



Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Rosa Cardoso da Silva

**O crime de Subtração de Menor:
Âmbito de aplicação da alínea c) do n.º1
do art. 249.º do Código Penal**

julho de 2018



Universidade do Minho

Escola de Direito

Jéssica Rosa Cardoso da Silva

**O crime de Subtração de Menor:
Âmbito de aplicação da alínea c) do n.º1
do art. 249.º do Código Penal**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Doutora Flávia Novera Loureiro

julho de 2018

DECLARAÇÃO

Jéssica Rosa Cardoso da Silva

Endereço eletrónico: jessicacardososilva@outlook.pt

Título dissertação: “O crime de Subtração de Menor: Âmbito de aplicação da alínea c) do n.º1 do art. 249.º do Código Penal”

Orientadora: Doutora Flávia Novera Loureiro

Ano de conclusão: 2018

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

AUTORIZA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Ao meu avô, Joaquim de Sá Cardoso
e à minha avó, Maria Rosa de Sá,

À minha mãe, Maria Rosa de Sá e
Ao meu pai, Albino Oliveira Silva,

Ao meu Zé,
companheiro em todas as horas,

À minha bisavó, Isaura e
Ao meu bisavô Manuel,
onde quer Deus os tenha,

Agradecimentos

A realização desta dissertação de mestrado contou com importantes suportes e incentivos sem os quais não seria possível a concretização deste projeto.

Assim, manifesto homenagem à Doutora Flávia Novera Loureiro, por ter sido uma orientadora exemplar, por sempre me ter presenteado com o seu apoio e com as suas palavras sábias e por ter sido uma amiga no decorrer deste trabalho;

À minha mãe, um obrigado por tudo: por ser sempre a voz da razão, por sempre me ouvir nas minhas decisões e discordar de muitas delas, por ser a minha maior e melhor amiga que, mesmo sem compreender certas palavras, as lê e as tenta explicar seja a quem for. Obrigada à minha mãe pelo dom de querer saber sempre mais;

Ao meu pai, por, ainda que de uma maneira muito próprias, me apoiar incondicionalmente e nunca deixar que me faltasse alento nesta etapa;

Aos meus avôs maternos, Rosa e Joaquim, por serem a minha maior força, o meu porto de abrigo, os meus conselheiros, os meus ouvintes e por sempre sofrerem comigo até ao fim. Ao meu avô em especial, pois foi a pessoa que me acompanhou desde os 6 anos no desejo pelo direito e pela lei, nunca, em momento algum, me deixando duvidar do rumo da minha vida e da sede de justiça. Estou-lhes profunda e eternamente grata;

Ao meu Zé, companheiro de todas as horas, inspiração do meu ser... A ti, que em todos os momentos me mostraste a forma como o caminho deve ser traçado, indo à minha frente, guiando-me nesse mesmo caminho. À tua força e ao orgulho tamanho que tenho em ti, o meu mais profundo agradecimento;

Ao Senhor António, por tudo quanto sou como estudante de direito e por tudo quanto alcancei. A minha maior gratidão pela amizade crucial ao longo de toda esta caminhada;

Às amigas e amigos que pude ter nesta jornada, em especial, à Berta Martins, por toda a irmandade que teve para comigo, toda a ajuda, mesmo nas horas mais difíceis, que me deu sempre a força do acreditar. A ti Berta o meu mais profundo agradecimento;

Aos meus primos, que foram a minha força e a minha companhia. A ti, Diana, pela tua companhia e pela tua sinceridade; a ti, Joaquim, pelo teu sorriso e a tua gargalhada o tempo todo; a ti, Rita, pela tua doçura e os teus abraços; a ti, João, meu menino de ouro, pela tua alegria de viver e simplicidade; a ti, Tomás, por teres sido o meu companheiro pequenino no momento mais difícil da minha vida.

Aos meus restantes familiares.

Aos familiares do meu Zé que se tornaram numa verdadeira família.

Aos professores que me acompanharam nesta caminhada, especialmente os docentes da Universidade Portucalense e da Universidade do Minho, responsáveis pela minha formação.

Sem nunca esquecer, a todos os funcionários da Universidade Portucalense por toda a simpatia e motivação incentivando-nos para que alcançássemos os nossos objetivos. Às “Donas Fernandas”, à Lurdes, à Dona Irene e a todos com quem tive oportunidade de privar.

A todos eles, o meu profundo agradecimento, consciente de que nada disto seria possível sem a presença e apoio constante de todos.

Resumo

Constitui objeto de estudo da presente dissertação o crime de subtração de menor, em concreto, no que respeita à alínea al. c) do n.º 1 do art. 249.º do Código Penal e à forma como esta norma deve ser entendida e aplicada. É para nós perentório que a sociedade, no que toca ao direito, está em constante evolução, reclamando de forma assídua a intervenção do legislador penal. O crime de subtração de menor, embora com antiga presença na lei penal, vem tendo cada vez mais um papel ativo na jurisprudência. O crescente número de divórcios em que existem filhos menores é uma realidade que impõe a regulação do exercício das responsabilidades parentais e, para que possamos compreender a forma como o legislador quis trazer o novo conceito da alínea al. c) do n.º 1 do referido artigo, é essencial que se faça uma resenha histórica ao Código Penal no que ao crime diz respeito, bem como se realize um estudo sobre as responsabilidades parentais e a forma como elas podem ser concretizadas. De seguida, e passando ao crime propriamente dito, é necessário perceber quais os comportamentos que o podem enquadrar, bem como as suas componentes. Além disso, é ainda fundamental que se faça um estudo sobre a subtração de menor em determinados países para que se perceba como a mesma realidade é tratada em contextos diferentes.

Palavras chave: menor; responsabilidades parentais; subtração; progenitor.

Abstract

This dissertation the scope of child abduction crime with regards to item c) and the way in which this norm should be understood and applied. It is peremptory for us as interpreters that society, as far as the law is concerned, is constantly evolving, frequently requesting the intervention of a criminal legislator. The crime of child abduction, although with a longstanding presence in criminal law, has increasingly played an active role in jurisprudence. The number of divorces in which there are children under 18 involved is increasing and consequently, that imposes the regulation of parental responsibilities and, in order to understand how the legislator wanted to implement the new concept of subcult (of item c) child abduction crime, a historical review of the penal code will be essential, as well as a study of parental responsibilities and the way in which they can be substantiated. Following that, dealing with the crime itself requires an of which behaviours can fit it, as well as its components. Conducting a study regarding child abduction in a few countries would be fundamental to investigate how the same issue is managed.

Keywords: Children; Regulation of Parental responsibilities, Abduction; Progenitor.

Índice

Resumo	VII
Abstract	IX
Introdução	1
I Capítulo: Da Evolução Histórica do art. 249.º do Código Penal – As alterações legislativas e respetivos motivos	5
1. O Código Penal de 1852	6
2. O Código Penal de 1886	8
3. O Código Penal de 1982	11
4. O Código Penal de 1995	13
5. A alteração ao Código Penal levada a cabo pela Lei n.º 59/2007	15
6. A alteração ao Código Penal feita através da Lei n.º 61/2008	16
II Capítulo: Das Responsabilidades Parentais	21
1. Os atos da vida corrente e as questões de particular importância	23
2. Requisitos para que haja regulação do exercício das Responsabilidades Parentais	27
2.1 Existam filhos menores	27
2.2 Os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento .	30
2.3 Os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida	32
2.4 Os progenitores não tenham qualquer convivência marital	33
3. Modalidades das Responsabilidades Parentais	33
3.1 Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais	34
3.2 Exercício exclusivo das responsabilidades parentais	38
3.3 Delegação dos atos da vida corrente	40
4. Processo de Regulação das Responsabilidades Parentais	41
4.1 Regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo	43
4.2 Regulação das responsabilidades parentais quando não há acordo entre os progenitores	45
III Capítulo: Do crime de Subtração de Menor – a alínea c) do n.º 1 do art. 249.º do Código Penal	49
1. A tutela penal da subtração de menor	49

2. O bem jurídico tutelado	54
3. Tipo objetivo de ilícito criminal	60
3.1 A conduta	62
3.1.1 Condutas do Crime de Subtração na sua alínea c) suscetíveis de integrar o ilícito criminal	63
3.1.2 Caracterização do crime de subtração previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 249.º quanto à conduta	72
3.2 Objeto da ação	74
3.3 O agente	74
4. O Tipo subjetivo de ilícito	76
5. A questão da vontade do menor vertida no n.º 2 do art. 249.º do CP	80
IV Capítulo: Da realidade nacional em confronto com a realidade estrangeira...	85
1. O ordenamento jurídico espanhol em matéria de subtração de menor	86
2. O ordenamento jurídico brasileiro em matéria de subtração de menor	93
Conclusões	103
Bibliografia	107

Lista de abreviaturas e acrónimos

Ac.- Acórdão
Al. - Alínea
Als.- Alíneas
Art. - Artigo
Arts. - Artigos
CC - Código Civil
CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança
Cfr. - Conferir
CP - Código Penal
CRP - Constituição da República Portuguesa
CDC - Convenção sobre os direitos da criança
DL- Decreto Lei
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
OJ - Ordenamento Jurídico
op. cit.- “opere citato”, “obra citada”
Proc. - Processo
p.- Página
ps.- Páginas
RGPTC - Regime Geral do Processo Tutelar Cível
ss.- Seguintes
STJ - Supremo Tribunal de Justiça
TC - Tribunal Constitucional
TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC - Tribunal da Relação de Coimbra
TRG - Tribunal da Relação de Guimarães
TRL - Tribunal da Relação de Lisboa
TRP - Tribunal da Relação do Porto
Vol - Volume

Introdução

Cada vez mais a família, como instituição fundamental num Estado Direito, mais concretamente a criança e os seus interesses, são bens que carecem de uma proteção essencial e primordial na nossa sociedade, o que, como é fácil de compreender, fica a dever-se à fragilidade e dependência que este ser tem em relação ao ser humano adulto. A visão da criança, como ser de direitos, isolada dos seus progenitores, é uma realidade que se tem conseguido de forma gradual e ao longo deste trabalho iremos perceber os moldes em que se insere esta problemática e a forma como o direito penal evoluiu neste sentido. Estando nós perante um tema que versa sobre um normativo legal, é essencial que se tracem os pontos evolutivos do mesmo, fazendo-se um estudo sobre a forma como o CP tem vindo a evoluir.

No âmbito das relações familiares, os comportamentos e decisões tomados pelos progenitores têm consequências na vida da criança e, por isso, tais condutas têm e devem ser controladas em consonância com o bem-estar desta. Numa situação de rutura do casamento, a criança fica exposta a uma situação que a coloca numa posição ainda mais frágil do que a habitual, pelo que há necessidade de regular as responsabilidades parentais, na medida em que é aqui que, usualmente, surgem problemas e incompatibilidades entre a vontade e o comportamento dos progenitores e as reais necessidades desta. Assim, perceber a forma como as responsabilidades parentais são reguladas e o processo a que as mesmas estão sujeitas é de essencial clarificação para que depois se possa perceber as modalidades descritas no art. 249.º, n.º 1, al. c) do CP.

Fazendo-se este estudo em relação às responsabilidades parentais, encontramos-nos aptos para clarificar o âmbito de aplicação da alínea al. c) no que refere ao incumprimento do regulado para as responsabilidades parentais, nomeadamente quanto às condutas que cabem no tipo legal e à

preservação dos direitos dos progenitores e da criança, funcionando estes como fatores essenciais e motivadores da escolha do tema.

A quem se aplica a subtração de menor prevista na alínea al. c) do n.º1 do art. 249.º? Será que todas as modalidades da conduta deveriam estar enquadradas na norma? Como podemos clarificar o confronto entre o direito civil e o direito penal na proteção das responsabilidades parentais?

Estas questões são o ímpeto deste trabalho. Quanto ao art. 249.º, n.º 1, al. c) do CP, iniciaremos o estudo sobre o mesmo com a clarificação da forma como o direito penal protege os seus bens jurídicos e a dá tutela aos mesmos. Perceber o tipo objetivo da norma e tudo o que lhe está adjacente e, neste âmbito, poderemos dar resposta a algumas das questões suscitadas, nomeadamente, a de saber a quem se irá aplicar a norma e quais os comportamentos suscetíveis de integrar concretamente o tipo legal. Seguidamente, o que pretendemos é uma abordagem ao tipo subjetivo da norma, mais concretamente o dolo, aferindo as modalidades do mesmo e analisando a forma de como o crime de subtração se subsume a esta realidade.

Por fim, o que irá encerrar todo este trabalho será o direito comparado, nomeadamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, pela sua característica protecional da criança e proximidade cultural com a portuguesa e o ordenamento jurídico espanhol, atendendo à proximidade territorial e semelhança jurídica com o ordenamento português.

Com estes pontos traçados, e depois de concluídos, entendemos poder ver e fazer perceber tudo aquilo que o crime de subtração de menor, decaído sobre as responsabilidades parentais, representa.

Numa sociedade marcada pelas ruturas conjugais, cada vez mais deve ser dado relevo a estas realidades. É de suma importância que todos tenhamos consciência de que os progenitores têm direitos e que para a criança vão ser sempre a sua família, não devendo adotar comportamentos que lesem os direitos de ambos para, assim, não lesarem a própria criança e o seu bem-estar.

Na prática, o que pretendemos com a presente dissertação é dar ao leitor uma percepção clara sobre quais os comportamentos suscetíveis de integrar o crime de subtração de menor, nomeadamente, quando a este está intrínseco as responsabilidades parentais, bem como a forma como o mesmo deve ser aplicado no nosso OJ. Pretendemos ainda consciencializar todos quantos leiam o presente trabalho, no sentido de perceberem que a relação pós-conjugal dos progenitores deve ser cordial, evitando-se com isso todos os problemas que esta norma e outras possam acarretar não só para os seus filhos como para os próprios.

I Capítulo: Da Evolução Histórica do art. 249.º do Código Penal – As alterações legislativas e respetivos motivos

“O direito é um fenómeno social e só pode ser entendido de acordo com a sociedade em que se situa. As mudanças do direito não são meros acontecimentos endógenos, antes são motivados por factores externos, sem os quais não fazem sentido”¹.

O direito é, pois, no nosso entender, um dos pilares fundamentais de uma sociedade que deve ser pautada por regras, sem as quais não pode funcionar. O mundo está em constante evolução. As tecnologias e as ciências fazem descobertas quase diárias, trazendo novas realidades e, com elas, novos problemas, pelo que o direito não pode ser estanque e tem o dever de acompanhar a evolução da sociedade.

Perceber a forma como os Códigos Penais anteriores foram pensados é essencial para perceber como o crime de subtração foi evoluindo no contexto histórico. Ao longo dos tempos, no ordenamento jurídico português, foram várias as alterações feitas a este delito criminal. O crime de subtração de menor; Na atual lei, já pouco reflete o que estava instituído no passado e na atual redação o legislador é mais protecionista quanto aos direitos do menor, salvaguardando-o dos conflitos pós-conjugais, que possam interferir no bem-estar deste. Como iremos explanar, a norma foi sofrendo várias alterações, tentando acompanhar a evolução da temática e a sua repercussão social. Numa linha cronológica, pretendemos distinguir as principais alterações, balizando-as no tempo e percebendo como as preocupações do legislador foram mudando.

¹ Martins, J. J. F.O. “A codificação Penal Portuguesa no século XIX”. *Revista Julgar Online*, 2016, p. 2.

1. O Código Penal de 1852

A necessidade de criação de um Código Penal era cada vez mais notória na época, no entanto, as diversas ideologias defendidas por cada um dos membros que acompanhavam as comissões de elaboração do CP, várias vezes constituídas, dificultavam o surgimento do almejado diploma. Em 1845 é formada uma comissão para redação do Código Penal, sendo esta constituída por Manoel Duarte Leitão (Ministro e Juiz Conselheiro), José de Castro Leite e Vasconcelos (Procurador Régio), José Maria Costa Silveira da Matta (Advogado), José Jacintho Valente Farinho, Diogo António Corrêa de Sequeira Pinto e João Maria Alves de Sá (todos Juizes Desembargadores)². As sucessivas tentativas, sempre falhadas, no que tange à elaboração deste Código e às influências que estas tinham na elaboração do CP de 1852, fizeram com que este surgisse um pouco precário e com inúmeras falhas e, por isso, logo após 6 meses da entrada em vigor, foi nomeada uma nova comissão tendo em vista a revisão e correção do diploma.

O Código Penal de 1852 é, de certo modo, influenciado pelas correntes iluministas que vinham sendo cada vez mais notórias por toda a Europa à altura. Esta corrente de pensamento exerceu grande influência no CP de 1852, que, verbalizando os ensinamentos de Beccaria, defendia que o direito de punir devia estar sempre subordinado a uma lesão mínima da liberdade pessoal do indivíduo³. A prevenção era a principal função do diploma que contava com penas fixas em grande escala, o que fazia com que o julgador não pudesse ter margem de discricionariedade. Embora existissem várias penas fixas, na globalidade o Código era constituído maioritariamente por molduras penais variáveis, permitindo então ao juiz uma maior liberdade de exame do delito, podendo avaliar cada caso e tomando as suas decisões conforme os contornos que cada um

² Cruz, G. B. "O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (Resenha histórica)". *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1967, p. 78; citado por Martins, J. J. F. *op cit* p. 31.

³ Beccaria, C. "Dei Delitti e Delle Pene", 1766, Tradução de José de Faria Costa, Lisboa 2007, p. 65.

apresentasse. As penas deviam ser proporcionais e úteis, sem nunca ser olvidada a liberdade do indivíduo, só podendo as mesmas serem aplicadas quando a lei o autorizasse. Esta realidade configura o princípio do *nullum crime sine lege* e *nulla poena sine lege*, ou seja, não podia haver crime sem que o mesmo estivesse previsto na lei e as penas para esses mesmos crimes só poderiam ser as previstas pela lei. A finalidade da pena era, para Beccaria, “impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo”⁴.

O crime de subtração de menor, no nosso ordenamento jurídico, surgiu no ano de 1852 com o primeiro Código Penal, muito à semelhança do que já se verificava noutros ordenamentos jurídicos, como é o caso dos ordenamentos espanhol, francês e brasileiro. Tal temática foi inserida no Capítulo II, dos crimes contra o estado civil das pessoas, na Secção III, denominada de subtração e ocultação de menores. Sendo certo que, neste período, a maioridade civil se atingia com os 21 anos, verificamos que, ao analisar o preceituado nos arts. 342.º⁵ e 343.º⁶ daquele Código, esta diferenciação quanto à idade, atendendo a que, contudo, as duas normas mantinham o intuito de proteger as relações do menor com os seus progenitores e/ ou com quem detivesse a guarda deste. O legislador reconhecia, aqui, a necessidade de os progenitores exercerem os seus poderes-deveres como forma adequada de garantir ao menor a sua segurança e bem-estar. Nesta época, o que o legislador procurou salvaguardar foi a interferência de terceiros estranhos à relação de progenitores e menor, pretendendo que o menor pudesse estar com os seus pais ou com quem possuísse a sua guarda, de forma livre e sem interferências.

⁴ Beccaria, C. *op cit* p. 85.

⁵ Art. 342.º “Aquelle que, por violencia ou por fraude, tirar ou levar, ou fiser tirar ou levar um menor de sete annos da casa ou logar em que, com autorisação das pessoas encarregadas da sua guarda ou direcção, elle se achar, será condemnado a prisão maior temporaria”.

⁶ Art. 343.º “Aquelle que obrigar por violencia, ou induzir por fraude um menor de vinte e um annos, a abandonar a casa de seus paes ou tutores, ou dos que forem encarregados de sua pessoa, ou abandonar o logar em que por seu mandando elle estiver, ou o tirar ou o levar, será condemnado a prisão correccional, sem prejuízo da pena maior do carcere privado, se tiver logar. §único. Se o menor tiver menos de desesete annos, a pena será o máximo da prisão correccional”.

Por seu turno, enquanto os arts. 342.º e 343.º se referem propriamente à questão da subtração da criança, o art. 344.º⁷ refere-se, mais especificamente, à questão da ocultação de menor ou «desencaminhamento»: referindo que- “aquele que ocultar ou fizer ocultar, ou trocar ou fazer trocar por outro, ou desencaminhar ou fizer desencaminhar um menor (...)”. Desta norma o legislador, a nosso ver, pretendeu igualmente punir os comportamentos de quem interferisse na vida do menor e se intrometesse no vínculo entre este e os seus responsáveis. O legislador, que à época tinha um carácter mais conservador, e não estando previsto no nosso ordenamento jurídico o divórcio enquanto instituto jurídico, não previu a proteção do menor quanto a possíveis conflitos pós-conjugais como hoje são entendidos, salvaguardando apenas situações que colocassem em perigo o menor e a relação deste com os seus progenitores e com quem limitasse os poderes destes. Para o legislador, a base do bem-estar e educação do menor seria, em primeira linha, o interesse dos seus progenitores, cabendo assim aos mesmos zelarem pela criança e garantirem a sua instrução e educação, sendo certo que na sociedade daquela altura os poderes do pai em relação aos da mãe eram muito mais amplos.

2. O Código Penal de 1886

Como já referimos, pela sua precaridade e inúmeras falhas, o CP de 1852 começou a ser revisto quase imediatamente após a sua entrada em vigor e a prova disso foram as leis avulsas que iam surgindo, dando conta da necessidade imperiosa da sua reestruturação. As comissões de revisão constituídas para o efeito eram instáveis e ou não apresentavam soluções,

⁷ Art. 344.º “Aquelle que occultar ou fizer occultar, ou trocar ou fazer trocar por outro, ou desencaminhar ou fizer desencaminhar um menor de sete annos, será condemnado a trabalhos públicos temporarios.

§1º. Se for maior de sete annos e menor de dezeseite, será condemnado a prisão maior temporaria com trabalho; salvas as penas maiores do carcere privado, se houver logar.

§ 2º Em todos os casos até aqui enunciados nesta secção, aquelle que não mostrar onde existe o menor, sera condemnado a trabalhos públicos por toda a vida.

§3º O que achando-se encarregado da pessoa de um menor de sete annos, não a apresentar aos que têm direito de o reclamar, nem justificar o seu desaparecimento, será condemnado a prisão maior temporária com trabalho”.

ou as apresentavam de forma oposta ao que se desejava. Em 1884, foi aprovada a reforma penal, baseada essencialmente nas ideias de Silva Ferrão e Levy Maria Jordão e inspirada pelo Código espanhol de 1870 e pelo Código italiano⁸.

Não podemos considerar, contudo, que haja uma reforma do CP de 1852, mas sim um novo Código. De facto, embora na parte especial seja bem visível a influência do CP anterior pela marcada presença de arts. idênticos ou sem modificações significativas, na parte geral nota-se um considerado grau de mudança, que nos leva a entender que se trata efetivamente de um novo CP⁹. O Código de 1886, ao contrário do espectável, continha também falhas que, analisadas em consonância com o panorama geral, causam muitas dificuldades de interpretação do novo diploma. Estas vicissitudes deviam-se ao facto de existirem normas do CP de 52, outrora revogadas pela reforma de 1884¹⁰, que ainda eram mantidas em vigor no novo Código. A situação oposta também era visível e não se vislumbravam as normas inseridas pela lei de 1867.¹¹

O crime de subtração manteve-se exposto no mesmo local, sofrendo alterações apenas quanto às penas a aplicar. Acompanhando a tendência do novo Código, em que foram agravadas significativamente as molduras penais dos crimes previstos, o crime de subtração não foi exceção e houve, em relação ao CP de 52, uma tendência para aplicação das penas de privação de liberdade em detrimento de outras. A par desta realidade, podemos constatar que, no que respeita ao art. 342.º do CP de 52, a pena era a de prisão maior temporária, ao passo que no CP de 86 se punia com prisão maior celular de 2 a 8 anos ou prisão maior temporária¹². Tendo-se mantido o disposto no art. 343.º, passemos ao art. 344.º no qual também

⁸ Correia, E. "Direito Criminal I" com a Colaboração do Prof. Figueiredo Dias, Coimbra, 1993, p. 111, Almedina.

⁹ No mesmo sentido, Martins, J.J.F.O. *op cit*, p. 38.

¹⁰ A reforma operada em 1884 pelo Decreto de 14 de junho do mesmo ano, tinha como fundamento principal a correção do CP de 52, atendendo às críticas que lhe eram apresentadas.

Disponível em: <https://dre.pt/ap.liciation/file/380256>.

¹¹ Lei de 1 de julho de 1867, consagrando como principal novidade a abolição da pena de morte em Portugal.

¹² Art. 342.º CP 1886: "O Aquele que por violência ou por fraude tirar, ou levar, ou fizer Lirar ou levar um menor de sete anos da casa ou lugar em que, com autorização das pessoas encarregadas da sua guarda ou direcção, êle se achar, será condenado a prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a prisão maior temporaria."

podemos verificar alterações no que respeita às penas a aplicar. No antigo art. 344.º, a condenação seria o cumprimento de trabalhos públicos temporários, enquanto que, no novo CP a condenação será a de prisão maior celular de 2 a 8 anos ou a prisão maior temporária¹³; no primeiro parágrafo do referido art., falava-se em crime cometido contra maior de 7 e menor de 17 anos, sendo a condenação a de prisão maior temporária com trabalhos, salvo havendo lugar a penas maiores de cárcere privado, ao passo, que no CP de 86, o sujeito passivo teria de ser maior de 7 anos e menor de 18 anos e a pena seria a de prisão maior celular de 2 a 8 anos ou, em alternativa, o degredo temporário, salvas as penas maiores de cárcere privado, se tiverem lugar¹⁴. No parágrafo segundo do art. 344.º do CP de 52, a punição pela prática do crime referido era de trabalhos públicos para toda a vida, ao invés do CP de 86, que alterava a moldura penal, aplicando ao crime a prisão por 8 anos, seguida de degredo por 12 anos, ou, em alternativa, a pena fixa de degredo por 25 anos¹⁵. No parágrafo terceiro da referida norma, falava-se em menores de 7 anos e em 1886 já se falava apenas em menor, dando a perceber uma maior abertura na aplicação da norma e acentuando a preocupação com a proteção dos laços entre o menor e os seus responsáveis legais. Quanto à pena a aplicar, o CP de 52 condenava o comportamento com prisão maior temporária com trabalho, ao passo que o legislador em 1886 decidiu condenar o comportamento típico com prisão maior celular de 2 a 8 anos ou a degredo temporário, salvo se estiver incurso na disposição da norma¹⁶.

¹³ Art. 344.º do CP de 86- “Aquele que ocultar ou fizer ocultar, ou trocar ou fazer trocar por outro, ou desencaminhar ou fazer desencaminhar um menor de sete anos, será condenado a prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a prisão maior temporária.”

¹⁴ Art. 344.º CP 86 § 1º “Se fôr maior de sete anos e menor de dezoito, será condenado a prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a degredo temporário, salvas as penas maiores de carcere privado, se houverem lugar”.

¹⁵ Art. 344.º CP 86 § 2º. “Em todos os casos, até aqui enunciados nesta secção, aquele que não mostrar onde existe o menor será condenado a oito anos de prisão maior celular, seguida de degredo por doze, ou, em alternativa, à pena fixa de degredo por vinte e cinco anos”.

¹⁶ Art. 344.º CP 86 § 3º. “O que, achando-se encarregado da pessoa de um menor, não o apresentar aos que têm direito de o reclamar, nem justificar o seu desaparecimento, será condenado a prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a degredo temporário, salvo se estiver incurso na disposição do artigo”.

3. O Código Penal de 1982

Foram muitos os diplomas que procederam a alterações e reformas parciais ao CP de 1886. Após varias tentativas, como desde cedo, era hábito nas reformas penais, surge o DL n.º 400/82, de 23 de setembro¹⁷, que, no seu art. 6.º, revoga o Código Penal de 1886, salvo a parte das contravenções, passado já quase um século da sua entrada em vigor. Em simultâneo com o referido DL, são também publicados o DL n.º 401/82, de 27 de setembro¹⁸, e o DL n.º 402/82, de 27 de setembro¹⁹, que inserem, respetivamente, o Regime Penal Especial para imputáveis maiores de 16 anos e menores de 21 anos, consignado também as alterações ao CP anterior, para que este ficasse de acordo com o novo ²⁰.

No Código de 1982 podemos ver, de forma mais evidente que no CP de 52, “toda a pena dev[ia] ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta”²¹. É de notar que este Código surgiu num contexto pós 25 de abril de 1974, o que trouxe mudanças significativas no pensamento e na forma de atuação da população bem como do próprio direito português. O fim do indivíduo como ser oprimido e de direitos comprometidos era agora uma realidade, e foi precisamente esta a ideologia vigorante no diploma, que tratava então o delinquente com respeito, reconhecendo-lhe direitos e garantias.

As penas a aplicar eram incumbidas de uma função de reprovação ética e não propriamente de punição massiva privativa da liberdade pessoal. Havia um claro privilégio pela não aplicação de penas privativas de liberdade²², no entanto, embora houvesse uma preferência inversa, isso não significava que as penas de prisão deixassem de existir. Quando

¹⁷ Obtido de: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/319744/details/maximized> .

¹⁸ Obtido de:

<https://dre.pt/pesquisa/-/search/319742/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%20401%2F82>.

¹⁹ Obtido de:: <https://blook.pt/legislation/diplomas/PT/207878/> .

²⁰ Cunha, J. D. S. *op cit* p. 87.

²¹ Preâmbulo Código Penal de 1982- II parte Geral.

²² Art. 71.º CP de 1982 (Critério para escolha da pena)

“Se ao crime forem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime”.

aplicadas, estas penas acarretavam uma obrigatoriedade educativa, que cabia às instâncias de execução das penas, de forma a tornarem o delinquente apto para a reinserção social. Ainda quanto às penas, e no respeitante à sua aplicação prevista no Código Penal de 1982, surgiram duas novas realidades extremamente inovadoras que deram uma larga possibilidade ao arbítrio do juiz e que se prendem com a possibilidade de adiar a sentença que aplica a pena e a não aplicação de pena alguma²³.

Já no que tange à temática da subtração de menor, a alteração não se demonstrou assim tão significativa, face ao anterior Código, passando o delito criminal a estar previsto no art. 196.º que dispunha que: “[q]uem subtrair um menor ou, por fraude, violência ou ameaça de grave mal, o determinar a fugir a quem tem o exercício do poder paternal, ou da tutela ou se recusar a entregá-lo a quem legitimamente o reclame, será punido com prisão até 3 anos e multa até 100 dias”. Aqui, podemos observar que o legislador definiu, de forma mais clara e enunciativa, os comportamentos capazes de integrar o tipo legal do crime de subtração de menor, clarificando assim quais as ações que poderiam constituir o dito crime, conferindo à norma uma maior clareza e segurança jurídica. Face à norma anterior, o legislador manteve o seu carácter conservador, relevando de modo importante a figura do poder paternal como poder por excelência conferido aos progenitores. Pela redação dada ao preceito, especialmente com a expressão “a quem legitimamente o reclame”, parece que o legislador prevê, embora de forma algo subentendida, que o progenitor que detivesse a guarda não poderia assim impedir o contacto do menor com o progenitor não guardião, não havendo aqui, como havia anteriormente, um fundamentalismo de que o poder paternal na figura de progenitor exercia uma supremacia sobre o poder da progenitora. A subtração legal no CP de 1982 já vem de certo modo acautelar o bem jurídico tal qual existe nos dias

²³ Art. 75.º CP de 1982 (Dispensa de pena)

“1 - Quando o facto constituir crime punível com pena de prisão não superior a 6 meses, com ou sem multa até ao mesmo limite, pode o tribunal não aplicar qualquer pena, se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral. 2 - Se o juiz tiver razões para crer que os pressupostos indicados na última parte do número anterior estão em vias de se verificarem, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro do prazo máximo de 1 ano, em dia que logo marcará”.

de hoje, entendendo-se que a norma visa a proteção do menor com a finalidade deste se manter no seio familiar²⁴.

É de salientar que, embora estando o crime de subtração previsto na lei desde o primeiro CP de 1852, em 1986 ainda não havia nenhuma jurisprudência sobre o tema referido²⁵ o que nos leva questionarmos se, de facto, não haveria ocorrências capazes de preencher o tipo legal, ou se, à semelhança de outros países, o crime teria sido envolto noutros delitos.

4. O Código Penal de 1995

“A tendência cada vez mais universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípio basilar das sociedades modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado, imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana. Ciente de que ao Estado cumpre construir os mecanismos que garantam a liberdade dos cidadãos, o programa do Governo para a justiça, no capítulo do combate à criminalidade, elegeu como objectivos fundamentais a segurança dos cidadãos, a prevenção e repressão do crime e a recuperação do delinquentes como forma de defesa social”²⁶. Foi neste contexto que, em 1995, se levou a cabo uma profunda alteração do CP. De facto, o CP de 1982 veio dar uma grande abertura no que respeita à aplicação das penas aos cidadãos delinquentes, havendo, à altura, uma certa distanciação das penas privativas de liberdade. Essa realidade terá, na nossa modesta opinião, originado um certo comprometimento da função preventiva da lei. A valorização do indivíduo como ser de direitos, dotado de liberdade pessoal, vem alterar a forma

²⁴ No mesmo sentido, Leal, H. & Santos, S. “O Código Penal de 1982- Referências Doutrinárias; Indicações Legislativas; Resenha Jurisprudencial”, 1991, vol. 3, p. 43, Rei dos Livros, referindo que: “Neste art., em que se estabelece uma dupla proteção- por um lado em benefício do menor, para que permaneça entre a sua família, e por outro em favor desta, com vista a tê-lo no seu seio (...)”.

²⁵ Leal, H. & Santos, S. *op cit*, p. 44.

²⁶ Decreto Lei 48/95 de 15 de março, obtido de: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis .

como a nova legislação vê a pena de prisão, que é aplicada sim, mas com ressalvas consagradas.

No caso de aplicação de pena privativa de liberdade, deve a mesma ser de *ultima ratio*, sendo, por isso, aplicada apenas quando não haja outra capaz de assegurar a prevenção que a norma pretende, bem como a reprovação do comportamento. Quando é violado um bem jurídico legalmente protegido, a pena a aplicar deve ser proporcional, necessária e adequada, de forma a garantir a proteção do bem, sem desmemorar a posterior reinserção do delinquente na sociedade. Quanto à pena de multa, esta surge no CP de 95 como uma alternativa à pena de prisão, nos casos dos crimes de menor gravidade e sem grandes repercussões na mente dos cidadãos: “[a] elasticidade agora conferida à pena de multa permite configurá-la como verdadeira alternativa aos casos em que a pena de prisão se apresenta desproporcionada, designadamente pelos efeitos colaterais que pode desencadear, comportando, porém, um sacrifício mesmo para os economicamente mais favorecidos, com efeitos suficientemente dissuasores”²⁷.

No CP 1995, notou-se uma preocupação acrescida com os menores e, prova disso mesmo, foi a agravação que começou a ser feita quando se estivesse perante um crime sexual em que a vítima fosse um menor de 14 anos²⁸ e a possibilidade conferida ao MP de poder desencadear a ação penal nos casos especificados no art. 178.º, n.º 1 do CP de 1995, quando a vítima é um menor de 12 anos e se tal se mostrar necessário ao interesse público²⁹.

Estas realidades mencionadas e trazidas pelo CP de 1995, foram, para nós, um grande marco positivo quanto à proteção do menor e à forma

²⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

²⁸ Art. 177.º, n.º 4 do DL 48/95 de 15 de março (Agravação)

“4 - As penas previstas nos arts. 163.º, 164.º, 168.º e 169.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.”

²⁹ Art. 178.º do DL 48/95 de 15 de março (Queixa)

“1 - O procedimento criminal pelos crimes previstos nos arts. 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 171.º a 175.º, depende de queixa, salvo quando de qualquer deles resultar suicídio ou morte da vítima.

2 - Nos casos previstos no número anterior, quando a vítima for menor de 12 anos, pode o Ministério Público dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem.”

como este é tratado na sociedade. Denota-se uma clara preocupação com a criança, e com os seus direitos, sendo esta tratada como um ser de direitos isolado dos seus progenitores.

Quanto ao crime de subtração de menor, este foi alterado na sua disposição formal, sendo o primeiro número subdividido em 3 alíneas, punindo quem: “Subtrair menor”; “por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir” ou “se recuse a entregar menor à pessoa que exerce o poder paternal ou a quem esteja legalmente confiado” com uma pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Com esta mudança, o legislador pretendeu ser mais específico na concretização das várias circunstâncias que podem configurar o crime de subtração de menor, expondo de forma clara que, para que seja preenchido o tipo legal, é necessário que se verifique um grave impedimento que interfira nos poderes de quem detém a guarda do menor. Com isso pretendia-se que não existisse qualquer afastamento juridicamente relevante do menor em relação aos seus progenitores ou de quem efetivamente tivesse a guarda deste. Este afastamento, tal como é configurado na norma, deve ser continuado no tempo suscetível de por em causa o exercício do poder paternal de forma efetiva e contínua.

5. A alteração ao Código Penal levada a cabo pela Lei n.º 59/2007

Outra modificação que em pouco ou nada veio alterar a letra da própria lei foi a que ocorreu em 2007, trazida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro³⁰, na qual o legislador manteve o já enunciado na norma vigente, alterando apenas a moldura penal prevista. Assim, passou a ser aplicável a pena de 1 a 5 anos de prisão ao agente que praticasse quaisquer dos atos suscetíveis de integrar o crime, desde que o agente não fosse familiar do menor, o que já mostra uma clara abertura para as situações

³⁰ Obtido de: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640142/details/normal?q=59%2F2007> .

que por vezes possam ocorrer quando o agente é familiar do menor, tornando-se as mesmas passíveis de atenuação. Por outro lado, no n.º 2 do art.º 249.º do CP, o legislador atenuou a pena, nos casos em que o agente fosse ascendente, adotante ou tivesse já exercido a tutela do menor, fixando-a em prisão até 2 anos ou multa até 240 dias. Apraz-nos aqui sublinhar que o legislador pretendeu ressaltar situações em que, pela especial ligação com o menor e a influência que o crime praticado por alguma destas pessoas possa ter na vida deste, devia haver uma especial atenção por parte da lei, nomeadamente atendendo às motivações que levaram à prática do crime. Além disto, cremos que o legislador demonstrou, com esta opção, especial cuidado quanto à preservação das relações familiares, como pilar fundamental da vida do menor, reconhecendo que podem haver razões que justifiquem um comportamento desviante e, por isso, haja uma necessidade de se olhar caso a caso antes de punir o agente. Todas estas alterações espelham, claramente, que a norma estava direcionada para a proteção do exercício do poder paternal e da manutenção da relação familiar, concebido na sua génese como poder exercido pelos progenitores. O legislador primava, assim, em primeira linha, pela defesa do exercício dos poderes-deveres dos pais e a relação familiar entre pais e filhos, o que naturalmente terá como finalidade o superior interesse da criança.

6. A alteração ao Código Penal feita através da Lei n.º 61/2008

Por fim, a mais recente alteração relativa ao crime de subtração de menor verificou-se com a Lei n.º 61/2008³¹, de 31 de outubro. Tais alterações, vieram clarificar e ampliar o campo de aplicação da norma. Uma das alterações principais ocorreu no n.º 2 da norma, tendo-se abandonado a atenuação especial, uma vez que o mesmo deixou de se servir das relações de parentesco como atenuante da pena. O legislador

³¹ Obtido de: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/439097/details/maximized>.

passou a aplicar a mesma pena em todas as situações enunciadas nas alíneas a), b) e c), não havendo agora qualquer diferenciação entre o grau de parentesco do agente e a pena a aplicar como anteriormente acontecia.

A alteração mais significativa desta reforma de 2008 foi a introduzida na al. c) do n.º 1, sobre a qual versa essencialmente o nosso estudo, e que expressa o seguinte: “quem 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”. Nas anteriores reformas nunca o legislador fez qualquer alusão à questão do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais, o que pode ser justificado pelo carácter conservador do legislador e pelo peso da figura do *pater familias* que, à data, se fazia sentir no pensamento da população. Não foi previsto pela mesma qualquer situação em que os conflitos pós-conjugais pudessem levar a que um dos progenitores tivesse comportamentos suscetíveis de incriminação, sendo este o grande ponto de viragem na norma.

Tendo em conta que o exercício das responsabilidades parentais é fixado através de decisão judicial ou acordo homologado, o art. 249.º, n.º 1, na sua alínea al. c), clarificou que os incumprimentos a tal regulação podem estar sobre a alçada do direito penal e não, como sucedia anteriormente, apenas adstritos ao direito civil ou da família. O que nos falta compreender, e mais adiante clarificaremos, é se realmente deve ser o direito penal a tratar destas situações. De todo o modo, podemos dizer que, agora, o ordenamento jurídico-penal está preparado para, atendendo aos limites impostos pelo próprio normativo, solucionar determinadas questões que inflijam o direito dos progenitores a estarem com o seu filho. O legislador demonstra agora que, por vezes, as separações entre os progenitores, muitas vezes mal resolvidas e com interesses diversos ao interesse da criança, podem levar a que os conflitos entre os ex-cônjuges se agudizem e choquem com os interesses do próprio menor, privando-o frequentemente de uma convivência saudável com ambos e impedindo-o,

igualmente, de crescer de forma saudável, infligindo-lhe um sofrimento e privação desnecessários. Assim, o legislador pretendeu assegurar que, mesmo existindo tais conflitos, o menor não possa ver diminuídos os seus direitos de relação com ambos os progenitores, nem com as respetivas famílias.

Fazendo todo este percurso sobre as sucessivas reformas, apenas recentemente se veio notar a alteração da lei que melhor vem responder às necessidades da sociedade, acompanhando a sua evolução natural e salvaguardando os interesses do menor e a sua relação com ambos progenitores. Esta última reforma permitiu ainda que o progenitor guardião não agisse de forma unilateral, como ocorria no passado, usando dos seus poderes de guarda e zelo para impedir ou dificultar o contacto do menor com o outro progenitor. Na verdade, e mesmo admitindo até que tais atos não representavam qualquer perigo para o menor, certo é que os mesmos violam os direitos dos progenitores, no que tange a ter a criança em sua companhia. Com a disposição da norma, introduzida em 2008, o direito penal centra a sua tutela na proteção dos direitos de ambos progenitores conviverem com a criança, não havendo qualquer benefício para a figura do guardião.

A nosso ver, nas suas versões anteriores, o preceito legal procurava salvaguardar os direitos de uma forma muito direta e objetiva, não se debruçando em questões de ordem afetivas, enquanto hoje, com a atual redação, há claramente uma preocupação com o menor, no que toca à sua estrutura familiar e à sua estabilidade afetiva. Esta cultura de proximidade, assente no pressuposto de que as crianças de hoje são os adultos de amanhã, transpõe para a norma a necessidade de zelar cada vez mais pelo bem-estar destas a todos os níveis, auxiliando os progenitores e o próprio menor na garantia de que os seus direitos sejam escrupulosamente respeitados. Naturalmente, saber se para cumprir tal desiderato era necessária a intervenção do direito penal é questão diversa. Discutir a existência do bem jurídico-penal, a sua dignidade e a carência de

intervenção penal, levar-nos-á a considerações mais profundas, que deixamos para os capítulos seguintes deste trabalho.

II Capítulo: Das Responsabilidades Parentais

Entendemos que as responsabilidades parentais são “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”³². Na definição apresentada podemos confirmar a importância crescente da criança como ser dotado de direitos, ao invés de apenas um ser sujeito a deveres. A criança é um ser que carece, acima de tudo, de ser cuidado e protegido. A definição de responsabilidades parentais apresentada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa a 28 de fevereiro de 1984, mostra um claro abandono dos ideais, outrora vigorantes, que tomavam a criança como alguém «menor», diminuído nos seus direitos em relação a um adulto e sobre quem os progenitores reclamavam um direito de posse.

A educação a dar a cada criança deve ser o corolário de um trabalho conjunto entre os pais, ou quem detém a guarda, e a própria criança, pois que isto irá fazer com que a criança sinta que colabora com estes nas decisões tomadas sobre si mesma e tome responsabilidades que vão fazer dela um ser de direitos e deveres exemplar. Na verdade, o nosso ordenamento jurídico está dotado de inúmeros diplomas legais que visam a proteção dos direitos da criança. A par do exposto, consideramos que os diplomas mais significativos e que se reportam aos direitos da criança propriamente ditos são a Convenção dos Direitos da Criança³³ e a

³² Cfr. Princípio 1.º do Anexo à Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de fevereiro de 1984 consultado em Fialho, A.J. “O papel e a Intervenção da Escola em situações de conflito Parental”, 3ª edição, Revista Verbo Jurídico, p.3.

³³ Convenção sobre os Direitos da Criança, obtido de:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1894&tabela=leis .

Este diploma foi adotado pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificado por Portugal em 21 de setembro de 1990 e configura um importante elemento legislativo no que respeita à instituição familiar e ao relevo que esta deve ter em todas as sociedades, enaltecendo o papel da criança como elemento fundamental da família e da sociedade. O preâmbulo do referido diploma enuncia claramente os propósitos desta convenção, ao referir que: “Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”, o que se vai ao encontro do já referido.

Convenção sobre o Exercício dos Direitos da Criança³⁴. Não obstante do que a legislação estabelece³⁵, todos os pais têm um dever inato de cuidado e proteção em relação aos filhos que deve surgir do seu senso de paternidade.

De notar que nem sempre o vínculo entre os filhos e os pais, do qual provém a responsabilidade destes últimos, é originário de uma relação conjugal e, por esse motivo, não podemos generalizar as situações falando sempre em responsabilidades parentais num cenário de rutura conjugal. Independentemente do laço que exista entre os progenitores da criança, o nosso CC segue sempre a mesma regra ao determinar que o exercício das responsabilidades parentais dos progenitores para com as crianças deve ser exercido por ambos os progenitores, salvas exceções previstas na lei³⁶, sejam estes casados³⁷, unidos de facto³⁸ ou separados³⁹.

³⁴ Cfr. Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças disponível para consulta em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/convencao_dtos_crianças.pdf.

Este diploma tem como função primordial dar cumprimento ao art. 4.º da CDC que, em suma, impõe aos estados uma tomada de atitude legislativa, administrativa ou outra que considerem necessária, para que desse modo possam fazer cumprir os direitos das crianças mencionados na CDC.

Neste sentido e sempre privilegiando a criança e os seus direitos a presente convenção toma como fundamentos: “que os direitos e o superior interesse das crianças deveriam ser promovidos e que, para o efeito, as crianças deveriam ter a possibilidade de exercer os seus direitos, em particular nos processos de família que lhes digam respeito; Reconhecendo que as crianças deveriam receber informação relevante, por forma a permitir que esses direitos e o superior interesse sejam promovidos e as opiniões das crianças sejam tidas devidamente em consideração; Reconhecendo a importância do papel parental na proteção e promoção dos direitos e do superior interesse das crianças, e considerando que, se necessário, os Estados deveriam participar nessa proteção e promoção; Considerando, contudo, que, em caso de conflito, é desejável que as famílias cheguem a acordo antes de submeter a questão a uma autoridade judicial;”.

³⁵ Nomeadamente os arts. 36.º, n.º 5 da CRP e 1878.º do CC.

Art. 36.º, n.º 5 da CRP (Família, Casamento e Filiação)

“5. Os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos.”.

Art. 1878.º do CC (Conteúdo das responsabilidades parentais)

“1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”.

³⁶ Apresentando-se como exemplo o art. 1913.º, n.º 1 do CC (Inibição de pleno direito) que dispõe que:

“1. Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais:

a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito;

b) Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica;

c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório.”.

³⁷Cfr. Art. 1901.º do CC (Responsabilidades parentais na constância do matrimónio)

“1 - Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais. 2 - Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; (...).”.

³⁸Cfr. Art. 1911.º, n.º 1 do CC (Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges)

“1 - Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos arts. 1901.º a 1904.º” que vai aplicar por remissão expressa o art. 1901.º do CC.

³⁹Cfr. O art. 1906.º, n.º 1 do CC (Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

No decorrer do nosso estudo iremos debruçar-nos, especificamente, sobre as responsabilidades parentais num cenário de rutura conjugal, por serem estas situações as que desempenham um papel mais relevante nas hipóteses de subtração de menor que aqui pretendemos tratar.

1. Os atos da vida corrente e as questões de particular importância

Quando abordamos as responsabilidades dos pais para com os filhos, é imprescindível que seja feita uma distinção entre atos da vida corrente da criança e questões de particular importância. Assim, os atos da vida corrente, como o próprio nome indica, são as situações normais, que ocorrem diariamente na vida da criança, e que exigem uma resposta rápida. Não há uma definição exata que nos permita identificar de forma clara quais são os atos da vida da criança que pertencem a este bloco de situações, no entanto, a jurisprudência tem seguido uma linha mais ou menos similar no que toca à clarificação destes. Assim, a título de exemplo, são atos de vida corrente: “decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, actividades e ocupação de tempos livres ; as decisões quanto aos contactos sociais ; o acto de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares ; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado ; a imposição de regras ; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espectáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina.”⁴⁰ Nas palavras de Maria Clara Sottomayor, são atos de vida corrente os tomados na vida diária da criança, “relacionados de forma direta com a coabitação entre o progenitor e a

⁴⁰ “1 - As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.”

⁴⁰ “Responsabilidade Parental; Guarda de Menor; Questão de Particular Importância”, Ac. TRL de 2 de maio de 2017, proc. 897/12.1T2AMD-F.L1-1. Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>.

criança”.⁴¹ Quanto a estas questões, entendem a doutrina e a jurisprudência, e, bem assim, a própria lei no art. 1906.º, n.º 3 do CC⁴², que devem ser decididas pelo progenitor que detém a guarda do menor, de modo a assegurar, naturalmente, uma maior estabilidade na vida da criança.

Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de o progenitor não guardião poder intervir na vida do menor, no que toca aos atos da vida corrente, designadamente ser informado do modo como os mesmos estarão a ser dirigidos pelo guardião⁴³, bem como dar a sua opinião sobre os mesmos. Esta opinião deve ser dada de forma limitada, não podendo contrariar as orientações educativas mais relevantes do guardião⁴⁴. Nestes casos, a intervenção do progenitor não pode ser tão invasiva que possa alterar a vida normal da criança no seu dia a dia – por exemplo o caso do progenitor não guardião, que não concorda com alguma atividade extracurricular do menor. Embora esta seja, na nossa opinião, uma decisão que cabe ao progenitor guardião pelo facto de ser um ato da vida corrente, não podemos negligenciar a opinião do outro pai, entendendo-se, assim, que embora os atos da vida corrente estejam no arbítrio do guardião, podem estes ser alterados mediante aquilo que o outro pai também decida e dentro dos limites impostos pelo art. 1906.º, n.º 3 *in fine* do CC. Não podemos é entender, segundo cremos, que para todo e qualquer ato da vida corrente, o não guardião possa vir opinar e restringir a decisão do guardião. Este entendimento vai ao encontro do que dispõe a norma referida a cima, balizando este papel ativo do progenitor não guardião às decisões educativas mais relevantes. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor entende que “o conceito de «orientações educativas relevantes» abrange questões

⁴¹ Sottomayor, M.C. “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, Coimbra, 6.ª edição revista, aumentada e atualizada, 2014, p. 283, Almedina.

⁴² Art. 1906.º, n.º 3, 1ª parte do CC

“O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente;”.

⁴³Cfr. Art. 1906.º, n.º 6 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.”.

⁴⁴ Cfr. Art. 1906.º, n.º 3 do CC *in fine*, “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.”.

relevantes para a saúde e para a educação das crianças, como a definição de dietas alimentares, a ingestão ou não de determinados medicamentos, a realização dos trabalhos escolares, a imposição de horários de deitar e de levantar, a obrigação de adoptar métodos educativos não violentos ou humilhantes para a criança, a proibição de certos programas de televisão, etc.”⁴⁵. Esta limitação legal trazida pelo art. 1906.º, n.º 6 do CC é essencial no que toca à manutenção da estabilidade do menor na sua vida.

Quanto às questões de particular importância, também não existe uma definição concreta dada pela doutrina ou pela jurisprudência, referindo-se às situações que requerem a decisão de ambos progenitores.

Embora seja considerado um conceito indeterminado, Guilherme de Oliveira define questões de particular importância como sendo as situações que “serão sempre acontecimentos raros. Os dois progenitores, assim, apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões”⁴⁶

A título de exemplo, os atos da vida da criança que são de particular importância poderão ser: a realização de cirurgias (a menos que haja considerada urgência e exija uma decisão imediata), alterações estéticas (por exemplo colocação de aparelho dentário), ou a mudança de estabelecimento de ensino. A questão da escola a frequentar pelo menor não é pacífica no que toca ao enquadramento desta realidade como ato de particular importância, originando uma divergência doutrinária neste sentido. Maria de Fátima Abrantes Duarte entende que são “atos de particular importância as inscrições em estabelecimentos de ensino públicos ou privados”⁴⁷, enquanto Armando Leandro defende que a matrícula da criança é um ato de particular importância se respeitar ao futuro profissional, não o sendo se se tratar de inscrição no ensino público

⁴⁵ Sottomayor, M.C. *op cit*, p. 323.

⁴⁶ Oliveira, G. D., – “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. n.º 13, Coimbra, 2010, p. 23, Coimbra Editora.

⁴⁷ Duarte, M.F.A. “O Poder Paternal - Contributo para o estudo do seu atual regime”, 1.ª reimpressão, pg. 162.

obrigatório⁴⁸. Assim, verifica-se uma alteração no que à atualidade diz respeito, na medida em que o que é considerado normal, atualmente, é a inserção da criança na escola pública, sendo o ensino privado de carácter excecional. Aqui entendemos, à semelhança do ilustre Dr. Armando Leandro, que, se se tratar de inscrição em escola pública para o cumprimento do ensino obrigatório, tal deverá inserir-se nas questões da vida corrente, ao passo que a decisão sobre a inscrição em instituições que já estão fora do âmbito do ensino obrigatório, deverão ser atos de particular importância, pela repercussão natural que implicarão no futuro profissional do jovem e na vida dos próprios progenitores. Para toda a regra existe exceção e, nessa medida, é claro que, se os progenitores vão alterar as suas áreas de residência, a criança terá de os acompanhar – ou pelo menos acompanhar o progenitor guardião: ora, neste caso a questão é mais delicada, pois, se a decisão sobre o local onde a criança faz o seu ensino obrigatório for considerado ato da vida corrente, o progenitor com a guarda levará o menor consigo para qualquer lugar que vá, o que não nos parece aceitável, uma vez que isso vai conflitar com os direitos do progenitor não guardião e com o direito deste de estar com o filho. Neste sentido, entendemos que, embora algumas situações possam parecer atos corriqueiros e sem necessidade de intervenção de ambos progenitores, há uma necessidade de avaliar caso a caso, atendendo às repercussões que o mesmo terá, e, só depois determinar se a decisão terá que ser conjunta (cabendo nos atos de particular importância) ou exclusiva do progenitor guardião (cabendo nos atos de vida corrente). Entendemos ainda que talvez seja este o motivo pelo qual o legislador não aclarou estes conceitos e os deixou em aberto, dando-lhes uma maior elasticidade, permitindo uma maior e melhor proteção do superior interesse da criança e dos direitos dos progenitores.

⁴⁸ Leandro, A. "Poder Paternal: Natureza, conteúdo, exercício e limitações." *Algumas reflexões da prática judiciária, Temas de Direito da Família Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, Coimbra, 1986, p. 130, Almedina.

Como temos vindo a referir, as questões de particular importância devem ser decididas por ambos progenitores, conforme dispõe o art. 1906.º, n.º 1 do CC, o que faz todo o sentido, uma vez que são atos e situações com grande impacto na vida da criança.

A decisões sobre processos desta natureza tendem a ter uma grande carga emotiva, podendo, por vezes ocorrer casos em que a mágoa entre os progenitores se torna num fator de discordância entre estes, inviabilizando, naquele momento, um acordo. Tal levará o juiz, em conjunto com o magistrado Ministério Público, a uma intervenção no sentido de regular provisoriamente as responsabilidades parentais.

2. Requisitos para que haja regulação do exercício das Responsabilidades Parentais

Para que haja a regulação das responsabilidades parentais é necessário que se verifiquem um conjunto de situações, nomeadamente, que “existam filhos menores; os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento (arts. 1905.º e 1906.º, ambos do CC); ou que os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (arts. 1905.º e 1906.º *ex vi* do art. 1909.º, todos do CC); os progenitores unidos de facto estejam separados ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (arts. 1905.º e 1906.º *ex vi* do 1912.º, n.º 1 do CC); ou os progenitores não tenham qualquer convivência marital (arts. 1905.º e 1906.º *ex vi* do art. 1912.º, n.º 1 do CC)”⁴⁹.

Analisemos cada um destes requisitos mais detidamente.

2.1 Existam filhos menores

⁴⁹ Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais (2ª Edição; 201; Edição: CEJ- Largo do Limoeiro 1149-048 Lisboa).

Nos termos do art. 122.º do CC, é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade⁵⁰. A menoridade é, pois, uma fase na vida do ser humano que se estende desde o seu nascimento até ao dia que este fizer 18 anos, ou se emancipar⁵¹, e é caracterizada pela fragilidade e extrema necessidade de proteção por parte dos progenitores ou dos titulares da sua guarda.

As sociedades, conscientes do importante papel de uma criança, foram criando, ao longo dos tempos, cada vez mais mecanismos que permitem a proteção e manutenção dos direitos destas por parte do estado. Por sua vez este, deve assumir um papel preponderante no que respeita ao exercício dos direitos consagrados na CDC.

O superior interesse da criança é a base de todos estes processos de regulação de responsabilidades parentais e é onde se fundam os direitos das crianças. No entanto, embora nos pareça que se trata de um conceito simples, o superior interesse da criança pode ter inúmeras variáveis, tornando-se num conceito aberto e de difícil clarificação quando confrontado com situações concretas. Com isto, queremos dizer que o superior interesse do menor pode variar consoante as necessidades da própria criança e a sua realidade familiar, cabendo, de certo modo, ao julgador a clarificação e incidência do superior interesse ao caso concreto atendendo a todas as realidades jurídico-sociais existentes ⁵². A jurisprudência tem seguido o mesmo entendimento e, desse modo, a título ilustrativo, vejamos o acórdão do STJ de 4 de fevereiro de 2010, proc. n.º 2485/08, no qual consta do sumário o seguinte:

⁵⁰ Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010 e exposição de motivos disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2>.

⁵¹ Art. 132.º do CC (Emancipação)

“O menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento”.

⁵² No mesmo sentido vai o acórdão do TRC, de 16 de março de 2004, proc. n.º 38/04 que diz: “Acresce que o interesse do menor é um conceito jurídico indeterminado insusceptível de definição em abstracto que valha para todos os casos. Só adquire relevância quando referido ao interesse de cada menor, em concreto, já que há tantos interesses de menor como menores. Caberá, pois, ao julgador preencher esse conceito, de conteúdo imprecisamente traçado, apreendendo o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade, e decidir em oportunidade pelo que considerar mais justo e correcto.”, obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/208301149d5fcfce80256e6a004d77b1?OpenDocument>.

“Critério orientador, na regulação do poder paternal é o superior interesse do menor, conceito aberto que carece de concretização, por parte do Juiz, devendo tomar-se em linha de conta a disponibilidade afectiva demonstrada pelos progenitores, ou terceira pessoa, a capacidade, ou não, dos progenitores em promoverem o harmonioso desenvolvimento do menor e de se adaptar às suas necessidades.

- É o superior interesse da criança que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal, e, modernamente, tem-se entendido que o factor relevante para determinar esse interesse é constituído pela regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia.

- Por outro lado, este critério está em harmonia com as orientações legais acerca do conteúdo do poder paternal e com as que consideram a vontade da criança como um factor decisivo na resolução de questões que dizem respeito à sua vida.

- A regra da figura primária de referência é um critério objectivo e funcional, relacionado, como se disse, com o dia-a-dia da criança, ou seja, com a realização de tarefas concretas prestadas ao menor, no quotidiano.”

No mesmo sentido, temos o Acórdão do TRL de 3 de fevereiro de 2015, proc. n.º 625/16.2T8BRR-A.L1-7 no qual consta do sumário que:

“II –O “superior interesse da criança” é um conceito indeterminado, que tem vindo a ser determinado à luz dos instrumentos legislativos, quer de direito internacional quer nacional, radicando na ideia de procura da solução mais adequada para a criança, aquela que melhor a salvguarde, melhor promova o seu harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral, bem como a estabilidade emocional, tendo em conta a sua idade, o seu enraizamento ao meio sócio-cultural, mas também a disponibilidade e capacidade dos progenitores em assegurar tais objectivos.

III – Assim, o “superior interesse da criança” deve ser valorado, desde logo, no âmbito da família a que a criança pertence, com os concretos progenitores em causa e com os contornos que cada situação familiar encerra, devendo ponderar-se que um pai ou uma mãe que estejam privados da sua liberdade de acção e realização pessoal, profissional ou outra, não constituem figura parental de referência para uma criança”

É na menoridade que as crianças e, os depois, jovens vão formar a sua personalidade, vão entender o que é certo e o que é errado, vão começar a adotar uma personalidade e, para que tudo isto corra da melhor forma, existe uma necessidade dos pais ou tutores exercerem a função de guias destes menores.

A menoridade constitui, assim, um requisito essencial para que haja a regulação das responsabilidades parentais.

2.2 Os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento

O divórcio, a separação judicial de pessoas e bens ou a anulação do casamento, configuram outro dos requisitos essenciais para que seja regulado o exercício das responsabilidades parentais e tem consagração nos arts. 1905.^o⁵³ e 1906.^o, ambos do CC. O divórcio é o facto que origina, na maior parte das vezes, a regulação das responsabilidades parentais por ser, cada vez mais frequente na nossa sociedade, o que,

⁵³Art. 1905.^o (Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento).

“1 - Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação é recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor.

2 - Para efeitos do disposto no artigo 1880.^o, entende-se que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.”

consequentemente, faz com que as crianças tenham uma mudança radical nas suas vidas. O divórcio e a separação judicial de pessoas e bens, embora sejam duas realidades fácticas semelhantes, não são juridicamente iguais. O divórcio consiste numa rutura total de todos os direitos e deveres adquiridos com o casamento⁵⁴, e termina a relação entre os cônjuges, que, com a dissolução do casamento por este modo, deixam de ter uma ligação jurídica adstrita ao negócio jurídico cessado, à exceção dos casos em que desse matrimónio tenham nascido filhos, o que faz com que haja uma conexão entre eles com relevância jurídica.

A separação judicial de pessoas e bens não é uma dissolução do casamento, outrossim é uma «pausa» no mesmo. Esta é uma decisão judicial, como o próprio nome indica, que ocorre por uma das partes entender que está em perigo de perder os seus bens pelo facto de o outro cônjuge ter algum problema de adição ou de outra natureza que faça com que tal aconteça e haja ainda algum problema que faça com que os cônjuges não possam estar juntos naquele momento e «afrouxem»⁵⁵ a relação matrimonial. Embora os cônjuges sejam casados, opera-se uma situação de rutura entre os dois, no entanto, ao contrário do que acontece com o divórcio, esta separação não é definitiva e tem em vista que os problemas coexistentes se resolvam e, posteriormente, o tribunal dissolva esta separação de pessoas e bens, permitindo aos cônjuges voltarem a estar unidos pelo matrimónio gozado na sua plenitude.

Terminadas as considerações a fazer sobre os dois conceitos jurídicos distintos, aplicá-los-emos nas responsabilidades parentais, podendo-se concluir que há uma extrema necessidade de que haja uma regulação das responsabilidades parentais em ambos os casos, desde logo pela mudança que tal significa na vida da criança. Com o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, a realidade familiar vai sofrer significativas alterações, pois que os pais, em princípio, já não vão viver na

⁵⁴Oliveira, G.D. & Coelho, F. P, “Curso de Direito da Família- Volume I - Introdução ao Direito Matrimonial” Coimbra, 2008, Vol.1, p. 587, Coimbra editora.

⁵⁵ Oliveira G.D. & Coelho, F. P, *op cit* p. 564.

mesma casa, não vão fazer juntos tudo o que faziam com o menor, não vão em conjunto contribuir ativamente na organização das tarefas deste, nem lhe vão dispensar o mesmo tempo que dispensariam antes destas realidades ocorrerem. Sendo o superior interesse da criança a preocupação máxima dos progenitores e da lei, é necessário que se regulem as responsabilidades parentais para que a nova realidade da vida da criança tenha as menores mutações e repercussões possíveis.

2.3 Os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida

A separação de facto e a inexistência de comunhão de vida entre os progenitores encontram-se plasmadas nos arts. 1905.º e 1906.º, *ex vi* do art. 1909.º⁵⁶, todos do CC. Ora à semelhança do que explanamos no subponto imediatamente anterior, os progenitores, embora casados, encontram-se separados de facto e sem qualquer comunhão de vida. Esta alínea é de suma importância e talvez a que mais cuidado mereça. Em Portugal, presume-se que existam centenas de progenitores nesta situação e na maior parte dos casos a lei pode não chegar às crianças sujeitas a essa realidade. Nestes casos, é necessário um maior cuidado, para que estas não venham a conhecimento da lei em fases tardias da vida da criança, o que poderia implicar graves consequências no desenvolvimento desta. Note-se que a separação de facto por um ano consecutivo, nos termos do art. 1781.º, al. a) do CC e 1782.º também do CC constitui fundamento de divórcio, revelando-se assim uma manifesta

⁵⁶ Art. 1909.º - (Separação de facto)

“1. As disposições dos artigos 1905.º a 1908 são aplicáveis aos cônjuges separados de facto.

2. Quando os progenitores pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais de filhos menores ou proceder à alteração de acordo já homologado, podem requerê-lo a todo o tempo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, nos termos previstos nos artigos. 274.º-A a 274.º-C do Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, ou requerer a homologação judicial de acordo de regulação das responsabilidades parentais, nos termos previstos no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.”

desnecessidade dos cônjuges em prosseguir com um matrimónio se assim o pretenderem.

2.4 Os progenitores não tenham qualquer convivência marital

Supomos situação é, também, frequente na nossa sociedade. O nosso ordenamento jurídico verte estas realidades nos arts. 1905.º e 1906.º, *ex vi* do art. 1912.º, n.º 1, todos do CC. Esta convivência marital deve ser entendida como a convivência equivalente ao matrimónio, em que existe entre os sujeitos deveres e direitos, bem como comunhão de casa e de leito. Assim sendo, este caso adapta-se aos casais de namorados ou às situações casuais em que das mesmas nasce uma criança e que, desse modo, dão origem a uma necessidade real de regulação das responsabilidades parentais. Nestes casos, é necessário que o tribunal, em espaços de tempo considerados, avalie a situação do menor de forma contínua e perceba se há ou não uma necessidade de nova regulação das responsabilidades parentais que se enquadre aos interesses da criança.

3. Modalidades das Responsabilidades Parentais

Como já tivemos oportunidade de referir, há duas formas de regulação das responsabilidades parentais: ou por acordo entre os progenitores ou por decisão do tribunal.

Quanto ao acordo entre os progenitores, embora haja uma maior abertura e discricionariedade dos pais em decidir o melhor para os filhos, a mesma não é total, pois o Ministério Público tem sempre a função de atestar se o acordo realizado acautela ou não os interesses da criança. Na prática, o que poderá acontecer é que um dos progenitores, por estar mais abalado com a separação ou até por ter menos condições económicas que

o outro, se sujeite a realidades que ele próprio sabe que não são as melhores para a criança. Esta situação irá manifestar uma necessidade imperiosa de que sejam verificados os acordos elaborados pelos progenitores. Nestes casos, é claro que o Ministério Público não vai conseguir determinar com precisão se está ou não a ocorrer este tipo de situação, mas, ao analisar o acordo vai conseguir determinar se, pelo menos, os interesses daquela criança estão acautelados.

Por outro lado, as responsabilidades parentais podem ser exercidas de várias formas, nomeadamente de forma conjunta, ou seja, por ambos progenitores (arts. 1901.º; 1906.º, n.º 1; 1911.º; 1912.º todos do CC); de forma exclusiva, isto é, por um dos progenitores (1902.º, n.º 2 do CC) e por delegação de um progenitor (art. 1906.º, n.º 4 do CC). Analisemos agora cada uma destas modalidades.

3.1 Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais

Como já mencionamos, com a lei n.º 61/2008, o ordenamento jurídico português passou a privilegiar o exercício conjunto das responsabilidades parentais no que respeita às decisões a tomar quanto a questões de particular importância, excetuando-se os casos em que o tribunal, atendendo ao superior interesse da criança, entende de forma diferente⁵⁷. A jurisprudência é perentória ao afirmar que as responsabilidades parentais devem ser exercidas de forma conjunta, no que respeita aos atos de particular importância, o que mostra a coesão que o direito pretende atribuir à relação familiar e à manutenção da convivência entre ambos os progenitores e a criança. Neste sentido, tomamos como exemplo, o acórdão do TRL de 24 de janeiro de 2017, proc. n.º 954-15.2T8AMD-A.L1-7 que refere que:

⁵⁷ Cfr. art. 1906.º, n.º 2 do CC

“2 - Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.”.

“I - O exercício comum das responsabilidades parentais relativas a questões de particular importância para a vida do filho é agora a regra geral consagrada no art. 1906º, nº 1 do C. Civil - na redação que lhe foi dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro - para os casos em que os progenitores não tenham já vida em comum, regra que apenas é excecionada na hipótese desse exercício em comum se revelar contrário aos interesses do menor - nº 2 do mesmo preceito.

II - Posto que o art. 1906º do C. Civil, na sua anterior redação, apenas previa o exercício em comum das responsabilidades parentais no caso de acordo dos pais nesse sentido - nº 1 -, na ausência do qual o tribunal determinaria a qual dos progenitores caberia a confiança do menor e o exercício do poder paternal - nº 2 -, o regime vigente mostra-se profundamente inovador;

III - Subjaz-lhe o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e evidencia o propósito do legislador de envolver, comprometendo e responsabilizando, ambos os progenitores no cumprimento dos poderes/deveres que são conteúdo da responsabilidade parental - velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação e representá-los e administrar os seus bens.

IV - E porque as responsabilidades parentais são exercidas no interesse do menor, tem de concluir-se que o objetivo final do legislador é o de cimentar o contacto, tão próximo quanto possível, do filho com ambos os progenitores, de modo a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe proporcionará.

V - Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem, a guarda/residência conjunta é o instituto com melhor aptidão para preservar as relações de afeto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o

que necessariamente concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos. das responsabilidades parentais.”⁵⁸

À semelhança do que tem vindo a ser referido, o acórdão mencionado transcreve claramente a preocupação do legislador em manter uma relação ativa da criança com ambos os progenitores, protegendo não só a criança, como estes últimos, no que toca ao exercício dos seus direitos.

Esta modalidade é a regra mais usual de atribuição das responsabilidades parentais e baseia-se essencialmente no facto de serem os 2 progenitores a tomarem as decisões quanto às questões de particular importância para a criança. Refere o art. 1906.º, n.º 1 do CC que “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível”. Esta norma traduz-nos um princípio de igualdade dos progenitores no que respeita ao poder de decisão deles nas questões de particular importância na vida dos filhos, o que se revela de extrema importância, pois, se um progenitor deverá saber o que é melhor para os filhos, os dois em conjunto saberão muito melhor. Quando os pais não conseguem entender-se no respeitante a estas questões, as mesmas serão resolvidas, como acima referido, pelo juiz.

O n.º 2 do art. 1906.º do CC refere que “quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.”, configurando-se, desta forma, uma exceção ao n.º 1 que privilegia o

⁵⁸ Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fb2b82219d3c679d8025815b0033b392?OpenDocument&Highlight=0,954-15.2T8AMD-A.L1-7%20>.

exercício conjunto das responsabilidades parentais. Refere, ainda, o n.º 2 que o exercício deve ser exclusivo para um dos progenitores quando o exercício conjunto se mostre manifestamente contrário aos interesses do menor, o que vem a ser acolhido pelo RGPTC no seu art. 40.º, n.ºs 8 e 9⁵⁹ que vem confirmar a aplicação do direito substantivo ao processo de regulação das responsabilidades parentais. Ainda tendo em conta o do n.º 9 do art. 40.º do referido diploma, este faz uma tentativa de clarificação do que considera ser contrário aos interesses do menor, referindo para tal uma possível medida de coação ou pena acessória de contacto entre progenitores.

Quanto ao exercício conjunto propriamente dito, embora a jurisprudência siga mais ou menos a mesma linha de pensamento, há autores que não concordam com esta modalidade, mais concretamente, com o facto de esta ser imposta pela lei. Cristina Araújo Dias entende que a imposição feita pelo normativo legal, retira aos progenitores a liberdade (outrora existente) de determinarem as responsabilidades parentais entre si⁶⁰, afirmando que: “(...) não se deixa aos progenitores a possibilidade de acordarem sobre o exercício do poder paternal (como no regime anterior, mas impõe-se imediatamente o exercício conjunto”⁶¹.

Por seu lado, Maria Clara Sottomayor entende que “a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais contra a vontade de um ou de ambos os pais se arrisca a provocar litígios incessantes entre os pais e recursos periódicos ao tribunal para resolver conflitos em torno da educação da criança e das decisões a tomar em relação a esta”⁶²

Amadeu Colaço, entende que, embora seja louvável a cautela do superior interesse da criança apresentado pela norma, esta imposição de

⁵⁹ Art. 40.º, n.ºs 8 e 9 do RGPTC

“8 - Quando for caso disso, a sentença pode determinar que o exercício das responsabilidades parentais relativamente a questões de particular importância na vida do filho caiba em exclusivo a um dos progenitores.
9 - Para efeitos do disposto no número anterior e salvo prova em contrário, presume-se contrário ao superior interesse da criança o exercício em comum das responsabilidades parentais quando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre os progenitores.”

⁶⁰ Dias, C. M. “Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, 2009, p. 48. Almedina.

⁶¹ Dias, C.M. *op cit* pp.48.

⁶² Sottomayor, M.C. *op cit* p. 227.

guarda conjunta pode transportar para a relação entre pais e filhos conflitos que existiam outrora entre os progenitores⁶³.

Entendemos nós que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, dentro dos limites impostos pelo próprio normativo, está de acordo com o que se pretende para a proteção dos direitos da criança. Deste modo, o legislador consegue garantir que se respeitam os direitos dos progenitores, nomeadamente, o de estarem presentes, transmitindo os valores fundamentais à criança, educando-a e acautelando o seu superior interesse, isto é, ter ambos os progenitores presentes na sua vida.

3.2 Exercício exclusivo das responsabilidades parentais

Conforme refere o art. 1906.º, n.º 2, do CC, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais só ocorre em último caso e quando estamos perante casos de extrema necessidade, por não estarem acautelados os interesses do menor. Esta nova imposição de guarda conjunta, traz entraves significativos à tramitação do processo de divórcio por mútuo consentimento. Ora, se apenas o tribunal pode decretar o exercício das responsabilidades parentais de forma exclusiva de um dos progenitores, num quadro de divórcio por mútuo consentimento (que desde 2001 corre nas conservatórias) não pode ser, imediatamente, fixada esta modalidade, uma vez que a mesma depende de decisão fundamentada do juiz e não do acordo dos progenitores. Neste seguimento, o acordo será obrigatoriamente recusado pelo Ministério Público, mal este o receba. Outra das particularidades é o facto do acordo puro e simples dos progenitores em atribuir guarda exclusiva a um dos progenitores não poder ser fundamento para esta atribuição, uma vez que, como já referimos anteriormente, esta está diretamente sujeita aos interesses do menor⁶⁴.

⁶³ Colaço, A. “Novo Regime do Divórcio”, 2ª ed. revista e atualizada, 2009, Coimbra, ps. 129 a 131, Almedina.

⁶⁴ No mesmo sentido Ramião, T.A. “O Divórcio e as Questões Conexas- Regime Jurídico atual”, Lisboa, 2011, ps. 160-163, Quid Iuris e Fialho, A.J. “Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”. 2ªed.2013, p. 78, CEJ Guia Prático.

Perante todo o exposto, denota-se perfeitamente que todos os acordos dos pais quanto à forma como exercem as responsabilidades parentais sobre os filhos, embora possam ser consensuais entre si, não têm uma abertura total ao seu respetivo arbítrio, estando sempre limitados ao superior interesse da criança.

Numa sociedade em que há uma suma preocupação com a criança e os seus interesses, não é possível que os progenitores ditem a seu bel prazer o que será da vida daquela sem que, pelo menos, tal seja supervisionado por entidades competentes, focadas nos direitos e interesses da criança.

A intervenção e a presença de ambos os progenitores na vida do menor são essenciais para um bom desenvolvimento sentimental, intelectual e até mesmo físico deste, o que significa que só quando há uma decisão judicial que decrete o afastamento de um dos progenitores e a atribuição da guarda total ao outro progenitor é que podemos falar em exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Mesmo sendo atribuído o exercício exclusivo das responsabilidades parentais a um dos pais, tal não significa que haja um corte definitivo do progenitor não guardião com a criança. Diz-nos o n.º 6 do art. 1906.º que “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”, ou seja, o progenitor que não detém a guarda pode sempre supervisionar as decisões tomadas em relação à criança, bem como reunir-se com os terceiros que interajam diretamente com esta (professores, educadores, etc.) para perceber a sua evolução e acompanhar o seu crescimento. Ao direito de exigir saber das decisões tomadas pelo progenitor guardião quanto à criança, corresponde um dever de as prestar e, por isso, o progenitor guardião tem o dever de informar o outro das suas decisões e do rumo que toma a vida da criança.

3.3 Delegação dos atos da vida corrente

Diz-nos o n.º 4, do art. 1906.º do CC que “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”. Esta norma leva a diversas formas de interpretação por parte da doutrina. Tomé d’Almeida Ramião entende que esta disposição se aplica às situações da vida normais, nomeadamente na escola, creche ou até a entrega do menor ao cuidado de um familiar enquanto o progenitor que detém a guarda trabalha⁶⁵. Nestes casos, os atos da vida corrente estão entregues a um terceiro por delegação do progenitor e assim acontece com todas as crianças no seu percurso educacional.

Em sentido divergente, outros autores defendem que esta norma foi projetada para abranger os “padrastos ou madrastas” que em situações de nova família vão assumir o papel de um pai ou de uma mãe na vida da criança e, por isso, podem tomar decisões características desses mesmos estatutos⁶⁶.

Por outro lado, Maria Clara Sottomayor entende que esta faculdade de delegação de poderes, concebida pelo art. 1906.º n.º 4, se reporta aos avós “quando cuidam dos netos em colaboração com os pais, prestando cuidados básicos de alimentação, saúde e higiene, e desempenhando tarefas educativas (...)”⁶⁷

Nós entendemos, conforme Tomé d’Almeida Ramião que, uma vez que, toda a criança num dia ou noutro, sendo na creche, numa ama, ou em casa dos avós está sujeita a uma delegação das responsabilidades parentais, que passam a ser exercidas, quanto aos atos da vida corrente, por essas mesmas pessoas. É humanamente impossível estar 24 sobre 24 horas com a criança, durante toda a vida da criança, pois há sempre situações em que por qualquer motivo, o progenitor tem de se afastar, ainda que por poucos

⁶⁵ Neste sentido Ramião, T.A. *op cit* p. 160.

⁶⁶ Oliveira, G. “A Nova Lei do Divórcio”, *Revista Lex Familiae*, n.º 13, 2010 p.26.

⁶⁷ Sotttomayor, M.C. *op cit* p.205.

minutos, sendo que, nesses momentos está a delegar a sua competência de guardião a um terceiro da sua confiança.

4. Processo de Regulação das Responsabilidades Parentais

Tanto os pais como os filhos têm obrigação de se respeitarem, auxiliarem e prestarem assistência reciprocamente e dentro das suas capacidades. Quando, por algum motivo estas obrigações recíprocas não possam ser cumpridas ou vejam o seu alcance diminuído, há a necessidade de as regular, seja por acordo dos progenitores, nos limites da lei, ou por decisão judicial. Ao contrário do que acontecia antes de 8 de setembro de 2015⁶⁸, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são regulados pelo RGPTC⁶⁹, inserido pela proposta de Lei n.º 338/XII, e posteriormente aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

Os processos tutelares cíveis são de jurisdição voluntária⁷⁰, o que significa que “não t[ê]m na sua base um conflito de interesses, não veiculando o exercício do direito de ação; visando a prossecução de interesses privados não organizados em conflito, neles o tribunal exerce uma função administrativa e já não uma função jurisdicional, como no processo contencioso”⁷¹.

Em suma, o que se depreende desta definição apresentada por Lebre de Freitas, e aplicando-a ao caso em estudo, é que o possível conflito de interesses entre os progenitores é consumido pelo superior interesse da

⁶⁸ Nos períodos que antecedem esta data, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais eram regulados pela Organização Tutelar de Menores, DL n.º 314/78, de 27 de outubro que foi então revogado para dar lugar ao RGPTC.

⁶⁹ Art. 1.º conjugado com o art. 3.º do RGPTC;
Art. 1 do RGPTC (Objeto)

“O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, doravante designado RGPTC, regula o processo aplicável às providências tutelares cíveis e respetivos incidentes”.

Art. 3.º al. C) RGPTC (Providências tutelares cíveis)

“Pra efeitos do RGPTC, constituem providências tutelares cíveis:

C) A regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes;”

⁷⁰ Art. 12.º do RGPTC (Natureza dos processos)

“Os processos tutelares cíveis têm a natureza de jurisdição voluntária.”

⁷¹ Freitas, J.L. “A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013” Coimbra, 2013, 3ª edição, p. 18, nota 3, Coimbra Editora.

criança, sendo essa a base da decisão do juiz. Nestes processos, o juiz tem um importante papel de mediador, tentando conciliar as partes.

Embora de distinta tramitação face aos processos de jurisdição contenciosa, os processos de jurisdição voluntária não estão na total dependência das partes, havendo um controlo judicial que os irá limitar formalmente e sujeitar a limites normativos⁷². No mesmo sentido tem ido a jurisprudência referindo que “nos processos de jurisdição contenciosa, o tribunal é chamado a exercer a função jurisdicional própria dos órgãos judiciais, elaborando e formulando a solução concreta que decorre do direito substantivo aplicável, nos processos de jurisdição voluntária, a função exercida pelo juiz não é tanto de intérprete e aplicante da lei, como de verdadeiro gestor de negócios – negócios que a lei sob a fiscalização do Estado através do poder judicial.”⁷³

No caso das responsabilidades parentais, os processos de jurisdição voluntária têm a particularidade de permitirem ao juiz uma investigação livre dos factos, permitindo-lhe ainda uma análise de todos os meios de prova que os possam suportar, tendo sempre como base da resolução do litígio o superior interesse da criança.⁷⁴

Em suma, tal como referido, podemos regular as responsabilidades parentais de duas maneiras distintas. A primeira consiste na homologação judicial de um acordo pré-estabelecido entre os progenitores e a segunda aplica-se aos casos em que não há acordo dos progenitores e, para salvaguardar o superior interesse da criança, há necessidade de intentar uma ação para que seja o tribunal a determinar e estabelecer o exercício das responsabilidades parentais.

⁷² Neto, A. “Código de Processo Civil Anotado”, 2017, 4ª edição Revista e Ampliada, p. 1425, EDIFORUM.

⁷³ “Processo Judicial de Promoção e Proteção de Menor em Perigo; Valor; Omissão”, Ac. TRL de 7 de dezembro de 2006, proc. n.º 10140/2006-7. Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa8271.º2ff802575.º83004e3ddc/ed63d5676f9ea3cc80257248005b9c6e?OpenDocument>.

⁷⁴ “Exercício das Responsabilidades Parentais; Processo de Jurisdição Voluntária; Princípio da Legalidade; Interesse da Criança”, AC. TRL de 18 de outubro de 2012, proc. n.º 538/11.4TBBRR-AL1-8, obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/074bd591779fbf9c80257ab7004073de?OpenDocument>.

4.1 Regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo

“Quando os progenitores pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais de filhos menores ou proceder à alteração de acordo já homologado, podem requerê-lo a todo o tempo junto de qualquer conservatória do registo civil, nos termos previstos nos arts. 274.º-A ; 274.º-B e 274.º-C do Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, ou requerer a homologação judicial de acordo de regulação das responsabilidades parentais, nos termos previstos no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro”⁷⁵. Efetivamente, com a lei n.º 5/2017, de 2 de março, estabeleceu-se o “regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das conservatórias de registo civil em caso de separação de facto e de dissolução de união de facto, bem como entre pais não casados, nem unidos de facto (...)”⁷⁶.

Esta forma de tramitação nas conservatórias de registo civil não é uma novidade para nós. Com a lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, foi dada a possibilidade aos cônjuges de porem termo ao casamento nas conservatórias de registo civil e, através destas, verem o acordo pré-estabelecido de responsabilidades parentais relativo aos filhos menores homologado⁷⁷. Se tal se verificar, o acordo é entregue ao conservador que depois o encaminha para o Ministério Público para aprovação, retificação ou recusa do mesmo⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. art. 1909.º, n.º 2 do CC.

⁷⁶ Cfr. art. 1.º Lei n.º 5/2017 de 2 de março.

⁷⁷ Cfr. “Homologação do Acordo de Responsabilidades Parentais; Conservatória de Registo Civil”, Ac. TRL, junho de 2018, proc. n.º 28114/17.OT8LSB.L1-6, obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/af409e059f0ccaf1802582cf003512ec?Op enDocument>.

⁷⁸ Cfr. art. 1776.º-A do CC (Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais)

“1. Quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.

2. Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

No caso de o Ministério Público entender que o acordo apresentado pelos progenitores acautela devidamente os interesses da criança ou crianças, emite um parecer positivo ao conservador que lho havia remetido, homologando o mesmo. Na eventualidade de o procurador do Ministério Público considerar que aquela predeterminação das responsabilidades parentais tutela de forma deficiente o superior interesse da criança, tem este a faculdade de convidar os progenitores, por intermédio do conservador, a apresentarem novo acordo ou retificarem os pontos que não estão em conformidade. Se os requerentes acatarem as alterações sugeridas, o Ministério Público procede a uma nova conspeção e homologa o acordo. Se os progenitores não aceitarem as imposições do Ministério Público, o processo é remetido para o tribunal competente, sendo este o da residência do menor no momento da instauração do processo⁷⁹.

No caso de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo dos progenitores, estes têm de entender-se quanto a três pontos essenciais e que devem constar desse mesmo acordo: a atribuição da guarda do menor, o regime de visitas do não guardião e a pensão de alimentos que o progenitor não guardião tem a dar ao outro progenitor. Como já tivemos oportunidade de referir, este acordo entre os progenitores não pode ser feito de forma leviana, nem pode olhar aos interesses dos progenitores acima dos do menor. É imperioso que se compreenda que o ser que necessita de proteção é o menor e é a este que os progenitores devem o cuidado, o carinho, o respeito e toda a dedicação. Neste seguimento foi dada competência ao Ministério Público para inspecionar e analisar o acordo realizado, acautelando sempre o superior interesse da criança.

3. Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do artigo anterior.

4. Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no artigo 1778.º.”

⁷⁹Cfr. art. 9.º, n.º 1 RGPTC (Competência territorial)

“1 - Para decretar as providências tutelares cíveis é competente o tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado.”.

4.2 Regulação das responsabilidades parentais quando não há acordo entre os progenitores

Atendendo, agora, à situação oposta da acima referida e tendo em conta toda a jurisprudência que temos vindo a referir no presente capítulo, concluímos que o que ocorre na maioria dos casos é a necessidade dos progenitores se socorrerem de um processo judicial para regularem o exercício das responsabilidades parentais. O passado entre os progenitores da criança, tem muita influência sobre estes processos, havendo uma necessidade de avaliação do comportamento de ambos, quer entre si, quer com o seu descendente. O conhecimento da personalidade, hábitos e crenças um do outro é um dos fatores que releva quando estamos perante a regulação das responsabilidades parentais, principalmente nos casos em que não há entendimento entre os progenitores. Nestes casos, entendemos que o papel do tribunal é fundamental no que toca à proteção do superior interesse da criança, sendo a entidade que vai assumir a direção das responsabilidades parentais, abstendo-se da conflitualidade entre os progenitores. Desta forma o tribunal assume uma posição de protetor do superior interesse daquela criança, sobre quem incide o litígio, avaliando o caso de forma estanque, alheio aos interesses dos progenitores que o possam comprometer, bem como a teorias doutrinárias que generalizam as situações de conflitualidade parental nestes casos concretos⁸⁰.

O processo vem regulado no RGPTC e, de entre os processos de jurisdição voluntária nele existentes, a regulação das responsabilidades

⁸⁰ Cfr. “ Responsabilidades parentais; Decisão provisória; Guarda partilhada; Figura primária de referência”, Ac. TRG de 12 de janeiro de 2017, proc. 996/16.OT8BCL-D.G1, obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4585cdc8f4ad5913802580c70058d936>, do qual se transcreve parte do sumário relevante para confirmar a posição defendida. “V - Na busca da solução para o caso concreto, não devemos guiar-nos apenas por meras generalidades opinativas ou teses mais ou menos científicas, fruto da “espuma dos dias”, que as há num sentido e noutro – uns dando prevalência à figura materna no que tange a crianças de tenra idade, tese que assenta na profunda ligação biológica da criança, desde o útero materno e que persiste na aleitação, defendendo-se, que, só mais tarde, com a socialização da criança, o papel do pai assume relevância; outros defendendo que essa relação pode ser estabelecida com qualquer progenitor ou terceira pessoa, podendo nem existir uma figura primária de referência, muito menos a materna.

VI - Há sim que analisar e ponderar as circunstâncias concretas desta família e como se estabeleciam no seu seio as rotinas e distribuíam os papéis.

VII - O interesse dos menores é certamente o de manterem estreito contacto com os progenitores. Mas, apesar do que se diz sobre a fácil adaptabilidade das crianças a novos cenários, é também o da estabilidade possível num contexto já ele conturbado pela separação dos pais.”.

parentais é um processo especial que se encontra previsto nos arts. 34.º a 44.º do RGPTC. Debrucemo-nos, pois, de forma sintética, sobre a forma como este processo é tramitado nos tribunais.

Então, o processo inicia-se com um requerimento apresentado pelos progenitores em conjunto ou separadamente, ou pelo Ministério Público, que tem legitimidade ativa para instaurar esta ação em representação da criança, acautelando sempre o seu superior interesse⁸¹. Segue-se, depois, a chamada conferência de progenitores, na qual o juiz assume uma função de mediador e tenta que haja acordo entre as partes. Se o acordo for possível e se o mesmo for acautelador do superior interesse da criança, o juiz convoca o procurador do Ministério Público para dar o seu parecer e, tendo-se chegado a um consenso, o acordo é homologado por sentença⁸².

Quando, no decurso da conferência, se frustrar o acordo entre os progenitores o juiz tem não só um dever de mediação como também de decisor, proferindo regulação provisória das responsabilidades parentais em relação ao menor ou menores em causa imposta imediatamente aos progenitores. Não sendo possível o assentimento dos progenitores na conferência e sem prejuízo do regime provisório que o juiz irá implementar, é a mesma suspensa e são remetidas as partes para a mediação e/ou para a audição técnica especializada⁸³.

⁸¹ Arts. 3.º, n.º 1, al. a); n.º 5; n.º 1, al. c) e n.º 4, al. a) do Estatuto do Ministério Público
Art.3.º (Competência)

“1 - Compete, especialmente, ao Ministério Público:

a) representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta;”

Art. 5.º (Intervenção principal e acessória)

“1 - O Ministério Público tem intervenção principal nos processos:

c) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta;

4 - O Ministério Público intervém nos processos acessoriamente:

a) quando, não se verificando nenhum dos casos do n.º 1, sejam interessados na causa as Regiões Autónomas, as autarquias locais, outras pessoas colectivas públicas, pessoas colectivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos;”.

⁸² Art.37.º do RGPTC (Acordo ou falta de comparência de algum dos pais)

“1 - Estando ambos os pais presentes ou representados, o juiz procura obter acordo que corresponda aos interesses da criança sobre o exercício das responsabilidades parentais.

2 - Se conseguir obter o acordo, o juiz faz constar do auto da conferência o que for acordado e dita a sentença de homologação.

3 - Se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouve as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar em auto as suas declarações, e manda proceder às diligências de instrução necessárias, nos termos previstos no artigo 21.º e decide.

4 - A conferência não pode ser adiada mais de uma vez por falta dos pais ou seus representantes.

5 - A conferência já iniciada pode ser suspensa, estabelecendo-se, por período e condições determinados, um regime provisório, em consideração pelos interesses da criança.”

⁸³ Art. 38.º RGPTC (Falta de acordo na conferência)

Findos estes procedimentos, o tribunal avalia as conclusões de cada um destes meios acima enunciados, ou dos dois se deles se tiver socorrido, e convoca os progenitores para uma continuação da conferência de pais tendo como objetivo o acordo quanto à regulação das responsabilidades parentais. Nos casos em que há acordo, funciona exatamente como se estes dois processos não existissem; se não houver acordo, são os progenitores informados de que têm 15 dias para apresentarem alegações, arrolarem testemunhas e juntarem documentos, seguindo o processo para audiência de discussão e julgamento. Se, por outro lado, não houver qualquer intervenção processual por parte dos progenitores, é ouvido o Ministério Público e proferida sentença. É muito importante que se compreenda o funcionamento das responsabilidades parentais e a forma como elas são atribuídas e acordadas para que se possa perceber, o crime de subtração de menor que ocorre quando a regulação do exercício das responsabilidades parentais não é respeitada.

“Se ambos os pais estiverem presentes ou representados na conferência, mas não chegarem a acordo que seja homologado, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, suspende a conferência e remete as partes para:

- a) Mediação, nos termos e com os pressupostos previstos no artigo 24.º, por um período máximo de três meses; ou
- b) Audição técnica especializada, nos termos previstos no artigo 23.º, por um período máximo de dois meses.”.

III Capítulo: Do crime de Subtração de Menor – a alínea c) do n.º 1 do art. 249.º do Código Penal

1. A tutela penal da subtração de menor

Como é comumente afirmado⁸⁴, o direito penal é um ramo de direito público. Assim é, pois, quando se reconhece a existência de um crime, o facto que lhe deu origem terá repercussões na sociedade em geral⁸⁵, ainda que de forma mais evidente e significativa para o ofendido. O direito penal tem, por isso, como função primordial a proteção dos “valores ou bens jurídicos assumidos pela consciência ético-social como indispensáveis à realização pessoal e à convivência comunitária, possibilitadora daquela realização pessoal individual”⁸⁶, ou seja, tem este ramo de direito uma especial obrigação que o impulsiona a fazer com que aquilo que os cidadãos entendem como seguro, não seja extravasado por quem quer que seja⁸⁷. Na hipótese de ocorrer uma violação dos bens jurídicos constitucionalmente consagrados, cabe ao Estado exercer o *ius puniendi* que, através dos seus mecanismos coercivos, fará com que o delinquente possa ser alvo de uma intervenção⁸⁸ que o torne num cidadão apto para a vivência em sociedade, interrompendo, de preferência definitivamente, a atividade criminosa.

Enquadrando-nos quanto ao crime de subtração de menor, temos de perceber que, pela sua natureza essencialmente familiar e, portanto, maioritariamente civilista, a tutela penal é um pouco discutida, sendo por várias vezes defendido que os mecanismos do direito civil seriam suficientes para acautelar o bem jurídico protegido pela norma. Nesse

⁸⁴ Carvalho, A. T. “Direito Penal Parte geral - Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime”, Coimbra, setembro de 2008, p.102, Coimbra Editora; e

Dias, J. d. F. “Direito Penal- Parte Geral, Tomo I”, Coimbra, outubro 2012, p. 13, 2ª edição, Coimbra Editora.

⁸⁵ Seja pelo facto da sociedade, na pessoa dos seus cidadãos, se sentir lesada, seja pelo facto de poderem viver com receio de que a atividade criminosa volte a ocorrer, nomeadamente aos próprios, é imperiosa a existência do direito penal, de forma a afastar os perigos e os potenciais ataques criminosos.

⁸⁶ Carvalho, A. T. *op cit* p. 102.

⁸⁷ É esta situação uma clara evidência da função preventiva da norma penal.

⁸⁸ No sentido de sanção penal.

sentido, achamos ser essencial perceber as principais diferenças entre o direito civil e o direito penal.

No que toca ao direito penal, os bens jurídicos protegidos são um suporte que se concretiza na sua repercussão para a sociedade em geral, ao passo que, no caso do direito civil, os bens jurídicos protegidos têm como incidência o sujeito individual, atendendo a que a violação desses mesmos bens não terá repercussão na comunidade, como acontece no direito penal. As diferenças fazem-se, também, notar nas consequências jurídicas aplicadas por esses dois ramos do direito. No tocante ao direito penal, estas têm uma função preventiva, punindo o agente tendo em consideração o momento do crime e o seu futuro, sempre com os objetivos colocados no comportamento posterior que este poderá desenvolver. O mesmo já não ocorre no direito civil, onde as repercussões são fundamentadas no momento da prática do ato ilícito e no momento em que é reparado o dano causado pelo autor. Quanto à responsabilidade dos infratores, existem também formas distintas de tratamento quanto a ambos ramos de direito. Se no direito penal há apenas responsabilidade criminal quando o indivíduo pratica facto ilícito típico criminal com culpa, no direito civil basta que haja comportamento ilícito, sendo que este não tem obrigatoriamente de constar na lei, diversamente ao que ocorre no processo penal. Desta forma só deve haver tutela do direito penal quando “a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade”⁸⁹, tendo a mesma que ser adequada e necessária para a prevenção da atividade criminosa, não se podendo, através desta, justificar aplicação medidas desmesuradas. Ao par da sua função preventiva no que tange à prática da atividade criminosa, o direito penal tem ainda um poder coercivo vocacionado para a punição do agente que perpetrar factos suscetíveis de integrar ilícitos criminais. As sanções aplicadas pelo direito penal têm sempre consequências para o agente e

⁸⁹ Andrade, M.d.C. “A 'dignidade penal' e a carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992, p. 186.

serão marcantes na sua posterior inserção na sociedade⁹⁰, pelo que é de extrema importância o facto de só se poderem aplicar em *ultima ratio* e quando não seja possível de modo algum a proteção do bem e reparação do mesmo por outro ramo de direito. Determinada que seja a aplicação do direito penal e a sua tutela, é determinante que “o sistema penal responda apenas aos ataques mais graves aos bens jurídicos constitucionais cujas consequências não possam ser suficientes e adequadamente evitadas por outros sistemas como o direito civil, administrativo ou disciplinar”⁹¹.

Quanto à tutela prevista na subtração de menor, entendemos que a mesma é justificada e tem em vista a proteção de direitos constitucionalmente consagrados⁹², nomeadamente a manutenção da relação entre pais e filhos. Não podemos dizer que o direito civil não trata também estas questões, visto que quando estamos perante casos de rutura conjugal, que põem em causa a convivência do menor com ambos progenitores, há uma obrigação de regulação das responsabilidades parentais e, quando estas não são cumpridas, incorrem os progenitores em incumprimento. Esta realidade cinge-se concretamente à alínea al. c) do n.º 1 do art. 249.º, (visto que nas alíneas a) e b) não entendemos colocarem-se estas questões) uma vez que é imperiosa a ação do direito penal para acautelar o bem jurídico prevenido pela norma.

A tutela conferida na al. c)⁹³ projeta uma proteção que vai além do simples incidente de incumprimento. Veja-se que estamos a falar de realidades graves, com repercussões elevadas na vida da criança e dos seus progenitores atendendo a que, apesar do direito civil tentar abranger estas situações, tal não é suficiente. Estamos a falar de comportamentos repetidos que sem o poder coercivo do direito penal não poderão ser de todo evitados⁹⁴.

⁹⁰ ⁹¹ Albuquerque, P. P. “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” Lisboa, 2015), 3ª edição, p. 71.º, Universidade Católica Editora.

⁹² Art. 36.º, n.ºs 5 e 6 da CRP (Família, casamento e filiação)

“5.Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”.

⁹³ Que não é só à al. c) mas sim a toda a norma.

⁹⁴ Atente-se no exemplo de quando há incumprimento do regime de responsabilidades parentais e nos socorremos do direito civil e dos seus mecanismos. No fim do processo atinente ao incumprimento, o juiz decreta

Quanto à tutela, o principal problema que se coloca é quando a lei refere na sua alínea al. c), a recusa de acolhimento do menor, reconhecendo-o como ato típico que preenche o tipo legal. Aqui apresentam-se sérias e fundadas dúvidas sobre o que o legislador quis acautelar verdadeiramente. Quando estamos perante uma recusa no acolhimento da criança, há uma negação por parte de um dos progenitores em estar com ela e, por mais que o outro progenitor consiga fazer com que a criança não sinta essa realidade, ela não deixa de existir. No entanto, até que ponto pode a lei penal punir a recusa do progenitor em estar com a criança?

Para que se possa enquadrar tal comportamento nas condutas que a norma visa proteger, tem de haver sucessivos entraves à recolha e acolhimento do menor pelo progenitor visado, realidade que nos conduz para contextos em que o pai ou mãe, tendo um papel ativo na vida da criança, age, constantemente de forma a recusar/impedir o acolhimento, fazendo com que isso traga consequências ativas na vida normal da criança e na sua relação tanto consigo, como com o outro progenitor.

Em suma, entendemos que o comportamento do progenitor que simplesmente não quer ter um papel ativo na vida do menor, não cumprindo o regime de visitas, deve ser dirimido em processo tutelar cível adequado ⁹⁵, não se entendendo, nestes casos, haver necessidade de

que a um dos progenitores fica vedada a relação com a criança. Entendemos que esta suposta realidade é o máximo que o direito civil pode fazer perante o caso jurídico hipotético e, que a mesma não é suficiente para acabar com o problema. Se este suposto progenitor, desrespeitando a sentença por incumprimento, subtrair o menor e o retirar à esfera do outro progenitor é o direito penal que tem de agir, é este ramo de direito que tem o poder de fazer valer os interesses da criança e do progenitor lesado. Se o normativo em análise não existisse, tal norma abriria mão de outras à sua disposição, como o rapto ou o sequestro. Entendemos assim ser verdadeiramente acautelador do bem jurídico constitucionalmente consagrado, o crime de subtração de menor e a atuação imediata do direito penal, ainda que possa ter já havido incidente de incumprimento no âmbito civil. ⁹⁵ Nomeadamente requerimento dirigido ao tribunal que julgou as responsabilidades parentais, suscitando o incidente de incumprimento nos termos previstos no art. 41.º do RGPTC.

Cfr. art. 41.º do RGPTC (Incumprimento)

“1 - Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, 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.

2 - Se o acordo tiver sido homologado pelo tribunal ou este tiver proferido a decisão, o requerimento é autuado por apenso ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão, para o que será requisitado ao respetivo tribunal, se, segundo as regras da competência, for outro o tribunal competente para conhecer do incumprimento.

3 - Autuado o requerimento, ou apenso este ao processo, o juiz convoca os pais para uma conferência ou, excecionalmente, manda notificar o requerido para, no prazo de cinco dias, alegar o que tiver por conveniente.

intervenção do direito penal⁹⁶. O próprio bem jurídico tutelado pela norma, como teremos oportunidade de descortinar adiante neste trabalho, contende com o cumprimento das responsabilidades parentais livres de qualquer entrave ou imposição nociva por parte de alguém, tendo como finalidade última o superior interesse da criança. O referido não se coaduna com a existência de total desapego do progenitor com a criança, uma vez que o guardião não pode considerar que haja uma violação deste bem jurídico, pois se o progenitor não está com a criança, por não ter interesse nenhum nesse mesmo comportamento, não cria expectativas e, por isso, não vai lesar o bem.

Aprofundando mais esta realidade, temos de dar relevo ao facto de o legislador ter sempre presente, acima de tudo, o bem estar da criança, futuro da sociedade, e a instituição familiar, bens jurídicos fundamentais do nosso Estado de Direito, não fazendo sentido, por isso, colocar no âmbito da tutela do direito penal um comportamento que poderá chocar diretamente com o superior interesse da criança e o seu bem-estar, ao obrigar alguém à sua presença, causando ainda mais danos que a própria ausência. António Miguel Veiga entende que o direito penal não devia aplicar-se neste caso, uma vez que o objeto da discussão se foca na “criminalização dos afetos”⁹⁷ e que esse “afeto que, constituindo (óbvio) referente da nossa existência (ou melhor, de uma certa forma de vivermos a nossa existência na relação com os outros) enquanto seres humanos, não poderá transformar-se, *ispo facto*⁹⁸, em um bem jurídico-penal entendido

4 - Na conferência, os pais podem acordar na alteração do que se encontra fixado quanto ao exercício das responsabilidades parentais, tendo em conta o interesse da criança.

5 - Não comparecendo na conferência nem havendo alegações do requerido, ou sendo estas manifestamente improcedentes, no incumprimento do regime de visitas e para efetivação deste, pode ser ordenada a entrega da criança acautelando-se os termos e local em que a mesma se deva efetuar, presidindo à diligência a assessoria técnica ao tribunal.

6 - Para efeitos do disposto no número anterior e sem prejuízo do procedimento criminal que ao caso caiba, o requerido é notificado para proceder à entrega da criança pela forma determinada, sob pena de multa.

7 - Não tendo sido convocada a conferência ou quando nesta os pais não chegarem a acordo, o juiz manda proceder nos termos do artigo 38.º e seguintes e, por fim, decide.

8 - Se tiver havido condenação em multa e esta não for paga no prazo de 10 dias, há lugar à execução por apenso ao respetivo processo, nos termos legalmente previstos.”.

⁹⁶ No mesmo sentido, Leal, A. T. “A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais - O crime de subtração de menor” p. 24, Verbo Jurídico.

⁹⁷ Termo de Veiga, A. M. “O Novo Crime de Subtração de Menor Previsto no Artigo 249.º, n.º 1, al. c) do Código Penal Português - A criminalização dos Afetos?” p. 159, Coimbra, 2014, Coimbra Editora.

⁹⁸ Itálico do autor.

como *quid* consagrador das mais lídimas manifestações de dignidade da pessoa”⁹⁹.

Em jeito de conclusão da temática da tutela do direito penal nos casos de subtração de menor, no tocante principalmente à alínea al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP, entendemos a mesma ser correta e convergente no sentido da proteção dos bens jurídicos fundamentais, desde que tenham sido sempre esgotados todos os mecanismos menos gravosos que a sanção penal. A própria jurisprudência vai nesse sentido e tem afirmado sucessivamente que o crime de subtração de menor, tal qual está exposto na lei, só deve ser aplicado em *ultima ratio* e atendendo a comportamentos e situações graves¹⁰⁰.

Em suma, entendemos que, o legislador pretendeu orientar a norma no sentido em que só se considere recusa de acolhimento nos casos em que o progenitor, tendo um papel ativo na vida da criança dificulte constantemente o acolhimento desta ou o recuse, causando impactos significativos no exercício das responsabilidades parentais ao outro progenitor e ao bem-estar da criança.

2. O bem jurídico tutelado

Não pode ser dada tutela do direito penal a uma realidade sem que a esta esteja adstrita a violação de bem jurídico constitucionalmente consagrado. Quanto à definição propriamente dita de bem jurídico, não é a mesma consensual na doutrina, podendo originar várias perspetivas e, até, diferentes interpretações.

José de Faria Costa define bem jurídico como “pedaço da realidade com densidade axiológica olhando como relação comunicacional o que a

⁹⁹Veiga, A.M, *op cit*, p. 173.

¹⁰⁰ Ver acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 687/10.6TAABF.S1, relator: Henriques Gaspar obtido de: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument> .

ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”¹⁰¹¹⁰². Entende o autor, portanto, que os bens jurídicos são os valores consagrados para a sociedade e que, por essa relação entre os valores e a sua relevância social, lhes é dada tutela penal.

Figueiredo Dias, por sua vez, define bem jurídico como “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso reconhecido como valioso”¹⁰⁴. O autor entende que o bem jurídico é a verbalização de um interesse importante para o cidadão e para a comunidade ao qual é reconhecida relevância social, tornando-se como valioso.

Germano Marques Silva entende que o bem jurídico é o “objeto jurídico do crime, é o interesse que a norma penal incriminadora visa proteger”¹⁰⁵. Entendemos que o autor faz uma concretização das definições atrás referidas e as subsume à sua definição que se torna de mais fácil compreensão e assimilação e transparece concretamente o que entendemos como bem jurídico. Esta não é mais do que o bem fundamental implícito na norma penal que fundamenta a tutela do direito penal e diz ao intérprete qual o bem elementar (interesse) que a norma visa proteger.

A violação dos bens jurídicos é sempre levada a cabo pelos comportamentos humanos que compõem o facto ilícito criminal. Ao olharmos o preceito penal, na maioria dos casos, não é evidente qual o bem jurídico que este tutela, sendo necessário que os intérpretes se socorram de técnicas interpretativas para clarificá-lo. Embora não seja evidente o bem jurídico, a norma refere de forma detalhada os comportamentos suscetíveis de o infringir, para que não haja uma discricionariedade desmedida do intérprete, o que, desde já, o direito penal acautela e muito bem, tendo em conta o seu princípio basilar de *nulla poena sine lege*, que

¹⁰¹ Costa, J. d. F, “Noções Fundamentais de Direito Penal”. 2012, 3ª edição, P. 164 Coimbra Editora.

¹⁰² Manuel da Costa Andrade define Dignidade penal “como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspetiva da sua criminalização e punibilidade” *op cit* p.184.

¹⁰⁴ Dias, J.D.F, *op cit*, p. 114.

¹⁰⁵Silva, G. M. “Direito Penal Português- Teoria do Crime.” Lisboa, 2015, p.26, Universidade Católica Editora.

vem limitar a tutela penal aos comportamentos que não se encontram tipificados na lei.

A par de tudo o que foi já explanado, é necessário fazer perceber que nem todos os bens jurídicos são bens jurídico-penais e o que os distingue é a obrigatoriedade destes últimos conterem duas condições essenciais, nomeadamente “o reconhecimento que se lhe faça, a partir de uma específica valorização jurídico-penal, de que tal bem assume uma importância fundamental para a manutenção e promoção de todo o social; depois, e intimamente ligada à primeira condição, importará que se divise no bem jurídico a chamada necessidade ou carência de tutela penal”¹⁰⁶.

Com isto quer o autor dizer que é perentório afirmar-se que um bem só será jurídico-penal quando represente um perigo para a sociedade, inafastável por outro ramo de direito, sendo assim imperiosa a intervenção do direito penal. Sendo os bens jurídico-penais fundamentais, impõe-se que haja uma limitação e controlo dos mesmos por parte da CRP. Como sabemos a CRP é o documento principal do nosso Estado de Direito e o direito penal funciona como o agente dotado de força coerciva própria que irá garantir uma vivência em sociedade, livre de perigos e conforme os nossos direitos fundamentais. Assim o sendo, o indivíduo, como ser social, ainda que livre, tem sempre os seus comportamentos controlados pelo direito penal que funciona assim como um dissuasor para a prática de factos ilícitos, embora essa função esteja sempre dotada de proporcionalidade e necessidade atendendo sempre única e exclusivamente aos casos expressamente previstos na CRP¹⁰⁷.

Quanto, especificamente, ao bem jurídico protegido pelo art. 249.º do CP não é a sua clarificação pacífica na doutrina, nomeadamente, no que toca à alínea al. c) do n.º 1, temática que nos interessa especialmente. A questão que se coloca é a de saber o que é que o legislador queria e quer no fundo proteger quando fixa que “quem, de um modo repetido e

¹⁰⁶ Veiga, A.M, *op cit* p.148.

¹⁰⁷ Art. 18.º, n.º 2 da CRP (Força Jurídica)

“2- A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”.

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” incorre na prática de crime de subtração de menor.

Sobre o que defendemos ser o bem jurídico em causa, atente-se que o juiz, no âmbito do direito civil, ao decidir a regulação das responsabilidades parentais quanto ao seu exercício (seja por seu próprio meio ou por homologação de acordo, e sempre havendo obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, tem como objetivo central e único a proteção do superior interesse da criança. Assim reforçamos que não se prende com o interesse concreto dos progenitores, mas sim da criança. Se é assim, e tendo o legislador penal esta consciência, é natural que ao vocacionar a norma em estudo tenha presente que o interesse da criança já foi acautelado pelo direito civil, não fazendo sentido usar desta norma para uma dupla proteção do superior interesse da criança. É por isto que entendemos que o bem jurídico protegido pela norma é, em primeiro lugar, o direito dos progenitores em privarem com a criança livres de qualquer entrave e segundo a forma estipulada na regulação do exercício das responsabilidades parentais, tendo como fim último o superior interesse da criança que já vem assegurado com o próprio exercício de responsabilidades parentais.

A redação trazida pela lei n.º 61/2008, como já tivemos oportunidade de referir, traz uma grande ampliação da ação do tipo legal. O legislador ao abandonar a expressão de recusa de entrega de menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado, substituindo-a pela expressão atual, faz transparecer uma clara preocupação pelas relações familiares de ambos progenitores com os seus filhos, direcionando a norma para os progenitores ou para quem tem conhecimento pelo fixado na regulação das responsabilidades parentais. Na nova redação, o legislador deu maior relevância à igualdade de direitos sobre os filhos para ambos os progenitores, pretendendo, assim, que tenham iguais direitos sobre a

criança e que a relação deles, por sua vez, ocorra num ambiente mais propício à continuidade de uma convivência familiar saudável. O equilíbrio e o bem-estar da criança baseiam-se, essencialmente, na necessidade de fomentar a proximidade existencial (e, portanto, fática) entre o menor e os seus progenitores ou quem esta legitimado a exercer as responsabilidades parentais.

As responsabilidades parentais estão plasmadas como poderes/deveres nos arts. 36.º, n.º 5, da CRP, 18.º, n.º 1 da CDC¹⁰⁸, e no 1885.º do CC¹⁰⁹.

Ora, esta situação altera de forma significativa os interesses que a norma vem agora proteger. Não estamos a falar de uma simples recusa de entrega do menor à pessoa que detém a tutela sobre ele, mas sim no não cumprimento do estipulado entre os progenitores ou pelo tribunal para a convivência do menor. Em nossa opinião, e sempre atendendo ao conceito de bem jurídico já explanado, a norma visa proteger o direito ao exercício das responsabilidades parentais, tal qual foi definido previamente, sem quaisquer entraves seja por parte exterior (no caso das alíneas a) e b) do n.º 1) seja pelo outro progenitor (no caso da alínea al. c) do mesmo preceito), nunca esquecendo o superior interesse da criança, que se irá alcançar respeitando-se esta primeira vertente de cumprimento do exercício das responsabilidades parentais.

A nossa posição é sustentada pelos princípios constitucionais adjacentes à mesma, que entendemos serem o ponto de partida da norma:

¹⁰⁸ Art. 18.º da CDC

“1 - Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.

2 - Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância.

3 - Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para garantir às crianças cujos pais trabalhem o direito de beneficiar de serviços e instalações de assistência às crianças para os quais reúnam as condições requeridas.”

¹⁰⁹ Art. 1885.º. (Educação)

“1. Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.

2. Os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um.”

o respeito pela instituição “família”, que, mesmo após a rutura conjugal, não deixa de o ser quando há um elo de ligação que é o filho, pois, para ele, a família é sempre composta pelo pai, mãe e, eventualmente pelo/s irmão/s. Nesse sentido, referimo-nos ao art. 36.º, n.º 5, da CRP, complementado pelo art. 36.º, n.º 6, do mesmo diploma, que afirmam perentoriamente que os pais têm o direito e o dever de educar os filhos, sem que deles sejam separados (a menos que haja alguma violação de direitos fundamentais da própria criança ou decisão que assim o determine).

Anuem ao nosso entendimento de bem jurídico, António Miguel Veiga¹¹⁰, Ana Teresa Leal¹¹¹ e André Lamas Leite¹¹². Em sentido divergente, Maria da Conceição Ferreira Cunha¹¹³ afirma ser função primordial da norma o bem-estar do menor e o seu interesse, considerando que a proteção das responsabilidades parentais é um meio de alcançar esse mesmo interesse, até porque é devido ao bem-estar do menor que surgem as responsabilidades parentais. O ponto de discordância atende ao bem jurídico imediato e mediato que a norma visa proteger, que nos parece ser, no imediato, a proteção da relação entre pais e filhos, incorporada no exercício das responsabilidades parentais a desempenhar de forma livre de entraves.

Ora, admitindo o superior interesse da criança como bem jurídico protegido, estaríamos a ocultar, de certo modo, o que entendemos ser o pretendido pelo legislador com a norma, que com a reforma de 2008 traz

¹¹⁰ “(...) o bem jurídico cristalizado pelo tipo legal do art. 249.º, n.º 1, al. c) do CP é multi-estruturado e estende as suas manifestações relevantes à proteção das posições (jurídicas) daqueles mesmos progenitores.” Veiga, A.M. *op cit* p. 159.

¹¹¹ “Se no âmbito dessa proteção se encontra o direito ao exercício sem obstáculos dos vários segmentos do exercício das responsabilidades parentais, tendo sempre como pano de fundo o superior interesse do filho” Leal A. T. *op cit* p. 25.

¹¹² “Quanto ao critério do bem jurídico, estamos perante um crime de dano, uma vez que, sendo o objeto de proteção da norma o conjunto de poderes-deveres que constituem as responsabilidades parentais (...)” Leite, A. L. “O Crime de Subtração de Menor- Uma Leitura Reformada do Art. 249.º do Código Penal.” 2009, *Julgar* n.º 7, p. 118.

¹¹³ “o art. 249.º do Código Penal (subtração de menor) insere-se no âmbito dos crimes contra a família. É importante salientar que, em nosso entendimento, em primeiro plano, está a tutela do interesse da criança, mais precisamente, o seu direito a permanecer numa família que dela cuide, ajudando-a a crescer livre de intromissões lesivas da sua integridade física e psicológica (...)” Cunha, M. d. “A Tutela Penal da Família e do Interesse da Criança. Em Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld”, 2013, ps. 919 e 920, Coimbra Editora.

especificamente a expressão de cumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Assim, o que ele visa com a norma é a proteção dessas mesmas responsabilidades e o direito de ambos os progenitores privarem e participarem ativamente na vida do menor, ainda que isso se traduza no superior interesse da criança.

3. Tipo objetivo de ilícito criminal

A forma como olhamos para um ilícito criminal tipificado no CP, leva-nos mais além do que é alcançável no imediato e é muito importante percebermos o motivo pelo qual aquela norma se encontra naquele local, bem como tudo o que lhe está adjacente. Neste sentido, a nossa função será fazer perceber como caracterizar e interpretar o crime de subtração, atendendo ao tipo de ilícito onde se enquadra.

O tipo de ilícito é o mecanismo através do qual se consegue depreender se determinado comportamento é contrário ao ordenamento jurídico. Esta definição leva-nos a compreender, desde já, que o tipo, ou seja, os comportamentos idealizados pelo legislador que preenchem a norma, e a ilicitude, andam sempre unidos. “Todo o tipo é tipo de ilícito”¹¹⁴, ou seja, quando o legislador prevê um comportamento e o pretende implementar na lei, pensa também que essa sua previsão vá funcionar como prevenção, tendo em vista que o destinatário não pratique o crime pois o mesmo é contrário à lei. Desta forma, percebemos que o tipo legal¹¹⁵ e a ilicitude¹¹⁶, sendo conceitos distintos, abraçam-se desempenhado a mesma “função jurídico-penal”¹¹⁷.

Esta função, assumida pelo tipo de ilícito, de dar a conhecer aos destinatários os comportamentos contrários ao ordenamento jurídico é feita através de dois instrumentos diferentes, mas convergentes entre si:

¹¹⁴ Dias, J.D.F. *op cit* p. 268.

¹¹⁵ “É a descrição abstrata que a lei faz do facto, é a expressão da conduta” Silva, G.M. *op cit* p. 14.

¹¹⁶ “É a contrariedade entre o facto, o comportamento da vida real, e o ordenamento jurídico. A ilicitude penal é a contrariedade do facto humano ao ordenamento penal” G.M. *op cit* p. 14.

¹¹⁷ Dias, J.D.F. *op cit* p. 269.

os tipos incriminadores e os tipos justificadores. Os tipos incriminadores são “o conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à fundamentação do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito”¹¹⁸, ou seja, os comportamentos suscetíveis de enquadrarem o tipo de ilícito criminal e que a ele se subsumem, onde, por isso, se vislumbra pela primeira vez o bem jurídico tutelado e a forma como esses comportamentos o poderão extravasar. Se o comportamento do agente viola o bem jurídico, é natural que seja ilícito e é isto que o tipo incriminador pretende na sua essência.

Quanto à ilicitude, nem sempre podemos considerar o facto como ilícito. Embora possamos achar que aquele comportamento é, de facto, ilícito, não podemos deixar de aferir as circunstâncias em que o mesmo ocorreu¹¹⁹, pois existem fatores que podem alterar essa classificação. Os tipos justificadores vão ao encontro do suprarreferido e, “servindo igualmente a concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem um carácter de limitação (negativa) dos tipos incriminadores”¹²⁰. A legítima defesa¹²¹, os estados de necessidade desculpantes¹²², o consentimento

¹¹⁸ Dias, J.D.F. *op cit* p. 269.

¹¹⁹ Atente-se no seguinte exemplo: A está em sua casa, a disfrutar de uma noite de cinema, na sua solidão, e eis que ouve um som estrondoso indicativo do arrombamento da sua porta das traseiras. A imediatamente dirige-se à sua cozinha e depara-se com B munido de uma arma branca e de tamanho consideravelmente superior ao normal, que se dirige a si ameaçando-o de morte, juntando a sua arma ao pescoço de A. A tendo a sua mão direita livre consegue por mão á sua faca de cozinha que se encontrava no balcão e disfire um golpe no peito de B. Ora, B cai no chão e A chama de imediato os meios de emergência para assistirem B, no entanto tal revela-se infrutífero, uma vez que a faca perfurou o coração e levou à morte de B. Analisando em linhas gerais parece-nos haver um homicídio, no entanto, A não foi condenado por qualquer crime , uma vez que havia uma causa que fazia com que o comportamento de A não fosse ilícito.

¹²⁰ Dias, J.D.F. *op cit*, ps. 269 e ss.

¹²¹Cfr. art. 31.º do CP (Exclusão da ilicitude)

“1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

a) Em legítima defesa;

b) No exercício de um direito;

c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou

d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.”.

Cfr. art. 32.º CP (Legítima defesa)

“Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.”.

¹²² Cfr. art. 35.º CP (Estado de necessidade desculpante)

“1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

desculpante¹²³, (sendo estas “resultados de uma escolha, justificada pela particular relevância e frequência que aquelas assumem para a responsabilidade jurídico-penal”¹²⁴) a atuação oficial, as ordens de oficiais ou de serviço, as autorizações oficiais (decorrendo estas do cargo desempenhado no Estado de Direito e no decorrer das funções do agente) e a ação direta (sendo ambas formas de justificação fundadas na atuação no lugar de órgão social), são alguns exemplos de causas de exclusão da ilicitude (com mais uso a nível do ordenamento jurídico penal) que o nosso ordenamento jurídico prevê para proteger as pessoas que agem e cometem de facto, o crime, mas que tiveram motivos fortes para o fazerem e que, por isso, são “desculpadas” desse mesmo comportamento.

Dentro dos tipos incriminadores, acima mencionados, encontram-se os tipos objetivo, a tratar no presente ponto, e subjetivo de ilícito, a tratar no ponto seguinte, que irão ser objeto de estudo enquadrados no crime de subtração de menor. O tipo objetivo de ilícito é “formado pelos elementos do tipo legal dotados de materialidade, de consistência e de autonomia face ao próprio agente do crime”¹²⁵. Para caracterizarmos um crime atendendo ao tipo objetivo, devemos ter em atenção o objeto da ação, a ação e o agente que pratica o crime, para assim se subsumirem as componentes do tipo objetivo à subtração de menor.

3.1 A conduta

A conduta, ou ação em sentido amplo, consiste no comportamento humano e voluntário¹²⁶ tomado pelo agente que irá conflitar diretamente

2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.”.

¹²³Cfr. art. 38.º CP (Consentimento)

“1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.”.

¹²⁴ Dias, J.D.F. *op cit*, p. 494.

¹²⁵ Carvalho, A. T. *op cit* p. 276.

¹²⁶ Sempre dominado pela vontade do agente.

com o tipo legal. O comportamento do cidadão é essencial para o direito penal pois é o desencadear de todo o processo penal que começa sempre com um comportamento que, incorporando-se no que o legislador previu e puniu, constitui a prática de crime. Embora pareça relativamente acessível compreender que a conduta são os comportamentos que, uma vez tomados pelo agente, se subsumem à previsão da norma, tal realidade é suscetível de causar inúmeros problemas, nomeadamente perceber quais as ações que pela sua natureza ou pela identidade do agente que as pratica, sejam jurídico-penalmente irrelevantes. Depois de aplicado o comportamento ao tipo de ilícito, podemos classificar a conduta ou ação segundo vários critérios.

3.1.1 Condutas do Crime de Subtração na sua alínea c) suscetíveis de integrar o ilícito criminal

Para aferir da conduta concreta, importa, em primeira linha, diferenciar entre tipos que importam produção de resultado e aqueles em que basta que o comportamento seja tomado pelo agente para que se configure o ilícito criminal, ou seja, crimes de resultado ou de mera atividade. Nos crimes de resultado, pressupõem-se a existência de uma consequência com aquele comportamento, é imperiosa a produção daquele resultado que vá consumir o crime em causa. Quanto aos crimes de mera atividade, estamos perante estes quando o resultado não é relevante para o preenchimento do tipo legal¹²⁷.

Ainda no que respeita à conduta, é necessário distinguir entre crimes de execução livre e de execução vinculada. No primeiro caso, há uma indiferença do legislador sobre a forma ou motivação de como o crime é perpetrado, enquanto, no segundo, há uma imposição da lei quanto à

¹²⁷ Cfr. Dias, J.D.F. *op cit* ps. 305 e 306.

forma ou motivação do agente, condicionando a existência de crime a essa mesma evidência¹²⁸.

Concluindo o que à conduta diz respeito, apresentamos o mais importante e o que mais divergência causa: a conduta por ação (em sentido estrito) ou omissão. Desta forma, a ação positiva “é o comportamento humano externo, um agere no mundo físico, um movimento corporal, dominado pela vontade, objectivamente dirigido para a lesão de um bem jurídico”¹²⁹, ou seja, é um comportamento voluntário proativo que colide com a ação tipicamente criminal. A omissão “é o comportamento que consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, da atividade que o agente devia e podia realizar”¹³⁰. É uma conduta negativa, um *non facere* relevante para o direito penal, porque atinge um bem jurídico tutelado e um dever legal de ação. A omissão é operada por uma conduta humana e voluntária, tal como a ação, mas concretiza-se no sentido oposto, pois, neste caso, o agente tem uma obrigatoriedade de agir e não o faz. Como temos vindo a dizer, estabelece a alínea al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP que quem “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” pratica o crime de subtração de menor. Aqui, a conduta típica foca-se na recusa, atraso ou dificuldade na entrega ou acolhimento do menor.

Em primeiro lugar, há a dizer que o normativo legal consagra um requisito de aplicabilidade que se concretiza na fixação do regime de responsabilidades parentais para a convivência do menor que, como já vimos, pode ter sido fixado de forma provisória ou definitiva. Ora, quanto à primeira possibilidade¹³¹, não deixa a mesma de ter a força jurídica da

¹²⁸ Cfr. Dias, J.D.F. *op cit* p.308.

¹²⁹ Silva, G. M.D. *op cit* p. 64.

¹³⁰ Silva, G. M.D. *op cit* p. 64.

¹³¹ Pode ocorrer quando, no decorrer de processo judicial, é marcada primeira conferência de progenitores e um deles falte, obrigando a uma suspensão da conferência de pais, implicando, deste modo, que haja uma decisão provisória do juiz (sempre acompanhada de parecer da Procuradoria da República ou de seu representante) fixando este as responsabilidades parentais até à decisão definitiva.
Cfr. art. 37.º, n.º 5 do RGPTC.

decisão final. Assim sendo, a decisão provisória é equiparada à decisão definitiva e, por isso, não é passível de incumprimento, o que faz com que a alínea al. c) do n.º 1 do art. 249.º se aplique nestes casos. Havendo recurso da decisão, o mesmo não é um entrave à aplicação da norma, uma vez que este tem efeito meramente devolutivo¹³².

Quanto à conduta propriamente dita, a al. c) do n.º1 do art. 249.º do CP consagra a recusa e o acolhimento, estando certo que em qualquer uma destas modalidades se podem inserir três formas, consistindo as mesmas em recusar de forma perentória a entrega ou o acolhimento da criança, atrasar de forma significativa a entrega ou acolhimento ou dificultar, também de forma significativa, a entrega ou acolhimento da criança.

A primeira modalidade refere-se à recusa de entrega de menor e, embora possa parecer que há pouco a dizer sobre esta realidade, isso não é tão linear assim. A norma o que protege, como já tivemos oportunidade de descrever, é o exercício das responsabilidades parentais por parte dos progenitores, exercido de forma livre e sem entraves. Neste caso, podem haver causas que justifiquem o comportamento do progenitor, não devendo o intérprete colocar todos os comportamentos no âmbito da subtração, sem que se faça uma verificação das motivações que lhe deram origem. A própria norma refere que “quem, de forma injustificada”, ou seja, só quem agir sem qualquer tipo de justificação poderá ser por esta punido. O que poderá acontecer é a suposição errada dos progenitores lesados de que a recusa de entrega é por má vontade do outro progenitor, independentemente do que a esta decisão. Imagine-se a situação hipotética de a criança se encontrar doente e o progenitor guardião entender que a mesma não deve sair de casa por um período prolongado, pois tal pode inviabilizar o seu tratamento médico. À primeira vista, parece-nos que a

¹³²Cfr. art. 32.º RGPTC (Recursos)

“· Salvo disposição expressa, cabe recurso das decisões que se pronunciem definitiva ou provisoriamente sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas tutelares cíveis.

2 · Sem prejuízo do disposto no art. 63.º, podem recorrer o Ministério Público e as partes, os pais, o representante legal e quem tiver a guarda de facto da criança.

3 · Os recursos são processados e julgados como em matéria cível, sendo o prazo de alegações e de resposta de 15 dias.

4 · Os recursos têm efeito meramente devolutivo, exceto se o tribunal lhes fixar outro efeito.”.

criança poderia ir na mesma com o progenitor e fazer o tratamento em casa deste, no entanto, tal não surtiria o mesmo efeito e temos de pensar que embora a norma proteja, em primeira linha, os direitos dos progenitores ao exercício livre das responsabilidades parentais, ela também tem uma vertente de proteção do superior interesse da criança (intrínseca à regulação das responsabilidades parentais).

A par desta causa de justificação explanada, podem existir muitas outras, pelo que o nosso alerta, tanto para os progenitores como para os intérpretes, é que se veja bem caso a caso, tendo sempre em especial atenção que a criança e os seus direitos têm de ser protegidos, ainda que isso implique um desapego na aplicação da norma objeto de estudo, socorrendo-se de outros mecanismos de ação.

Ainda nesta modalidade, podemos encontrar as formas de atraso e dificuldade de entrega, se bem que atendendo ao que já expusemos em cima, não se vislumbram relevantes referências, uma vez que se trata apenas de alteração de conceitos gerais, passados de recusa para atraso ou dificuldade, e atendendo ao facto de os mesmos virem a ser explicados quando se tratar do atraso ou dificuldade de acolhimento que causam mais controvérsias ao nível da compreensão na norma.

A segunda modalidade explanada é a da recusa de acolhimento do menor e é aqui que a doutrina mais conflitua, entendendo vários autores que nem sequer deveria haver tutela do direito penal nesta modalidade (cf. o que a este propósito dissemos no ponto 1, do capítulo III, onde se faz referência à tutela penal no caso concreto). Diversamente, entendemos que não é assim, compreendendo de modo distinto aquilo que o legislador quis acautelar com esta norma. O acolhimento pressupõe um ato positivo, um comportamento proativo de *facere*, que se confina a albergar alguém. Tratando-se de um progenitor que não quer simplesmente ter um papel ativo na vida do filho e mostra constantemente desinteresse total quanto a este, não podemos admitir que nestes casos concretos integrem o tipo legal que a norma jurídica visa proteger, nem tão pouco integrem a definição de acolhimento.

Nesta modalidade de ação, e sem prejuízo de tudo o que acima explanamos, o legislador pretendeu proteger a relação da criança com os seus progenitores, conforme estipulada na regulação das responsabilidades parentais, no entanto, não podemos pensar nesta realidade como algo estanque, outrossim, temos de pensar no que ela irá representar na vida da criança. Vejamos que uma criança que esteja habituada a uma relação com ambos progenitores e que, de repente, se vê privada da presença de um deles ou de ambos, vai sofrer um impacto nefasto na sua vida. Como já tivemos oportunidade de referir, aqui não é objeto da norma um progenitor que nunca quis saber da criança pois este não tem um papel ativo na sua vida, o que significa que a criança não conta com ele na sua consciência, não o considera como peça fundamental na sua vida.

Quando o legislador refere recusa de acolhimento, entendemos que quer referir-se àquele progenitor que, tendo um papel ativo na vida da criança, participando na sua vida, estando com ela, e que de repente não cumpre o regime estabelecido. Aqui sim, entendemos que estamos no âmbito do que o legislador quis para esta recusa de acolhimento, suscetível de integrar o crime de subtração de menor na sua alínea al. c), uma vez que tais atitudes conflituam diretamente com os direitos do outro progenitor e depois com o bem-estar da própria criança. Esta nossa opinião pode parecer um benefício para o progenitor que não quer ter qualquer relação com a criança, em desfavor daquele que, por qualquer razão, deixa de cumprir o regulado no exercício das responsabilidades parentais. Perante o exposto temos a dizer que as repercussões que uma e outra realidade têm na vida da criança e, desse modo, é manifestamente notório que o impacto que a primeira situação causa é diferente do da segunda situação. Veja-se que no primeiro caso, tanto o progenitor guardião como a própria criança já não estão a contar com a participação do outro, enquanto no segundo caso há uma rotina, um elo de ligação que é repentinamente quebrado.

Ainda quanto ao acolhimento, e referindo-nos agora ao atraso e dificuldade do mesmo, o legislador pretendeu acautelar estas situações de forma a que as mesmas, existindo e sendo suscetíveis de sanção penal, não evoluam para a forma mais gravosa que é a da recusa (que a nossa ver terá mais relevo se confrontada com a subtração propriamente dita).

A existência dos comportamentos explanados não é suficiente para que se encontre preenchido o tipo legal, havendo uma obrigatoriedade expressa da lei no sentido de que esses sejam repetidos e injustificados. Tanto o vocábulo “repetido” como o “injustificado” são conceitos indeterminados, causadores de várias dificuldades interpretativas. O objetivo do legislador em restringir a verificação do crime aos casos em que os comportamentos sejam repetidos e injustificados pode surtir um efeito oposto, dando-se uma elevada discricionariedade ao intérprete, coisa que, desde já, não é prática, nem deve ser, do direito penal. No mesmo sentido, Maria da Conceição Cunha defende que “o emprego de vários conceitos indeterminados numa mesma incriminação, tendo embora por intuito a sua delimitação, restringindo-a, também suscita dúvidas. Se esse intuito restritivo vai de encontro ao princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), visando impedir a criminalização de situações pouco graves (...), por outro lado, gera insegurança, pondo em questão o princípio da legalidade”¹³³.

Independentemente desta particularidade, o legislador pretendeu que apenas situações gravosas fossem subsumidas ao ilícito criminal, no entanto, e como se pode retirar da jurisprudência atual¹³⁴, a interpretação dos magistrados vai no sentido da gravidade do conceito, tomando a posição de uma aplicação muito restritiva da al. c), o que poderá eventualmente levar a um desuso total da norma em apreço.

¹³³ Cunha, M.D.C.F. *op cit*, ps. 929 e 930.

¹³⁴ Cfr. Ac.do TRP de 25 de março de 2010, “Subtração de Menor”, Processo n.º 1568/08.9PAVNG.P1; Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument>.

e o Ac. do STJ, de 25 de maio de 2012, “Decisão Instrutória; Subtração de Menor; Inquérito (...)”, processo n.º 687/10.6TAABF.S1; Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>.

Quanto ao termo “repetido”, e atendendo à definição geral do mesmo, depreende-se, normalmente, que tem de haver mais do que um comportamento lesivo. No entanto, tal não é o nosso entendimento, tendo em conta o que a norma pretende visar. Veja-se o caso de uma subtração em que um dos progenitores recusa a entrega da criança ao outro progenitor, levando-a consigo para fora da sua área residência por tempo indeterminado. Neste caso, o ato de subtração é apenas um, no entanto, esse é prolongado no tempo e fará com que haja uma elevada distanciação espaço-temporal que terá, com certeza, graves repercussões tanto na vida da criança como na do progenitor lesado. Na mesma linha de pensamento, André Teixeira dos Santos afirma que: “No fundo, (...), não basta qualquer atraso ou dificuldade na entrega, mas sim um comportamento que pela sua intensidade ou efeito de protelação injustificada no tempo legitime a intervenção do direito penal”¹³⁵.

Com todo o exposto face à conduta repetida, o que pretendemos fazer entender é que o comportamento deve ser gravoso, causando um dano efetivo no bem jurídico. Assim, não basta que possa causar, tem mesmo de infligir o dano no bem jurídico. Veja-se, a título meramente exemplificativo, (quanto ao atraso de acolhimento) um progenitor que não tem um horário fixo, um médico, por exemplo, e que, por ocasião de uma consulta que demore mais tempo, irá sair mais tarde, coisa que acontece não raras vezes, e que por esse motivo se atrasa constantemente no acolhimento do menor. Ora, esta conduta não é suscetível de integrar o tipo legal, uma vez que o bem jurídico protegido não se vê beliscado, pelo facto de o direito do outro progenitor não estar em causa, há apenas um pequeno atraso que, para além de justificado, não tem grandes repercussões no direito do progenitor nem na vida da criança, ainda que este possa ocorrer por mais do que uma vez.

Situação diferente e suscetível de integrar o tipo legal é a situação de um progenitor que, sendo emigrante, vem de propósito quinzenalmente

¹³⁵ Santos, A.T. *op cit*, p. 237.

ao seu país de naturalidade para poder estar com o seu filho, conforme disposto na regulação de exercício das responsabilidades parentais e no dia marcado o outro progenitor não lhe entrega a criança por entender que há um atraso de algumas horas quanto ao estipulado para a recolha do menor. Este caso, embora pareça idêntico, nada tem a ver com o anterior uma vez que há uma movimentação enorme de meios que faz transparecer a vontade de exercício do direito por parte do progenitor que se desloca de um país ao outro para estar com o seu filho. No contexto apresentado, a recusa por parte do progenitor guardião de entrega do menor, fundamentada no atraso de acolhimento é suscetível de integrar o ilícito criminal, entendo nós que o progenitor guardião pratica o crime de subtração de menor por violação da al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP.

Em suma, podemos concluir que a obrigatoriedade de repetição do comportamento ilícito pode não só incluir uma multiplicidade de vezes em que o mesmo tem lugar, como também incluir situações em que o mesmo se prolongue no tempo. Alheio a esta realidade, mas complemento da mesma, é o facto de o comportamento ter de ser grave e implicar consequências que afetem de forma significativa o bem jurídico tutelado. Conforme o exposto, tem decidido a jurisprudência, nomeadamente o acórdão do TRP de 23 de março de 2010, proc. n.º 1658/08.9PAVNG.P1¹³⁶, que vem dizer que:

I- Não basta um mero incumprimento do regime de visitas ou das responsabilidades de guarda do menor, para que se tipifique o crime de subtração de menor, na vertente do subtipo do art. 249.º, n.º 1, al. c) do CP (recusa de entregar o menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legalmente confiado).

II- A recusa, o atraso, ou estorvo significativo na entrega do menor, só têm relevância jurídico-penal para efeitos do referido crime de

¹³⁶ Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument> .

subtração de menores, se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica ruptura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o mesmo 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.”

Quanto ao termo “injustificado” que a norma usa para caracterizar o comportamento – sem o qual não pode haver lugar à intervenção do direito penal –, temos de entender que se refere não só às causas de justificação penais¹³⁷, como também às causas naturais de justificação advindas da própria relação entre pais e filhos. Se o legislador pretendesse apenas referir-se às causas de justificação plasmadas na lei penal, não teria de referir esta imposição na norma, uma vez que as mesmas se aplicariam de qualquer modo, como manda a teoria geral do crime. Poderão existir diversas causas de justificação, nomeadamente, e como já tivemos oportunidade de referir, uma doença da criança, um atraso devido ao trabalho do progenitor, uma prova escolar ou até mesmo situações mais graves como abuso de menor ou maus-tratos, que se entendam estar a ser levados a cabo por um dos progenitores e que motiva, a ação do outro.

Esta nuance, não olvidando as críticas já feitas por ser um conceito indeterminado, é de suma importância, pois aqui podemos ter um confronto direto entre o bem jurídico que a norma visa proteger e o superior interesse da criança. Muito bem andou o legislador ao excluir do âmbito da norma os comportamentos justificados, pois, se assim não fosse e, atendendo ao exemplo, nos casos a cima explanados, ao se forçar a entrega ou acolhimento do menor a progenitores que tenham comportamentos desviantes nocivos para a criança, estaríamos a violar o superior interesse da criança e o seu direito à vida livre de perigos. No mesmo sentido tem andado a jurisprudência que trabalha este conceito de justificação e o delimita no âmbito da aplicação da al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP,

¹³⁷ Arts. 31.º e ss. do CP.

tornando a norma um pouco desusada no ordenamento jurídico, atendendo à cautela na aplicação da mesma. Veja-se neste sentido o acórdão do TRC de 18 de maio de 2010, proc. n.º 150/08.5GBLSA.C1, que consagra o seguinte:

“Seguindo de muito perto André Lamas Leite, o legislador, na própria descrição do tipo, não foi insensível ao funcionamento das causas de justificação da ilicitude ou de exclusão da culpa previstas a título exemplificativo no Código Penal (cfr. art. 31.º, n.º 1).

Não obstante, o conceito «injustificado» projecta-se noutras hipóteses que, não preenchendo expressamente a totalidade dos requisitos daquelas figuras justificadoras, delas se aproximem materialmente, sabido que a proibição da analogia não logra aplicação in bonam partem, bem como numa multiplicidade de casos diversos.

«Numa palavra, classificando o incumprimento como «injustificado», pretendeu o legislador sinalizar ao intérprete e aplicador da lei uma preferência por uma utilização lata do termo, não confinada aos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, mas alargada a outras factuais que comportem a virtualidade de diminuir ou mesmo excluir a imagem ilícita da conduta». Ou seja, o lexema «injustificado» deve ser entendido em sentido amplo, apelando para uma visão fáctica do conceito”¹³⁸.

3.1.2 Caracterização do crime de subtração previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 249.º quanto à conduta

Fixados os critérios de classificação quanto às condutas que são suscetíveis de integrar a norma objeto de análise, encontramos-nos em condições para classificar o crime de subtração, no que toca à alínea al. c),

¹³⁸ Obtido de:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/8410534c42c890c58025773f0037a804?OpenDocument>.

do seu n.º1 referente à conduta. Seguindo as modalidades exaradas a cima, temos de classificar, em primeiro lugar, a conduta quanto à obrigatoriedade ou não de observância de resultado. Na al. c) do preceito em análise, temos um crime de resultado, pois há necessidade de separação espaço-temporal do menor em relação a quem detém as responsabilidades parentais, sendo que só desse modo os progenitores ou detentores das responsabilidades parentais veem o seu direito vedado.

Quanto à forma de execução, e sempre tendo em conta a referida al., o crime é de execução vinculada¹³⁹, uma vez que a norma exige que as ações sejam praticadas de modo repetido e injustificado¹⁴⁰. Por outro lado, o crime de subtração de menor na sua alínea al. c) pode ser um crime de ação ou de omissão (ainda que num caso particular). De facto, embora a al. c) do n.º1 do art.249º do CP nos pudesse levar a pensar que haveria uma omissão quando um progenitor não cumpre o acordo de responsabilidades parentais, porque recusa o acolhimento do filho, tal não ocorre, pois, esta ação do progenitor importa um comportamento positivo da sua parte, tendo ele de incumprir, não querendo estar com o filho ou evitando-o.

A al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP comporta maioritariamente o crime de ação (no sentido estrito), havendo apenas uma exceção para nós relevante que dá ao crime a forma de ação por omissão. Tal ocorre quando é estipulado na regulação de exercício de responsabilidades parentais a guarda total do menor a um progenitor ou outra pessoa que pela sua condição se encontre nesta situação. Este contexto que já foi aqui abordado no capítulo II, ponto 3, subponto 3.2, é uma obrigação imposta por lei¹⁴¹ ao guardião, vocacionada para manter o não guardião sempre informado sobre a vida da criança e o modo como as responsabilidades são desempenhadas. Ora, se o guardião não informa, de forma repetida e

¹³⁹ No mesmo sentido Leite, A.L., *op cit*, p. 117.

¹⁴⁰ Veiga, A.M. *op cit* p. 93.

¹⁴¹ Art. 1906.º, n.º 6 do CC (Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

“6 - Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, a 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.”.

injustificada, o não guardião sobre a vida do menor e as suas condições, recai na prática do crime de subtração de menor, por imposição do art. 249.º, n.º1, al. c), praticando o crime por omissão¹⁴².

3.2 Objeto da ação

O objeto da ação não se pode confundir com o bem jurídico. O objeto da ação “é a realidade que se projeta a partir daquela ideia genérica e que é ameaçada ou lesada com a prática da conduta típica”¹⁴³, ou seja, um aspeto é o que a norma visa proteger (bem jurídico), outro diferente é o bem que vai ficar lesado ou ameaçado com a prática do crime. Na subtração de menor o objeto da ação será sempre a criança/ menor¹⁴⁴. Por mais que o bem jurídico seja, em linhas gerais, a proteção da relação entre pais e filhos, o móbil da ação é o menor, pois é este que é subtraído, ou que não é acolhido, tornando-se no sujeito que vê a sua liberdade de estar com os progenitores ameaçada ou lesada.

3.3 O agente

O agente ou sujeito ativo é, a par da sua conduta, o ponto fundamental do direito penal. O procedimento criminal é desencadeado sempre por um sujeito que toma um determinado comportamento. O sujeito ativo é aquele que pratica a ação quando a mesma é punida ou não a pratica quando a mesma é exigida (omissão).

Com a reforma de 2008 do crime de subtração de menor, houve um alargamento dos sujeitos ativos suscetíveis de integrar o tipo legal do art. 249.º, n.º1, al. c). Outrora falava-se em ser sujeito ativo quem detivesse a tutela ou o poder paternal sobre o menor¹⁴⁵, o que excluía o progenitor não

¹⁴² Cunha, J. D. “Subtração de Menor- Art. 249.º do CP”. *Comentário Conimbricense ao Código Penal- Tomo II*. Coimbra, 1999, p. 615, Coimbra Editora.

¹⁴³ Dias, J.D.F. *op cit* p. 308.

¹⁴⁴ Cunha, D. *op cit* p. 614.

¹⁴⁵ Redação do CP anterior à alteração levada a cabo pela Lei n.º 61/2008, de 31/10 que passou a usar o termo «responsabilidades parentais», ao invés de «tutela ou poder paternal».

guardião. Hoje, a norma fala em responsabilidades parentais, implicando uma intervenção de ambos progenitores ou equiparados, abandonando-se a penalização apenas do não guardião. Nas redações anteriores, o guardião não incorria na prática do crime, podendo reter o menor de forma a impedi-lo de estar com o não guardião. Ora esta opção trazida pela norma configurava uma violação do princípio da igualdade, bem constitucionalmente consagrado¹⁴⁶. A manter-se a situação descrita, haveria uma violação do direito de igualdade, algo que o direito penal não pode, de forma alguma, permitir acontecer. O nosso ordenamento jurídico defende que deve haver “tratamento igual para situações iguais”¹⁴⁷ e, se ambos os progenitores têm os mesmos direitos, a lei tem a obrigação de os tratar da mesma forma, até porque, em situações pós rutura conjugal, se assim não fosse um dos cônjuges poderia sempre usar desta norma para prejudicar o outro, motivado por razões que poderiam nem ter a ver com a vida do menor.

O crime de subtração é, por outro lado, um crime específico no seu n.º 1 al. c), uma vez que os sujeitos suscetíveis de incumprir o estipulado para o exercício das responsabilidades parentais só podem ser os progenitores, que de tal têm conhecimento e ao mesmo estão vinculados¹⁴⁸. Embora concordemos com esta posição e dela partilhemos, não podemos deixar de pensar naquilo que poderia estar na norma e não está. Na verdade, embora a moldura penal seja igual tanto para o n.º 1 das als. a) e b) como para a al. c), entendemos que o legislador, à semelhança do adotado em redações anteriores, deveria ter tido o cuidado de não punir da mesma forma, as als. descritas, ficando-se tal a dever à identidade dos sujeitos. Um pai ou uma mãe que cometam este tipo de crime encontram-se numa situação que nada tem a ver com alguém (sujeito comum no art.

¹⁴⁶ Art. 13.º da CRP (Princípio da igualdade)

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

¹⁴⁷ Miranda, J., & Medeiros, R. “Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I.” Coimbra, 2005, p. 121, Coimbra Editora.

¹⁴⁸ Veiga, A. *op cit* p. 114.

n.º 1 al. a) e b)) que não tem qualquer ligação com o menor. Além disso, para o lesado, os efeitos da prática deste crime são completamente díspares na sua vida e liberdade. O menor conhece o pai e a mãe ou as pessoas que estão encarregadas da sua guarda, por isso não é igual estar na presença de um deles, ainda que privado da presença do outro, em comparação com o estar longe e privado da relação com ambos. Nesta senda, entendemos que a moldura penal do n.º 1 da al. c) do art.º 249.º do CP devia ser diferente e mais benevolente que a das alíneas a) e b) do mesmo n.º.

Outra das questões relacionada com os sujeitos ativos passíveis de integrar o tipo objetivo do art. 249.º n.º 1 al. c) prende-se com os ascendentes dos progenitores ou pessoas que pela sua especial ligação com o menor têm na vida deste um papel ativo. Entendemos que não são só os progenitores ou equiparados que têm conhecimento do estipulado para o exercício das responsabilidades parentais. Os avós são, pela sua especial condição e pelo normal desempenho, elementos essenciais na vida das crianças. Uma situação de rutura não vai afetar apenas o laço dos progenitores com a criança, mas vai arrastar também o afastamento em relação aos outros membros da família, nomeadamente os avós. Com isto, o que queremos dizer é que os ascendentes dos progenitores deviam também estar acautelados na lei, devendo haver uma especial atenuação da pena quando o crime seja por estes praticado, uma vez que estão aqui presentes realidades inalcançáveis a outros seres que nada têm a ver com o menor. Assim, segundo cremos, andou mal o legislador português que devia pensar do mesmo modo que o legislador espanhol, e alargar o âmbito na norma no respeito a al. c), quanto aos sujeitos ativos.

4. O Tipo subjetivo de ilícito

O art. 13.º do CP diz-nos que “só é punível o facto praticado com dolo”. Em geral, os comportamentos com relevância penal são dolosos, havendo apenas lugar à negligência quando a lei expressamente o

determina¹⁴⁹. O dolo como elemento subjetivo do tipo de ilícito deve ser analisado e compreendido para facilitar uma melhor compreensão ao aplicar-se à subtração de menor. O dolo do tipo apresenta uma estrutura bipartida composta pelo elemento intelectual e volitivo, ou seja, o agente deve ser conhecedor da ilicitude do comportamento (elemento intelectual) e, ainda assim, querer praticar o facto ilícito (elemento volitivo associado ao “querer”)¹⁵⁰. O elemento intelectual do dolo consiste, por isso, na representação consciente tida pelo agente, no momento em que pratica o facto típico criminal, considerando todos os elementos e circunstâncias que constituem o tipo objetivo de ilícito¹⁵¹. Em relação ao grau de conhecimento que o agente deve ter sobre o tipo objetivo, é o exigível ao homem médio.

Em função do que o agente formula no seu consciente e da noção que tem da gravidade do seu comportamento, podemos estar perante o dolo direto ou o dolo indireto. O primeiro está presente quando o resultado obtido com o facto criminoso foi o que o agente idealizou e quis¹⁵². O segundo está presente quando a vontade do agente não é tão clara assim, fixando-se em mais do que um sentido, mas sempre abarcando o facto idealizado¹⁵³.

Quanto às condutas do agente concretamente aplicadas ao resultado que obtém, podemos distinguir três modalidades de dolo: O dolo direto¹⁵⁴ em que o agente já representou o facto para si, tem consciência que esse facto é ilícito e típico e, ainda assim age com intenção de obter o resultado pretendido¹⁵⁵; O dolo necessário¹⁵⁶ ocorre quando o resultado que o agente

¹⁴⁹ Silva, G. M. *op cit* p. 4.

¹⁵⁰ Art. 16.º do CP à *contrario senso*.

¹⁵¹ Carvalho, A.T. *op cit* p. 321.

¹⁵² Art. 14.º, n.º 1 do CP (Dolo)

“1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.”.

¹⁵³ Arts. 14.º, n.ºs 2 e 3 do CP (Dolo)

“2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”.

¹⁵⁴ Art. 14.º, n.º 1 do CP.

¹⁵⁵ A título de exemplo, veja-se o sujeito que quer subtrair um menor. Tem consciência que não o pode fazer, no entanto idealiza subtrair aquele específico menor e age perpetrando o crime.

¹⁵⁶ Art. 14.º, n.º 2 do CP.

pretende não confronta diretamente com o facto punível criminalmente, mas, para que ele possa alcançar o seu objetivo real, vai extravasar esse mesmo facto punível, por entender ser necessário para o seu objetivo final, aceitando essa realidade e conformando-se com ela. Esta veracidade trazida agora à colação não se confunde com a que primeiro explanámos, uma vez que neste, o agente não quer aquele resultado específico (a prática de ato criminoso), ele apenas se conforma com a realização do facto e com o resultado que irá obter, sendo que o seu objetivo no caso de dolo eventual não interfere diretamente com a violação da norma; Como terceira e última modalidade, temos o dolo eventual¹⁵⁷ e, no qual, o agente tem um objetivo determinado ainda que esse mesmo objetivo não passe pela violação de uma norma penal. No entanto, o agente tem presente uma potencial realidade da prática de um evento ilícito e, não obstante, prossegue o seu objetivo, conformado dessa possibilidade. De referir que, neste caso, o agente não tem a certeza ou não equaciona com clareza que aquele facto irá ocorrer, havendo apenas uma possibilidade de tal acontecer, ao contrário do que acontece no dolo direto e do necessário em que o agente sabe que o acontecimento é certo. A barreira é ténue no que respeita à distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente, no entanto, quando o agente tem consciência da possibilidade de praticar o crime e não se importa com esse resultado, há claramente dolo, pois o agente sabe que aquele evento ilícito pode ocorrer e isso não o demove do seu objetivo.

Em contornos gerais, o dolo consiste na idealização e conformação do comportamento ilícito e punível criminalmente, embora nem sempre tudo seja assim tão direto e possam surgir circunstâncias que alterem este tipo subjetivo do crime, fazendo com que o comportamento do agente não seja dotado de dolo, não se preenchendo, deste modo, o tipo legal. Se o agente não representa os elementos constitutivos do tipo incriminador ou o faz de forma precária, é protegido pelo erro que o tira do âmbito do dolo: “[o] erro é a falsa representação da realidade”¹⁵⁸ e incide sobre o tipo

¹⁵⁷ Art. 14.º, n.º 3 do CP.

¹⁵⁸ Silva. G. M. *op cit* p.110.

legal, podendo concretamente reportar-se ao facto típico, consistindo no erro ignorância e erro suposição ¹⁵⁹, no erro sobre as circunstâncias do facto, erro sobre a ilicitude, e ainda, erro sobre as leis (ignorância da lei).

Quanto à realização do ilícito sobre a forma negligente e, pronunciando-se sobre o art. 15.º do CP, diz-nos Paulo Pinto de Albuquerque que “o tipo de ilícito negligente consiste na violação do cuidado a que o agente está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio pertencente à categoria social e profissional do agente”¹⁶⁰. Isto tem relevância para o caso concreto pois um progenitor quando está subordinado a um regime de responsabilidades parentais, já tem conhecimentos suficientes que lhe dão capacidade para determinar que, o incumprimento das responsabilidades parentais e a subtração de menor são comportamentos típicos e ilícitos, sendo assim exigível a estes sujeitos que ajam de forma a não cair em comportamentos contrários ao OJ. Perante o exposto, entendemos que não possa haver aplicação da lei geral da negligencia ao caso concreto.

No caso da subtração, não se encontrando na letra da própria lei qualquer referência à possibilidade de atuação sob a forma negligente e, entendendo-se, como referido, não se aplicar a regra geral, “só será típica a subtração de menor que seja dolosa”¹⁶¹. Havendo dolo, entendemos poder haver, no concreto caso da subtração, erro excludente do dolo na modalidade de erro de suposição, podendo este ocorrer quando o agente julga que não está perante uma situação suscetível de integrar o tipo e na verdade está. É ainda possível haver um erro de suposição sobre um elemento negativo do tipo, quando o agente julga que existe uma realidade que na verdade não existe. O sujeito ativo não quer cometer crime algum e julga que a sua conduta é lícita.

Imputando agora o explanado ao nosso tema, imagine-se alguém que fica com o menor na sua companhia alguns dias, não o entregando ao

¹⁵⁹ Termos usados por Silva. G. M. *op cit* ps. 110 e ss.

¹⁶⁰ Albuquerque, P.P. *op cit* p.154.

¹⁶¹ Santos, A. T. *op cit* p. 245.

progenitor, ou a outrem que reclame a sua presença por entender que essa pessoa não tem qualquer direito sobre o menor, nomeadamente por julgar que essa não é titular das responsabilidades parentais. Nesta hipótese, o que acontece é que o agente supõe erroneamente a realidade, por entender que não estava preenchido um dos requisitos na norma (a pessoa ter responsabilidades parentais sobre o menor), estando, assim, convicto de que o seu comportamento estava conforme o OJ e completamente afastado da ilicitude, concretizando um erro de suposição excludente do dolo. Veja-se, também, alguém que tem o menor ao seu cuidado, por exemplo uma ama, e que este fica muitas vezes em sua casa a pernoitar, até mesmo por dias consecutivos, devido ao trabalho dos pais, que são, imaginemos, cirurgiões e que, por isso, estão bastantes vezes incontactáveis. Num fim de semana, a ama decide ir à sua terra natal, Bragança, e leva consigo o menor, fazendo com que ele saia da sua área de residência, o Porto. A ama leva o menor, supondo que não haverá qualquer problema, nunca equacionando que os progenitores não queriam que ela levasse o seu filho com ela, pois poderiam, a qualquer hora, ir busca-lo, como acordado com a ama. Ora, a agente entende haver um consentimento tácito dos progenitores e, embora tendo consciência que o seu comportamento poderia ser ilícito, supõe erroneamente que está justificado, decaindo também num erro-suposição, pensando existir uma realidade que na verdade não existe.

5. A questão da vontade do menor vertida no n.º 2 do art. 249.º do CP

Diz-nos o n.º 2 do art. 249.º do CP que “[n]os 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.” No nosso entendimento, esta norma foi projetada para proteger, de certo modo, o progenitor que age convencido de que está a fazer o melhor para a criança, entendendo que na vontade

desta, existem justificações suficientes que o façam olvidar do cometimento do crime em prol do bem-estar do seu filho. No caso concreto, o preceito é claro ao afirmar que há lugar a atenuação especial da pena quando o crime for cometido em consideração pela vontade do menor, maior de 12 anos. Não podemos confundir esta realidade com o consentimento, pois uma coisa é a iniciativa partir do menor e o progenitor consentir (situação aglutinadora do caso concreto), coisa completamente diferente é o caso de a iniciativa partir do progenitor e o menor nisso consentir, o que já se afasta completamente do disposto na norma.

Nem todos os autores concordam com a atenuação especial atribuída pelo n.º 2 do art. 249.º do CP, invocando a inconstitucionalidade da mesma. Maria Clara de Sottomayor considera o preceito inconstitucional, “por não respeitar o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade, concebendo-a como um objecto de direitos do progenitor não guardião (artigos 25.º e 26.º da CRP) e por punir a mãe por comportamentos de outrem”¹⁶². Esta visão, com o maior respeito, não é por nós aceite. O menor, ao revelar a sua vontade a um dos progenitores, seja ele qual for, não vai com isso ser o comandante total da sua vida. A autora fala no direito de desenvolvimento de personalidade, consagrado no art. 26.º da CRP¹⁶³ e, nessa medida, temos que clarificar o texto constitucional e compreender que “[a] constituição portuguesa fala apenas em desenvolvimento de personalidade e não parece sentir necessidade de estabelecer qualquer limite expresso. Em termos literais a expressão portuguesa «desenvolvimento de personalidade» parece ligada à ideia de «formação de personalidade» que se encontra também

¹⁶² Sottomayor, M. C. “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, *Julgar*. N.º 13, 2011, p.106.

¹⁶³ Art. 26.º CRP (Outros direitos pessoais)

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.”.

parcialmente no artigo 70.º n.º 2, da Constituição onde se fala do «desenvolvimento da personalidade dos jovens» como objetivo de política de juventude”¹⁶⁴. Perante o exposto, e como já mencionamos, não nos é possível acatar a corrente defendida por Maria Clara Sottomayor, por entendermos que o alcance que o legislador português deu à norma constitucional objeto de análise não vai ao encontro literal do que a autora pretende fazer valer. O legislador penal no n.º 2 do art. 249.º do CP fala do agente de uma forma igualitária, referindo-se a ambos os progenitores, não fala apenas na mãe ou apenas no pai¹⁶⁵. Como já referimos no ponto 6 do capítulo I, a reforma de 2008 retira da al. c) do n.º 1 do art. 249.º a expressão «detentor do poder paternal», interpretado como o guardião, referindo agora o «incumprimento do regime estipulado para o exercício das responsabilidades parentais», o que sugere que tanto o guardião como o não guardião podem incorrer na prática do crime e gozar da atenuação do n.º 2.

Quanto ao desenvolvimento da personalidade, parece-nos que estamos a falar, necessariamente, da construção da mentalidade e do processo educacional pelo qual todos os cidadãos passam e que vai determinar a sua forma de pensar e agir. Tudo isto é um longo processo de aprendizagem e trabalho conjunto dos progenitores, ao passo que, quando falamos no crime de subtração de menor, embora o mesmo tenha, pelas suas características, uma tendência a prolongar-se no tempo, sendo esse tempo pouco alargado. Isto posto, há na mesma a responsabilidade criminal para agente que age extravasando a norma, ainda que respeitando a vontade do menor, pelo que não entendemos os motivos invocados pela douta tese. É de notar, ainda, que há apenas uma tomada de consideração pela vontade do menor, o que não quer dizer que o menor possa ou deva decidir sozinho o facto de não querer estar com o outro progenitor, cabendo a decisão final ao progenitor que atende à sua vontade. Assumindo que esta norma obsta ao desenvolvimento de personalidade do menor,

¹⁶⁴ Miranda, J. & Medeiros, R. *op cit* p. 287.

¹⁶⁵ Termos usados pela autora.

estamos a abrir portas a que este tome praticamente todas as decisões referentes à sua vida, o que não é de todo aceitável, tendo em conta o seu superior interesse e os direitos dos seus progenitores. O papel da vontade e opinião do menor tem vindo a ganhar cada vez mais relevo, principalmente no que toca ao desenvolvimento da criança que, ao opinar e tomar pequenas decisões na sua vida, ganha um necessário sentido de responsabilidade e de cuidado consigo mesma. Diz o art. 1878.º n.º 2. do CC que “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecendo-lhes autonomia na organização da própria vida”. Ora, embora o menor não seja diretamente titular do bem jurídico acautelado pela norma, uma vez que entendemos ser o respeito pelo regulado para o exercício das responsabilidades parentais, tendo como fim último o superior interesse da criança, fundado na relação deste com ambos progenitores, parece-nos que o legislador, no n.º 2 do art. 249.º do CP, ao referir a vontade do menor, tem o intuito de lhe dar uma capacidade real de decisão, fazendo com essa mesma capacidade atenuar a pena aplicada ao progenitor. Sem descurar tudo o que foi exposto, temos de reconhecer que o legislador não referiu a forma como pretende que essa atenuação seja aplicada, o que proporcionará ao juiz avaliar caso a caso, tendo sempre em conta a idade do menor e a justificação dada pelo mesmo para tal vontade.

IV Capítulo: Da realidade nacional em confronto com a realidade estrangeira

Como temos vindo a enunciar, com a evolução dos tempos, e com as diversas mutações em especial ao nível social, o nosso ordenamento jurídico teve de ser objeto de um trabalho evolutivo contínuo, densificado, nomeadamente na área das relações familiares. Bem sabemos que, com todas estas metamorfoses, os conflitos familiares são cada vez mais frequentes, o que leva a que o legislador tenha a necessidade de acompanhar estas mudanças, dando sempre uma especial atenção aos menores. No nosso ordenamento jurídico, e no caso específico do crime de subtração de menor, o Direito Penal visou proteger a prossecução das relações entre os pais e os filhos, livres de qualquer entrave e sempre subordinadas ao regulado no exercício das responsabilidades parentais.

A subtração de menor é, pela sua natureza, uma realidade global, embora nem todos os ordenamentos jurídicos tratem este problema da mesma forma, havendo por isso inúmeras divergências. Para que melhor se compreenda a dinâmica deste delito criminal e a forma como ele é visto, iremos clarificar alguns pontos que consideramos essenciais, fazendo uma comparação entre os ordenamentos jurídicos português e espanhol e português e brasileiro.

Como temos vindo a referir ao longo de toda a nossa exposição, e nunca demais relembrar, o crime de subtração de menor no que respeita ao incumprimento das responsabilidades parentais está previsto no art. 249.º do CP n.º 1, al c), e refere que:

“1-Quem: a) subtrair menor (...)

c) de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação 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 al. 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...”

O preceituado na norma pretende não só penalizar o ato de subtrair um menor, como também assegurar as situações em que um dos progenitores pretende impedir a relação com o outro ou criar obstáculos nesse contacto. Estas situações são relativamente comuns levando ao incumprimento de acordos já estabelecidos e até mesmo ao incumprimento de decisões judiciais que fixem o modo como deve ser exercido o regime das responsabilidades parentais.

1. O ordenamento jurídico espanhol em matéria de subtração de menor

A ordem jurídica espanhola prevê, quanto ao crime de subtração de menor, no art. 225.º-bis do Código Penal que:

“1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

Quanto a esta norma e à sua existência no ordenamento jurídico espanhol, entende-se que a mesma foi pensada pelo legislador para fazer face aos acontecimentos, que ocorrem após a separação dos progenitores, quando, naturalmente, um deles inviabilizava o relacionamento do menor com o outro, obrigando a uma necessidade de intervenção por parte do direito.

O art. 225.º-bis do CP espanhol surgiu com a lei orgânica n.º 9/2002, que veio trazer a subtração de menor como crime isolado e independente de qualquer outro, uma vez que este delito integrava o crime de sequestro

desde a alteração ao CP espanhol de 1995¹⁶⁶, o que causava inúmeros problemas quando era um dos progenitores que, após a separação, cometia este crime. De facto, suscitavam-se aí diversas questões de direito da família, que poderiam, de algum modo, não dar uma resposta tão clara como a que agora se pode encontrar com a norma em vigência. As motivações que levaram à criação da atual norma surgem, pois, acompanhando a necessidade de adaptar o direito às novas exigências sociais e à repercussão destes acontecimentos na vida de uma criança¹⁶⁷.

Fazendo uma leitura geral do preceito legal, podemos perceber imediatamente que o legislador espanhol, no que tange à subtração de menor, foi bastante exaustivo e cauteloso. O bem jurídico que a norma visa salvaguardar é, à semelhança do que acontece em Portugal, a proteção do direito da criança a viver num ambiente estável, salvaguardando-se a relação desta com ambos progenitores, embora na definição das condutas de subtração se denote uma tendência a proteger o guardião em desfavor do não guardião. Veja-se que, logo no n.º 1 do CP espanhol, podemos encontrar significantes marcos de semelhança com o art. 249.º do CP português, quando se refere «[e]l progenitor que sin causa justificada». Ora, isto vem significar que, à semelhança do legislador português, também o espanhol ressalva a possibilidade de ocorrência de situações que justifiquem o ato de subtração.

O nosso entendimento é que, não raras vezes, existem situações que motivam uma ação imediata que colide diretamente com a subtração de

¹⁶⁶ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores que nos vem dizer, em conformidade com o referido que:

“El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.”.

¹⁶⁷ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. Exposição de Motivos

“La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.”.

menor e, é necessário que o julgador faça uma averiguação cuidada do caso e das motivações inerentes ao comportamento do progenitor. Ora, se a nossa norma, à semelhança do que acontece com a norma espanhola, protege a manutenção das relações familiares, nunca olvidando o superior interesse da criança previamente acautelado no exercício das responsabilidades parentais ou «*deber establecido por resolución judicial o administrativa*», podem haver situações em que haja uma necessidade imediata de sacrificar o bem jurídico tutelado pela norma em favor do superior interesse da criança. A ocorrerem situações desta natureza, entendemos que o sacrifício do direito dos progenitores a conviverem com os filhos, é abarcado naquele momento pelo superior interesse da criança que deve ter primazia.

Prosseguindo na leitura da norma, podemos compreender que, na parte final do n.º 1 do art. 225.º-bis OJ espanhol, se faz alusão à pena a aplicar, fixando-se esta em prisão de 2 a 4 anos. Ora, esta pena principal é superior à pena prevista no OJ português, o que vem intensificar a importância que este delito tem na sociedade e ordenamento espanhóis. Aliada a esta pena principal existe ainda uma pena acessória que para a nossa doutrina, consiste “numa pena aplicada, em simultâneo e pressupondo a aplicação de uma pena principal, visando proteger determinados interesses colocados em perigo com a prática do crime”¹⁶⁸. *In casu*, esta pena inibe o exercício das responsabilidades parentais por um tempo que pode ir de 4 a 10 anos. Com a consagração de pena acessória podemos ver aumentada a prevenção que a norma visa trazer, ou seja, mais que uma pena de multa (no caso do crime de subtração em Portugal) ou que a pena de prisão.

Para além de ser mais cauteloso na aplicação das penas, o legislador espanhol foi ainda esclarecedor e, para que houvesse uma interpretação clara da norma, especificou o que se entende por subtração, elencando os comportamentos que nela cabem e que preenchem desse modo o tipo

¹⁶⁸ Procuradoria Geral Distrital do Porto – Ministério da Justiça – Lista de Perguntas, obtido de: <http://www.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/julgamento-e-penas>.

legal. Portanto, segundo a letra da lei espanhola considera-se subtração “a transferência de um menor do seu local de residência sem o consentimento do pai com quem ele geralmente mora ou das pessoas ou instituições a quem foi confiada sua custódia e a retenção de um menor violando seriamente o dever estabelecido por resolução judicial ou administrativa”. Quanto à primeira forma de subtração, constante no art. 225.º-bis n.º 2, 2.ª parte do CP espanhol, quando se refere a retirada do menor do local onde vive, sem o consentimento do progenitor que com ele habite ou de instituição onde possa estar entregue a criança, vemos aqui, de certo modo, consagrado o que a cima referimos que poderá consubstanciar-se numa ligeira proteção do progenitor guardião em desfavor do não guardião. No entanto, assim não é. Veja-se, na verdade, logo o início da norma, quando refere «o progenitor», dá imediatamente amplitude a ambos progenitores, seja ou não o guardião, ainda que, no n.º 2 do art. 225.º-bis do CP espanhol na última parte refira «o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia» incluindo aqui claramente o progenitor não guardião. Fazendo uma leitura atenta desta parte da norma, parece-nos que o legislador nela colocou subentendido que há uma obrigatoriedade de as responsabilidades parentais estarem pré-estabelecidas por decisão judicial ou administrativa¹⁶⁹, ao dizer que há ilícito criminal quando o menor seja retirado a quem detenha a sua guarda ou custódia, pressupondo então uma pré regulação das responsabilidades parentais. Consideramos, então, ser necessário socorrer-nos de uma interpretação lógica, uma vez que o disposto na norma coincide precisamente com aquilo que ela pretende dizer e, portanto, temos a necessidade de clarificar este conceito, entendemos que o mesmo se reporta à obrigatoriedade da regulação das responsabilidades parentais¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Neste sentido defende o advogado Mateo Bueno que afirma ser indispensável que haja uma resolução judicial ou administrativa que estabeleça o regime de custódia sobre os menores, reafirmando que se assim não ocorrer não se considera que estejamos perante o crime de subtração de menor por falha deste requisito essencial. Bueno, F.F.M, “Sustracion «legal» de menor” obtido de: <https://www.mateobuenoabogado.com/blog/sustraccion-de-menores-2/> .

¹⁷⁰ Neste sentido e para maiores desenvolvimentos quanto à interpretação da lei Justo. A. S. “Introdução ao Estudo do Direito” Coimbra, 2001, ps. 330 a 337, Coimbra Editora .

No n.º 2, 2.ª parte do art. 225.º-bis, podemos ver disposto algo que entendemos ser correspondente, de certo modo, à nossa al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP, quando refere a retenção de menor. provocando um incumprimento das responsabilidades parentais pré-estabelecidas.

Antes de passarmos aos factos excludentes da pena a aplicar, falaremos dos outros sujeitos suscetíveis de enquadrar o ilícito criminal e, nesse sentido, diz o n.º 5 da norma espanhola que a mesma se aplica também aos ascendentes do menor e aos parentes do progenitor até ao segundo grau de consanguinidade ou afinidade que incorram nas condutas descritas¹⁷¹. Para nós, esta previsão é de extrema importância, uma vez que, como tivemos oportunidade de defender no capítulo III, ponto 3, subponto 3.3, achamos que os ascendentes do menor e pessoas que com ele estabelecem uma estreita conexão devem ser albergados pela norma em apreço e não cair no âmbito do crime de sequestro ou de rapto que é o que acaba por acontecer no nosso ordenamento jurídico. Estes sujeitos, pela sua relação privilegiada e natural com a criança, podem ter motivações estritamente conexas com as dos progenitores, levando-os muitas das vezes a tomar determinados comportamentos, que colidem diretamente com o regime estabelecido. Com o exposto não se pretende que haja despenalização dos ascendentes no OJ português outrossim, à semelhança do que ocorre no caso espanhol, se incluam estes elementos no quadro de sujeitos ativos passíveis de integrar o normativo para que desse modo e ao terem comportamentos suscetíveis de integrar a subtração, não caiam no âmbito dos crimes de rapto ou sequestro que são punidos de forma mais severa.

No n.º 4 do art. 225.º-bis do CP espanhol, temos presentes as exclusões e atenuantes da pena. Quando o progenitor comunica ao outro progenitor ou a quem detenha a guarda do menor, o lugar onde este se encontra dentro das 24 horas seguintes ao delito e se compromete a reconduzir imediatamente o menor ao outro progenitor, fica isento de pena.

¹⁷¹ Melgar, J. S. "Pontuario de derecho penal para abogados", 2014, Vol.I Ávila, p. 420 Servicio de Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila.

Sendo que estas 24 horas são contadas após a notícia do crime, isso conduz-nos a variadas conclusões que confrontam com a reflexão sobre dever ou não existir esta «válvula de escape» à punição. Quando um dos sujeitos ativos do crime leva o menor, sem causa justificada, para algum lugar, impedindo o seu contacto com quem detém a sua responsabilidade, está a consumir o ilícito criminal agindo dolosamente, pois o agente representou e quis fazer aquilo, ainda que com consciência de que o ato praticado seja punível pela lei¹⁷². Se o agente concretizou o crime com esta consciência, o facto de ter sido por 24 horas ou de que ao fim das mesmas o devolvesse, não deveria relevar para o caso, devendo ser aplicada a pena como noutro caso em que a subtração se prolongue por mais tempo¹⁷³. Não nos parece que esta ressalva seja feliz na integração da norma, ainda que com ela se pretendesse evitar mais casos a correr nos tribunais sem que os mesmos fossem estritamente necessários, o que, como já tivemos oportunidade de realçar, não será correto, uma vez que um caso isolado por menos de 24 horas pode ter repercussões graves e que, ao não ser objeto de sanção e tratamento pelo direito penal, pode levar a que haja uma prática sucessiva da subtração nestes precisos termos.

Analizadas que foram as formas de exclusão das penas aplicáveis ao ilícito criminal, debruçar-nos-emos sobre a forma de agravante da mesma e, nesse sentido, temos a subtração internacional de menor. Há lugar à subtração internacional quando uma criança é levada para fora do seu país de residência. No caso espanhol, esta situação é tratada de forma particular ao agravar a pena aplicável para a metade superior. No CP português não se faz qualquer menção à subtração internacional, embora,

¹⁷² Atente-se no referido no Capítulo III, ponto 4, a propósito do tipo subjetivo da subtração.

¹⁷³ Poderão surgir defesas a esta norma que dão conta que a subtração, não decorrendo por período superior a 24 horas, não tem na vida do menor o impacto de uma outra que se prolongue por mais dias ou até meses, no entanto assim não entendemos, pois se há dias em que a rotina do menor é sempre a mesma, também os há em que o que este irá fazer seja de suma importância na sua vida e na do progenitor lesado. Por exemplo imagine-se que naquele preciso dia o menor iria com o outro progenitor numa viagem (que até poderia ter sido previamente consentida pelo progenitor infrator) e nas 12 horas anteriores fosse subtraído pelo outro. Levanta-se aqui um verdadeiro problema pois este comportamento irá ter repercussões significativas na vida do menor e do progenitor e, dando-se possibilidade à aplicação desta válvula de escape e, sendo o menor devolvido passadas as 24 horas, o mal já está consumado e as consequências produzidas. Se um progenitor usar constantemente desta norma e, nos dias em que houver algo de extrema importância para o outro progenitor, subtraia o menor nessas 24 horas, estando isento de pena frustra-se a função preventiva da norma. O mais aceitável que poderia ocorrer seria que a norma em causa tivesse na sua composição uma ressalva a esta exceção que proibisse a sua repetição sob pena de aplicação da sanção.

Portugal seja um dos países ratificadores da Convenção de Haia¹⁷⁴ em Matéria de Rapto Internacional desde o Decreto n.º 33/83 de 11 de maio, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 108, de 11 de maio de 1983., onde se inclui a subtração internacional¹⁷⁵. Esta preocupação do legislador espanhol em agravar a pena nestas situações é prudente e concretamente necessária, pois, como é bom de perceber, embora hajam documentos internacionais que apoiem e medeiem esta matéria, é naturalmente muito mais difícil agir quando o caso se pode tornar num conflito de direito internacional em que há dois ordenamentos jurídicos em confronto direto¹⁷⁶.

Em jeito de conclusão, é de notar que embora a lei espanhola seja mais cautelosa e assertiva, é necessário perceber se a mesma tem uma aplicação real e proporcional àquilo que a norma se predispõe. De qualquer modo, sendo o direito penal de *ultima ratio* e havendo sempre o cuidado em submeter os menores a estes tipos de processo, era essencial que, também no ordenamento jurídico português, existisse uma pena acessória passível de aplicação ao caso da subtração de menor¹⁷⁷.

2. O ordenamento jurídico brasileiro em matéria de subtração de menor

Após a análise do crime objeto de estudo no ordenamento jurídico espanhol, iremos analisar de forma semelhante o mesmo no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro. Para além das fortes ligações culturais com Portugal, é de salientar que o Brasil é um país com uma grande preocupação com o futuro da sua população jovem e, como exemplo disso

¹⁷⁴ Embora o art. 249.º do CP português não faça referência à subtração internacional, com a ratificação por parte de Portugal, há uma facilitação e agilização de meios no que toca a esta temática e quando a mesma ocorre em contexto internacional. É ainda de notar que Portugal trata esta questão de forma mais aprofundada, subsumindo a mesma ao rapto internacional de menor.

¹⁷⁵ Obtido de: <https://dre.pt/ap.liciation/conteudo/249.º:218>.

¹⁷⁶ Como exemplo do acima referido temos o ac. do TRC, de 2 de dezembro de 2014, proc. n.º 1045/12.

3TBCLD-A.C1, obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/fe5158f6de2d757880257daa004d04d2> .

¹⁷⁷ Não olvidando a pena acessória geral vertida no art. 69.º C do CP em matéria de responsabilidades parentais, a mesma só é passível de aplicação aos arts. 163.º a 176.º-A do CP, excluindo expressamente o art.249.º do CP. De acordo com o que referimos ser a nossa opinião talvez se o OJ português adaptasse a pena acessória do art. 69.º C do CP ao caso concreto, se pudesse produzir o efeito pretendido e acautelar de forma melhor a relação dos progenitores com a criança e o superior interesse desta.

mesmo, tem uma proteção exaustiva e coerente no que respeita às suas crianças e adolescentes. O ECA, criado com a lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, é o principal diploma nacional de proteção das crianças e jovens, tornando-se num exemplo para todos os países.

No ordenamento jurídico brasileiro, o delito da subtração de menor encontra-se presente no art. 249.º. do CP brasileiro, dispondo que:

“Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda;

2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.”

Os direitos das crianças são direitos fundamentais da sociedade e, por isso, requerem uma tutela do direito penal que se irá certificar do cumprimento efetivo destes. No capítulo III do ECA encontram-se os direitos da criança e do adolescente quanto à convivência familiar e comunitária. Ora, depois de percebermos onde se enquadram os direitos da criança, debruçar-nos-emos sobre quais desses direitos a norma visa proteger. Quanto ao bem jurídico, entendemos nós, que à semelhança da lei portuguesa, o que se pretende proteger é o instituto familiar na sua vertente de relação entre pais e filhos inserida no poder pátrio. Dispõe o art. 1630.º do CC brasileiro, que os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, e o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que os pais têm para com os filhos, nomeadamente:

“I– dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”

No ponto II do art. acima transcrito, diz-se que é um direito dos pais ter os filhos em sua companhia e guarda, o que vem corroborado pelos arts. 21.º e 22.º do ECA. Ora, se a criança for subtraída ao progenitor que detiver o poder paternal, encontram-se defraudados os referidos direitos.

Tal como no ordenamento jurídico português, pode ocorrer que não se verifique uma privação de liberdade do menor, mas antes um impedimento de contacto deste com quem é por si responsável, impedindo este último de exercer o poder paternal sobre o seu filho. O art. 249.º do CP brasileiro fala-nos em subtrair o menor a quem o detém sob a sua guarda, levando-nos a um impasse na interpretação da norma, uma vez que a guarda é um dos direitos incluídos no poder paternal, não se esgotando o último apenas com a guarda. Deste modo, podemos compreender que o delito não é “subtrair a guarda, mas, subtrair ao pátrio poder”^{178 179}.

Assim sendo, para a lei brasileira, não basta uma subtração que afete a guarda. É, necessário que sejam afetados, ou que estejam em vias de ser, todos os direitos do pátrio poder acima descritos. A subtração de menor que apenas coloque em causa a guarda não preenche assim,

¹⁷⁸ Furquim, L. D. “Subtração de Incapazes: Realização e consumação”,2003. Obtido de Direito Net: <https://www.direitonet.com.br/arts./exibir/1112/Subtracao-de-incapazes-realizacao-e-consumacao>.

¹⁷⁹ Embora compreendamos o entendimento do autor e percebamos que, de facto, o poder pátrio vai muito além da guarda e seja este que se pretende proteger com a norma não podemos deixar de perceber que aqui a guarda é vista como o ponto de partida que, quando extravasada, arrastará a violação de todos os outros direitos e deveres associados ao pátrio poder.

verdadeiramente, o tipo legal, embora seja o início de todo o processo de violação dos direitos do poder pátrio. Isto posto, uma subtração em que inicialmente apenas se verifique o extravase da guarda, não preenche a mesma o verdadeiro espírito da lei.

Outro aspeto importante de salientar serão os casos em que o crime não se consuma, havendo apenas uma tentativa, que embora teoricamente admitida é de difícil configuração no caso aplicável ao crime concreto¹⁸⁰ - o que difere, em teoria do caso do ordenamento jurídico português em que não há a punição da tentativa no que respeita ao crime em análise, uma vez que a pena superior aplicável é inferior a 3 anos. Embora possa parecer que existam diferenças práticas, uma vez que, num ordenamento jurídico há tentativa punível e no outro não, tal não se vem a configurar, uma vez que, como referido, há uma grande dificuldade no enquadramento e punição da tentativa, o que em termos práticos leve a uma conclusão semelhante com a lei portuguesa.

Analizada esta previsão da norma em termos gerais, falaremos agora da estatuição, podendo concluir, numa primeira visão, que as molduras penais entre ambos os países são semelhantes. No entanto, não podemos esquecer que, no caso brasileiro, apenas há lugar à condenação por este crime se o facto não consubstanciar noutro crime. Esta ressalva apresentada pela norma, embora possa parecer que negligencia o tratamento destes casos, não nos parece que tenha essa consequência, pois, quando confrontados com os ditos “elementos de outro crime”, podemos verificar que as molduras penais são consideravelmente superiores. Se não se trata de negligência e, quando perante este delito, há outro que se lhe aplique, este primeiro deixa de ser aplicado, levando a uma aplicação pouco frequente da norma no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁸⁰ Bitencourt, C. R. “Tratado de Direito Penal” *Part Especial 4- Dos crimes contra a Dignidade Sexual Até dos Crimes contra Fé Pública*, 2012, 6ª edição, Saraiva. Obtido de: <https://pt.slideshare.net/ivonsouza18/livro-dir-penal-parte-especial-4-cezar-roberto-bitencourt>.

É neste sentido que se nos afigura que a norma, tal e qual como está descrita, não acautela de forma suficiente o bem jurídico que protege, sendo necessário socorrer-se de outras normas que lhe permitam assegurar o referido bem. Ora, se assim o é, pensamos que a moldura deveria ser aumentada para que, quando confrontados com este ilícito criminal e preenchidos todos os requisitos de aplicação da norma, esta pudesse ser aplicada de forma una e concisa. Não obstante da nossa opinião no que respeita a este ponto da norma, quais serão então os crimes que se enquadram neste caso? Não são, naturalmente, quaisquer outros existentes no CP, embora o art. 249.º do CP brasileiro não faça referência a quais os outros crimes a aplicar *in casu*, pelo facto de estarem conexos com a previsão daquele preceito e estando os mesmos elencados nos arts. 148.º e 159.º¹⁸¹, ambos do CP brasileiro.

No caso do art. 148.º do CP brasileiro diz a norma que:

“Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei n.º 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n.º 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei n.º 11.106, de 2005)

V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei n.º 11.106, de 2005)

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

¹⁸¹ No mesmo sentido, Bitencourt, C.R. *op cit.*

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Redução a condição análoga à de escravo”

No caso da aplicação do art. 148.º do CP brasileiro, analisado com relação ao art. 249.º do mesmo diploma, destina-se a mesma, como acima descrito, a punir os casos de privação da liberdade mediante sequestro ou prisão. No caso em concreto, para se equiparar com o crime em análise (subtração), é natural que o mesmo seja praticado contra menor de 18 anos, o que vai elevar a moldura penal para um mínimo de 2 anos e máximo de 5 anos. Este aumento da moldura penal vem, de certo modo, ao encontro do que entendemos ser a justificação para a aplicação deste art. em detrimento do art. 249.º do CP brasileiro.

Entendemos poder ser ainda aplicado o art. 159.º, do CP brasileiro, que diz que:

“Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei n.º 8.072, de 25.7.90 (Vide Lei n.º 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de oito a quinze anos. (Redação dada pela Lei n.º 8.072, de 25.7.1990)

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Vide Lei n.º 8.072, de 25.7.90 (Redação dada pela Lei n.º 10.741, de 2003)

Pena - reclusão, de doze a vinte anos. (Redação dada pela Lei n.º 8.072, de 25.7.1990)

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Vide Lei n.º 8.072, de 25.7.90

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos. (Redação dada pela Lei n.º 8.072, de 25.7.1990)

§ 3º - Se resulta a morte: Vide Lei n.º 8.072, de 25.7.90

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos. (Redação dada pela Lei n.º 8.072, de 25.7.1990)

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”¹⁸²

A norma acima descrita aplica-se também em sobreposição ao art. 249.º CP brasileiro, quando a subtração ocorre com a finalidade de alcançar qualquer vantagem para o agente, podendo a mesma ser culminada em condição ou valor de resgate. No caso do crime em concreto, não está em causa o pátrio poder, outrossim, a liberdade do lesado. Esta liberdade acaba por colidir, pois, com o crime de subtração de menor. Ao ser retirada a liberdade ao menor, vai imediatamente condicionar o pátrio poder e, aí sim, há uma convergência entre os dois delitos criminais passíveis de justificar a condição da pena aplicável ao crime de subtração.

Também no caso do crime de “extorsão mediante sequestro”¹⁸³, e à semelhança do que ocorre com o art. 148.º CP brasileiro, a moldura penal é consideravelmente superior à prevista para o crime de subtração, sendo elevada para um mínimo de 12 e um máximo de 20 anos.

Referidos os crimes apassíveis de aplicação ao caso em concreto por força do disposto no próprio corpo do art. 249.º CP brasileiro, podemos concluir que os mesmos, embora punam comportamentos semelhantes aos da referida norma, são diferentes. Para que haja aplicação do crime de subtração de menor é essencial que o sujeito ativo conheça que o incapaz está sob guarda ou proteção legal de alguém, ao passo que no caso do crime de sequestro e extorsão por sequestro este requisito é irrelevante, estando em causa a liberdade pessoal e não a manutenção do pátrio poder. Embora de formas distintas, a consequência entre normas acaba por produzir efeitos práticos semelhantes¹⁸⁴. Ainda quanto à distinção entre os

¹⁸² Redação dada pela Lei n.º 9.269, de 1996.

¹⁸³ Designação usada por Bitencourt, C.R. *op cit.*

¹⁸⁴ Se uma criança é retirada do seu meio natural a primeira coisa que lhe vai ser negada é a sua liberdade pessoal, no entanto isso influencia também a liberdade dos seus progenitores em tê-lo em sua companhia, o que irá culminar num efeito prático semelhante, embora a liberdade pessoal como direito fundamental se deva sobrepor ao pátrio poder.

três ilícitos criminais no OJ brasileiro, é de notar que na pena aplicada ao crime de subtração de incapaz fala-se de detenção, enquanto que no crime de sequestro e extorsão sob sequestro fala-nos de reclusão. Ora estes conceitos, embora parecidos, não são confundíveis e as repercussões de cada um deles são distintas. A detenção “é aplicada para condenações mais leves e não admite que o início do cumprimento seja no regime fechado. Em regra, a detenção é cumprida no regime semi-aberto, em estabelecimentos menos rigorosos como colônias agrícolas, industriais ou similares, ou no regime aberto, nas casas de albergado ou estabelecimento adequados”¹⁸⁵, enquanto que a “reclusão é aplicada a condenações mais severas, o regime de cumprimento pode ser fechado, semi-aberto ou aberto, e normalmente é cumprida em estabelecimentos de segurança máxima ou media” ^{186 187}.

A distinção feita pela própria lei é, no nosso ponto de vista, um pouco desajustada face à importância do crime de subtração de incapaz, acabando por o tratar como secundário e de quase nula aplicação quando o mesmo, ao invés de ser negligenciado em favor de outros crimes, devia extinguir o problema e ser perentório no tratamento do mesmo. Veja-se que o crime de subtração protege a instituição familiar que tão prezada é pelas nações, exigindo-se uma norma efetiva e aplicada, por si só, com penalizações relevantes.

Outra das grandes diferenças entre o crime de subtração de menor e o crime de subtração de incapaz prende-se com o exposto no primeiro parágrafo da norma brasileira, que apenas insere na sua lista de sujeitos ativos os pais, os tutores e os curadores do incapaz se estes tiverem sido destituídos do poder paternal. Esta factualidade trazida pela norma brasileira não deixa de ser curiosa, uma vez que isenta os progenitores de

¹⁸⁵ Poder Judiciário da União – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios de 23 de outubro de 2015. Obtido de:

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/reclusao-x-detencao-x-prisao-simples> .

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ A conclusão que podemos tirar da análise dos dois preceitos é que a detenção permite que o agente tenha contacto com a sociedade e nela esteja integrado ao passo que na reclusão temos um regime que é inicialmente fechado e, portanto, cumprido em estabelecimentos prisionais, com a ressalva de poder ser aberto com o passar do tempo.

culpa se estes subtraírem o menor ao outro aquando instituídos no poder paternal, estando o seu comportamento justificado pelo direito ao pátrio poder que legalmente foi atribuído ao progenitor infrator¹⁸⁸. Se o progenitor, tutor ou curador com pátrio poder sobre o incapaz o subtrair a outrem igualmente responsável por este não há ilícito criminal por não preencher o tipo legal. Esta particularidade da norma do OJ brasileiro é, no nosso ponto de vista, desapropriada face ao propósito que a norma serve. Veja-se que quem tem o conhecimento do poder paternal e da forma como o mesmo está disposto são os progenitores, tutores ou curadores, e isso funciona como um filtro de aplicação da norma ao caso concreto pelo que, se se vão eximir estes sujeitos de preencher o tipo legal, a norma não vai funcionar de todo, uma vez que os comportamentos do infrator vão incorrer na prática de outros crimes que não este. Assim sendo, qual fica a ser a função da norma?

Quanto ao segundo parágrafo do art. 249.º do CP brasileiro, fala-nos o mesmo de uma possibilidade de não aplicação de pena caso o menor/interdito seja reconduzido ao detentor do poder pátrio, sem que este tenha sofrido maus-tratos ou privações. Este parágrafo traduz uma despenalização do agente, o que, no nosso entender, não devia ocorrer, uma vez que sendo o bem jurídico protegido a manutenção do poder pátrio e o seu exercício efetivo, o facto de a criança não sofrer maus tratos ou privações não se coaduna com a realidade que se visa proteger. É claro que podemos entender que esta norma funciona como um dissuasor no sujeito ativo para que este não tenha comportamentos dolosos com a criança, no entanto, existem outras normas que no caso de ocorrer tal situação se vão aplicar imediatamente, pelo que não conseguimos compreender de forma clara o alcance pretendido com o segundo parágrafo do art. 249.º do CP brasileiro. Cingindo-nos, agora, ao panorama geral incorporado pelas normas nos diferentes ordenamentos jurídicos, podemos concluir que, embora parecendo que Portugal contém o OJ mais benevolente quanto ao

¹⁸⁸ No mesmo sentido Bitencourt, C.R. *op cit.*

tratamento dos casos relacionados com este ilícito criminal, tal não se verifica. As inclusões e formas de extinção das penas são uma realidade existente tanto no caso espanhol como no caso brasileiro, levando-nos a desacreditar, de certo modo, na função preventiva das normas e da forma como elas são aplicadas e tratadas.

Conclusões

Os crescentes casos de dissolução do matrimónio implicaram a necessidade de criação de normas jurídicas que acautelassem os direitos da criança, filha dos outrora cônjuges, e dos próprios cônjuges. Cada vez mais se conclui que, nos casos de rutura conjugal os cônjuges fiquem em completo desacordo, com mágoas irremediáveis e que se irão repercutir na forma como o progenitor se relaciona com o seu filho e com o outro progenitor.

O Direito da família tem a função primordial de resolução das questões familiares existentes, no entanto, e pese embora este ramo do direito trate quase todas as situações que surjam neste seio, nem sempre a sua tutela é suficiente. No caso da subtração de menor, e por estarem em causa bens constitucionalmente consagrados, houve uma necessidade de tutela do direito penal para a proteção destes mesmos bens. Uma vez que se considera que o incidente de incumprimento das responsabilidades parentais não acautela de forma suficiente a proteção dos bens jurídicos protegidos pela norma, torna-se necessária a intervenção do direito penal

Como ponto de partida para este trabalho, tomamos a evolução legislativa do CP, desde 1852 até 2008, no que toca à subtração de menor e pudemos perceber que nem sempre foi pacífica a forma como o legislador encarou a norma, que teve uma evolução marcada por avanços e recuos¹⁸⁹. Embora uma das preocupações principais do direito penal seja o acompanhamento da evolução da sociedade, temos de reconhecer que a última alteração feita ao preceito, embora tenha alargado o âmbito de aplicação da norma, deixa de fazer distinção da moldura penal a aplicar aos sujeitos ativos passíveis de integrar o tipo legal, o que a nosso ver está errado, uma vez que os progenitores, ascendentes e adotantes do menor, deviam carecer de uma atenuação especial da pena em função da sua privilegiada relação com o menor.

¹⁸⁹ Santos, A.T. *op cit*, pp 228.

No seguimento do que já referimos em relação ao confronto entre a jurisdição civil e a jurisdição penal, foi necessário percorrer o caminho que o direito civil traça para a resolução destes casos e perceber como funciona o processo civil nos casos referidos. Com esta dissertação, foi-nos possível compreender que, ao invés de um choque de jurisdições, há uma complementaridade no que toca naturalmente à subtração de menor. O direito civil acautela, acima de tudo, o superior interesse da criança e a forma como as relações com os progenitores ou equiparados interferem com esse mesmo bem-estar, e depois vem o direito penal com a subtração de menor garantir que se observem todos aqueles pressupostos obrigatórios das responsabilidades parentais, tais quais foram estipulados pelo tribunal, para que o direito dos progenitores a estarem com o seu filho não se veja diminuído ou violado.

Como não podia deixar de o ser, o ponto principal deste estudo foi a análise, passo a passo, do crime de subtração de menor quanto ao n.º1 do art. 249.º, al. c), onde pudemos sanar algumas das principais divergências que se encontram relacionadas com este ilícito criminal. Desde logo, a justificação da tutela penal em todas as modalidades da ação da alínea al. c) do n.º1 do CP, concluindo-se pela ágil forma de pensar do legislador que adaptou a norma à realidade, ainda que com os reparos que já lhe foram feitos, permitindo que o direito penal, e bem a nosso ver, pudesse proteger os bens fundamentais do nosso Estado de Direito respeitantes à família e ao direito de os pais não serem separados dos filhos.

Outra das questões – e talvez aquela que gerou mais controvérsia na escassa doutrina existente – foi a do bem jurídico, que embora muitos autores entendam ser o superior interesse da criança, entendemos de forma diferente, identificando como bem jurídico o direito dos progenitores de manterem uma relação com os seus filhos isenta de entraves, cumprindo-se o estipulado no regulamento do exercício das responsabilidades parentais. Ainda quanto à al. c) do referido normativo legal, tivemos oportunidade de aclarar todo o tipo objetivo da norma, trabalhando as várias questões de discórdia doutrinal, nomeadamente no tocante à recusa

de acolhimento, que entendemos de legítima presença na norma penal, em contraposto com autores que defendem que se trata de uma ¹⁹⁰“criminalização de afetos”, não devendo por isso a norma consagrar esta realidade. O problema aqui referido traduz-se essencialmente na forma de interpretação do conceito e na sua subjugação à norma.

. Outra das questões que tentamos clarificar foi a trazida à colação pelo n.º 2 do preceito objeto de estudo, e que pondera a vontade do menor. Embora hajam autores que se insurgem contra a constitucionalidade da norma, a nossa interpretação foi em sentido oposto, concluindo que a atenuante por esta trazida é essencial para se perceber as motivações que levaram à prática do crime e se, eventualmente, não podemos mesmo estar perante casos de abuso ou maus-tratos que a criança, ao recusar a presença do outro progenitor, poderá dar a entender ao progenitor que comete o ilícito criminal.

Por fim, e por ter surgido no decorrer do nosso estudo, decidimos abordar o ordenamento jurídico espanhol e o ordenamento jurídico brasileiro. Não só pela proximidade cultural e territorial, mas por todas as nuances descritas nos diferentes ordenamentos. Há nestes dois ordenamentos jurídicos importantíssimas formas de tratar a subtração e entendemos, no que contende aos sujeitos suscetíveis de enquadrar a norma, onde o OJ espanhol faz referência aos ascendentes do progenitor, máxima que esta factualidade dever ser repescada pelo OJ português. Ainda quanto aos OJ espanhol, faz o mesmo referência a uma pena acessória a aplicar ao caso que também entendemos dever ser aplicada pelo OJ português, no sentido de acautelar os direitos dos progenitores e do menor. O OJ brasileiro foi um importante elemento de estudo dada a sua forte preocupação com os direitos da criança e do jovem, dando-se ênfase à questão do ECA que tem muita relevância prática na cautela dos direitos da criança.

¹⁹⁰ Veiga, A.M. *op cit.*, p. 159.

A subtração de menor, no que toca ao incumprimento das responsabilidades parentais, é uma norma com muitas especificidades que levam os tribunais a terem um certo receio na aplicabilidade da mesma. Prova disso é a jurisprudência escassa dos nossos tribunais que, quando existe, coloca elevadas restrições à aplicabilidade desta alínea em concreto. Entendemos que esta facticidade se deve ao facto de a norma não ser clara, levando a interpretações várias sobre o que cabe ou não no âmbito da mesma.

A sociedade vai continuar na sua natural evolução e, embora a norma esteja, no nosso ponto de vista, apta à sociedade em que vivemos, devia haver uma preocupação do legislador em clarificá-la para facilitar a sua aplicabilidade nos tribunais, dando-se o uso merecido à mesma.

Bibliografia

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial, Lisboa, in BMJ, 1979;

Albuquerque, P. P. “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” 2015, 3ª ed. Lisboa, Universidade Católica Editora;

Andrade, M. d. “A 'dignidade penal' e a carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992;

Asúa, L. J. "Tratado de Derecho Penal", vol. VII, Editorial Losada, 3ª edição;

Bastos, J. J.C. “Crime de Subtração de Incapazes: Anotações Críticas”;

Beccaria, C. “Dei Delitti e Delle Pene”, 1766, Tradução de José de Faria Costa, Lisboa 2007;

Bitencourt, C. R. “Tratado de Direito Penal” Part Especial 4- Dos crimes contra a Dignidade Sexual Até dos Crimes contra Fé Pública, 2012, 6ª edição, Saraiva. Consultado em:
<https://pt.slideshare.net/ivonsouza18/livro-dir-penal-parte-especial-4-cezar-roberto-bitencourt>;

Bolieiro, H. & Guerra, P. “A criança e a família – Uma questão de direito (s). Visão prática dos principais Institutos do direito da família e das crianças e jovens”, 2009, Coimbra Editora;

Bueno, F. F. “Sustracción «legal» de menores”. Obtido de Mateo Bueno Abogado: <https://www.mateobuenoabogado.com/blog/sustraccion-de-menores-2/>;

Carvalho, A. T. “Direito Penal Parte geral - Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime”, 2008, Coimbra, Coimbra Editora;

Colaço, A. “Novo Regime do Divórcio”, 2ª ed. revista e atualizada, 2009, Coimbra, Almedina;

Convenção sobre os Direitos da Criança obtido em: https://www.unicef.pt/media/1206/Oconvencao_direitos_crianca2004.pdf;

Correia, E. “Direito Criminal I” *com a Colaboração do Prof. Figueiredo Dias*, 1993, Coimbra, Almedina;

Cortina, J. M. “El delito de Sustracción de Menores: Última Jurisprudencia”, 2017, Centro de Estudos Jurídicos;

Costa, J. d. “Noções Fundamentais de Direito Penal.”, 2012, Coimbra Editora;

CRL OA. “O superior Interesse da Criança”. 2009. Obtido de: http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=1&idsc=21852&ida=75761 ;

Cruz, G. B. “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (Resenha histórica)”, 1969, Lisboa, Separata do Boletim do Ministério da Justiça;

Cunha, J. D. S, “Direito Penal 1”, 1987, Porto, Universidade Portucalense - Departamento de Direito;

Cunha, J. D. “Subtração de Menor- Artigo 249.º do CP” *Em Comentário Conimbricense ao Código Penal- Tomo II*. 1999, Coimbra Editora;

Cunha, M. d. C. F. “A Tutela Penal da Família e do Interesse da Criança.” *Em Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Politico-Criminais - Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, 2013, Coimbra Editora;

Dias, C. M. A. “Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, 2009 Almedina;

Dias, J. d. F. “Direito Penal- Parte Geral, Tomo I”, Coimbra, 2012, 2ª edição, Coimbra Editora;

Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010 e exposição de motivos disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2>;

Duarte, M.F.A. “O Poder Paternal - Contributo para o estudo do seu atual regime”, Lisboa, 1994, 1.ª reimpressão;

Feitor, S.I. “Rapto Parental Internacional: Crime de Subtração de Menor e Convenção de Haia”, obtido de: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/7470.pdf>;

Fialho, A. J. “Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, 2013, 2ªed. CEJ Guia Prático;

Fialho, A.J. “O papel e a Intervenção da Escola em situações de conflito Parental”, 3ª edição, *Verbo Jurídico*;

Figueiredo, C. I. “Regulação do exercício das responsabilidades parentais - A decisão judicial de atribuição da residência do menor”, Coimbra, 2015, obtido em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/28702/2/Regulacao%20do%20exercicio%20das%20responsabilidades%20parentais.pdf>;

Freitas, J. L. “A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013”, Coimbra, 2013, Coimbra Editora;

Furquim, L. D. “Subtração de incapazes: realização e consumação” DireitoNet, obtido em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1112/Subtracao-de-incapazes-realizacao-e-consumacao;>

Gonçalves, B. F. “O Exercício das Responsabilidades Parentais”, 2016, obtido em:

[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/40477/1/B%C3%A1rbara%20Gon%C3%A7alves.pdf;](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/40477/1/B%C3%A1rbara%20Gon%C3%A7alves.pdf)

Justo, A. S. “Introdução ao Estudo do Direito”, Coimbra, 2001, Coimbra Editora;

Leandro, A. “Poder Paternal: Natureza, conteúdo, exercício e limitações.” Algumas reflexões da prática judiciária, Temas de Direito da Família Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, 1986, Almedina;

Leal, A. T. “A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais - O crime de subtração de menor”, 2014, *Verbo Jurídico*;

Leal, H. & Santos, S. “O Código Penal de 1982- Referências Doutrinárias; Indicações Legislativas; Resenha Jurisprudencial”, 1991, vol. 3, Rei dos Livros;

Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de setembro);

Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de setembro);

Leite, A. L. “O Crime de Subtração de Menor- Uma Leitura Reformada do Artigo 249.º do Código Penal”, 2009, *Julgar n.º 7*;

Martins, J. J. O. “A Codificação Penal Portuguesa no Séc. XIX”, *Julgar Online*;

Miranda, J., & Medeiros, R. “Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I”, 2005, Coimbra Editora;

Neto, A. “Código de Processo Civil Anotado”. 4ª ed. *Revista e Ampliada*, 2017, Ediforum;

Noronha, E. M. “Direito Penal”, 3º vol. 1977, edição Saraiva;

Oliveira, G. D. “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. n.º 13, Coimbra, 2010, Coimbra Editora;

Oliveira, G.D, & Coelho, F. P, “Curso de Direito da Família- Volume I - Introdução ao Direito Matrimonial” Coimbra, 2008, Vol.1, Coimbra editora;

Ortiz, J. R. “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de Menores”; *Redur* 13, 2015;

Ramião, T.A, “O Divórcio e as Questões Conexas- Regime Jurídico atual”, Lisboa, 2011, Quid Iuris;

Santos, A. T. “Do Crime de Subtração de Menor nas "Novas" Realidades Familiares”, 2010, *Julgar* n.º12;

Santos, D. F. “Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio.”, 2016, Obtido de: [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44556/1/Déboraferrreira%20Macedo%20Santos.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44556/1/D%C3%A9bora%20Ferreira%20Macedo%20Santos.pdf);

Secco, A. L. “Codigo Penal Portuguez”, 1881, Coimbra, Imprensa da Universidade;

Silva, G. M. “Direito Penal Português- Teoria do Crime.”, 2015, Lisboa, Universidade Católica Editora;

Sottomayor, M.C. “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio”, 6ª Edição, 2014, Almedina

Sottomayor, M. C. “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, 2011, *Julgar*.

Veiga, A. M. “O Novo Crime de Subtração de Menor Previsto no Artigo 249.º n.º1 AL. C) do Código Penal Português - A criminalização dos Afetos?” Coimbra, 2014, Coimbra Editora;

Jurisprudência Consultada

Concessão de Autorização para Repúdio de Herança por parte de Menor, 38/04 (Tribunal da Relação de Coimbra 16 de março de 2004). Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/208301149d5fcfce80256e6a004d77b1?OpenDocument>;

Crime de Subtração de Menor, 35/09.8TACTB.C1 (Tribunal da Relação de Coimbra 18 de maio de 2010). Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/8410534c42c890c58025773f0037a804?OpenDocument>;

Decisão Instrutória; Subtração de Menor, 687/10.6TAABF.S1 (Supremo Tribunal de Justiça 23 de maio de 2012). Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>;

Exercício das Responsabilidades Parentais, 33/12.4TBBRR.L1-8 (Tribunal da Relação de Lisboa 28 de 06 de 2016). Obtido de: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>;

Exercício das Responsabilidades Parentais; Processo de Jurisdição Voluntária; Princípio da Legalidade; Interesse da Criança, 538/11.4TBBRR-A.L1-8 (Tribunal da Relação de Lisboa 18 de outubro de 2012). Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/074bd591779fbf9c80257ab7004073de?OpenDocument>;

Homologação do Acordo de Responsabilidades Parentais; Conservatória de Registo Civil, 28114/17.0T8LSB.L1-6 (Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de junho de 2018). Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/af409e059f0ccaf1802582cf003512ec?OpenDocument>;

Interesse do menor; Contacto com ambos progenitores; Guarda Conjunta, 954/15.2T8AMD (Tribunal da Relação de Lisboa 24 de janeiro de 2017). Obtido de:

[http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fb2b82219d3c679d8025815b0033b392?OpenDocument&Highlight=0,954-15.2T8AMD-A.L1-7%20](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fb2b82219d3c679d8025815b0033b392?OpenDocument&Highlight=0,954-15.2T8AMD-A.L1-7%20;);

Processo especial de revitalização; Prazo; Negociações; Norma imperativa, 625/16.2T8BRR-A.L1-7 (Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de maio de 2016). Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/2353BEC740304B0380257F94003B90D6>;

Processo Judicial de Promoção e Protecção de menor em perigo; Valor; Omissão; Menoridade, 10140/2006-7 (Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de dezembro de 2016). Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/ed63d5676f9ea3cc80257248005b9c6e?OpenDocument>;

Regulação das Responsabilidades Parentais; Convívio com Ambos Progenitores, 8481/16.4T8LSB-A (Tribunal da Relação de Lisboa 06 de dezembro de 2016). Obtido de:

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5180&codarea=58;

Regulação do Poder Paternal, 1110/05.3TBSD.C2.S1 (Supremo Tribunal de Justiça 04 de fevereiro de 2010). Obtido de:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f1626c83e72853e802576c1004d0e90?OpenDocument>;

Responsabilidades parentais; Decisão provisória; Guarda Partilhada; Figura Primária de Referência, 996/16.0T8BCL-D.G1 (Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de janeiro de 2017). Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4585cdc8f4ad5913802580c70058d936>;

Residência; Menor; Nacional; Estado da União Europeia, 1045/12.3TBCLD-A.C1 (Acórdão do Tribunal da Relação de 2 de dezembro de 2014). Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/fe5158f6de2d757880257daa004d04d2>;

Subtração de Menor, 1568/08.9PAVNG.P1 (Tribunal da Relação do Porto 25 de março de 2010). Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument>;

Subtração de Menor, 14755/13.9TDPRT.P1 (Tribunal da Relação do Porto 21 de outubro de 2015). Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/98eae4bd0a7f98a480257ef30039b719?OpenDocument>;

Subtração de Menor, 1568/08.9PAVNG.P1 (Tribunal da Relação do Porto 25 de março de 2010). Obtido de:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument>;