVI, n.º 39, Coimbra, Dez 2005, págs. 369 a 404;

MANSO, LUÍS DUARTE BAPTISTA, *Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação - as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil*, in LOUREIRO, JOÃO; PEREIRA, ANDRÉ DIAS; BARBOSA, CARLA (coord.), *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6596-0;

MEIRELES, MÁRIO PEDRO, *A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas*, Lisboa, *Julgar*, n.º 5, Mai-Ago, 2008;

MELO, Helena Gomes – RAPOSO, João Vasconcelos – CARVALHO, Luís Baptista – BARGADO, Manuel do Carmo – LEAL, Ana Teresa – D’OLIVEIRA, Felicidade, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição. (revista, actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Iuris, 2010;

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, ISBN 9789723220100;

NETO, LUÍSA, *Novos Direitos (ou Novos Objectos para o Direito?)*, Porto, Universidade do Porto Edições, 2010, ISBN: 978-989-8265-28-9;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Aspectos jurídicos da Procriação Assistida*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, n.º III, 1989, págs. 767 a 791;

- *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, Out 1999, ISBN 972-32-0921-7;

- Restrições de acesso à parentalidade", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.º 20, 2013;

- *A Nova Lei do Divórcio*, *Revista Lex Familiae*, ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 29;

OSSWALD, WALTER, *As técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)*, *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética*, Coimbra, ano XVII, n.º 40, Abr 2006, págs. 7 a 10;

PINHEIRO, DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lições, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2013, pág. 280;

PINTO, PAULO MOTA, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, Separata, 1993;

RAPOSO, VERA LÚCIO, *Direitos Reprodutivos*, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 3, 2005, 112;

RAMIÃO, TOMÉ D'ALMEIDA, *O Divórcio e Questões Conexas – regime jurídico actual*, 10ª edição, Lisboa, Quid Juris;

REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723215823;

- *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, págs. 69;

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Art. 150º, n.º 1, do Código Penal – uma jóia preciosa no Direito Penal Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, *Julgam.*º 21, Set-Dez, 2013;

RODRIGUES, ANABELA RODRIGUES; FIDALGO, SÓNIA, *Art. 168º - Procriação Artificial não consentida*, in JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I Parte Especial (art.s 131º a 201º)* 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32- 2061-2;

RODRIGUES, HUGO MANUEL LEITE, *Questões de Particular Importância no exercício das responsabilidades parentais*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1875-6;

ROSA, MARTINS, *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, pág. 39 a 41;

SÁ, EDUARDO – SILVA, FERNANDO, *Alienação Parental*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 10 a 11;

SANTOS, ANDRÉ TEIXEIRA DOS, *Do Crime do Subtração de Menor*, *Julgam, n.º 12* (especial), Nov. 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 240;

SERRÃO, DANIEL, *Uso de embriões humanos em investigação científica*. 2003. Disponível em WWW:<URL:http://www.familiaesociedade.org/saudereprodutiva/PMA/Livro_Branco_sobre_o_uso_de_embrioes_em_ICPpdf>, consultado em 17/01/2017;

SILVA, JÚLIO BARBOSA DA, *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: nada se perde, algo se transforma – Crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 do Código Penal*, Revista do CEJ, 2º Semestre, s.l., 2010, n.º 14, págs. 250 a 264;

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal português: teoria do crime*, 2ª edição, Lisboa; Universidade Católica, 2015, ISBN 9789725404584;

SIMÕES, MARIA DA CONCEIÇÃO TABORDA, et al., *Regulação do Exercício do Poder Paternal: Aspectos Jurídicos e Avaliação Psicológica*, Psicologia Forense, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 499;

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, *Regulação do exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 5ª edição revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2011;

- *Síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização*, Julgar n.º13, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 73 a 107.

TEIXEIRA, ANA et. al., *Recém-nascidos de Reprodução Medicamente Assistida*, *Acta Médica Portuguesa - Revista Científica da Ordem dos Médicos*; 2005, disponível em WWW: <URL: <http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/6349/4582>> consultado em 8/01/2017;

VEIGA, ANTÓNIO MIGUEL, *O novo crime de subtração de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do Código Penal Português (após a Lein.º 61/2008, de 31/10): a criminalização dos afectos?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, ISBN 9789723222852;

VILLA, GIANROBERTO, *Potestà dei genitori e rapporti com i figlio*, in *Il Diritto di Famiglia, Trattato diretto da Giovanni Cataneo*, 3 *Filiazione e Adozione*, Torino, UTET, 1998.