

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

2º Ciclo de Estudos em Direito

**O novo crime de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do
Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31/10):
a criminalização dos afectos?**



António Miguel Veiga

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Doutor Manuel da Costa Andrade.

Coimbra

2013

Que é feito dos filhos que sobram da guerra entre os homens e as mulheres?

Jornal *Público*, 22 de Abril de 2012

O mundo tem muitos mundos, (...) cada um deles mais estranho, mais variado e (...) mais burlesco do que o anterior. Tudo é possível.

JOHN BANVILLE, *Os Infinitos*

Siglas utilizadas

CC – Código Civil

CDC – Convenção dos Direitos da Criança

CEDC – Carta Europeia dos Direitos da Criança

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEEDC – Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CS – Código de Seabra

DL – Decreto-Lei

L – Lei

LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

OTM – Organização Tutelar de Menores

Índice

Introdução.....	6
1. Delimitação do tema.....	6
2. Uma questão terminológica: “menor”, “criança” ou “jovem”?	8

Capítulo I

Do divórcio, das responsabilidades parentais, do seu exercício, e da respectiva regulação

1. Os “ventos de mudança” da era contemporânea nos domínios do casamento e dos direitos da criança.....	10
2. O quadro normativo português recente em matéria de regulação do divórcio.....	15
3. O essencial do regime normativo do poder paternal, anteriormente à L n.º 61/2008, de 31/10.....	21
4. A nova forma de encarar as responsabilidades parentais decorrente da L n.º 61/2008, de 31/10.....	37

Capítulo II

Do crime de subtracção de menor e suas diversas “metamorfoses” típicas, no ordenamento penal português, de 1852 a 2008 (exclusive)

1. Preocupações geralmente inerentes à criminalização da subtracção de menor, ao longo dos tempos.....	47
2. Os CP de 1852 e 1886	47
3. O CP de 1982	51
4. O crime de subtracção de menor previsto no n.º 1 do art. 249º do CP, em especial no que toca à respectiva alínea c), na redacção introduzida pela reforma penal de 1995 (e posteriormente alterada pela L n.º 59/2007, de 4/9).....	53

Capítulo III

O crime de subtracção de menor, depois da reforma de 2008, em especial no que toca à hipótese contida na alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP

1. Configuração do tipo objectivo da subtracção de menor	62
--	----

2. Um aspecto particularmente inovador (e relevante) do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP: a questão da <i>recusa de acolhimento do menor</i>	74
3. O elenco dos sujeitos activos do crime de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP, após a reforma introduzida pela L n.º 61/2008, de 31/10	79
4. Delimitação do tipo subjectivo do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP	84
5. A hipótese prevista no actual n.º 2 do art. 249º do CP	84
6. A chamada (síndrome de) “alienação parental”	94

Capítulo IV

Análise crítica, à luz da ideia de bem jurídico, do crime de subtracção de menor, previsto no art. 249º/n.º 1-c) CP, na sua actual redacção

1. Os bens jurídicos enquanto referentes da existência e do sentido do direito	102
2. A autonomia intencional do direito penal	103
3. O novo crime de subtracção de menor, especialmente na hipótese contida na alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP, à luz da ideia de bem jurídico	109
4. Uma certa criminalização de afectos?	112
Síntese conclusiva	125
Referências bibliográficas	127

Introdução

1. Delimitação do tema

A necessidade de defendermos aqueles que mais amamos e de nós dependem é tão antiga quanto a nossa própria existência enquanto espécie. E o seio familiar constituirá porventura o domínio no qual essa necessidade de defesa germina e se expressa de um modo mais óbvio, não só pelo sentimento de pertença que é normalmente conatural à relação familiar, mas também porque a família representa, quase sempre, o alfofre moldador da primeira essência pessoal dos seus membros¹.

Mas de que família deveremos falar? Da família entendida na sua acepção mais institucional, “legalizada” e como tal reconhecida à face da ordem jurídica, ou de algo mais? Terá sentido pensarmos também nas formas de comunhão existencial que, no mundo contemporâneo, se afastam cada vez mais dos modelos tradicionais de família? E por que modo a referida necessidade de defesa se manifesta em situações limite no seio familiar, desde logo quando os supostos “objectos” da defesa são vítimas de actos que, praticados pelos seus próprios “defensores”, representam, em muitos casos, o estertor da relação até então (material ou formalmente) vivida?

É a partir deste contexto que o presente trabalho tentará esboçar uma análise do relevo penal dos comportamentos cujas consequências, desfeitas as situações conjugais ou paraconjugais, ou verificado que seja um quadro de separação de facto, se abatem sobre as crianças e os adolescentes. Comportamentos amiúde perpetrados pelos progenitores, após a cessação da respectiva convivência, e que merecem, na ordem jurídica portuguesa, a partir da reforma levada a cabo pela L n.º 61/2008, de 31/10, o apodo de “subtracção de menor”, prevista no art. 249º/n.º 1-c) do CP², com o que isso implica da remessa de tais condutas para o elenco categorial dos factos criminalmente relevantes.

¹ Se – para utilizarmos a conhecida expressão de JOSÉ ORTEGA Y GASSET – «Yo soy yo y mi circunstancia (...)» (*Meditaciones del Quijote*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1914, pág. 43), não poderemos deixar de reconhecer que a família constituirá uma das “circunstâncias” mais determinantes da formação ética do ser humano, nas suas dimensões pessoal e social.

² Como veremos, o *nomen iuris* “subtracção de menor” existe na lei penal portuguesa há diversos anos, e manteve-se intacto ao longo de várias reformas. A novidade, no entanto – e que acaba por constituir o objecto da nossa análise –, é a específica incidência penal, operada pela L n.º 61/2008, de 31/10, através do tipo de “subtracção de menor” contido no art. 249º/n.º 1-c) do CP, sobre um conjunto de situações comportamentais havidas em contexto pós-regulação do exercício das responsabilidades parentais.

A apreciação do tema acabado de aludir impõe um prévio enquadramento do domínio jurídico-civil do direito da família, sobretudo no tocante à matéria do casamento e divórcio, assim como às relações dos progenitores entre si e com os seus filhos menores. Por isso mesmo, começaremos por tentar perceber, em uma primeira fase, qual a actual plethora de manifestações familiares e para-familiares e, sobretudo, qual o relevo que, um pouco por todo o lado, a (r)evolução das mentalidades e paradigmas culturais dos últimos anos foi emprestando ao modo de percepcionar os apontados vínculos relacionais³. Assim como tentaremos compreender a abordagem jurídico-civil das situações de ruptura conjugal ou de laços congéneres dos progenitores e a sua concomitante refracção no relacionamento doravante estabelecido entre cada um deles e os filhos menores. Tudo nos fazendo desembocar no enquadramento civil do divórcio e da regulação do exercício das agora denominadas “responsabilidades parentais”.

Mas o âmago e o *punctum crucis* das nossas preocupações situam-se, como dissemos, na abordagem *penal* das mencionadas situações familiares (ou para-familiares) de ruptura e suas incidências no relacionamento entre pais e filhos. Consequentemente, a segunda e a terceira parte deste estudo apostam na caracterização do denominado *crime de subtracção de menor*, na feição que mais imbrica nas eventuais *patologias* do exercício da parentalidade. O que implica perceber *de que modo* – e, sobretudo, *quando* – intervirá o direito penal enquanto *ultima ratio* sancionadora daquele exercício *patológico e funcionalmente desviado* da parentalidade.

Ao cabo e ao resto, importará responder à seguinte questão: quais os comportamentos dos progenitores que, implicando violações mais ou menos claras do chamado “projecto de vida” da criança ou jovem, desenhado no concreto regime de exercício das responsabilidades parentais, caberão na subtracção de menor?

Apresentado o problema essencial – que não dispensará, para a tentativa da sua dilucidação, uma interpretação (obviamente) ancorada no tipo do referido art. 249º/n.º 1-c) do

³ Segundo cremos, o referido entorno histórico-cultural mostra-se indispensável para uma correcta análise do *tema penal* que ora nos ocupa, pois, como avisadamente refere AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «a compreensão do papel que o direito penal é chamado a desempenhar nas hodiernas sociedades democráticas não pode prescindir, também, da *história* da evolução das instituições jurídico-criminais, história que só cobrará sentido útil, para o presente e para o futuro, na medida em que for inserida na dinâmica do respectivo *contexto sócio-cultural*» (“Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. Análise histórica. Sentido e limites”, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz”* – 1983, 1985, pág. 12, com itálicos do AUTOR).

CP –, importará todavia atentar em um outro (e, a nosso ver, magno) *thema*, que se desprende da riqueza etiológica e heurística da própria figura de delito. Os comportamentos enumerados pela norma dirigir-se-ão, todos eles, à protecção de um bem jurídico uno, sempre com o mesmo respaldo constitucional? Ou terá porventura o legislador ido longe demais ao apontar para a (pelo menos aparente) protecção penal de uma certa afectividade que pretende ver (sempre, diríamos) assumida na sequência de uma regulação do exercício das responsabilidades parentais?

Pensamos que a resposta às duas últimas interrogações – que nos remetem para o domínio do bem jurídico protegido – só poderá surgir, repitamo-lo, após a análise da configuração típica do vigente art. 249º/n.º 1-c) do CP. Ou seja, só depois de percebermos quais os comportamentos proibidos pela norma – sobretudo por comparação com a redacção imediatamente anterior do preceito –, poderemos tentar descortinar, com um pouco mais de rigor, se estaremos sempre perante o mesmo bem jurídico ou – mais importante – perante bens jurídicos similares, dotados de uma mesma densidade e sustentação axiológico-constitucionais.

2. Uma questão terminológica: “menor”, “criança” ou “jovem”?

Já vimos que o contexto enformador deste trabalho passa pelo nosso direito da família e dos menores ou, segundo uma denominação mais recente, da família e das crianças e jovens.

O que nos impele a uma opção (e precisão) de cariz essencialmente terminológico.

Em Portugal, a tendência generalizada – mesmo legal, em alguns casos – é a do abandono cada vez mais assumido do termo “menor” em benefício das categorias “criança” e “jovem”. Assim, e a título de exemplo, note-se que para efeitos da LPCJP passou a considerar-se criança ou jovem «(...) a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos» [art. 5º-a)]⁴.

Para ARMANDO LEANDRO, o progressivo desuso do *nomen iuris* “menor” para designar a criança e o adolescente é algo de muito positivo porque traduz a concepção – correcta –

⁴ HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA defendem que a noção de “criança” contida na norma citada vai de encontro à definição consagrada no art. 1º da CDC de 1989 [*A Criança e a Família – uma Questão de Direitos(s)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 36, nota 6].

segundo a qual estamos perante um sujeito autónomo de direitos (dotado de capacidade de gozo dos mesmos) cuja fase de desenvolvimento exige a «(...) necessidade de os pais biológicos ou, na sua falta ou incapacidade, os adoptivos, o tutor ou outro representante legal, cumprirem o seu poder-dever de suprir, em medida correspondente à imaturidade da criança, a sua incapacidade de *exercício* dos seus direitos. Não limita porém a capacidade que a criança tem de *gozo* dos seus direitos, não diminuindo assim, nesta perspectiva, *a plenitude da sua cidadania*»⁵.

Todavia, para efeitos do presente trabalho não teremos – *assumidamente* – a preocupação de abandonar de todo o termo “menor” e substituí-lo sempre pelas categorias “criança” ou “jovem”, pelo que se utilizarão as expressões em causa (sobretudo “menor” e “criança”) de forma algo indistinta para significar a mesma realidade pessoal. E isto porque independentemente de, em tese, não discordarmos da bondade das posições – doutrinária e legal – acabadas de expor, não podemos olvidar ter sido a própria L n.º 61/2008, de 31/10, a manter, nas pertinentes normas do CC e – para o que ora mais nos interessa – no art. 249º do CP [*maxime*, na alínea c) do respectivo n.º 1], a expressão “menor” para efeitos de designação do ente referencial em causa, parecendo certo, pois, ter ficado a dever-se tal manutenção terminológica a uma opção bem consciente do legislador (cfr. art. 3º da L n.º 61/2008, de 31/10, a propósito das alterações de denominação decididas, nas quais não se conta a de “menor” por “criança” ou “jovem”).

Considerando, pois, o objecto temático em estudo – crime de subtracção de menor –, e a aludida atitude da própria L n.º 61/2008, de 31/10, deverá entender-se que a utilização das palavras “menor”, “criança” e “jovem” ao longo das nossas reflexões resulta de uma escolha linguística referida a uma mesma realidade, a saber, a de uma pessoa de idade inferior a 18 anos não emancipada pelo casamento (arts. 122º, 123º, 132º e 133º, todos do CC)⁶.

⁵ “Protecção dos Direitos da Criança em Portugal”, *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 103 (com itálicos do AUTOR).

⁶ Já, por exemplo, nos crimes sexuais previstos no nosso CP a nomenclatura é especialmente importante. Com efeito, o legislador emprestou – em 1982, e nas reformas ocorridas nos anos de 1995 e 2007 –, de modo claro, e consoante a idade dos menores ofendidos (inferior a 14 anos, entre 14 e 16 anos, ou entre 14 e 18 anos), diversas gradações de ilicitude aos vários comportamentos tipificados, falando de “crianças”, “menores” e “adolescentes” (arts. 171º a 175º e 177º/n.ºs 5 e 6 do CP, na redacção conferida pela L n.º 59/2007, de 4/9). A propósito, esclarece ANA RITA ALFAIATE que «(...) o CP português (...) aplica (...) o conceito de criança de uma forma mais restrita» (que a referida a todo o ser humano com menos de 18 anos de idade), «sendo, por isso, mais rigoroso falar em crimes sexuais contra menores em vez de crimes sexuais contra crianças e jovens» (*A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 23 e 24).

Capítulo I

Do divórcio, das responsabilidades parentais, do seu exercício, e da respectiva regulação

1. Os “ventos de mudança” da era contemporânea nos domínios do casamento e dos direitos da criança

1.1. Escreveu SÁNDOR MÁRAI, no seu romance *Divórcio em Buda*, a propósito do casamento, assim entendido por um juiz de direito da família profundamente conservador, em uma Hungria não menos conservadora, no limiar da Segunda Guerra Mundial: «(...) ao “pronunciar o divórcio”, tinha a sensação de que a vontade humana se intrometia no direito divino. Kõmives acreditava que o casamento era um sacramento. Esta convicção era uma das leis da sua vida. O casamento é um sacramento, uma graça extraordinária, expressão da vontade de Deus; o homem deve aceitá-lo, como tudo o que vem de Deus, e não tem nada que intrometer-se. Para ele, o casamento não era uma instituição “perfeita” ou “imperfeita”, o casamento era uma forma moral que dotava de um quadro divino a convivência de dois seres de sexo diferente, a família. Que mais se poderia desejar? Um casamento “mais perfeito”? Tudo aquilo em que a humanidade toca torna-se imperfeito (...)»⁷.

O casamento como uma dádiva de Deus, portanto.

Todavia, a segunda metade do século XX e o início do século XXI assistiram, em grande parte do mundo, a uma progressiva “dessacralização” da instituição conjugal, a par de um reforço da valorização das relações entre pais e filhos, sobretudo segundo o prisma daquilo a que desde há muito se apelida de “superior interesse da criança” (*best interests of the child*).

A aludida “dessacralização” do casamento manifestou-se em inúmeros e diversos aspectos, primeiramente impelida pela força gerada a partir de relevantes fenómenos sociais e culturais⁸ e, mais tarde, pelo (por vezes titubeante) acompanhamento jurídico. Focaremos apenas, e de forma breve, três desses aspectos.

⁷ SÁNDOR MÁRAI, *Divórcio em Buda*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2010, pág. 57.

⁸ Pense-se nos movimentos feministas norte-americanos, ingleses e franceses, nos quais se destaca, incontornável, o nome de SIMONE DE BEAUVOIR: «O destino que a sociedade propõe tradicionalmente à mulher é

Em primeiro lugar, o estabelecimento de uma cada vez mais efectiva igualdade entre os cônjuges (arts. 36º/n.º 3 da CRP e 1671º do nosso actual CC). Como refere, de forma sugestiva, GUILHERME DE OLIVEIRA, durante séculos o casamento foi visto como uma instituição regida por códigos sociais (e jurídicos) tendentes ao «(...) desenvolvimento de um só projecto de individualização – uma biografia do marido. Em suma: “dois numa só carne”, mas a carne era a do homem»⁹. Ora, tal tradicional posição de subserviência da mulher em relação ao marido foi sendo substituída, quer no plano social quer no plano jurídico¹⁰, por uma ideia de democratização familiar, com inevitável reflexo na equiparação do estatuto dos cônjuges¹¹.

Depois, o rompimento da instituição conjugal com a ideia de uma comunhão de vida entre pessoas de *sexo diferente*¹² (art. 1577º do nosso CC, na redacção introduzida pela L n.º

o casamento. Na sua maioria, ainda hoje as mulheres são casadas, ou foram-no ou preparam-se para sê-lo, ou sofrem por o não ser. (...) A evolução económica da condição feminina está a modificar profundamente a instituição do casamento: este vem-se tornando uma união livremente consentida por duas individualidades autónomas; as obrigações dos cônjuges são recíprocas e pessoais; o adultério é para as duas partes uma denúncia do contrato; o divórcio pode ser obtido por uma ou outra das partes em idênticas condições. A mulher já não se acha confinada à sua função reprodutora, que perdeu, em grande parte, o carácter de servidão natural, e se apresenta como um encargo voluntariamente assumido; e é assimilado a um trabalho produtivo, porquanto, em muitos casos, o tempo de descanso exigido pela gravidez deve ser pago à mãe pelo Estado ou pelo patrão» (*O Segundo Sexo*, volume II, *A Experiência Vivida*, tradução portuguesa, Livraria Bertrand, Amadora, 1976, pág. 191). O feminismo e os seus postulados essenciais transportaram-se igualmente para o domínio da abordagem jurídica, segundo a qual por detrás dos sistemas normativos vigentes está quase sempre a ideologia legitimadora da criação e sustentação de uma sociedade que promove a disparidade de oportunidades entre homens e mulheres, remetendo estas para o domínio do doméstico e para a dependência familiar, sexual e económica daqueles (MARIA ROSARIA MARELLA, “Break on through to the other side’: appunti sull’influenza di Marx nel femminismo giuridico”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVIII, 2000, n.º 4, págs. 741 e ss.).

⁹ “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133º, págs. 41 e 42.

¹⁰ Embora em muitas situações apenas no *plano jurídico*, e não no plano da concreta vida quotidiana, se haja alcançado a apontada igualdade entre marido e mulher (a propósito, e segundo uma perspectiva feminista do direito, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, “Transformações do direito da família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 92 e 93).

¹¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...” cit., pág. 42.

¹² Segundo MARY ANN GLENDON, os *striking developments* dos ordenamentos jurídicos quanto à regulação do casamento envolveram as respostas e reacções legais às iniciativas, ocorridas em diversos países,

9/2010, de 31/5). Mas também o abandono do casamento como a única forma de partilha de vida¹³ reconhecida pelas ordens jurídicas, que passaram a dotar a *união de facto*¹⁴ de um estatuto apto a dimanar, dentro de determinados limites, consequências legalmente relevantes¹⁵. E, por outro lado, ainda, o crescimento cada vez mais evidente da realidade das famílias monoparentais, que a sociologia define, em termos gerais, como as «(...) integradas por una madre o un padre y, al menos, un hijo menor de 18 años o un incapacitado, de tal manera que en la unidad de convivencia existe exclusivamente una persona mayor de edad y que asume la dirección del hogar»¹⁶.

tendentes a permitirem que pessoas do mesmo sexo casassem entre si (“Introduction: Family Law in a Time of Turbulence”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume IV, “Persons and Family”, Mohr Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 2006, págs. 9 a 11).

¹³ Na sugestiva expressão de MARTINE SEGALÉN, sobretudo a partir da década de 70 do século XX assiste-se à passagem do «(...) casamento de amor ao amor sem casamento» (*Sociologia da Família*, tradução portuguesa, Edições Terramar, Lisboa, 1999, pág. 152).

¹⁴ As motivações para a união de facto podem ser variadas, tendendo a uma maior ou menor permanência e recebendo dos respectivos membros diverso investimento, *maxime* em relação ao seu próprio futuro enquanto *partners*. Assim, e como informa PIERPAOLO DONATI, a abordagem sociológica da união de facto tende a classificá-la em um de três tipos: como *matrimonio non ancora perfezionato* (situação provisória e que aguarda apenas a remoção de um impedimento – por exemplo, a desvinculação conjugal – pré-existente de um dos membros para a conseqüente legalização “matrimonial” da união de facto), como *prova* (“experiência” vivencial de uma relação que os membros – não legalmente impedidos de casarem entre si – pretendem ver se “resulta” e neles cria a confiança para uma eventual formalização conjugal), ou ainda como *condizione permanente scelta* (resultado de uma opção consciente e madura dos membros, que rejeitam legalizar a união através do casamento, e entendem esta decisão como um adequado projecto existencial comum) (*Manuale di Sociologia della Famiglia*, 2^{da} edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, págs. 256 a 258).

¹⁵ Quanto à união de facto (enquadrada actualmente, entre nós, pela L. n.º 7/2001, de 11/5) enquanto comunhão de sentimentos, afectos, cumplicidades, entreajudas e projectos a dois (e a análise crítica daquela que porventura poderia ser a justa medida da relevância “jurídico-familiar” da união de facto), cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Casamento e família no direito português”, *Temas de Direito de Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, pág. 19, e, comparativamente, no direito civil italiano, com interesse, FRANCESCO DONATO BUSNELLI e MARINA SANTILLI, “La famiglia di fatto”, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Edizioni CEDAM, Padova, 1993, págs. 801 e 802.

¹⁶ ROSARIO VALPUESTA FERNANDÉZ, “Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas Editiones, Madrid, 2003, pág. 4997. Ainda quanto ao maior ou menor abandono do casamento enquanto contexto gerador, por excelência, das relações familiares e da proliferação das *lone-parent families* resultantes do divórcio ou, por outra via, como expressão de uma opção consciente de um dos progenitores, cfr. PATRICIA MORGAN, *Farewell to the Family?*, 2nd edition revised and updated, The I.E.A. Health and Welfare Unit, London, 1999, págs. 3 a 9.

Por fim, a maior flexibilização do recurso ao divórcio¹⁷ enquanto forma de desfazer o vínculo conjugal. A preocupação legal passou a ser a de alargar os fundamentos de tal meio de cessação do casamento (com o progressivo abandono do conceito de *culpa* e do carácter de *sanção* que tradicionalmente lhe estava associado¹⁸) e a de evitar, quer de um ponto de vista pessoal quer patrimonial, uma resolução *injusta* das consequências do divórcio, não só para os cônjuges mas sobretudo para os “filhos da discórdia”¹⁹.

1.2. Centremo-nos na outra dimensão dos apontados “ventos de mudança”: a criança.

Nas palavras de FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, a visão tradicional do menor e do seu lugar no mundo (no *mundo dos adultos*, entenda-se) sempre fora marcada por um evidente *paternalismo*, de tal forma que «su posición en la familia y en la sociedad era la de incapaces a los que había que proteger, a veces contra sí mismos, sólo y siempre desde la perspectiva personal, ética y axiológica del protector (padres, tutor, Estado). Era una *heteroprotección* establecida a partir de la concepción del mundo y de la vida, de la sociedad y del Derecho, de los adultos, sus juicios e y sus prejuicios, sus intereses y sus complejos subconscientes, donde esa protección se parecía muchas veces más a la que se dispensa a una joya valiosa que a una persona»²⁰.

No entanto, o crescente interesse suscitado pela infância e juventude junto das ciências humanas em geral e da psicologia em particular²¹ aportou consigo uma nova percepção da

¹⁷ Divórcio que, já de si e enquanto instituto, constitui o produto de uma longa evolução civilizacional, tendente a “provar” a não perpetuidade do vínculo conjugal, mas pode igualmente assumir, do ponto de vista sociológico, uma de duas feições: a mais estritamente “egoística” (de que falaremos daqui a pouco), nos casos em que o divórcio fica essencialmente a dever-se a motivos pré-determinados de utilidade individual, e a “anómica”, nas situações em que a instabilidade conjugal é consequência de vastas e rápidas perturbações da sociedade no seu conjunto, que se mostra desinteressada ou impotente para promover a unidade institucional da família (PIERPAOLO DONATI, *Manuale...* cit., págs. 269 e 270).

¹⁸ A propósito, de forma crítica, chamando a atenção para o facto de a suposta *sanção* poder “premiar” o cônjuge culpado (pois que podia ser precisamente este a mais desejar o divórcio), FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1986, pág. 549.

¹⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...” cit., pág. 47.

²⁰ “Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales”, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 13 (com itálico do AUTOR). Em sentido convergente, e pondo essencialmente a tónica na visão, decorrente do *Code Napoléon* de 1804, da criança como uma *charge* atribuída, em princípio, aos responsáveis pelo seu nascimento, GENEVIÈVE VINEY, “Du ‘droit de visite’”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 63, Année 1965, pág. 227.

²¹ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “Protección...” cit., pág. 14.

criança, dos seus problemas e da própria visão que esta projecta de (e para) si. À *heteroprotección* há pouco referida passou a suceder, primeiro de um modo tímido mas pouco a pouco mais assumido, a *valorização* do estatuto da criança, não só no âmbito da família mas também – e principalmente – enquanto pessoa *a se* cujo desenvolvimento e progressiva autonomia não podem deixar de ser respeitados e considerados pelo *mundo dos adultos*.

Do ponto de vista jurídico internacional, o aludido quadro encontrou a mais lídima expressão no surgimento, sob os auspícios das Nações Unidas, da CDC de 1989²², e, posteriormente – já em um âmbito regional mas também com inegável importância e relevo na matéria –, da CEDC, aprovada pelo Parlamento Europeu em 1992, e da CEEDC, no seio do Conselho da Europa, em 1996^{23 24}. Constelações normativas que revelam a necessária consciencialização política estadual²⁵ quanto à relevância (*ôntica*, diríamos) dos direitos dos mais jovens, tão implicados na forma como a humanidade se perspectiva a si mesma no presente e projecta no futuro. E assim ajudando a compreender a densificação que o tema conheceu em diversas dimensões, a partir do conceito nuclear do “superior interesse da criança” (art. 3º/n.º 1 da CDC): desde o direito à satisfação das necessidades existenciais básicas até ao direito à protecção (estadual e pelos seus *cuidadores*) perante qualquer forma de exploração ou discriminação, passando pelo direito à livre expressão da opinião e ao respeito da mesma pelos outros, bem como a ser ouvida em todas as decisões que a afectem²⁶.

Na (óbvia) interpenetração do mundo da criança com a família firmaram-se, de um modo quase unânime, na generalidade dos ordenamentos ocidentais, a abolição da (injusta e

²² Sobre o percurso histórico conducente à emergência de tal Convenção, *vide* THOMAS HAMMARBERG, “Justice for children through the U.N. Convention”, *Justice for Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, págs. 60 a 62.

²³ Do Conselho da Europa deve ser também referido o primeiro “modelo programático”, mesmo em matéria de protecção dos direitos da criança, a saber, a CEDH (a propósito, e na perspectiva que ora nos importa, IRENEU CABRAL BARRETO, “Os Direitos da Criança – na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 80 a 100).

²⁴ Evidentemente que outros documentos normativos internacionais, de cariz convencional – alguns dos quais vigentes na ordem interna portuguesa por força do n.º 2 do art. 8º da CRP – e comunitário prevêm importante regulação na temática dos direitos da criança (para uma visão de conjunto sobre tais documentos, HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança...* cit., págs. 422 a 431).

²⁵ Consciencialização que, todavia, e como bem nota THOMAS HAMMARBERG a propósito da CDC, não deixou, em alguns líderes políticos, de ter na sua base uma propagandística necessidade de não criar uma imagem pública de insensibilidade «(...) to the fate of children» (“Justice...” cit., pág. 59).

²⁶ THOMAS HAMMARBERG, “Justice...” cit., págs. 64 a 68.

injustificada) distinção entre filhos nascidos dentro e fora do casamento e um novo modo de assumir a parentalidade, não já necessariamente ligada ao casamento ou, sequer, à biologia, mas sobretudo a partir da ideia rectora do superior interesse da criança na manutenção de relações – valorizadas e valorizadoras – com ambos os progenitores, independentemente de serem estes casados, divorciados ou unidos de facto, e de só um deles ou ambos residirem com o menor^{27 28}.

2. O quadro normativo português recente em matéria de regulação do divórcio

2.1. Feita a aproximação contextual geral, fixemo-nos, agora, em Portugal.

A entrada em vigor da L n.º 61/2008, de 31/10 trouxe consigo importantes alterações a diversos e relevantes segmentos do direito da família nacional, *maxime* no que toca ao instituto do divórcio sem consentimento. Para além do incremento do sistema de mediação familiar²⁹ enquanto forma de solução alternativa ou complementar dos conflitos conjugais, abandonou-se o tradicional “divórcio-sanção” até então vigente, no qual a primacial causa de cessação da relação conjugal tinha na sua base, *grosso modo*, a violação culposa dos deveres inerentes ao casamento³⁰, e o juízo de censura a dirigir aos comportamentos dos cônjuges constituía a pedra angular de todo o sistema³¹.

²⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Transformações do Direito da Família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 776 a 779, e MARY ANN GLENDON, “Introduction: Family Law...” cit., págs. 14 e 15.

²⁸ O art. 8º/n.º 1 da CEDH e a aplicação que deste normativo foi sendo feita ao longo dos tempos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem trouxeram igualmente um importante *apport* à correcta compreensão das diversas dimensões que o direito das crianças a serem respeitada a sua vida privada e familiar (*maxime*, em questões como o *access and custody*) é susceptível de comportar (com extensa indicação de jurisprudência daquele Tribunal Europeu, cfr. GERALDINE VAN BUEREN, *Child Rights in Europe. Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007, págs. 130 a 134).

²⁹ Cfr. art. 1774º do CC, na sua actual redacção. Sobre as virtualidades que vêm sendo reconhecidas à mediação familiar global como instrumento de eventual resolução ou contenção do alastramento dos problemas conaturais ao divórcio, ANTÓNIO FARINHA, “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, págs. 197 e 198.

³⁰ *Vide* art. 1779º/n.º 1 do nosso CC, na redacção anterior à reforma de 2008. Tratava-se, no essencial, de uma concepção semelhante à da *faute conjugale* como causa de divórcio no direito civil francês (com a *matérialité*, *illicéité* e *imputabilité* enquanto elementos de base e a *gravité* e o *caractère intolérable du maintien*

Os fundamentos do divórcio passaram a reconduzir-se, além do mais, a uma factualidade que, «(...) independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento» [art. 1781º-d) do CC, na redacção introduzida em 2008]. Ou seja, adoptou-se, na sua plenitude, a feição própria do chamado “divórcio-constatação da ruptura conjugal”³².

Sem que com isto esteja a formular-se um juízo valorativo da matéria (pois que não constitui a mesma o objecto fundamental das nossas reflexões), percebe-se, como já vimos atrás, que o *terminus* do “divórcio-sanção” corresponde a uma tendência generalizada de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros³³, assim se mostrando a cada vez mais evidente interpenetração multicultural (mesmo) no específico campo do direito matrimonial. Mas pode porventura legitimar a ideia crítica da permeabilidade do jurídico ao primado do individualismo humano na busca da auto-satisfação pessoal³⁴ (de cariz excessivamente egoístico, segundo determinados entendimentos³⁵), em eventual detrimento da sociedade conjugal³⁶.

de la vie commune como condições suplementares daquela *faute*) (art. 242º do *Code Civile*) (a propósito, GÉRARD CORNU, *Droit Civil La Famille*, 7^e édition, Éditions Montchrestien, Paris, 2001, págs. 550 a 553).

³¹ Ainda que, em rigor, o “divórcio-sanção” não vigorasse na nossa ordem jurídica na sua extrema pureza, mesmo antes de 2008, dado consagrar o art. 1781º do CC um conjunto de causas objectivas de divórcio e, como tal, independentes de culpa. Aliás, o decretamento do divórcio litigioso podia até resultar de uma relação concursal de fundamentos culposos e objectivos (arts. 1779º e 1781º do CC) (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pág. 35).

³² Sobre o conceito, GÉRARD CORNU, *Droit Civil...* cit., pág. 575.

³³ A propósito, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...” cit., págs. 44 e 45.

³⁴ De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/2/2012, o “divórcio-constatação da ruptura conjugal” introduzido no nosso ordenamento jurídico traduz uma concepção da família como um espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos membros, na prossecução da felicidade pessoal, livremente entendida e obtida (disponível em www.dgsi.pt).

³⁵ É o caso de DIOGO LEITE DE CAMPOS, para quem esta (r)evolução de alguns dos cânones essenciais na forma de entender as relações familiares conduziu a uma das “agonias” mais fundas do direito da família (“A família como grupo: as duas agonias do Direito da Família”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54, pág. 932).

³⁶ O que, aliás, pode suscitar um outro problema, susceptível de gerar posições mais ou menos extremadas: «(...) que sentido tem hoje definir uma carta de direitos e de obrigações impostos aos cônjuges nos países que têm abandonado o divórcio com base na culpa? Que relevância jurídica tem a violação de um dever conjugal se o regime do divórcio não toma em consideração as culpas de cada cônjuge?» (GUILHERME DE OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...” cit., pág. 44).

Não obstante, o legislador português parece ter assumido um propósito bem definido. Partindo do postulado de que «(...) o “divórcio baseado na culpa” estimula os cônjuges a exercitar o que há de pior em si, comprometendo qualquer possibilidade de relacionamento futuro, sobretudo aquele que é necessário manter em favor dos filhos pequenos», procurou «(...) ajudar os cônjuges a tornar o processo de divórcio menos conflituoso e desgastante», tendo em vista a salvaguarda dos «(...) poucos sentimentos de respeito e de colaboração que possam restar, em vez de fazer sobressair as capacidades mais agressivas dos cônjuges e de estimular o conflito» (GUILHERME DE OLIVEIRA)³⁷. Deste modo pensando a lei, desde logo, no muito a ganhar na obtenção do divórcio que não à custa de uma experiência traumática e (quantas e quantas vezes...) pouco dignificante do ponto de vista daquilo que deve ser o respeito pelo amor-próprio de cada um dos intervenientes³⁸.

O desiderato acabado de referir, essencial para alcançar o sentido da reforma do regime jurídico do divórcio, não pode ser desligado de um outro, também ele fulcral, e já há pouco aludido: o da máxima e mais efectiva protecção possível das crianças e jovens “atingidos” pela dissolução do vínculo conjugal dos seus pais³⁹.

³⁷ “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, pág. 65.

³⁸ Efectivamente, qualquer profissional (magistrado, advogado, psicólogo) com experiência forense na matéria pode confirmar a ideia acabada de exprimir, perante as situações (não tão pouco frequentes quanto *prima facie* se poderia imaginar) em que à “aspereza”, hostilidade e violência (física e psicológica) da matéria substantiva trazida a julgamento se somava, em sede de articulados e, sobretudo, de audiência de discussão e julgamento, uma litigância destinada ao puro e simples “aniquilamento” moral – e *público* – da parte contrária.

³⁹ É sintomático o caso apresentado por MÁRIO CORDEIRO, acerca daquilo que representa (ou pode representar) para as crianças de mais tenra idade o choque do confronto com a realidade do divórcio dos seus pais, mas o que de positivo pode significar para a estabilidade emocional daquelas, apesar do contexto de dificuldade, o tomarem contacto com a notícia (do divórcio) pelos próprios progenitores: «As coisas correram bem. Mas mesmo que não, havia uma coisa que era irreversível: quem tinha dado aquela notícia tinham sido os pais. E o longo percurso até readquirir a estabilidade estava iniciado da melhor maneira» (*O Livro da Criança*, 3ª edição, A Esfera dos Livros, Lisboa, 2008, pág. 511). A psicologia clínica e forense mostra-nos, por outro lado, o quão devastador para os filhos menores pode ser tudo aquilo que acompanha o divórcio dos seus pais e o que à dissolução do vínculo conjugal se segue. No limite, e em conjunturas familiares marcadas por conflitos (mais ou menos) abertos entre os progenitores, o divórcio (sobretudo se pretendido somente por um dos cônjuges) é apenas mais uma etapa da “guerra” que vinha sendo travada no passado e continuará a ter lugar no futuro, então com especial incidência nos filhos menores.

2.2. Diga-se, no entanto, que a bondade da solução do fim do “divórcio-sanção” no nosso sistema jurídico-civil não foi unanimemente reconhecida, quer do ponto de vista político quer doutrinário. Bem pelo contrário.

Desde logo, a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, em Parecer elaborado a propósito do Decreto da Assembleia da República n.º 232/X (que haveria de estar na base da futura L n.º 61/2008, de 31/10) defendeu conduzir, na prática, a eliminação da relevância legal dos fundamentos culposos do divórcio a uma cada vez maior desprotecção das mulheres perante o fenómeno da violência doméstica: «(...) um sistema que suprima o divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais não pode deixar de prever expressamente a violência doméstica contra as mulheres e os maus-tratos às crianças como causas de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Caso contrário, a lei está a contribuir para a invisibilidade do fenómeno da violência e para a perpetuação da discriminação das mulheres e das crianças, continuando o CC a reflectir a concepção tradicional de família como “santuário” e a imunidade do agressor»⁴⁰.

Depois, ao mais alto nível institucional foram manifestadas diversas reservas pelo Senhor Presidente da República Portuguesa, o qual, em Declaração emitida a propósito do mencionado Decreto n.º 232/X, referiu, além do mais, que ao desconsiderar a violação culposa dos deveres conjugais no decretamento do divórcio o novo regime contribui para o aumento da litigiosidade ao invés de a diminuir, transferindo-a para a fase subsequente à dissolução do casamento – designadamente a prevista no novo art. 1792º/n.º 1 do CC, relativa à eventual propositura da acção tendente à reparação dos danos causados ao cônjuge lesado –, com consequências gravosas para a parte mais frágil (cônjuge mulher), bem como para os filhos menores do casal⁴¹.

E idêntica preocupação veiculou, na doutrina juscivilista portuguesa, RITA LOBO XAVIER, ao afirmar que «a irrelevância» (para efeitos de uma decisão de divórcio) «do incumprimento culposos dos deveres recíprocos que constituem o conteúdo do casamento civil, como “acto”, e que foram assumidos pelos cônjuges, poderá levá-los a adoptar comportamentos contrários aos valores implicados pela “plena comunhão de vida”, que é a “essência” do casamento civil como “estado”»⁴².

⁴⁰ Parecer disponível em www.apmj.pt.

⁴¹ Declaração – que fundamentou o *veto político* e a devolução do Decreto n.º 232/X, pelo Senhor Presidente da República, ao Parlamento português – disponível em www.presidencia.pt.

⁴² *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, págs. 7 e 8.

CRISTINA ARAÚJO DIAS, por seu turno, criticou a solução técnico-jurídica, contida na L n.º 61/2008, de 31/10, do desaparecimento da graduação da culpa dos cônjuges para a aplicação de sanções patrimoniais (*maxime*, por danos provocados por factos ilícitos do cônjuge “culpado”) no processo de divórcio, em consequência e a par do decretamento deste último⁴³.

2.3. A delicadeza do tema e as (o)posições a propósito surgidas sugerem-nos três breves notas.

Em primeiro lugar, percebe-se que a desconsideração da culpa para efeitos de decretamento do divórcio possa gerar aporias sobre a (aparente, pelo menos) (in)congruência da manutenção, com *força de lei*, do conjunto de deveres inerentes à instituição “casamento” (respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência – arts. 1672º a 1676º do CC). Perguntar-se-á, pois: tem sentido manter aquela *força legal* a propósito dos deveres conjugais quando já não há sanção *directa* para a sua violação, em termos de formação de juízo de censurabilidade⁴⁴?

Creemos, no entanto, que a questão da não consideração, pela actual lei, da culpa na eventual violação daqueles deveres não pode conduzir a uma ideia (incorrecta, a nosso ver) de falta de sentido ou relevância dos mesmos no universo conjugal. Dito de outra forma: a circunstância de o decretamento do divórcio não carecer, agora, da formulação de um juízo ético de censura reportado à violação de um ou mais deveres conjugais⁴⁵ não significa que o casamento, enquanto comunhão de vida e afectos (e gerada precisamente por esses mesmos afectos)⁴⁶ de duas pessoas (art. 1577º do CC) – e não obstante a “dessacralização” a que noutro ponto deste estudo já fizemos referência –, não (man)tenha na sua base aqueles mesmos deveres, desde logo radicados em uma certa “axiologia” inerente a tal partilha

⁴³ *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, págs. 23 e 24.

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 36.

⁴⁵ Deixando tão-pouco de relevar a chamada *doutrina do limite do sacrifício* na aferição do bom ou mau fundamento das razões daquele que pretende divorciar-se, isto é, não mais se perguntando se até peticionar o divórcio o cônjuge *suportou* no casamento tudo o que era suposto *suportar* para o manter (sobre este ponto, ABEL PEREIRA DELGADO, *Divórcio*, Edições Rei dos Livros, Lisboa, 1994, págs. 62 a 64).

⁴⁶ A propósito das implicações sociológicas da representação – típica do século XX – do casamento sustentado no amor e entendimento entre os cônjuges, ANÁLIA TORRES, “Casamento: conversa a duas vozes e em três andamentos”, *Análise Social*, volume XXXVII, n.º 163, Verão 2002, págs. 573 a 576.

comum de vida⁴⁷. A imagem e a importância que a conjugalidade mantém em termos sócio-jurídicos⁴⁸ não podem nem devem ser confundidas com a específica dimensão objectiva dos fundamentos normativamente previstos para a concessão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. A única realidade a relevar, no tocante ao concreto aspecto do divórcio, é a de que a lei prescinde agora da necessidade de crismar de “culposos”, para efeitos da dissolução do vínculo, quaisquer factos que mostrem a ruptura definitiva do casamento [art. 1781º-d) do CC], bastando, assim, que esta ruptura definitiva (e independentemente de resumir ou não censurabilidade da conduta dos cônjuges) se imponha como a conclusão a extrair do manancial fáctico julgado.

Logo – e é a segunda nota –, não nos parece que a circunstância de não existir uma expressa cláusula consagradora, por exemplo, da violência doméstica contra as mulheres enquanto causa de divórcio sem consentimento comporte, *ipso facto*, uma necessária desprotecção e discriminação das mesmas e das crianças. É que a verificar-se uma situação de violência doméstica – em si mesma violadora do dever conjugal de respeito⁴⁹ –, para além da perseguição penal a que por tal facto haja lugar (perseguição obrigatória, pois que se trata de um crime de natureza pública – arts. 152º do CP e 48º do CPP)⁵⁰, ficará (*necessariamente*, diríamos nós) clara a ruptura definitiva do casamento [art. 1781º-d) do CC] e, por tal via, aberta a possibilidade da obtenção do divórcio.

Por último, pensa-se que o argumento do suposto diferimento da litigiosidade da discussão das bases fácticas conducentes ao fim do casamento para uma fase posterior ao processo de divórcio, a saber, para a possível acção comum de reparação de danos prevista no (actual) art. 1792º do CC, constitui uma questão de menor dimensão. Não se nega – e, logo aqui, se percebe a relevância da “axiologia” da vida conjugal acima focada – que o «(...) lugar próprio da valoração da violação dos deveres conjugais, que continuam a merecer a tutela do direito, é a acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos,

⁴⁷ Sobre a “axiologia” inerente aos deveres conjugais, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3/12/1985, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 352, pág. 363.

⁴⁸ *Vide*, sobre a referida importância, PIERPAOLO DONATI, *Manuale...* cit., págs. 271 e 272.

⁴⁹ Embora não a propósito de um caso de violência doméstica, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/11/2010, no qual expressamente se afirma que «o dever conjugal de respeito abrange as liberdades individuais do consorte, os seus direitos conjugais e, dum modo geral, a sua *integridade física e também moral*» (disponível em www.dgsi.pt, com itálicos da nossa responsabilidade).

⁵⁰ Sobre a demais protecção legal cabida, em termos penais e processuais penais, nos casos de violência doméstica, cfr. *infra*, nota 311.

processualmente separada da acção de divórcio (...)»⁵¹. Mas – e este é o ponto – já bem antes da reforma de 2008 era entendimento pacífico, na doutrina e jurisprudência nacionais, que os danos não patrimoniais cuja reparação poderia ocorrer no âmbito do processo de divórcio eram apenas – e apenas – os causados pela dissolução do casamento⁵². Nunca os demais, de cariz patrimonial ou não patrimonial, decorrentes dos factos que haviam servido de fundamento ao divórcio, regulados nos termos gerais da responsabilidade civil, a merecerem discussão em uma outra *nova* demanda judicial (declarativa comum), *posteriormente* à acção (especial) de divórcio, e pressupondo a declaração do outro cônjuge como único ou principal culpado⁵³. Logo, nada de muito relevante mudou agora, do ponto de vista prático.

Em suma, e conquanto a solução não seja imune a críticas, compreende-se o abandono legal da ponderação da culpa na cessação do casamento, na tentativa de limitação do carácter “bélico” do processo de divórcio. Sobretudo se devidamente conjugada com as linhas fundamentais da regulação das responsabilidades parentais relativas aos filhos menores, que focaremos dentro em pouco.

3. O essencial do regime normativo do poder paternal, anteriormente à L n.º 61/2008, de 31/10

3.1. Na maior parte dos casos, o projecto familiar implica e supõe o direito (constitucional) à convivência entre os seus membros⁵⁴.

⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/2/2012 cit. (supra, nota 34).

⁵² Por exemplo, os danos de cariz não patrimonial ocorridos na imagem e consideração social da mulher impetrante por passar a ser vista, na comunidade em que reside, como *divorciada* (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Regime...* cit., pág. 123). Pensamos, todavia, que com a evolução de mentalidades verificada nas últimas décadas esta questão da eventual *imagem negativa da mulher divorciada* deixou de assumir, e de um modo geral, em finais do século XX e nos inícios do século XXI, os contornos socialmente relevantes de épocas temporais mais recuadas. Questão mais sensível e delicada é, como se compreende, a dos danos não patrimoniais que o decretamento do divórcio pode comportar para a forma como a pessoa se perspectiva a si própria nos respectivos equilíbrio, bem-estar e mundividência interiores, por vezes subitamente postos em causa ao fim de toda uma vida de dedicação e investimento afectivos na relação conjugal.

⁵³ Cfr., por todos, ABEL PEREIRA DELGADO, *Divórcio* cit., pág. 149, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/9/2008, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁴ Focando este aspecto da convivência, PAULA TÁVORA VÍTOR refere mesmo que é uma das formas por que se concretiza a protecção da unidade da família, qualquer que seja o concreto modelo familiar em causa (“O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º

Mas desfeito – por divórcio, declaração de nulidade ou anulação (e, no caso de separação judicial de pessoas e bens, “afrouxado”⁵⁵) – o vínculo conjugal, cessa também (e caso não tenha ocorrido antes⁵⁶) a vida em comum entre os pais do menor, com a consequência (igualmente quase inelutável, atenta a frequência com que acontece) daí advinda para a convivência da criança com um dos seus progenitores⁵⁷.

Percebe-se, pois, a importância da definição do essencial da concreta regulação da situação do filho em relação aos pais, ou seja, quer quanto àquele que, em princípio, se mantém em convívio permanente consigo, quer quanto ao que se “desloca” desse convívio.

Precisemos a tal propósito, no entanto, dois aspectos prévios.

Em primeiro lugar, o de que já antes de 2008 a ponderação das questões relativas ao poder paternal (denominação antecessora à de “responsabilidades parentais”, que focaremos mais adiante) não ocorria apenas nos ditos casos de dissolução ou “afrouxamento” do casamento. Com efeito, a *situação do menor* exigia uma definição precisa sempre que se estivesse perante uma qualquer hipótese ligada ao exercício da parentalidade. Desde a constância do casamento – com a pressuposta plena comunhão de vida entre os cônjuges ou, diversamente, a separação de facto dos mesmos – até à cessação do vínculo por morte de um dos progenitores, passando também pelos casos de convivência (ou não) marital, eis todo um conjunto de situações nas quais se arvorava a imperiosa necessidade de saber, ao certo, em que termos e por que balizas (legais, ou acordadas e homologadas pela entidade competente) deveria decorrer aquele exercício parental⁵⁸.

10, 2008, pág. 43). No mesmo sentido, ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32ª edizione, Edizioni CEDAM, Padova, 1991, págs. 259 e 260.

⁵⁵ A expressão é de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso...* cit., págs. 519 e 520.

⁵⁶ Pois não são raras as situações nas quais, não obstante não existir ainda o decretamento do divórcio, os cônjuges não têm já entre si qualquer contacto ou, tendo-o – porque, por exemplo, vivem ainda ambos na mesma casa –, não mantêm uma plena comunhão de vida, comportando-se como se estranhos fossem e denotando o intento de manterem tal situação (neste sentido, HÉLDER ROQUE, “Regulação do exercício do poder paternal. A situação do progenitor não detentor da guarda ou a outra face do poder paternal”, *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 128 e 129).

⁵⁷ TERESA GARCÍA DE LEONARDO, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, “Daños en el Derecho de Familia” (coordinador JOSÉ RAMÓN BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* n.º 17, 2006, págs. 179 e 180.

⁵⁸ Para uma panorâmica geral, à face da nossa lei civil, das situações carecidas de regulação do exercício do (assim então denominado) poder paternal, cfr. HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., págs. 125 a 130.

O que nos conduz ao segundo aspecto, de algum modo ínsito ao primeiro, e que surge bem sintetizado na expressão de ANTONIO DAGNINO segundo a qual «(...) l'appartenere ad una determinata famiglia e la conseguente acquisizione di uno *status familiae* è il presupposto logico per l'esistenza di una potestà dei genitori»⁵⁹. Ou seja, uma das relevantíssimas dimensões dimanadas pela realidade familiar – neste caso, e antes de tudo, pelo parentesco (arts. 1576º e 1578º do nosso CC) – implica o reconhecimento jurídico de um conjunto de efeitos ligados a um vínculo tão biológica e (pelo menos, *prima facie*) afectivamente sustentado como o que liga pais e filhos⁶⁰. Dentro de tais efeitos conta-se o de que «(...) os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» (arts. 36º/n.º 5 da CRP)⁶¹.

No entanto, e perante o tipo legal do art. 249º/n.º 1-c) do CP, interessa-nos traçar o quadro essencial dos problemas ínsitos àquele exercício parental no caso dos dissídios que põem termo ao casamento ou à “análoga” união de facto entre os progenitores dos menores (e estando obviamente estabelecida, neste último caso, a filiação em relação a ambos os pais). Desde logo, porque se compreende que o contexto – já por nós falado – emocional e psicologicamente tenso de um divórcio (atento o peso institucional que o casamento sempre comporta) é amiúde apto a constituir terreno fértil para um conjunto de problemas jurídico-práticos com que os decisores judiciais têm de confrontar-se, perante as diferentes visões (quantas vezes egoísticas) reveladas pelos progenitores quanto ao concreto interesse dos seus filhos menores.

Dentro do desiderato acabado de mencionar, comecemos então por um breve enfoque ao regime legal imediatamente anterior à reforma de 2008.

⁵⁹ “Potestà parentale e diritto di visita”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno IV, 1975, pág. 1505.

⁶⁰ A afirmação do texto não pretende obnubilar a realidade (certamente impressiva, do ponto de vista humano) que muitas vezes se manifesta em uma *não coincidência* entre o plano biológico e o afectivo, isto é, entre os chamados “laços de sangue” e a cumplicidade afectiva que se lhe supõe associada. Aliás, como veremos, parte do objecto do nosso estudo tem que ver com essa *não coincidência* e a relevância que a mesma pode (ou deve) comportar, para específicos efeitos jurídico-penais, quando traduzida na prática de um determinado comportamento integrável no tipo previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP.

⁶¹ Segundo MALCOLM HILL e STEWART ASQUITH, a CDC de 1989 deixa absolutamente claro, como princípio programático, constituir primeira responsabilidade dos pais a de assegurarem os direitos e o bem-estar dos seus filhos, devendo os Estados intervir em tal tarefa quando os pais se mostrarem sem capacidade ou interesse para custearem os cuidados adequados (“Justice for children – A story without an ending”, *Justice for Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, pág. 149).

3.2. Simplificando um pouco os termos da questão, e a partir do conteúdo ínsito ao art. 1878º/n.º 1 do CC⁶², era comum dizer-se, antes da L n.º 61/2008, de 31/10, que um processo judicial de regulação do exercício do poder paternal (ou, nos casos em que tal era permitido, um acordo a homologar pelo Ministério Público – art. 14º/n.ºs 4 e 6 do DL n.º 272/2001, de 13/10) envolvia sempre três aspectos nucleares: a (fulcral) designação do progenitor (ou, em casos especiais, uma terceira pessoa ou entidade) a quem caberia a guarda e confiança do filho (e que iria exercer o núcleo essencial do pátrio poder) (arts. 1905º/n.º 1, 1906º/n.º 2, 1909º e 1918º do CC, na redacção anterior à actual, e art. 180º da OTM); a definição (desde que não desaconselhável em concreto) do regime de visitas em relação ao(s) progenitor(es) a quem não fosse confiada a guarda do filho (arts. 1905º/n.º 2 e 1906º/n.º 4 do CC, na redacção pretérita à vigente, e art. 180º/n.º 2 da OTM); a contribuição a título de alimentos que ao filho seria devida pelo progenitor não guardião, e a concreta forma de prestação desses mesmos alimentos (arts. 1905º/n.º 1 e 2003º e ss. do CC, na redacção anterior à actual)⁶³.

Os temas ora referidos ficavam limitados se ao julgador se colocasse, apenas, a hipótese da alteração, em um ou outro aspecto, de uma regulação do exercício do poder paternal já definida anteriormente. Não significando isto, todavia (e como parece de meridiana evidência), que não devesse ser sempre tomada em consideração a situação global do menor, tal como apreensível em cada momento.

Compreende-se, portanto, a afirmação de GUILHERME DE OLIVEIRA segundo a qual «(...) esta matéria é eminentemente jurisprudencial, no sentido de que o momento mais relevante é o momento da apreciação dos factos, do conhecimento da realidade do caso»⁶⁴.

⁶² Art. 1878º/n.º 1 do CC que preceituava, antes da redacção introduzida pela L n.º 61/2008, de 31/10: «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».

⁶³ Sobre o tema, ARMANDO LEANDRO, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, *Temas de Direito de Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, págs. 131 e ss., HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., págs. 129 e 130, e HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança...* cit., págs. 178 e ss. (cabendo notar que, referindo-se embora estes dois últimos AUTORES à decisão que atenda já ao regime das responsabilidades parentais, o sentido permanece, no entanto, o mesmo da decisão que, no passado, se debruçasse sobre um caso de poder paternal). A propósito do art. 155º do *Codice Civile* italiano (para o qual remete o art. 317º do mesmo diploma, em caso de divórcio, separação e anulação do casamento dos progenitores), FRANCESCO RUSCELLO, “La tutela dei figli nel nuovo ‘affido condiviso’”, *Famiglia. Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, n.ºs 4-5, 2006, págs. 630 a 636).

⁶⁴ “Ascensão e queda da doutrina do ‘cuidador principal’”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, pág. 5.

O exposto liga-se a um outro ponto essencial em toda a matéria do poder paternal: a noção de “interesse do menor”. Tomando por referência este conceito indeterminado⁶⁵ (“interesse do menor” ou *best interests of the child*, a primar sobre qualquer outro interesse legítimo que possa com ele concorrer⁶⁶), devia o julgador tentar alcançar (com o recurso, se necessário, a outras componentes “auxiliares” do saber – a psicologia ou o serviço social, por exemplo⁶⁷), e como há pouco se sugeriu, uma ideia tão clara quanto possível do interesse (*concreto*) do menor – e do *concreto menor* que, no seu contexto vivencial e existencial único, era trazido ao conhecimento daquele (art. 1905º/n.º 1 do CC, na redacção anterior à L n.º 61/2008, de 31/10, e arts. 148º/n.º 1, 177º/n.º 1 e 180º/n.ºs 1 e 2 da OTM)⁶⁸. Esta, portanto, a

⁶⁵ A propósito – e de modo certo, a nosso ver –, acentua HÉLDER ROQUE que a necessidade, tão sentida no direito da família em geral e no direito da filiação e dos menores em particular, de recurso a conceitos indeterminados – de que o de “interesse do menor” é um evidente exemplo – constitui «(...) o fruto de uma ponderada reflexão filosófica, com o fim de permitir que a norma se possa adaptar à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, em especial de cada família e de cada menor» (“Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pág. 94).

⁶⁶ Como já dissemos atrás, o conceito de *best interests of the child* consta expressamente do art. 3º/n.º 1 da CDC de 1989, convenção internacional ratificada por Portugal no ano seguinte. Logo – entre nós por força do art. 8º/n.º 2 da CRP –, trata-se de um princípio que adquiriu dignidade (no mínimo) para-legal ou supralegal [FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “Protección...” cit., pág. 24; já quanto à discutida questão da exacta hierarquia – se exactamente ao nível para-constitucional, ou devem ceder perante a Constituição mas ter valor supralegal ou “apenas” para-legal –, na nossa ordem jurídica, das normas e princípios constantes de convenções internacionais às quais Portugal se vincula, *vide* as posições divergentes de JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 258 a 261, e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, revista e aumentada (reimpressão), Livraria Almedina, 1995, págs. 119 a 124].

⁶⁷ Neste sentido, MASSIMO DOGLIOTTI, “Che cosa è l’interesse del minore?”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXI, 1992, pág. 1098.

⁶⁸ Sendo porventura das matérias mais importantes e difíceis de delimitar de um ponto de vista material, a apreensão do concreto interesse do menor pelo julgador implica, de facto, uma atitude integradora do “pedaço de vida” trazido a juízo a um conceito indeterminado (FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Interés del Menor*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 70 e 71). Existem, todavia, manifestações densificadoras do conceito de “interesse do menor” nas legislações ordinárias de diversos Estados. Como refere ROSA MARTINS, em ordenamentos jurídicos como o inglês, para além da consagração do *welfare principle*, delineia-se legalmente, no chamado *Children Act*, de 1989, uma *checklist* de critérios para efeitos de apreensão do conteúdo essencial do “interesse do menor” [*Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 222, nota 522; quanto à dita *checklist* do *Children Act*, cfr. JONATHAN HERRING, *Family Law*, 3rd edition, Pearson Longman, Harlow, 2007, págs. 471 a 479, o qual afirma que para além de dever

teleologia a respeitar escrupulosamente e a potenciar pela sentença de regulação (ou alteração) do exercício do poder paternal.

O objecto temático em causa merecia já então (leia-se “já antes de 2008”), da parte da lei civil, da doutrina e dos tribunais a percepção correcta: a de que no poder paternal «(...) o exercício do poder jurídico respectivo não (...)» estava «dependente da livre vontade do titular (...)»⁶⁹, antes deveria orientar-se para a satisfação do interesse da pessoa do menor, respectivo destinatário e ente referencial. O que nos transportava para a ideia de que, sem embargo do seu *nomen iuris* de cariz porventura algo autoritário (“poder”), a *patria potestas* não poderia deixar de ser encarada senão como um conjunto de “poderes-deveres” ou poderes funcionais dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos⁷⁰. Não existindo, pois, propriamente uma relação de *sovranità*⁷¹ entre o progenitor e o filho, mas sim um instrumento a exercitar pelo primeiro por forma a obter os melhores benefícios possíveis para o segundo.

Logo, a sentença reguladora destinava-se a lograr a adequação do dito complexo de “poderes-deveres” à concreta e actual situação (espácio-temporalmente localizada) do menor. E tudo no contexto jurídico-processual da jurisdição voluntária (art. 150º da OTM), em cujo domínio valiam os critérios do art. 1410º do CPC então em vigor, orientados para a *justiça do caso concreto*: «o julgador deve olhar para o caso concreto e procurar descobrir a solução que

ponderar todos os diversos factores e confrontar a sua relevância em cada caso concreto, pode ainda o tribunal, se tal se lhe afigurar importante, tomar em consideração outros factores não mencionados na *list*]. Solução aparentada existe no *Code Civil* francês, o qual, no seu art. 373º/n.º 2-11, enumera alguns critérios tidos legalmente por decisivos para a concretização e salvaguarda de *l'intérêt de l'enfant* na tomada de decisão judicial sobre o exercício da autoridade parental (a propósito, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., pág. 7, nota 7).

⁶⁹ ARMANDO LEANDRO, “Poder paternal...” cit., pág. 120.

⁷⁰ A propósito, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso...* cit., págs. 97 e ss., e ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, págs. 77 e ss. (centrando-se a análise deste último AUTOR, também, e em tese geral, no conteúdo “ôntico” dos “poderes-deveres”).

⁷¹ A visão da relação parental como expressão de *sovranità* encontra historicamente a sua razão de ser em uma hipervalorização do interesse estadual na conformação e modelação dos institutos jurídicos. Mais concretamente, e segundo tal visão, no caso do poder paternal assistir-se-ia como que à convergência entre o interesse privado da família e o carácter publicista de um certo exercício da *patria potestà* que se supunha (e pretendia) emulativo da dimensão de supra-infra ordenação inerente à generalidade das relações entre o Estado e os cidadãos (a propósito, ANTONIO DAGNINO, “Potestà parentale...” cit., págs. 1502 e 1503, e concretamente sobre a visão *autoritária* da *puissance paternelle* contida no *Code Napoléon*, GENEVIÈVE VINEY, “Du ‘droit de visite’” cit., págs. 225 e 226).

melhor serve os interesses em causa, que dá a esses interesses a solução mais conveniente e oportuna»^{72 73}.

3.3. Antes da introdução do regime (facultativo, mediante vontade de ambos os pais) da “guarda conjunta (de que falaremos dentro em pouco), no tocante às situações posteriores ao divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, as regras comuns apontavam para o exercício unilateral do poder paternal pelo progenitor a quem era confiada a guarda do menor⁷⁴.

Se a guarda podia ser definida, segundo HUGUES FULCHIRON, como «(...) le droit de fixer la résidence de l'enfant et d'exiger qu'il y demeure effectivement»⁷⁵, problema essencial consistia em descortinar os critérios dos quais deveria partir o julgador para decidir a (magna) questão da confiança da criança enquanto antecâmara essencial do posterior exercício (unilateral) do poder paternal. A atribuição dessa guarda (em homenagem à noção, acima expressa, do “concreto interesse do menor”) traduzia a resposta à interrogação sobre qual dos progenitores se encontraria nas condições mais adequadas de, em concreto, prosseguir e garantir o melhor presente e o melhor futuro para o seu filho. Dito de outra forma, e segundo a tese dominante na matéria: tratava-se de não descurar o importante (*rectius*, decisivo ou mesmo fundamental) aspecto da estabilidade e do escoramento da mundividência infantil criada e sustentada, considerando o contexto de amizades, actividades escolares e de lazer já construído, em um patamar relacional assumido como próprio e no qual a criança se sentia plenamente integrada.

Foi, pois, no apontado entorno conceitual e cultural que surgiu então a defesa da atribuição da guarda à chamada “figura primária de referência” ou ao “cuidador principal”

⁷² JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 401.

⁷³ A preocupação pela justiça do caso concreto permite explicar, em desvio ao princípio geral da imutabilidade do julgado, previsto nos arts. 671º/n.º 1 e 673º do CPC então em vigor (embora aqui com a excepção inerente à possibilidade do recurso extraordinário de revisão – arts. 771º e 772º do CPC.), que, na jurisdição voluntária, «(...) as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração (...)» (art. 1411º/n.º 1 do CPC.).

⁷⁴ Cfr. HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., págs. 132 e 133, que chama justamente a atenção para o que esta situação representava de oposição ao que se passava na constância do casamento, com o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges na educação dos filhos (art. 36º/n.º 3 da CRP).

⁷⁵ *Droit de la Famille* (sous la direction de JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI), Dalloz, Paris, 2001/2002, n.º 1848.

(*primary caretaker*)⁷⁶, isto é, e para utilizarmos as palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, ao «(...) progenitor que assumiu, na prática do dia-a-dia, as tarefas do cuidado com o filho. Ou seja, que alimentou, vestiu, prestou cuidados médicos, adormeceu, acordou, levou à escola e a casa dos amigos, etc.»⁷⁷.

No entanto, a doutrina do *primary caretaker*, que chegou mesmo a receber honras de *presunção legal* (ou seja, a servir de estalão normativamente vinculante na definição da atribuição da custódia dos filhos em casos de divórcio ou congéneres) em dois Estados norte-americanos⁷⁸, mostrou ser incapaz de calar algumas críticas especialmente pertinentes. Críticas dirigidas sobretudo ao facto de na maior parte dos casos conduzir a uma desvalorização do papel do pai no acompanhamento do desenvolvimento do filho, pois que amiúde, na sequência de hábitos ou acordos conjugais, se concentrou tal progenitor em tarefas essencialmente ligadas à angariação do sustento familiar, com uma inevitável maior distância em relação ao crescimento da criança. Ora, argumentava-se, não devia continuar ele a “pagar” pelo referido afastamento na fase pós-divórcio, restando impossibilitado de ocupar-se do filho, quando esse afastamento era algo não querido por si nem pela criança⁷⁹.

Mas, sobretudo, o avanço – que tende a ser mais generalizado nos últimos anos – da concepção da parentalidade conjunta acentuou uma visão cada vez mais alternativa ao princípio do *primary caretaker*⁸⁰ enquanto absoluto referente polarizador do exercício (unilateral) do poder paternal⁸¹.

⁷⁶ Com pormenor, sobre os antecedentes cimentadores da tese do “cuidador principal” – *maxime* a chamada doutrina dos *tender years* –, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., pág. 8.

⁷⁷ “Ascensão e queda...” cit., pág. 8. MARIA CLARA SOTTOMAYOR defendeu, entre nós, e de forma expressa, a referida tese da “figura primária de referência” (“Exercício do poder paternal nos casos de divórcio”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 152). Em sentido convergente, na prática jurisprudencial portuguesa, *vide*, por exemplo, o recente Acórdão da Relação de Lisboa de 18/9/2012 (em www.dgsi.pt).

⁷⁸ Tratou-se dos Estados de West Virginia e Minnesota, os quais, todavia, vieram posteriormente a terminar com a vigência legal da mencionada presunção (GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., págs. 8, 9 e 11).

⁷⁹ Para uma pertinente e completa sùmula das críticas aos postulados do “cuidador principal”, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., págs. 8 a 10.

⁸⁰ Uma evolução da doutrina do “cuidador principal” traduziu-se entretanto na regra do “cuidado anterior” (*past caretaking standard*) segundo a qual, e como informa GUILHERME DE OLIVEIRA, se pretendeu decidir a guarda da criança essencialmente de acordo com o tempo que cada um dos progenitores havia consagrado ao filho durante o casamento, assim devendo continuar as respectivas relações parentais na fase pós-

3.4. Como contraponto essencial da definição da guarda do menor – e pressupondo também, pelo menos na maior parte dos casos, o já atrás referido *status familiae*⁸² – erguia-se (e continua a erguer-se, como veremos) a questão do estabelecimento de um direito de visita a favor do progenitor não guardião e, eventualmente (ponto dotado de cada vez maior relevância ao longo dos tempos), de terceiras pessoas com quem a criança desenvolveu laços vivenciais e afectivos apertados (v. g., outros familiares, como avós ou tios⁸³).

Sobretudo por influência da doutrina e jurisprudência francesas, há muito que o direito de visita deixou de ancorar-se em um sentido estrito, reduzido à sua mera expressão verbal (“visitar”), evoluindo-se para algo mais do que a simples ideia de “visita” ao menor na residência do progenitor guardião ou suas proximidades⁸⁴. Tendeu-se também (e a menos que circunstâncias especialmente graves ou ponderosas o desaconselhassem⁸⁵) à propiciação de uma relação de efectiva proximidade (espácio-temporal, desde logo) entre pai (ou mãe) e filho, traduzida essencialmente na consagração de um direito de correspondência (por escrito, telefone ou outro meio) e também de *hébergement* ou de *séjour*⁸⁶ (possibilidade de o

divórcio (“Ascensão e queda...” cit., págs. 10 e 11). Crê-se, todavia, que parte dos reparos assestados ao “cuidador principal” poderiam ser dirigidos a esta sua variante.

⁸¹ Assim expressamente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., pág. 17. Não obstante nos revermos em algumas das críticas formuladas à doutrina do *primary caretaker*, pensamos que, no plano da *efectividade das decisões judiciais*, só uma assunção cada vez mais partilhada, responsável e responsabilizante dos ex-cônjuges no empreender das tarefas futuras de manutenção e educação dos filhos poderá fazer ganhar alguma força *prática* “ameaçadora” do peso que a doutrina do *primary caretaker* continuará, apesar de tudo, a revelar.

⁸² Observa ANTONIO DAGNINO que o direito de visita não deriva do exercício do poder paternal – pelo contrário, pressupõe, pelo menos *prima facie*, a ausência do direito de exercício da *potestà parentale* – em relação ao menor, mas advém do facto de o *visitante* estar inserido na mesma família do *visitado*. E o poder paternal, também ele efeito do *status familiae*, não contém em si mesmo, e sem fortes razões, a virtualidade bastante para, *de per se*, excluir o direito de visita (“Potestà parentale...” cit., págs. 1501 e 1502, 1508 e 1509).

⁸³ A matéria mereceu enorme atenção jurisprudencial em França, ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX, assim se quebrando os rígidos padrões legais da época, ditados pelo *Code Napoléon* [PIERRE GUIHO, “Essai d’une theorie generale du droit de visite”, (1), *Juris-Classeur Periodique*, Année 1952, reproduction (1980), n.º 30, e GENEVIÈVE VINEY, “Du ‘droit de visite’” cit., págs. 225 e 226].

⁸⁴ GENEVIÈVE VINEY, “Du ‘droit de visite’” cit., pág. 251.

⁸⁵ PIERRE GUIHO, “Essai d’une theorie...” cit., n.º 27.

⁸⁶ Do actual art. 373º/n.º 2-1 do *Code Civil* francês decorre (*ex vi* art. 286º do mesmo diploma legal), precisa e expressamente, que nos casos de divórcio o progenitor a quem o juiz não confiou o exercício da autoridade parental beneficia *d’un droit de visite e d’hébergement*.

progenitor não guardião gozar com o menor períodos de tempo mais ou menos longos – uma ou várias noites), sem a vigilância próxima do titular do direito de guarda⁸⁷.

De acordo com outra classificação, progrediu-se, pois, para um direito de visita *lato sensu*⁸⁸.

A razão de ser desta realidade é evidente: sabendo-se do impacto que as relações pessoais com os seus progenitores (sobretudo nos primeiros anos de existência) comportam na vida psíquica e afectiva futura das crianças⁸⁹, o exercício do direito de visita tem de ser visto como a dimensão mais importante do modo de promover e manter a efectividade da aludida relação de proximidade existencial e afectiva entre o menor e o progenitor a quem não foi confiado. Será a forma (principal ou mesmo única) de não quebrar um conjunto de laços de afecto, companheirismo e cumplicidade entre a criança e o progenitor que, por força das circunstâncias, deixou de estar (e admitindo, como é óbvio, que antes o estava) fisicamente sempre presente no quotidiano do seu filho.

A par da sua feição mais estritamente afectiva, foi sendo reconhecido ao *ius* de visita ainda um outro papel, intrincado no anterior mas de cariz mais “pragmático”: o de através do contacto regular com a criança poder o progenitor não guardião acompanhar e vigiar, *na prática*, o desenrolar da respectiva educação e manutenção⁹⁰. Compreende-se que, também sob este prisma, a melhor e mais autêntica forma de acompanhamento do projecto educativo

⁸⁷ Se para PIERRE GUIHO não faz grande sentido distinguir, a não ser em termos de *grau*, entre as visitas e o *hébergement* da criança, pois que ambas as realidades constituem *atteintes* aos poderes inerentes ao direito de guarda (“Essai d’une theorie...” cit., n.º 37), já GENEVIÈVE VINEY defende que o *droit de séjour* não é uma modalidade do direito de visita mas um atributo distinto, embora ambos se insiram na prerrogativa geral de o não guardião manter contactos com o menor (“Du ‘droit de visite’” cit., págs. 250 a 252). Fazendo uma síntese da questão na doutrina francesa e estabelecendo, na nossa opinião, a perspectiva correcta da relação entre *séjour* e *hébergement*, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...* cit., págs. 274 a 278. Para efeitos do nosso estudo, no entanto, a diferença de entendimento acima referida não traduz um problema verdadeiramente importante, pois o domínio intencional da norma do art. 249º/n.º 1-c) do CP tem que ver com o *incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor*, independentemente (pelo menos *a priori*) de se tratar de questão ligada a uma visita *stricto sensu* ou a uma hipótese de *hébergement*.

⁸⁸ HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., pág. 135.

⁸⁹ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho de Visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 33.

⁹⁰ Pondo a tónica nesta dimensão do direito de visita, ANTONIO DAGNINO, “Potestà parentale...” cit., págs. 1510 a 1513, e ANNA GALIZIA DANOVI, comentário à sentença da *Corte di Cassazione* de 15/1/1998, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Volume XXVII, n.º 2, 1998, págs. 567 e 568. Note-se que, entre nós, o art. 1906º/n.º 4 do CC, na redacção conferida pela L n.º 59/99, de 30/6, consagrava expressamente ao progenitor que não exercia o poder paternal o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

da criança seja através do contacto directo, próximo e continuado, em uma genuína intersubjectividade relacional de pai e filho⁹¹.

3.5. Como se intui do até agora exposto, o processo de regulação do exercício do poder paternal poderia confrontar-se com a necessidade de, logo *ab initio* ou posteriormente, ser ponderado um condicionamento judicial, ainda que temporário, do direito de visita e sua subsequente efectivação prática. Falamos, mais especificamente, da conveniência da não fixação de um regime de visitas logo aquando da regulação inicial (art. 180º/n.º 2 da OTM), ou, mais tarde, ser decidida uma suspensão provisória, uma modificação ou até mesmo uma negação judicial do apontado direito (arts. 181º e 182º da OTM)⁹².

Na nossa perspectiva, os fundamentos legitimadores de tal negação ou restrição tinham (e têm) de ser ponderosos, sérios e graves, e ligar-se, antes do mais, à postura comportamental inadequada e lesiva, em relação ao bem-estar afectivo e psicossomático da criança, por parte do progenitor não detentor da sua guarda⁹³. Mas não só.

Segundo HÉLDER ROQUE, «a suspensão provisória do exercício do direito de visita do não guardião (...)» poderia «acontecer em circunstâncias de dificuldades pontuais, como, por exemplo, perante *a recusa justificada do menor em o ver*⁹⁴ até que a oposição deste se atenu

⁹¹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...* cit., págs. 277 e 278.

⁹² A propósito, HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., págs. 138 e 139.

⁹³ Para MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Serão exemplos da postura comportamental inadequada do titular do direito de visita, e entre outros: a «(...) não devolução da criança ao progenitor guardião», a «notória falta de cuidados e atenção durante as visitas», o «incumprimento da obrigação de alimentos (...)» (*Exercício...* cit., pág. 302). Quanto a este último aspecto – da não prestação dos alimentos devidos –, se é claro consubstanciar o mesmo um incumprimento dos deveres do progenitor, pensamos, todavia (e como desenvolvido infra, em 1.6 do Capítulo III), não poder constituir, unicamente *de per se* (e sem outros efeitos, de natureza psicofísica, por tal via originados na criança), um fundamento da negação do direito de visita, tanto mais que para além da enorme variedade de razões que podem estar na base do inadimplemento – desde a incapacidade económico-financeira do obrigado até à atitude “dolosa” de não cumprimento, a merecerem, assim, diferentes juízos de apreciação por parte do julgador –, prevê a lei, desde logo, meios de execução coerciva dos alimentos devidos (arts. 189º da OTM e 1º e ss. da L n.º 75/98, de 19/11).

⁹⁴ Sobretudo a partir de algumas decisões jurisprudenciais, a questão da “mera” *vontade* da criança ou adolescente em não estar com o progenitor não residente, por quem nutra eventuais sentimentos de hostilidade e aversão, foi bastante debatida e teorizada, do ponto de vista civil, em Itália. Assim, por sentença proferida em 15/1/1998, decidiu a *Corte di Cassazione* que quando um filho, já adolescente, revele repulsa pelo progenitor *non affidatario* e dê da sua postura afectiva e psicológica uma motivação *consapevole*, poderá o juiz, no interesse primordial do filho e no escopo de evitar sérios e porventura irreversíveis danos a este, suspender totalmente e

ou desapareça, enquanto que, por seu turno, a configuração do direito de visita (...)» seria «(...) susceptível de modificação, passando a ficar subordinado à verificação de certas condições, v. g., a introdução de uma terceira pessoa ou entidade da confiança do guardião, na concretização das visitas, a proibição de o menor ser levado para certos locais, a interdição de a visita acontecer na presença de certa pessoa, a restrição de o menor passar a noite em casa do outro progenitor, ou a exigência de que o não guardião, toxicómano ou alcoólico, não tenha ingerido estupefacientes ou álcool, antes da visita»⁹⁵. Por fim, a supressão do direito de

durante tempo indeterminado o exercício do direito de visita, tanto mais que – defende o aresto – a imposição coactiva de relacionamento com o progenitor não guardião poderia surtir efeitos contraproducentes e danosos a ambos (texto integral da sentença *in Giustizia Civile*, volume XLVIII, n.º 2, 1998, págs. 337 a 342). Tal decisão, surgida em via de recurso de uma sentença de primeira instância do *Tribunale di Bari* – que atribuíra a guarda do menor à mãe, com a possibilidade de o pai visitar o filho subordinadamente *alla volontà ed al consenso, volta per volta, del minore* – e da subsequente decisão da *Corte d'Appello*, escorou-se na consideração, acima de qualquer outro valor, do “superior interesse da criança”, bem como na necessidade de auscultar esta em todas as questões que lhe respeitam, assim se percebendo, pela maturidade demonstrada pela mesma, se em concreto o contacto pessoal e directo com ambos os progenitores corresponde ou não ao referido interesse do filho. Da conjugação de todos estes elementos, retirados da interpretação dos arts. 3.º, 9.º e 12.º da CDC, resultou então a decisão judicial atrás aludida, que considerou conferirem as normas convencionais à opinião, aos sentimentos e aos interesses do menor capaz de discernimento um relevo tal que, se devidamente observado, em muito contribuirá para a formação de uma “pessoa madura e mais facilmente integrável na sociedade”. Mais “aconselhou” o mesmo aresto ao progenitor *non affidatario*, como (única) via a seguir, a de tentar recuperar a confiança e o afecto do filho. A propósito da interpretação das apontadas normas convencionais e, sobretudo, da solução concreta a que a *Corte di Cassazione* chegou *in casu*, enuncia IGINO GRENDENE, de modo absolutamente lapidar, diversas notas críticas. Em primeiro lugar, se o filho recusa constantemente ver o pai, como poderá este – que com aquele não pode conviver – sequer tentar recuperar a *fiducia* do menor? Depois, não é de todo certo que deixar à mera vontade da criança ou adolescente – e na ausência de um comportamento negativo do *genitore non affidatario* – a possibilidade da realização do direito de visita, contribua para torná-lo uma pessoa madura e responsável. Acresce que o princípio da consideração pela atitude hostil e de repulsa do menor em relação ao *non affidatario* deve valer como auxílio à decisão de confiança a um ou a outro dos progenitores (pelas consequências tendencialmente permanentes que um acto judicial desta natureza comporta), e não tanto à concreta conformação do exercício do direito de visita. Com efeito, o tempo de duração dos encontros é necessariamente limitado e, nos casos mais graves, pode o *séjour* decorrer com a intervenção e o apoio mediador dos serviços sociais. Concluindo, não estando propriamente em causa um conjunto de ponderosas razões ligadas à saúde psicofísica do menor, mas apenas o valor (hiperbolicado) do seu consenso quanto à efectivação ou não dos encontros com um dos progenitores, torna-se aquele aresto da *Corte di Cassazione* pouco compreensível (suscitando mesmo *qualche perplessità*, como bem refere o AUTOR) (“Diritto di visita e consenso del minore”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXVII, n.º 3, 1998, págs. 900 a 904).

⁹⁵ “Regulação...” cit., pág. 139 (com itálicos da nossa responsabilidade).

séjour ou *hébergement*⁹⁶ corresponderia, como se percebe, a uma medida de *ultima ratio* e, portanto, exigiria do julgador uma especial fundamentação justificadora, até porque – em razão da sua gravidade específica – a margem de “discricionariedade” judicial se apresentaria sempre especialmente reduzida na matéria⁹⁷.

Para além do incumprimento das obrigações do progenitor não guardião, a efectivação prática do direito de visita poderia ter a condicioná-la outros factores como, por exemplo, uma alteração substancial de circunstâncias sobrevindas não necessariamente determinadas por uma postura daquele (mas dizendo respeito à sua pessoa⁹⁸), ou até inerirem à própria criança.

Todavia, a preocupação genérica de proporcionalidade na salvaguarda dos legítimos interesses do menor deveria constituir sempre a marca mais evidente de qualquer uma das apontadas medidas⁹⁹.

3.6. Crê-se que tudo o que vem sendo apresentado carece de um complemento que, longe de ter um interesse meramente teórico, consubstancia, como veremos, um *prius*

⁹⁶ Supressão que, tal como a negação *ab initio* de tal *ius*, só deveria ter lugar, no entender de MARIA CLARA SOTTOMAYOR – com quem concordamos neste aspecto – quando se provasse que o respectivo exercício provocaria um perigo para a saúde, segurança, educação ou formação moral do filho (art. 1918º) ou quando se verificassem os pressupostos do art. 1915º do CC (*Exercício... cit.*, pág. 303).

⁹⁷ HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., pág. 139. O princípio da excepcionalidade da negação e supressão do direito de visita é assumido como tal em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais. Assim, fixe-se entre nós o art. 180º/n.º 2 da OTM. Por seu turno, em França, o também já mencionado (nota 86) art. 372º/n.º 2-1 do *Code Civil* prevê que o *droit de visite e d’hébergement* só poderá ser recusado ao progenitor a quem não foi confiado o exercício da autoridade parental por *motifs graves*. E, como informa HUGUES FULCHIRON a propósito da norma “antecessora” (o art. 288º, revogado em 2002), «soucieux de maintenir des relations personnelles entre l’enfant et chacun de ses parents, les juges semblent de plus en plus réticents à refuser tout droit de visite et d’hébergement au parent “non gardien”, même dans des circonstances pour le moins délicates» (*Droit de la Famille cit.*, n.º 1914; convergentemente, GÉRARD CORNU, *Droit Civil... cit.*, pág. 650). Do mesmo modo, debruçando-se sobre a prática jurisprudencial norte-americana, referem LINDA ELROD e ROBERT SPECTOR ser princípio seguido o de que «parents generally have a right to visitation that can only be denied or restricted if the child would be harmed. Courts can limit a parent’s visitation or put restrictions if in the best interests of the child» (“A review of the year in family law: looking at interjurisdictional recognition”, *Family Law Quarterly*, volume 43, n.º 4, 2010, pág. 948, com indicação de jurisprudência sobre o tema).

⁹⁸ Por exemplo, uma «(...) doença grave ou perturbações mentais do progenitor sem a guarda, falta de informação sobre o domicílio deste (...)» (MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício... cit.*, pág. 303). Concretamente sobre casos de modificação do direito de visita, cfr. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho... cit.*, págs. 329 a 333.

⁹⁹ HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., pág. 139.

conceitual técnico-jurídico com inegável relevância para o nosso tema (*penal*). Referimo-nos ao problema de saber quem poderemos divisar como titular(es) do direito de visita e, concomitantemente, qual a gama essencial de interesses que tal faculdade jurídica pretende satisfazer.

Afirma FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, a propósito das situações de *crisis matrimoniales* ou *de perda ou privação da patria potestad* por um dos progenitores, e na ausência de fundamentos sérios para a sua supressão, que o direito de visitar (*lato sensu*) e relacionar-se com o seu filho comporta, para o não guardião, uma posição jurídica que lhe permite exigir a efectivação desse direito aos *obligados*. E quem serão tais *obligados*? Desde logo, as pessoas sob cuja *patria potestad* ou guarda jurídica está o menor (*grosso modo*, o progenitor guardião), que assim se vêem na inexorável necessidade de suportar a *carga* inerente ao exercício do direito de visita pelo respectivo titular¹⁰⁰.

A titularidade do *ius* de visita, no entanto, não pode deixar de ser perspectivada em função do pólo referencial mais óbvio da matéria: o menor e o seu superior interesse em relacionar-se, em termos normais e gratificantes, com *ambos* os progenitores (e, logo, igualmente com o não guardião). O que nos mostra, também aqui, que a criança ou jovem não é um mero *objecto* do exercício do direito de *séjour* e *hébergement*, mas o detentor de um espólio de interesses cuja correcta satisfação se arvora – *também*¹⁰¹ – como finalidade funcional do apontado exercício. Isto mesmo ajudará a explicar, segundo pensamos, e desde que reunidos determinados requisitos, o bom fundamento da exigência, pelo menor, da *reparação civil* (e só desta) dos danos de cariz não patrimonial a ele causados em consequência do não exercício do regime de visitas pelo progenitor¹⁰².

Pelo que, no essencial, temos para nós como relativamente assentes duas conclusões.

Em primeiro lugar, a de que a figura jurídico-civil do direito subjectivo em sentido estrito não se quadra totalmente à realidade a que vimos fazendo referência, pois que se trata de algo cujos *telos* e especificidade subjacentes vão muito para além do mero contrapólo de

¹⁰⁰ Como o AUTOR bem nota, a apontada *carga* vai para além de um simples *pati*, pois que amiúde comporta também determinados deveres activos, ligados à *cooperação* e *facilitação* do cumprimento das visitas e relações entre o “visitante” e o menor (*El Derecho...* cit., págs. 79 e 80).

¹⁰¹ E dizemos “*também*” porque, como se percebe do texto, e conquanto seja o mais determinante, não é, a nosso ver, apenas o interesse do menor o único referente determinativo da atribuição do direito de visita. Há a ponderar igualmente o interesse do progenitor não guardião.

¹⁰² FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho...* cit., pág. 79. Sobre a questão da *reparação civil* falaremos infra, em 2.2. do Capítulo III do presente trabalho.

uma obrigação passiva universal, de uma exigência de *non facere* por banda do obrigado e, por outro lado, só tem sentido se compreendido em função da dupla gama de interesses que visa satisfazer: os do menor e os do progenitor “visitante”.

A segunda conclusão decorre já, de algum modo, da primeira, e permite-nos alcançar, por seu turno, duas outras realidades: desde logo, a de que a finalidade do exercício do direito de visita não se ancora apenas na figura do menor, mas também na do progenitor não guardião, com as consequências daí advindas em termos de *disponibilidade* dos respectivos interesses¹⁰³. Ou seja, a não existirem fortes e graves razões (essencialmente, mas não só, ligadas à postura inadequada e abusiva por parte do não guardião) que determinem a suspensão provisória, a modificação ou a supressão judicial de tal direito, o exercício das visitas não pode ser conformado, em termos *decisivos*, pela criança. Pois que, como veremos dentro em pouco, não obstante a progressiva consideração da sua própria opinião e autonomia na matéria, não é ela quem detém o poder de definir, *em concreto*, o seu interesse na realização ou não do direito de visita pelo progenitor a quem não está confiada¹⁰⁴.

3.7. No esquema essencial do processo de regulação do exercício do poder paternal, constituía a fixação dos alimentos cabidos ao menor o último dos aspectos a focar¹⁰⁵.

O princípio fundamental em matéria de alimentos é o de serem «(...) proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los» (art. 2004º/n.º 1 do CC). Tal significando, para o que ora nos importa, estar a exacta dimensão do dever de alimentos balizada pelos rendimentos dos progenitores e pelas reais e

¹⁰³ Assim, não concordamos inteiramente com HÉLDER ROQUE quando afirma que o verdadeiro titular do direito de visita é o menor (“Regulação...” cit., pág. 137). A nosso ver, e a entender-se *titular*, o menor *não é o único titular* do referido direito. E a ser considerado titular do direito e detentor de um superior interesse a cuja satisfação o exercício de tal *ius* se destina, isso não significa, todavia, que o menor disponha do alvedrio bastante para que possa decidir, *por si só*, a concreta definição do seu próprio interesse, pelo menos em termos que façam obnubilar a conformação do direito em causa pelo progenitor “visitante” (a propósito da *paradoja* de que não sendo o menor o titular formal do *ius* de visita, este está determinado indirectamente e condicionado pelo interesse da criança, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho...* cit., pág. 403).

¹⁰⁴ Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção de menor – uma leitura do reformado art. 249º do Código Penal”, *Julgar*, n.º 7, pág. 120.

¹⁰⁵ Entendendo-se por alimentos «(...) tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário» e «(...) também a instrução e educação do alimentando no caso de este ser menor» (art. 2003º/n.ºs 1 e 2 do CC).

concretas necessidades do filho (credor da prestação alimentícia)¹⁰⁶. Depois, realce-se que as possibilidades de quem presta e as necessidades de quem recebe têm de ser actuais, isto é, têm de ser os alimentos (e o seu modo de prestação) perspectivados segundo aquelas possibilidades e necessidades, no momento mais próximo possível.

Portanto, devia o julgador atender, quanto à fixação do montante a prestar pelo devedor ao credor dos alimentos, às circunstâncias actuais, no momento da efectivação de tal dever (arts. 2003º a 2007º e 2012º, todos do CC). Para tal, exigia-se do decisor uma análise realista e criteriosa do contexto vivencial de um (o filho) e outro (o progenitor), o que, bem vistas as coisas, não tinha qualquer particularidade especialmente significativa perante os critérios gerais de interpretação e aplicação da lei¹⁰⁷.

3.8. Todos os problemas acabados de focar ficavam substancialmente “relativizados” quando se punha ao julgador com seriedade, no caso concreto, a possibilidade de opção por um regime mais consensual, como o da “guarda conjunta” do menor por ambos os progenitores (regime consagrado no n.º 1 do art. 1906º do CC pela L n.º 84/95, de 31/8, conquanto houvesse já vozes autorizadas a defender tal possibilidade perante a ordem jurídica mesmo antes da entrada em vigor do diploma legal ora referido¹⁰⁸).

Na hipótese da “guarda conjunta” assistíamos ao exercício em comum do poder paternal por ambos os progenitores separados ou divorciados, em um quadro de colaboração, interacção e responsabilização mútuas. De facto, sabendo-se que a cooperação e o auxílio entre pais atingidos por uma separação ou divórcio não constituía (como continua a não constituir) ainda a regra, seria mister a verificação de um *prius* fundamental na matéria: a concordância de ambos quanto à opção por este tipo de guarda (cfr. também art. 1906º/n.º 1 do CC, na redacção conferida pela L n.º 59/99, de 30/6)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ A propósito, e em tese geral, TOMMASO AULETTA, *Il Diritto di Famiglia*, 4ª edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, págs. 115 a 118.

¹⁰⁷ Veja-se o art. 9º/n.º 1, *in fine*, do CC, e respectivo apelo às «(...) condições específicas do tempo em que a lei é aplicada».

¹⁰⁸ Um dos defensores de tal tese foi ARMANDO LEANDRO (“Poder paternal...” cit., págs. 156 e ss.).

¹⁰⁹ Todo o quadro exposto, acentuado pela possibilidade da “guarda conjunta”, constituía já, mesmo antes da reforma de 2008, um factor de aproximação do regime jurídico português do poder paternal em caso de divórcio e separação judicial de pessoas e bens aos «(...) standards vigentes no espaço europeu» [GUILHERME DE OLIVEIRA, “Um direito da família europeu? (*Play it again, and again... Europe!*)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133º, pág. 110]. Sobre tais standards, essencialmente focados na *joint parenting after divorce*, cfr. MARY ANN GLENDON, “Introduction: Family Law...” cit., pág. 20.

4. A nova forma de encarar as responsabilidades parentais decorrente da L n.º 61/2008, de 31/10

4.1. Enumerados, então, e na sua estrita essência, os problemas ínsitos à definição do regime regulador do exercício do poder paternal, importa, todavia, perceber (necessariamente *en passant*) que aspectos tiveram um balizamento normativo novo a partir de 2008, no tocante à regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação dos progenitores ou, ainda, de cessação da convivência entre os progenitores que viviam em condições análogas às dos cônjuges (*vide*, quanto a esta última hipótese, o art. 1911º/n.º 2 do CC, na redacção conferida pela L n.º 61/2008, de 31/10).

4.2. Desde logo, passou a ser utilizado o termo legal “responsabilidades parentais”, adopção portuguesa da expressão *responsabilités parentales*, havia muito sustentada pela Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 28 de Fevereiro de 1984 [Resolução 4 (1984)]¹¹⁰ e, em 2007, pelos *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* da Comissão de Direito da Família Europeu¹¹¹.

Já antes da consagração operada pela reforma de 2008 se faziam ouvir vozes, entre nós, no sentido do abandono da tradicional terminologia associada à expressão “poder paternal”, confundível – advogava-se – com a ideia, atrás aludida, de poder quase “ilimitado” dos pais sobre a pessoa dos filhos. E, concomitantemente, pugnava-se pela emergência de outro *nomen iuris* que traduzisse o relevo da posição do menor enquanto sujeito de direitos e, mais do que isso, verdadeiro destinatário e razão de ser do exercício do *poder-dever* dos seus representantes. Tudo a par da consciencialização – própria do também já focado contexto cultural ocidental contemporâneo em que nos movemos – de que o respeito pela autonomia

¹¹⁰ Sobre alguns pontos (à época) inovadores da apontada Recomendação, cfr. MARIA BAPTISTA-LOPES e ANTÓNIO DUARTE-FONSECA, “Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos”, *Infância e Juventude*, n.º 88-4, págs. 19 e 20.

¹¹¹ Tratando-se tal Comissão, no essencial, de um grupo de especialistas de direito da família e de crianças e jovens que, em representação de Estados Membros da União Europeia e outros países europeus, estudam as bases tendentes ao estabelecimento de princípios harmonizadores de tais ramos do direito na Europa (cfr. *ceflonline.net*).

existencial das crianças e jovens se não compadece com uma pura e férrea estrutura de “supra-infra ordenação” entre pais e filhos.

Assim, escreveu MARIA CLARA SOTTOMAYOR que «actualmente preferimos expressões como “responsabilidade parental” ou “cuidado parental”, que exprimem uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos»¹¹². E, no mesmo sentido, defendeu ROSA MARTINS: «(...) tendo por referência o modelo democrático de família, em que a relação entre pais e filhos se baseia no afecto e respeito mútuos e na particular atenção a prestar à necessidade de autonomia própria do filho como ser em desenvolvimento, sem descuidar a actividade de direcção e supervisão da educação e formação do filho, no contexto de uma relação interactiva e dialéctica em que este assume o estatuto de parceiro, parece ser de acolher, entre nós, a expressão “cuidado parental”»¹¹³.

4.3. Depois, um dos pontos verdadeiramente essenciais prendeu-se com a opção programática enformadora da matéria da radicação das responsabilidades parentais. Ou seja, o legislador passou a expressar, de modo claro, aquele que é o seu entendimento de base quanto à questão de saber quem assume a titularidade do núcleo básico daqueles poderes-deveres. Concretizando, «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» (n.º 1 do actual art. 1906º do CC). Portanto, em tudo aquilo que deva ser enquadrado na ideia de “questão de particular importância” para a vida do filho, a lei foi inequívoca quanto ao princípio a seguir: o do exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os progenitores. No entanto, esta é a regra geral, pois excepcionalmente, e desde que especiais circunstâncias assim o determinem, pode ficar definido, através de decisão judicial fundamentada, que o exercício dessas responsabilidades parentais (relativas ao domínio da “particular importância”) ocorra, apenas, por um dos progenitores (n.º 2 do citado art. 1906º do CC).

Não procedeu o legislador a uma qualquer definição do que deve ser entendido por “questão de particular importância” da vida da criança ou jovem (actuais arts. 1901º/n.º 2,

¹¹² *Exercício...* cit., pág. 22.

¹¹³ *Menoridade...* cit., pág. 227.

1902º/n.º 1 e 1906º/n.º 1 do CC). E – admite-se – não o fez porque não o devia fazer, sobretudo atendendo ao facto de que se lida com uma realidade porventura pouco atreita a categorizações apriorísticas. Com efeito, a dinâmica e o contexto próprios da vida das crianças (e, obviamente, dos seus pais) – ou seja, os padrões adoptados em concreto por cada família, na sua dimensão de fonte normativa de natureza interna do direito da família – podem levar a que determinada matéria seja altamente relevante para a vida de uma determinada criança e já não para a de outra, parecendo-nos caber ao julgador, no seu prudente arbítrio, atingir tal conclusão em concreto¹¹⁴.

Crê-se, no entanto, que sempre se lidará, a propósito das “questões de particular importância”, com assuntos que pertencem ao núcleo essencial dos direitos reconhecidos às crianças. E se, como dissemos, a jurisprudência e, obviamente, a doutrina terão aqui um primordial papel definidor e integrador do conteúdo do conceito em causa, poderemos (pelo menos *ab initio*) apontar o seguinte conjunto de matérias ligadas a assuntos de “particular importância”: intervenções cirúrgicas, saída do filho para o estrangeiro com algum carácter duradouro ou saída para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida¹¹⁵, obtenção de licença de condução de ciclomotores, escolha de ensino para a escolaridade do filho, educação religiosa até aos 16 anos, autorização parental para o filho poder casar, sua orientação profissional, uso de contracepção ou interrupção de uma gravidez, prática de

¹¹⁴ HÉLDER ROQUE, “Os conceitos...” cit., págs. 94 a 96.

¹¹⁵ Da conjugação das normas dos arts. 23º do DL n.º 83/2000, de 11/5, na redacção dada pelo DL n.º 138/2006, de 26/7, e 31º da L n.º 23/2007, de 4/7, na versão conferida pela L n.º 29/2012, de 9/8, resulta que um menor nacional filho de pais divorciados poderá sair de Portugal acompanhado pelo progenitor a quem está confiado, ou por terceira pessoa desde que, neste último caso, munido de declaração (escrita) de autorização do progenitor guardião ou com quem reside habitualmente. À partida, não distinguindo as ora citadas normas entre uma saída prolongada ou não prolongada (nem entre um destino “pacífico” ou “delicado” do ponto de vista da segurança pública das pessoas), surpreende-se aqui, pelo menos na sua aparência (e não se verificando a hipótese do n.º 2 do art. 1906º do CC), alguma falta de sintonia em relação ao ditame geral do exercício comum das responsabilidades parentais em matérias de “particular importância” da vida do filho (n.º 2 do citado art. 1906º), pois que, como dizemos no texto (e assim a qualifica também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/9/2010, disponível em www.dgsi.pt), uma saída prolongada para o exterior (ainda para mais, acrescentamos nós, se com destino a um país a braços com um conflito interno ou externo sério) não pode deixar de ser considerada assunto desse jaez. Portanto, em tal hipótese de deslocação, o aspecto essencialmente administrativo-burocrático da saída do menor apresenta-se como algo de bem mais “ligeiro” se comparado com as preocupações expressas pelo nosso legislador civil (que em um quadro de exercício comum no domínio da “particular importância” apenas admite poder qualquer um dos pais agir sozinho em caso de urgência manifesta, devendo, todavia, prestar informações ao outro logo que possível – art. 1906º/n.º 1, *in fine*, do CC).

actividades desportivas susceptíveis de porem em risco a saúde da criança ou jovem, participação em programas televisivos que possam ter consequências negativas para o filho¹¹⁶. Entendemos serem de acrescentar ainda – a título de mero exemplo – as seguintes situações passíveis de integração no conceito de “particular importância” da vida do filho: a realização de campanhas publicitárias (*maxime*, fotográficas ou televisivas) que de algum modo utilizem e exponham ao público em geral a imagem e a figura da criança ou jovem, a associação destas mesmas imagem e figura em qualquer tipo de produto (entrevista ou reportagem de cariz “social”, por exemplo) a que um dos progenitores se entregue, e ainda a utilização do filho como actor ou figurante em obra televisiva ou cinematográfica.

Parece-nos, como há pouco dissemos, ser sustentável a ideia da existência de razões para a não concretização legal do conceito em questão. Todavia, e mesmo sem prescindir da apontada indeterminação conceitual, não estaria o legislador impedido de, ao menos, estabelecer porventura umas quantas *guide lines* definidoras das matérias normalmente integrantes das “questões de particular importância” da vida dos filhos, como fez, a propósito da orientação religiosa do menor de 16 anos, no art. 1886º do CC^{117 118}.

Já o exercício das responsabilidades parentais relativas aos “actos da vida corrente”¹¹⁹ do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem

¹¹⁶ São, no essencial, hipóteses retiradas de HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança...* cit., págs. 175 e 176, nota 25; convergentemente, no direito italiano, GIOVANNI BONILINI, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 5ª edizione, U.T.E.T. Giuridica, Torino, 2010, pág. 293.

¹¹⁷ Em sentido não muito diverso do por nós acabado de expor, HUGO LEITE RODRIGUES sugere, a benefício de uma maior “concretização” legislativa, o aditamento de uma nova norma, o art. 1902º-A do CC, epigrafado de “Actos e questões de particular importância”, nos seguintes termos: «Constituem actos ou questões de particular importância, quando representem consequências relevantes no futuro do menor, os relacionados designadamente com: a) A segurança e integridade física do menor; b) A saúde do menor; c) A educação escolar e religiosa do menor; d) A mudança de residência quando o novo domicílio se situe geograficamente longe do local da residência actual; e) A administração extraordinária dos bens» (*Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 188).

¹¹⁸ Concretamente sobre o poder de orientação e educação religiosa dos pais em relação aos filhos, sua importância, eventuais focos de tensão e conflito daí advindos em face da progressiva autonomia da criança, e ainda os limites inultrapassáveis por aquele poder parental (ligados à protecção do menor perante prejuízos irreparáveis à sua pessoa), PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, “Responsabilità genitoriale e libertà religiosa”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volume XLI, n.º 4, 2012, págs. 1712 a 1715.

¹¹⁹ Também aqui – “actos da vida corrente” – lidamos com um conceito jurídico de cariz indeterminado que, intimamente ligado – quase sempre por exclusão ou antinomia – à noção de “questões de particular importância”, tenderá, segundo pensamos, a uma mais fácil concretização prática, por entroncar naquilo que

ele se encontra temporariamente (sendo que este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes – que, aliás, tem o direito de conhecer –, tal como definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente) (n.º 3 e 6 do actual art. 1906º do CC).

4.4. Os três aspectos inerentes à regulação do exercício das responsabilidades parentais continuam a ser, no essencial, aqueles que há pouco se focaram a propósito da regulação do exercício do (*nomen iuris*) poder paternal: a guarda, *rectius* residência¹²⁰, do filho e a questão das visitas (ou períodos de convívio¹²¹) do progenitor com quem a criança não reside (actual art. 1906º/n.º 5 do CC), assim como o contributo alimentício dos pais (art. 1905º do CC, na sua presente redacção). E tudo isto (tal como acontecia com a matéria da regulação do exercício do poder paternal), quer a decisão reguladora decorra de uma homologação judicial (ou, nos casos em que tal é permitido, pelo Ministério Público) do acordo dos progenitores, quer a decisão reguladora seja tomada pelo tribunal na sequência de uma audiência de discussão e julgamento.

Obviamente que a questão da guarda e dos períodos de convívio pode ficar – também agora, e por maioria de razão – bem mais simplificada (ou até destituída de sentido prático) perante a eventual opção pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais (mesmo, portanto, para as questões da vida corrente do filho), com uma guarda fáctica conjunta dos dois progenitores. Pense-se nas situações – que começam a ser um pouco mais frequentes na

respeita à repetida normalidade existencial e educativa do quotidiano do menor e do progenitor a quem ele se encontra confiado. Serão, de acordo com CHRISTOPHE DAADOUCHE, os *actos usuais*, que *não comprometem* aquele normal modo de vida (*L'Autorité Parentale*, Éditions M. B. Formation, Paris, 2003, pág. 44). Por isso mesmo se percebe a estatuição do n.º 3 do art. 1906º do CC, segundo a qual o exercício das responsabilidades parentais referentes à “normalidade” do quotidiano do menor cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou ao progenitor com quem se encontra temporariamente (desde que este último siga as orientações educativas mais relevantes como tal definidas pelo progenitor residente): é que, em tal contexto, as consequências da prática dos “actos da vida corrente” para aquela normalidade existencial não assumirão, e em princípio, qualquer especial relevância.

¹²⁰ HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA entendem mais correcta e adequada à realidade sobre que incide a nova denominação legal de “residência” – e já não guarda – do filho (*A Criança...* cit., pág. 178).

¹²¹ O termo «(...) “convívio” (ou “organização dos tempos livres da criança”) (...)» traduz melhor a «(...) forte componente emotiva (...)» e a «(...) carga afectiva (...)» do direito do progenitor não residente com o filho, «(...) que o mundo frio do Direito não pode olvidar» (HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança...* cit., pág. 189).

prática e não nos parecem impedidas pelo actual art. 1906º do CC, pressupondo especiais condições materiais, “logísticas” e psicológicas para a sua concretização – da residência do filho, em diferentes semanas, em casa do pai e em casa da mãe, ou durante alguns dias da semana em casa do pai e outros dias em casa da mãe^{122 123}.

No entanto, muito relevante é a ênfase, contida no n.º 5 do actual art. 1906º do CC, no modo como a residência do filho e o correspondente direito de visita do outro progenitor deverão ser determinados, no (óbvio) quadro do interesse da criança: o acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Mas se o acordo entre os progenitores se apresenta (*rectius*, continua a apresentar-se) como algo de preferível à imposição heterónoma de uma decisão reguladora, isso não afasta a óbvia necessidade de o juízo do tribunal ser concordante com as opções substanciais contidas no acordo. Isto é, importa que o juiz se convença de que a visão dos pais promove e cumpre o efectivo interesse do seu filho e, além disso, o acordo (e, seguramente, a atitude manifestada no processo) corresponde(m) à assunção, real e lídima, da disponibilidade para no futuro o filho beneficiar de um contacto e um relacionamento habituais e próximos com o outro progenitor.

¹²² Como se escreve no recente Acórdão da Relação de Lisboa de 18/3/2013, a guarda conjunta pode coexistir com uma residência *alternada* do menor em casa de um e outro dos progenitores (aresto disponível em www.dgsi.pt).

¹²³ Em interessante estudo publicado em 2010, baseado em dados recolhidos não só na Grã-Bretanha mas também na Austrália (onde vigora legislação reformadora da matéria), na Suécia, na Noruega e nos Estados Unidos da América, entre outros países, LIZ TRINDER concluiu, além do mais, que, apesar do incremento verificado nos últimos anos, a *shared residence* ou *shared care* permanece ainda relativamente incomum, mantendo-se a maior parte das crianças a viver com as mães. Mas o mesmo estudo aponta também para que o perfil das famílias que exercem a *shared residence* vem mudando – *rectius*, vem sofrendo uma diversificação – nos últimos anos, desde os *economically-advantaged and generally co-operative and flexive parents* até a grupos de progenitores que adoptam a chamada *joint custody* após duras litigâncias judiciais, com o posterior retorno, em alguns casos, a outras formas de exercício das responsabilidades parentais. Destaca-se ainda a ideia, assumida por muitos progenitores (e sectores da população em geral), de que não existe uma clara relação entre a *shared care* e o bem-estar das crianças (sobretudo nos casos em que estas pouco ou nada são tidas em conta para efeitos da obtenção de tal *shared care*): assim, e de acordo com esta perspectiva, mais tempo com cada um dos progenitores não significará, de modo necessário, a obtenção de melhores resultados para os filhos, sendo antes a qualidade do relacionamento que cada um dos pais com eles desenvolve – e os laços de afectividade e cumplicidade daí decorrentes – o mais importante (“Shared residence: a review of recent research evidence”, *Child and Family Law Quarterly*, volume 22, n.º 4, 2010, pág. 494).

Creemos que o último aspecto, plasmado no n.º 5 do art. 1906º do CC, está longe de constituir um mero preciosismo linguístico do legislador. Efectivamente, trata-se da clara preocupação de que se consiga de cada um dos progenitores o genuíno empenho em uma regulação (um projecto de vida, afinal) não “olvidada” do contacto da criança com (ambos) os pais¹²⁴. E do pretendido empenho decorrerá, como se percebe, uma dose acrescida de responsabilidade dos progenitores pelo modo como a situação evoluir (ou regredir) no futuro. Se o julgador perspectivou aquela regulação como sendo a mais adequada ao interesse da criança, decorrendo do acordo dos pais – bem como, sempre que possível, da vontade do próprio filho^{125 126} – e da manifestação que cada um deles assumiu no sentido de um efectivo relacionamento da criança com o outro progenitor, bom, o juízo que tenha de ser formulado acerca de eventuais incumprimentos do regime acordado não poderá desligar-se de uma exigente análise da substância das razões que estiveram na base do comportamento inadimplente de um ou ambos os progenitores. Desde logo para os efeitos de perscrutar se tal

¹²⁴ É justo notar que já antes de 2008 o art. 1905º/n.º 1 do CC consagrava também o interesse do menor «(...) em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade».

¹²⁵ De facto, se entendemos que o acto de auscultação da criança com capacidade de discernimento (acto, aliás, querido pela nossa lei civil, em correcta decorrência do compromisso assumido por Portugal com a ratificação da CDC de 1989 – cfr. art. 12º desta Convenção) é algo de muito importante, pois garante a tomada em consideração de um dos “vértices” essenciais deste “triângulo” muitas vezes instável (pai, mãe e filho) e o maior afectado pela decisão que vier a ser tomada – acto que, claramente, corresponde à vivificação de um seu direito de personalidade fundamental (o direito da criança a ter uma palavra activa na construção do seu próprio futuro) –, parece-nos também que não pode ser transformado em dogma determinante da solução a adoptar em sede de regulação. A última palavra – que se deseja serena, ponderada e atenta ao supremo critério legal do respeito pelo interesse do menor – caberá sempre ao julgador, e mesmo que, se tal tiver de acontecer, mediante uma tomada de decisão *prima facie* pouco “simpática” ao puro voluntarismo da criança (neste sentido, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El Interés...* cit., pág. 201, e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...* cit., pág. 119; relativamente à auscultação do menor enquanto tradução do respeito pelos seus direitos de personalidade e tentativa de garantir que venha a ser um adulto responsável e autónomo, cfr. ROSA MARTINS, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, págs. 34 e 35, e ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ, *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 100 a 102).

¹²⁶ Sendo também muitas vezes preciso que o julgador desenvolva um prudente trabalho de “decantação” tendente a apurar se o conteúdo do discurso da criança nada mais é para além daquilo que o(s) seu(s) progenitor(es) quer(em) ouvir... (quanto a tal aspecto, PATRICK PARKINSON e JUDY CASHMORE, *The Voice of a Child in Family Law Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2008, págs. 83 e 84).

conduta assume ou não as feições de um verdadeiro *venire contra factum proprium* em relação ao oportunamente acordado e transposto para a decisão judicial reguladora¹²⁷.

4.5. Como se intui de todo o já exposto, subjacente à reforma esteve (e está) um novo (ou, porventura, mais evidente) modo de encarar a relação entre pais e filhos, que o legislador consagrou e plasmou em determinadas áreas da sua regulação normativa. Há, pois, uma nova «(...) densificação do conteúdo funcional e relacional das responsabilidades parentais»¹²⁸, expressando-se, de um modo apodíctico e assumido – para além das marcas mais “institucionais” já presentes na fórmula normativa anterior [«compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes (...)» – art. 1878º/n.º 1 do CC] –, o que se espera de um exercício “normal” das responsabilidades parentais: proporcionar, em um contexto de “partilha de responsabilidades” entre pais e filhos¹²⁹, o crescimento são e sadio (mas também responsabilizador) destes últimos, a partir de uma relação ancorada no amor, afecto e respeito mútuos¹³⁰.

¹²⁷ A ideia de *venire contra factum proprium* (no sentido de apresentar a parte uma actuação contrária a qualquer legítima expectativa que tenha criado à contraparte e pela qual esta última fundamentadamente se orientou, vindo depois a ser surpreendida pela deslealdade daquela) tende a surgir frequentemente ligada à realidade jurídica do abuso do direito, entre nós prevista no art. 334º do CC (a propósito, cfr., entre outros, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso do Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, págs. 76 e ss.).

¹²⁸ A afirmação é de RITA LOBO XAVIER (“Responsabilidades parentais no século XXI”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, págs. 18 a 21).

¹²⁹ A ideia de “partilha de responsabilidades” entre pais e filhos, definiu-a GUILHERME DE OLIVEIRA como sendo «(...) um modo novo de entender a autoridade parental (...), que supunha, pela primeira vez, o reconhecimento explícito da maturidade dos jovens e de um grau de *autonomia* para a organização da sua própria vida. (...) Trocou-se o “conflito de gerações” pela ideia de “companheirismo” entre gerações» (“Transformações...” cit., pág. 777, com itálico do AUTOR). Até por isto mesmo ganham cada vez maior relevância, embora nos termos atrás referidos (notas 125 e 126), a opinião e a vontade do menor, devidamente auscultado (e respeitado na sua personalidade, sensibilidade e maturidade), sempre que possível, na definição das tomadas de decisão que o vão afectar mais directamente. É mais uma das dimensões em que se manifesta o chamado “estatuto jurídico de filho” (GUILHERME DE OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...” cit., pág. 46).

¹³⁰ Em sentido próximo do nosso art. 1878º/n.º 2 do CC [na exigência legal de que os pais, «(...) 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»] posiciona-se o art. 147º do *Codice Civile* italiano norma a partir da qual GIOVANNI BONILINI refere que no exercício da sua função educativa em relação aos filhos menores, e de acordo com a idade e maturidade destes, os progenitores não só deverão ter em conta as suas inclinações e aspirações como consentir-lhes determinados actos, mesmo negociais (e desde que não prejudiciais do ponto de vista económico), que revelem (e relevem de) escolhas próprias e conscientes dos filhos e se

É, portanto, a referida “partilha de responsabilidades”, imbuída de uma verdadeira “ética de cuidado”¹³¹ – e reveladora de uma determinada forma de encarar a educação dos mais novos¹³² – que deverá iluminar a percepção e compreensão das soluções legais inovadoras agora apresentadas.

Soluções que – já o dissemos – nos interessam, sobremaneira, para efeitos de uma melhor percepção da protecção jurídico-penal da situação das crianças de algum modo atingidas pela modificação ou cessação da relação conjugal (ou marital) dos seus progenitores¹³³.

Dois dos aspectos da referida protecção jurídico-penal são, sem sombra de dúvida, os que tocam a nova fisionomia do crime de subtracção de menor, previsto na alínea c) do n.º 1

mostrem importantes ao desenvolvimento da sua personalidade (como, por exemplo, a sua inscrição em uma associação cultural, política ou religiosa) (*Manuale di Diritto...* cit., pág. 292).

¹³¹ Feliz expressão, utilizada por ROSA MARTINS (“Responsabilidades parentais...” cit., pág. 40). “Ética de cuidado” que – acrescentaremos nós – só pode provir de um amor paterno(materno)-filial que, estribado em uma manifestação ou proclamação de contornos mais ou menos “doces”, não prescinde, contudo (sobretudo no período de maior vulnerabilidade e dependência da vida das crianças, no qual tudo é “novidade”), de uma atitude de equilibrado acerto (quantas vezes de difícil concretização) entre o saber permitir e o saber proibir, o ser “popular” (porque se diz “sim”) e o ser momentaneamente “impopular” (porque é preciso dizer “não”) aos olhos dos filhos [a propósito, MÁRIO CORDEIRO chama a atenção para a importância de os pais saberem ouvir «(...) os argumentos da criança (...)» e os rebaterem com lógica e em uma linguagem acessível, «(...) e não apenas “porque nós queremos assim”. Devem ser feitas, de quando em quando, algumas concessões, mas que derivem de argumentação lógica por parte da criança» (*O Livro...* cit., pág. 205)]. Porque conforme sintetiza, de modo lapidar, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «educar é algo mais que ensinar. (...) Educar é, para além disso, formar, isto é, desenvolver harmonicamente a personalidade, as faculdades físicas, psíquicas, morais e intelectuais» [“Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7 (1997), fascículo 3º, pág. 355]. Uma visão substancialmente não muito diversa do apontado modo de entender as relações entre pais e filhos e a sua tutela legal, ainda no período de vigência da categoria normativa “poder paternal” – *maxime* quanto ao direito de educação –, encontramos-la em ARMANDO LEANDRO, “Poder paternal...” cit., págs. 125 a 127.

¹³² Com interesse, do ponto de vista sociológico e cultural, a propósito de diferentes perspectivas educacionais (das extremamente restritivas às mais liberais e contemporizadoras) coexistentes no século XXI, em diversos cantos do mundo, cfr. o trabalho jornalístico “Superpais precisam-se! A família e a crise”, in *Courrier International*, n.º 200, 2012, págs. 39 a 51.

¹³³ Modificação ou cessação da relação conjugal dos progenitores das crianças, que – situação porventura mais frequente – implicará, como já supra dissemos, o afastamento marcado (não apenas do ponto de vista físico e temporal) dos filhos em relação a um dos pais, mas poderá igualmente levar a um afastamento em relação a ambos os progenitores: basta pensar, a este último propósito, no art. 1907º do CC, que prevê o exercício das responsabilidades parentais quando o filho é confiado à guarda de uma terceira pessoa.

do art. 249º, a par do reforço típico do crime de violação da obrigação de alimentos, contido no art. 250º, ambos do CP. Neste sentido se percebendo a afirmação de GUILHERME DE OLIVEIRA segundo a qual «(...) a protecção dos filhos menores fica aumentada através da antecipação da tutela penal dos regimes estabelecidos para o contacto com os progenitores e para o pagamento da obrigação de alimentos. (...) As normas penais começam a reagir mais precocemente e mais frequentemente contra o desrespeito dos regimes estabelecidos, que em último termo significa desrespeito pelos direitos das crianças»¹³⁴.

Não estando no âmbito da presente investigação a análise do crime de violação da obrigação de alimentos, importa afrontar, desde já, a matéria da subtracção de menor, sobretudo para tentar perceber se a respectiva intervenção penal, em todo o seu espectro, comunga da autonomia intencional que sempre deverá presidir a tal tipo de actuação.

¹³⁴ “Linhas gerais...” cit., pág. 69.

Capítulo II

Do crime de subtracção de menor e suas diversas “metamorfozes” típicas, no ordenamento penal português, de 1852 a 2008 (exclusive)

1. Preocupações geralmente inerentes à criminalização da subtracção de menor, ao longo dos tempos

Começámos por dizer, na apresentação deste trabalho, que o principal *thema* das nossas reflexões se prende com os comportamentos essencialmente praticados pelos progenitores após a cessação da convivência conjugal e para-conjugal, ou no contexto de situações de separação de facto, e que têm por objecto os filhos menores. Comportamentos, note-se, susceptíveis de integração na categoria jurídico-penal da “subtracção de menor”.

Ora, a “subtracção de menor” definida no art. 249º/n.º 1-c) do CP actualmente em vigor pouco ou nada tem que ver com o recorte típico existente no passado, sobretudo se atendermos ao âmbito mais alargado de protecção de comportamentos adscrito à norma, tal como saída da reforma protagonizada pela L n.º 61/2008, de 31/10. Com efeito, surpreende-se uma certa linha “diacrónica” de continuidade na conformação típica do crime de subtracção de menor até 2008, altura em que o legislador assumiu uma abrangência temática específica dos referidos conflitos pós-conjugais ou pós-maritais, e, mais concretamente ainda, dos litígios pós-regulação do exercício das responsabilidades parentais. Assim, a par da protecção da *potestas* que continua a ser de algum modo conatural ao exercício das responsabilidades parentais, passou a estar igualmente previsto um conjunto de hipóteses que até aqui escapavam à tipicidade jurídico-penal.

Comecemos por fazer um breve excurso histórico tendente à concretização da nossa afirmação.

2. Os CP de 1852 e 1886

2.1. Os crimes relativos à subtracção e ocultação de menores foram introduzidos no nosso CP de 1852 por influência de ordens jurídicas estrangeiras como a espanhola (arts. 398º e 400º do inerente CP de 1850), francesa (art. 354º do *Code Pénal* de 1810) e brasileira (art.

254º do respectivo CP de 1830), das quais se extraiu, pois, o essencial do modo de conformação legal da matéria em Portugal¹³⁵.

O CP pátrio de 1852 (e, mais tarde, o de 1886¹³⁶, que deixou intocadas as normas em causa, à excepção da definição de algumas penas a tais normas relativas) integrou a subtracção de menor no Título IV (“Dos crimes contra as pessoas”), no Capítulo II (relativo aos “Crimes contra o estado civil das pessoas”), e, de modo mais específico, na Secção III, precisamente epigrafada de “Subtracção e ocultação de menores”.

No apontado contexto, e conquanto os concretos contornos das condutas materiais tipificadas revelassem inegável identidade (*rectius*, mesmidade), os arts. 342º e 343º do CP português de 1852 partiam de uma essencial distinção baseada, *ab initio*, na idade dos menores enquanto *objecto da acção criminal*. Já o tipo do art. 344º, por seu turno, denotava fundamentos e intuitos protectivos algo distintos, se bem que de algum modo complementares aos das referidas normas antecedentes¹³⁷.

Então, o art. 342º sancionava o comportamento daquele «(...) que por violência ou por fraude, tirar ou levar, ou fizer tirar ou levar um menor de sete anos da casa ou lugar em que, com autorização das pessoas encarregadas da sua guarda ou direcção, ele se achar (...)».

No mesmo sentido, e pese embora a circunstância de o objecto da acção ser aí já um menor de 21 anos (à época, patamar da maioridade – art. 97º do CS), previa-se também no art. 343º a utilização da violência ou fraude enquanto meios tendentes ao abandono daquele da «(...) casa de seus pais ou tutores, ou dos que forem encarregados de sua pessoa (...)», ou do «(...) lugar em que por seu mandado êle estiver (...)», introduzindo-se uma *nuance* punitiva no caso de o menor ter menos de 17 anos de idade (§ único).

Ou seja, parecia estar já perspectivada a necessidade de protecção da incolumidade da *sovranità* paternal contra os ataques externos dirigidos ao afastamento dos menores ao âmbito

¹³⁵ A propósito, e com crítica ao legislador português por aquela que, na sua opinião – certa – não foi a melhor arrumação sistemática, no nosso CP de 1852, das diversas influências estrangeiras recebidas, LUÍS OSÓRIO BATISTA, *Notas ao Código Penal Português*, volume III, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, págs. 37, 40 e 42.

¹³⁶ Sobre o atribulado movimento da reforma da lei penal de 1852, que conduziu à elaboração do CP de 1886, vide EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, págs. 106 a 114.

¹³⁷ Tal levando ao entendimento de LUÍS OSÓRIO BATISTA segundo o qual nos casos dos arts. 342º e 343º o crime se dirigia a quebrar as relações existentes entre o menor e os pais ou pessoas dele encarregadas, enquanto o art. 344º previa um verdadeiro crime contra o estado civil do menor (*Notas...* e volume III cits., pág. 36).

de influência¹³⁸ daquela mesma autoridade. Soberania e autoridade que apesar do seu carácter de superioridade em relação ao menor não deixavam de ser consideradas como o melhor meio de garantir o respectivo interesse e bem-estar¹³⁹, nesta acepção se devendo entender, pois, a afirmação de LUÍS OSÓRIO BATISTA de que as normas dos referidos arts. 342º e 343º protegiam «(...) o interesse individual dos menores em não serem abusivamente subtraídos ao poder dos encarregados da sua pessoa, contra o fato do seu afastamento, por violência ou fraude, do lugar em que (...)» estavam «(...) por determinação daqueles encarregados»¹⁴⁰.

Quanto ao art. 344º, detinha-se o mesmo nas situações em que o agente «(...) ocultar ou fizer ocultar, ou trocar ou fizer trocar por outro, ou desencaminhar ou fazer desencaminhar um menor de sete anos (...)» ou um «(...) maior de sete anos e menor de dezoito» (§ 1º), punindo ainda as condutas de quem «(...) não mostrar onde existe o menor (...)» (§ 2º) ou, «(...) achando-se encarregado da pessoa de um menor, não o apresentar aos que têm direito de o reclamar, nem justificar o seu desaparecimento (...)» (§ 3º).

A questão, neste último preceito, parecia ser a da sonegação, ocultação e “descaminho” do menor das vistas dos seus responsáveis, para que dele não se soubesse, isto é, a da “errância” ou desvanecimento (com a eventual usurpação do estado civil) subsequentes à quebra da ligação anteriormente existentes entre aquele e as pessoas que de si estavam encarregadas e em relação a quem exerciam o pátrio poder^{141 142}.

¹³⁸ LUÍS OSÓRIO BATISTA, *Notas...* e volume III cits., pág. 41.

¹³⁹ ANTONIO DAGNINO, “Potestà parentale...” cit., págs. 1507 e 1508.

¹⁴⁰ *Notas...* e volume III cits., pág. 40; no entanto, o AUTOR não deixava de notar a divergência das opiniões que então se agitavam a propósito do exacto fim visado pela lei: desde as que defendiam a referida manutenção da autoridade paterna e a protecção da família até às que entendiam constituir preocupação legal a de assegurar a liberdade natural do menor em um certo período de idade, ainda que contra a sua própria vontade (págs. 36 e 37).

¹⁴¹ Percebendo-se, pois, a ideia expressa por LUÍS OSÓRIO BATISTA de que o crime do art. 344º pressupunha o do art. 343º (*Notas...* e volume III cits., págs. 42 e 43). Já MANUEL MAIA GONÇALVES defendia que o ilícito previsto no art. 344º poderia posicionar-se em uma relação de concurso aparente com o crime de rapto, atenta a identidade de bem jurídico violado, sendo então aplicável, por efeito de consumpção, a disposição do § 2º daquele art. 344º, consagradora de uma pena mais grave (*Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, págs. 534 e 535).

¹⁴² A Sentença do Tribunal da Comarca de Macau de 31/7/1937 condenou pela prática do crime previsto no art. 344º do CP de 1852 o agente que, tendo-lhe sido confiado, para dele cuidar e educar, um seu sobrinho de sete anos de idade, passado pouco tempo o vendeu a terceiras pessoas, que o levaram para local desconhecido (*Revista de Justiça*, Ano 23º, n.º 521, págs. 119 e 120). Por seu turno, o Acórdão da Relação de Coimbra de 18/7/1950 decidiu no sentido do cometimento do crime (frustrado) previsto no mesmo art. 344º em um caso no

2.2. Como se intui, e pelo menos *prima facie*, as previsões normativas acabadas de mencionar pouco teriam que ver com a subtracção de menor entendida em contexto de litígio pós-conjugal. O que, aliás, se perceberá se atendermos a duas circunstâncias próprias do património histórico português: por um lado, a possibilidade de cessação do vínculo conjugal por divórcio apenas ficou consagrada, na nossa ordem jurídica, a partir do ano de 1910, com a chamada Lei do Divórcio; por outro lado, mesmo após a instituição legal do divórcio não deixou de vigorar em Portugal um estado de coisas de feição marcadamente marital e patriarcal, no que à chefia da família e principal titularidade do poder paternal tangeu, até à reforma de 1977 do actual CC, levada a cabo através do DL n.º 496/77, de 25/11 (cfr., a propósito, arts. 137º e 138º do CS, e arts. 1674º e 1881º do actual CC, na redacção do DL n.º 47.344, de 25/11/1966).

Tudo contribuindo, segundo pensamos, para uma “desconsideração” do legislador relativamente ao eventual surgimento de problemas que, ao cabo e ao resto, não assumiriam uma especial dignidade perante o mundo jurídico então constituído. Ainda que se entendesse que os eventuais actos de “subtracção” dos menores atentavam, antes do mais, contra a liberdade natural destes, acabariam por reflectir, bem vistas as coisas, ataques à autoridade paterna *stricto sensu*, isto é, aos poderes do pai (e marido) como chefe de família e especial responsável, à face da lei, pela instrução e educação dos filhos, com óbvia supremacia sobre a mãe (e cônjuge)¹⁴³ ¹⁴⁴. Daí que se comportamento subsumível à previsão dos arts. 342º ou 343º do CP de 1852 (e, mais tarde, de 1886) fosse praticado, não por elementos estranhos à

qual ocorrera a entrega, pela mãe, de uma bebé de 14 meses a um grupo de “ciganos errantes”, com o fim de “ver-se livre” (*sic.*) da criança (fim que, todavia, acabou por não conseguir alcançar, devido à recuperação da *infante* por uma terceira pessoa) (*Boletim do Ministério da Justiça* n.º 25, págs. 262 e 263).

¹⁴³ Na síntese de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, a propósito das normas dos arts. 137º e 138º do C.S., «(...) na grande maioria dos casos, havendo divergência de opiniões entre o pai e a mãe, é a do primeiro que sempre há de prevalecer, sendo excepcionais os casos em que as duas vontades se equilibram, determinando a intervenção da justiça», e «esta preponderância do pai, como chefe da família, é um princípio de ordem pública, que não pode ser alterado por convenção (...)» (*Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, pág. 351).

¹⁴⁴ Como bem acentua HÉLDER ROQUE, na redacção originária do CC de 1966 era possível, nos casos de divórcio, a atribuição do poder paternal ao progenitor não convivente com os filhos, precisamente por causa da apontada supremacia do marido como chefe de família, dado que mesmo sem a guarda dos menores lhe assistia o direito a exercer (e desde que com respeito pelos respectivos interesses) a totalidade dos seus poderes sobre eles, com prevalência sobre o critério da mãe (“Regulação...” cit., pág. 130).

família do menor, mas precisamente por um dos seus progenitores (por exemplo, em contexto de separação de facto prolongada entre os cônjuges), inexistisse da parte da lei instituída qualquer específica consideração pela circunstância de se tratar de uma manifestação própria de um clima de disputa conjugal ou pós-conjugal.

3. O CP de 1982

3.1. O CP de 1982 (resultado do Projecto da Parte Geral, de 1963, e do Projecto da Parte Especial, de 1966, ambos da autoria de EDUARDO CORREIA) constituiu um marco absolutamente incontornável da história penal portuguesa contemporânea, por tudo o que representou (e não é despidendo enfatizá-lo) de definição de um paradigma substantivo do exercício do *ius puniendi* estadual e dos objectivos de política criminal que lhe estão subjacentes, próprios de um Estado-de-Direito democrático. Paradigma e objectivos ancorados, antes do mais, em uma concepção do direito penal como direito de essencial protecção de bens jurídicos, em uma ideia de culpa – para utilizarmos a expressão de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – enquanto «(...) *ponto óptimo* de confluência das necessidades irrenunciáveis de defesa da liberdade da pessoa (...) e de defesa dos interesses eticamente relevantes da sociedade (...)»¹⁴⁵, e em uma visão da reacção criminal não como mero instrumento de castigo “taliónico” mas sim como meio tendente à reintegração social do agente (arts. 13º, 40º, 70º e 71º, todos do CP, na sua actual redacção)¹⁴⁶.

Por outro lado, à entrada em vigor do CP de 1982 havia tido já lugar o início da importante “democratização” de diversos segmentos do direito da família português, através do DL n.º 496/77, de 25/11 acima citado. “Democratização” imposta pela nossa Lei Fundamental (art. 36º)¹⁴⁷ e definidora de um estatuto paritário de marido e mulher na

¹⁴⁵ “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume XLVIII, 1972, págs. 117 e 118, com itálicos do AUTOR.

¹⁴⁶ Para uma panorâmica de conjunto sobre a (vastíssima) temática por nós apenas sumariamente apontada, e centrada no Projecto, cfr., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A reforma do direito penal...” cit., págs. 116 a 119, e 126 a 138, e “As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, 1982, págs. 8 a 20.

¹⁴⁷ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 196 e 197.

sociedade conjugal e na relação com os filhos menores (arts. 1671º e 1878º do CC, na redacção do referido DL).

Neste contexto (traçado de forma necessariamente breve), a primeira imagem que ressalta, no entanto, é a de que o crime de subtracção de menor se manteve, *grosso modo*, delineado segundo padrões típicos não muito diversos dos que até aí vigoravam (e que vinham, no essencial, como vimos, do CP de 1852).

Da nossa afirmação não deve, todavia, inferir-se que em 1982 se consagrou e manteve, em termos de *tatbestand*, um exacto prolongamento do estado de coisas até então vigente.

Integrado na área dos “Crimes contra a família” (Secção I), do Capítulo (I) referente aos “Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” e do Título (III) atinente aos “Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, o crime de subtracção de menor (correspondente ao art. 238º do Projecto da Parte Especial de EDUARDO CORREIA¹⁴⁸) ficou plasmado no art. 196º do CP, punindo, no seu n.º 1, o comportamento de «quem 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 (...)».

Parece-nos inegável que a técnica legislativa primou agora, diversamente do que sucedera em 1852, por uma evidente capacidade de síntese clarificadora na definição dos comportamentos verberados pelo tipo. A dispersão (e a quase inevitável confusão) expositiva que se verificava pelas três normas “antecessoras” (arts. 342º, 343º e 344º do CP de 1852) deixou de existir, com claro benefício para o intérprete e aplicador da lei de 1982.

Acresce, em uma certa visão das coisas, denotar o tipo do art. 196º do (então) novo CP uma maior elasticidade de conteúdo, pois que passou a abranger, como objecto de acção, os menores de qualquer idade, a par da expressa menção da recusa de entrega do menor por parte do agente do facto a quem legitimamente o reclamasse¹⁴⁹ (embora nos pareça que a ideia de recusa, apesar de não constante de modo expresso no § 3º do art. 344º do CP de 1852, sempre se extrairia já do respectivo contexto interpretativo).

3.2. A configuração típica do crime parecia continuar ancorada em uma visão de algum modo tributária do poder paternal enquanto *potestas* quase “intocável” dos pais sobre a

¹⁴⁸ EDUARDO CORREIA, “Código Penal. Projecto da Parte Especial”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 158, pág. 85.

¹⁴⁹ A propósito, MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 5ª edição revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 454.

pessoa dos filhos, não sendo tal poder indissociável da sua marca por excelência, ou seja, do poder de guarda.

Curiosamente, no entanto, ao prever a conduta do agente que se «(...) recusar a entregá-lo» (o menor) «a quem legitimamente o reclame (...)», esta versão originária do CP de 1982 parecia admitir a punição da atitude do progenitor guardião que impedisse, de modo ilegítimo, o exercício do direito de visita ao não guardião¹⁵⁰. Opção que, como veremos, o legislador penal abandonou posteriormente, na revisão de 1995, retrocedendo para uma abordagem mais institucionalista da matéria dos conflitos surgidos a propósito do exercício da autoridade parental.

4. O crime de subtracção de menor previsto no n.º 1 do art. 249º do CP, em especial no que toca à respectiva alínea c), na redacção introduzida pela reforma penal de 1995 (e posteriormente alterada pela L n.º 59/2007, de 4/9)

4.1. Passou a dispor o n.º 1 do art. 249º do CP, a partir da redacção conferida pelo DL n.º 48/95, de 15/3: «quem subtrair menor» [alínea a)]; «por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir» [alínea b)]; ou «se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela, ou a quem esteja legalmente confiado» [alínea c)]; «é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias».

Mais tarde, a L n.º 59/2007, de 4/9 manteve o corpo das alíneas acabadas de transcrever, alterando apenas a moldura penal abstracta aplicável, que passou a estar fixada em prisão de 1 a 5 anos. Paralelamente, foi introduzido um novo n.º 2 no preceito, mediante o qual se previu a pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, se o agente fosse ascendente, adoptante ou tivesse exercido a tutela sobre o menor.

Continuando (como em 1982) na área temática dos crimes contra a família (Secção I do Capítulo I do Título IV da Parte Especial do CP), notar-se-á, em primeiro lugar, que não lidávamos com um *crime específico*, antes com um crime *comum*^{151 152}, nas três modalidades

¹⁵⁰ Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., pág. 109, nota 30, e MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal*, volume III, reimpressão, Rei dos Livros, Lisboa, 1989, pág. 42.

¹⁵¹ Sobre a diferença entre crimes específicos e crimes comuns, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 303 e 304.

delitivas típicas, pois que agente das mesmas poderia ser qualquer pessoa e não apenas o(s) progenitor(es) obrigado(s) por uma concreta decisão de regulação do exercício do poder paternal.

E a definição objectiva do *tatbestand* passou a encerrar poucos “mistérios” interpretativos, de tal forma se evidenciou a preocupação do legislador em plasmar, de um modo claro (e talvez pouco flexível), os diversos comportamentos penalmente ilícitos. Em rigor, como que as três possibilidades típicas foram de algum modo transportadas das previsões normativas do CP de 1852.

Concretizando, a hipótese da *subtracção* [«quem subtrair menor (...)»], prevista na alínea a) do n.º 1 do citado art. 249º – e que continuou a dar o *nomen* ao tipo legal – remetia-nos para um facto relativamente fácil de descortinar¹⁵³, a saber, o da retirada de um menor da esfera de actuação ou do domínio do titular legítimo do direito de guarda em relação a esse menor. «Isto significa que deve, pela subtracção, ser eliminado, ou pelo menos gravemente afectado, o exercício da relação de poder entre o titular do mesmo e o menor. Por princípio, significará (...) uma *separação espacial* entre o menor e o titular dos poderes (...). Esta separação deve ainda *durar algum tempo*, dependendo, naturalmente, das circunstâncias concretas, pois deverá ter-se em consideração que aqueles poderes não são exercidos de forma contínua e permanente»¹⁵⁴.

¹⁵² JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 618.

¹⁵³ Embora (como já se aludiu supra, na nota 141) tal facilidade pudesse – e possa ainda hoje, uma vez que a L n.º 61/2008, de 31/10 manteve intocada esta forma de acção típica – surgir mais aparente do que real, perante as dúvidas e aporias que a prática pode colocar por vezes ao julgador, confrontado com a necessidade de subsumir a hipótese concreta à subtracção de menor ou, por exemplo, ao rapto ou ao sequestro. Tal matéria, no entanto, e por motivos de organização temática, não poderá ser tratada no âmbito do presente estudo.

¹⁵⁴ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 615. No mesmo sentido, escreve CARLOS CREUS: «en la *sustracción*, el agente se apodera de la persona del menor, despojando de él a quien lo tenía legitimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia (...)» (*Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 318). E também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere como ponto essencial da subtracção o de o afastamento do menor da esfera de domínio do seu encarregado tornar facticamente inexecutáveis os poderes deste último. Logo, se o menor tiver já uma vida independente, não facticamente (mas apenas formalmente) controlada pelo seu encarregado, a subtracção porventura ocorrida não terá relevância típica (*Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, págs. 657 e 658).

Já a figura da *determinação do menor a fugir por meio de violência ou de ameaça com mal importante* mostrava não ser bastante uma conduta de mera colaboração ou auxílio na efectivação de um propósito já formado pelo menor. Fundamental era a criação, no espírito da criança ou adolescente – e através de um dos meios configurados no tipo do art. 249º/n.º 1-b) do CP – ou seja, a violência ou a ameaça com mal importante (noções certamente retiradas do art. 154º do CP) –, da referida vontade ou propósito de fuga em relação à esfera de domínio do titular do poder de guarda¹⁵⁵.

Por fim, na alínea c) do n.º 1 do citado art. 249º previa-se a *recusa de entrega* do menor à pessoa que *sobre ele* exercia poder paternal ou tutela, ou a quem ele estivesse legitimamente confiado, o que nos mostra, também aqui, a preocupação legal de protecção da *potestà* dos progenitores ou de quem tivesse a seu cargo o menor (sem esquecer, todavia, acabar por ser a prossecução do interesse deste último o verdadeiro fundamento da incriminação¹⁵⁶).

A pedra de toque interpretativa do último tipo objectivo ora mencionado parecia remeter-nos para a *atitude objectiva de recusa*, pelo agente, de entrega do menor ao titular do “pátrio poder”, ou seja, a um acto expresso e ostensivo de não entrega, eventualmente após uma interpelação para o efeito. Neste sentido se defendendo estarmos perante um crime de omissão pura¹⁵⁷, dado aparentar ser o próprio tipo incriminador a indicar, de modo mais ou menos claro, a acção esperada do agente e por este não observada¹⁵⁸ (a entrega do menor ao titular do poder paternal ou tutela, ou a alguém legalmente equiparado).

Ora, parece-nos que também um simples *comportamento de inércia*, sem o *prius* de uma expressa interpelação para efeitos de entrega, poderia integrar a ideia de *recusa* legalmente relevante^{159 160}.

¹⁵⁵ Tratando-se, nas palavras de JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, de uma forma específica (porque obtida por meios bem específicos) de instigação do menor (*Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 616) ou, para MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, de «(...) um processo executivo tarifado (...)» (*Código Penal* e volume III cits., pág. 44).

¹⁵⁶ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 614.

¹⁵⁷ É a opinião de ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., pág. 109.

¹⁵⁸ Sobre os crimes de omissão pura, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Sumários de Direito Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975, págs. 204 e 205.

¹⁵⁹ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...* cit., pág. 658.

¹⁶⁰ Sem embargo do que se afirmará na nota seguinte, já por aqui podemos perceber que a acção e a omissão se postam, amiúde, como as duas verdadeiras feições de uma mesma realidade, com manifestações, todavia, (obviamente) diversas (a propósito, e com especial enfoque crítico na concepção finalista de “acção” e

Admite-se, em tese, que a não adopção de um determinado comportamento pelo agente seja susceptível de revelar (e relevar de) diversos intuitos, tratando-se o de alcançar o resultado previsto no tipo apenas um dos possíveis. Com efeito, o simples *non fare niente* poderá amiúde traduzir, pura e simplesmente, um “desleixo” ou uma atitude de indiferença ou astenia perante a (necessária, possível ou eventual) produção do resultado, qualquer que ele seja (o previsto no tipo ou outro). O que nos conduziria, aliás, a este aspecto, mais centrado no nosso tema: o de que uma atitude de pura inércia poderá porventura não ser idónea, sob o ponto de vista estritamente objectivo, à expressão de um comportamento (omissivo) de negação ou recusa de entrega do menor, carecendo antes, em termos de interpretação jurídico-penal “pragmática”, de uma paralela perscrutação do *animus* ou da vontade do agente que adoptou a atitude de nada fazer para assegurar a entrega (embora não a houvesse também obstaculizado)¹⁶¹.

No entanto, nos casos de conflito pós-regulação do exercício do poder paternal entre os progenitores, e perante o *pressuposto* constituído por essa mesma regulação (constante de decisão judicial ou afim), a atitude (voluntária e consciente) de não entrega da criança ao guardião, por parte do não titular da guarda, e estando este último obrigado a essa mesma entrega, sempre consubstanciaria a *recusa* pensada no art. 249º/n.º 1-c) do CP. E isto, note-se, independentemente de não haver ocorrido uma expressa interpelação por banda do guardião, já que a vinculação devida pelos progenitores ao decidido em sede de regulação do exercício

perplexidades técnico-jurídicas daí advindas para a equiparação entre *acção* e *omissão*, GIORGIO MARINUCCI, *El Delito como “Acción”*. *Crítica de un Dogma*, tradução espanhola do original em língua italiana por JOSÉ EDUARDO SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 73 a 85).

¹⁶¹ Claro que apenas cada caso ilumina o verdadeiro sentido – desde logo para os efeitos de integração objectiva no tipo ou não – do comportamento traduzido em um mero *non fare niente*. O que também pode criar interessantes problemas ao nível da interpretação jurídico-penal da omissão verificada, sobretudo em sede de indagação da existência (ou não) de um eventual dever jurídico de garante da não produção do resultado previsto pelo tipo. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um progenitor não guardião e no conjunto de deveres (desde logo, legais – arts. 1878º e 1879º do CC) que sobre ele impendem no que toca à protecção do seu filho, e no caso de um completo estranho, sobre quem, *a priori*, não recaia um qualquer especial e pessoal dever de garante pela não produção do efeito típico (cfr. art. 10º/n.ºs 1 e 2 do CP). Crê-se, aliás, que para se poder chegar à conclusão de que o desvalor da omissão (*in casu*, da inércia) é igual ao desvalor da acção (*in casu*, do acto expresso de recusa de entrega após uma interpelação tendente à realização da entrega) será essencial, como há muito sustentou JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, que sobre o agente recaia «(...) um especial dever de garantia da não-realização do tipo, apesar de um tal dever se não encontrar reflectido no tipo» (*Sumários... cit.*, pág. 206).

do poder paternal implicaria, como é evidente, o acatamento (também) em matéria de visita e consequente entrega dos filhos.

Independentemente do exposto, outra nota resta incontornável, a partir do figurino típico do citado art. 249º/n.º 1-c) do CP: a de que a recusa de entrega supunha sempre uma situação de privação fáctica do exercício do poder paternal, ou seja, uma prévia separação espaço-temporal entre o menor e aquele a quem o mesmo se encontrava confiado. Era, aliás, essa situação de privação ou separação que permitia surpreender a ilicitude da conduta do recusante, que mantinha (ou contribuía decisivamente para manter) a impossibilidade de o titular do poder paternal o exercer de modo cabal¹⁶².

4.2. Perante o comando geral do art. 13º do CP, estávamos, em qualquer das três hipóteses do n.º 1 do art. 249º do mesmo diploma, perante um crime doloso (art. 14º do CP¹⁶³).

A dimensão subjectiva do tipo traduzia-se, pois, e no essencial, na verificação dos requisitos gerais do dolo, tal como se desprendem do art. 14º do CP: o conhecimento, pelo agente, dos elementos constitutivos do crime (componente intelectual), a vontade de praticar o ilícito (componente volitiva), e a consciência da ilicitude da conduta (componente “emocional”¹⁶⁴).

4.3. Como acima dissemos, o n.º 2 do art. 249º em questão passou a consagrar, a partir da redacção introduzida pela L n.º 59/2007, de 4/9, um claro abrandamento de pena (prisão até 2 anos ou multa até 240 dias) para qualquer uma das condutas praticadas no n.º 1 (subtracção, determinação do menor a fugir, recusa de entrega do mesmo à pessoa que sobre ele exercia o poder paternal ou equivalente) se o agente do facto fosse ascendente, adoptante ou tivesse exercido a tutela em relação à criança ou jovem em questão. A par disso, ficou

¹⁶² JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 616.

¹⁶³ Art. 14º do CP que consagra no seu n.º 1 a modalidade do dolo directo, no n.º 2 o dolo necessário, e no n.º 3 o dolo eventual.

¹⁶⁴ Desenvolvidamente sobre o elemento “emocional”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 256 e ss.. Já JOSÉ DE FARIA COSTA questiona se a definição legal de dolo contida no art. 14º do CP impede que aí caiba também o referido elemento “emocional” (“As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXIX, 1993, pág. 374).

estabelecida uma moldura mais rigorosa (1 a 5 anos de prisão) nos casos em que não se verificava qualquer das apontadas qualidades (familiares, desde logo) do agente.

Revela-se já, nesta tomada de posição legal, uma certa sensibilidade perante a delicadeza dos fundamentos – amiúde de forte cariz afectivo-familiar – que poderiam estar na base da perpetração do crime em causa.

4.4. Da breve análise empreendida parecerá útil ensaiar, agora, duas ou três ideias que, defluindo de tudo o que vem sendo exposto, melhor permitirão alcançar a transformação posteriormente operada pela L n.º 61/2008, de 31/10.

Então, em uma interpretação tendente a encontrar a teleologia¹⁶⁵ mais lídima da razão de ser típica do crime de subtracção de menor, na redacção conferida pelo DL n.º 48/95, de 15/3 (e depois alterada pela L n.º 59/2007, de 4/9), pensamos traduzir-se o bem jurídico protegido, a um primeiro nível, no complexo de poderes cabido aos legalmente encarregados do menor (*maxime*, os poderes inerentes ao poder paternal, à tutela ou até às pessoas colectivas ou individuais a quem o menor tivesse sido confiado – arts. 1878º e ss., 1907º, 1918º e 1927º e ss., todos do CC, na redacção anterior a 2008), acabando por, a um segundo nível, ser desta forma garantida a prossecução do interesse do menor^{166 167}. Compreende-se a

¹⁶⁵ É precisamente de uma questão *teleológica* que tratamos, pois, como escreve JOSÉ DE FARIA COSTA, «(...) se o direito penal é um direito de protecção de bens jurídicos, então a interpretação tem que ter como *telos*, justamente, a defesa daquele preciso e concreto bem jurídico que a norma penal incriminadora quer proteger. Nesta precisa compreensão não há uma interpretação geral e abstracta que cubra todo o direito penal. O que existe são interpretações dos crimes que a Parte Especial do Código Penal consagra. De sorte que a interpretação que se dê para um determinado elemento do tipo legal de crime vale única e exclusivamente para *esse* tipo legal de crime e não para qualquer um outro» (“Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134º, pág. 361, com itálicos do AUTOR).

¹⁶⁶ Neste sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II *cits.*, pág. 614, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1/2/2006, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano XIV, tomo 1, pág. 176.

¹⁶⁷ É também este o bem jurídico reconhecido pela doutrina e jurisprudência italianas mais representativas aos arts. 573º (consagrador da figura da *sottrazione consensuale di minorenni*) e 574º (relativo à *sottrazione di persone incapaci*) do *Codice Penale*. A propósito, cfr. ADELMO MANNA, “Sottrazione di minorenni e persone incapaci”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, pág. 2, e GIOVANNI FIANDACA e ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, volume II, tomo I, 3ª edição, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, pág. 381. Já ANDREA ANTONIO DALIA assume a *nuance* interpretativa de que o *bem jurídico* mediatamente protegido se reporta à salvaguarda da unidade familiar e seus

lógica do raciocínio: os encarregados do menor eram-no, precisamente, porque ocorrera a seu favor uma decisão prévia (*maxime*, judicial), a qual concluíra (*de per se* ou na sequência de um acordo dos próprios progenitores) ser essa a melhor solução a adoptar para a efectiva salvaguarda do interesse da criança ou jovem¹⁶⁸.

A incolumidade do exercício dos poderes funcionalmente orientados para a promoção do interesse da criança – em uma palavra, a incolumidade do exercício dos poderes do guardião – era vista, pois, como a dimensão mais lídima do bem jurídico protegido pelo tipo contido no art. 249º do CP, por ser desta forma garantida a prossecução do próprio interesse do menor. E assim se percebendo a afirmação de que «o cerne do poder paternal ou de tutela reside na guarda do menor, identificando-se, para efeitos penais, o poder paternal ou de tutela com o poder da guarda do menor. Portanto, não é portador do bem jurídico aquela pessoa a quem foram concedidos outros poderes (ver arts. 1907º/n.º 2 e 1919º do CC), mas que não tem a guarda do menor»¹⁶⁹.

Em suma, o tipo anterior à redacção conferida pela L n.º 61/2008, de 31/10, representava (e representou), ao nível penal, a visão então vigente quanto à “etiologia” do poder paternal. O que poderá conduzir-nos à conclusão de que o contexto legal então normado apontava para a já acima referida visão da criança ou adolescente enquanto essencialmente (mas não só) *objecto* – e não tanto *sujeito* – de direitos¹⁷⁰.

Não queremos, todavia, significar que não estivesse sempre subjacente a toda a referida visão mais formal ou institucional do poder paternal – e sua protecção penal – uma

interesses, sendo o *objecto do facto* a situação subjectiva específica do direito do progenitor guardião enquanto meio funcionalmente orientado para a promoção do interesse do menor (“Sottrazione di minori o di incapaci”, *Enciclopedia del Diritto*, volume XLIII, Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 190 e 191).

¹⁶⁸ Na expressão de GIOVANNI FIANDACA e ENZO MUSCO, trata-se de tutelar «(...) i complessi interessi sottostanti agli istituti della potestà e alla tutela, e cioè quelli relativi alla istruzione, all’educazione, alla guida e alla cura necessari alla adeguata formazione della propria personalità» (*Diritto Penale. Parte Speciale*, volume II e tomo I cits., pág. 381; em sentido convergente, TULLIO DELOGU, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, volume VII, *Diritto Penale*, a cura di GIORGIO CIAN, ALBERTO TRABUCCHI e GIORGIO OPPO, Edizioni CEDAM, Padova, pág. 704).

¹⁶⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...* cit., pág. 657.

¹⁷⁰ Cfr. CARLOS CREUS, a propósito do art. 147º do CP argentino, consagrador do crime de *no presentación de menores*, mas valendo igualmente para os crimes de *sustracción de menores* e *inducción a la fuga*, previstos, respectivamente, nos arts. 146º e 148º do mesmo diploma, três figuras autonomizadas entre si mas cujo recorte típico não é muito diverso daquele que se desprende das três alíneas do n.º 1 do nosso art. 249º do CP, antes da redacção introduzida pela reforma de 2008 (*Derecho Penal. Parte Especial* e tomo I cits., pág. 320).

efectiva preocupação pelos reais interesses do menor; acontecia era ter a lei (pelo menos nos seus enunciados normativos) uma ideia muito clara acerca da forma ou modo de atingir a promoção daqueles interesses e a garantia penal que inerentemente esse mesmo modo merecia: a actuação do progenitor guardião.

De tudo resultando que o referido art. 249º do CP não cobria os casos em que o titular da guarda decidia, pura e simplesmente, não “permitir” que o outro progenitor (não guardião) exercesse o seu normal e legítimo direito de visita em relação à criança. Ou seja, mesmo que desse exercício do *ius* de visita não resultasse perigo algum para o interesse do menor (e antes correspondesse a um importante *plus* para o seu bem-estar psicossomático e melhor desenvolvimento da sua personalidade), a referida atitude de impedimento injustificado não poderia merecer qualquer valoração de índole penal, mas tão-somente civil¹⁷¹.

As sanções de índole civil reconduziam-se, no essencial, ao pedido – pelo progenitor não guardião – de cumprimento coercivo¹⁷² do regime estabelecido ou de condenação do inadimplente na sanção pecuniária e indemnização previstas no art. 181º da OTM; mas também à acção de alteração da regulação do exercício do poder paternal contida no art. 182º do mesmo diploma, ou ao pedido de inibição daquele exercício ou de confiança do menor a estabelecimento adequado em caso de perigo para a sua segurança, saúde, formação moral ou educação (arts. 1915º e 1918º do CC, na sua anterior redacção). Por outro lado, assistiria

¹⁷¹ Situação que, aliás, motivou a Portugal algumas críticas “sibilinas” provenientes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (sobre a questão, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtração...” cit., págs. 109 e 110). Muito interessante é também a posição crítica do apontado Tribunal quanto à inexistência de medidas legislativas do Estado italiano, essencialmente no domínio da articulação dos serviços judiciais e de assistência social, na prática geradora de uma desprotecção dos direitos do *genitore non affidatario* perante atitudes unilaterais e abusivas do titular da guarda (a propósito, JOËLLE LONG, “Strasburgo condanna l’Italia per inefficiente tutela del diritto di visita del genitore non affidatario”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.ºs 7-8, 2011, Anno XXVII, págs. 781 a 786). Em termos penais, no entanto, a prática, em Itália, de tal tipo de atitudes por parte do guardião – que obstaculizam ou impedem o *non affidatario* de ter contacto com o filho menor de ambos – ganhará, as mais das vezes, sanção no tipo legal da chamada *mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, prevista no art. 388º/n.º 2 do *Codice Penal* [sobre esta figura, ILIO MANNUCCI PACINI, *Codice Penale Commentato* (a cura di EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI), volume II, 2ª edição, IPSOA, Milano, 2006, págs. 2904 a 2910].

¹⁷² Cumprimento coercivo que, pelo carácter *manu militari* de que pode revestir-se, haveria (e haverá) de ser usado sempre com muita cautela e prudência, atentos os efeitos de cariz psicológico eventualmente provocados no menor (neste sentido, RUI EPIFÂNIO e ANTÓNIO FARINHA, *Organização Tutelar de Menores. Contributo Para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, 2ª edição actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 345).

igualmente ao progenitor não convivente (e estando preenchidos os respectivos pressupostos) a acção de responsabilidade civil extracontratual tendente à compensação dos danos (*maxime* de cariz não patrimonial) a si causados pela atitude culposa e ilícita do titular da guarda^{173 174}.

¹⁷³ A questão da responsabilidade civil do progenitor guardião pelos danos decorrentes do incumprimento do regime de visitas estabelecido constitui matéria cada vez mais debatida e tratada internacionalmente, primeiro a impulso da jurisprudência e da doutrina italianas e, depois, com importantes contributos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Sobre a matéria, e a propósito de uma interessante decisão do *Tribunale di Roma* de 13/6/2000, ali sumariada, cfr. MASSIMO DOGLIOTTI, “La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volume XXXI, n.º 1, 2002, págs. 60 a 69, e, reportando-se a diversos outros arestos, PIETRO CAMPANILE, “La responsabilità aquiliana nei rapporti fra genitori e figli”, “La prova e il *quantum* nel risarcimento del danno non patrimoniale. Dano biologico, esistenziale e morale”, volume I, *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza* (a cura di PAOLO CENDON), UTET, Torino, 2008, págs. 1024 e 1025; com especial enfoque no pensamento doutrinário e jurisprudencial espanhol, *vide* TERESA GARCÍA DE LEONARDO, “Aplicación del derecho de daños...” cit., págs. 186 a 196. Entre nós, decidiu-se, no Acórdão da Relação de Lisboa de 29/5/2012, que não obstante a sua relevância para o demandante, provando-se apenas a frustração de um pai não guardião com a privação do convívio dos filhos durante um único fim-de-semana, não foi atingido o patamar legal, previsto no art. 496º do CC, da gravidade justificativa da atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais (www.dgsi.pt).

¹⁷⁴ Embora não exactamente com os mesmos pressupostos referidos no texto, deve ser ainda mencionado que, «(...) no domínio civil, havendo deslocação do menor para o estrangeiro, sem o consentimento do progenitor guardião que esteja, no momento da deslocação ou retenção, a exercer a guarda de modo efectivo, aplicar-se-á a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças», isto é, a Convenção da Haia de 1980, «e/ou, no âmbito específico dos Estados-Membros da União Europeia, o Regulamento Bruxelas II a / II *bis*» (ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtração...” cit., págs. 108 e 109). Sobre a relevância, no domínio do rapto internacional de crianças, da mobilização dos mecanismos contidos na apontada Convenção da Haia de 1980, cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – o rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pág. 69.

Capítulo III

O crime de subtracção de menor, depois da reforma de 2008, em especial no que toca à hipótese contida na alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP

1. Configuração do tipo objectivo da subtracção de menor

1.1. O legislador português de 2008 deixou intocada a expressão literal das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 249º do CP, pelo que se nos afigura continuarem a valer na íntegra as considerações há pouco expendidas quanto às formas de integração do tipo.

1.2. Onde ocorreu uma significativa “mexida” foi, sem dúvida, na figura criminal plasmada na alínea c) do referido n.º 1 do art. 249º do CP.

Efectivamente, o *tatbestand* é agora mais rico e abrangente no complexo de condutas tipificadas, mas, por outro lado, assumiu [e não esqueçamos tratarmos apenas da apontada alínea c)] uma específica (e, a nosso ver, decisiva) configuração dos sujeitos activos do crime.

Prevê-se agora o comportamento daquele que, «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», a quem caberá pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Não poderemos deixar de fazer um pequeno parêntesis, antes do mais, a propósito desta nova moldura penal, que vale também para as hipóteses das alíneas a) e b) do mesmo art. 249º: constata-se um novo (e porventura algo surpreendente) enfoque punitivo do legislador, que passou a avaliar os comportamentos em questão – e aqui, repita-se, falamos de *todos* os comportamentos das três alíneas a), b) e c) – de um modo mais “benigno”, apenas um ano após a L n.º 59/2007, de 4/9, como vimos, haver endurecido a respectiva punição com a previsão de uma pena de prisão de 1 a 5 anos, embora a par da possibilidade de aplicação de pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias nos específicos casos contidos no n.º 2 do citado art. 249º¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Para uma ampla perspectiva crítica das apontadas inconstâncias legislativas, sobretudo no tocante às hipóteses – evidentemente mais graves do ponto de vista da ofensividade que revelam – das alíneas a) e b) do n.º 1 do actual art. 249º do CP, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., págs. 114 a 116.

1.3. O aspecto fulcral do tipo objectivo da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP é, então, o *não cumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais*.

O que, ao certo, quererá isto dizer?

Prima facie, poder-se-ia defender – e até com alguma razão, nos casos em que o agente fosse, por exemplo, um progenitor não guardião da criança – que a ideia de incumprimento dos moldes definidos na regulação seria algo que já no regime legal anterior a 2008 transpareceria da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP, pois o acto de recusa de entrega do menor ao titular do respectivo poder de guarda (com todas as *nuances* que tal acto de recusa pudesse comportar) mais não consubstanciaria do que um inadimplemento da decisão (heteronomamente imposta ou resultante de acordo) que estudara a situação do menor e estabeleceria a regulação do exercício do poder paternal inerente.

O problema é, no entanto, e segundo pensamos, inegavelmente mais vasto.

E é mais vasto porque o enfoque legal não se traduz, neste momento, em saber – ou *só* em saber – se existe ou não uma recusa de entrega do menor ao progenitor que detém o respectivo poder de guarda (*rectius*, de residência), mas em tentar perscrutar quem protagoniza o incumprimento (incumprimento este que não tem necessariamente de ser uma *recusa de entrega*) e o exacto contexto (de modo e tempo) em que o mesmo incumprimento ocorre. De facto, o inadimplemento poderá consistir na *recusa*, no *atraso* ou no *dificultar significativos da entrega ou acolhimento* do menor. Mais: sob pena de sairmos do campo da estrita tipicidade, as hipóteses de incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor têm de verificar-se (todas delas) *de um modo repetido e injustificado*, isto é, de uma forma que, na interpretação de quem julga a situação, não encontre qualquer tipo de legitimação ou justificação substanciais.

Se, por um lado, esta simples nota nos diz já estarmos perante um *crime de execução vinculada* (pois que o *iter criminis* e o modo da respectiva execução vêm descritos no próprio tipo¹⁷⁶), será útil, por outro lado, traçar – e ainda que de um jeito breve – o esboço dos aspectos acabados de mencionar.

¹⁷⁶ Neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Do crime de subtracção de menor nas ‘novas’ realidades familiares”, *Julgar*, n.º 12, pág. 236.

1.4. Já deixámos pressuposto que o actual contexto de definição concreta do exercício das responsabilidades parentais não se desliga, por um lado, de uma nova forma (definitivamente não “autoritária”) de encarar as relações entre pais e filhos e, por outro lado, de uma atitude tanto quanto possível partilhada e conjugada pelos progenitores no estabelecimento de um regime assente na necessidade de manutenção, mormente no período pós-divórcio, do normal e frequente relacionamento do filho com ambos os pais¹⁷⁷. A demonstrá-lo está, como vimos, o critério do art. 1906º/n.º 5 do CC, na sua actual redacção¹⁷⁸.

Ora, a decisão definidora da concreta regulação do exercício das responsabilidades parentais parece constituir um *prius* referencial extrapenal, não contido substancialmente na norma do art. 249º/n.º 1-c) do CP, antes estando nela pressuposto¹⁷⁹.

Todavia, o contexto enformador daquela regulação como que acaba por ser iluminado, em termos interpretativos, por uma ideia de *incumprimento* definido “tripartidamente” no próprio tipo criminal: a *recusa*, o *atraso* ou o *dificultar significativos da entrega ou acolhimento* do menor são as formas comportamentais eleitas pelo legislador para definir, do ponto de vista (da relevância) penal, o *incumprimento* tipicamente pensado¹⁸⁰.

¹⁷⁷ E isto, refira-se, ainda que não se tenha logrado obter a “guarda partilhada” (art. 1906º/n.º 7 do CC).

¹⁷⁸ Sobre o relevo de tal critério legal, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda...” cit., pág. 14.

¹⁷⁹ Com o que acaba de ser dito não se pretende significar, todavia, que o elemento “regulação do exercício das responsabilidades parentais”, tratando-se – como se trata – de um elemento pensável e representável a partir de um conjunto de normas jurídico-civis para as quais remete (*maxime* as que modelam o exercício das responsabilidades parentais e contidas, essencialmente, nos arts. 1901º e ss. do CC), não seja um *elemento normativo* do próprio tipo do art. 249º/n.º 1-c) do CP, que auxilia, pois, a concretizar a carga de ilicitude deste. É apenas porque se trata de um elemento não perceptível do ponto de vista sensorial, antes apelando a uma compreensão espiritual e valorativa de algo que está *para fora* e *antes* do tipo (a específica regulação do exercício do poder paternal no tocante à convivência do menor), que parece constituir um *prius* referencial essencialmente extrapenal (a propósito do conceito de elementos normativos do tipo e sua contraposição aos elementos meramente descritivos, cfr., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., págs. 288 a 290; já para uma aproximação às chamadas “normas penais em branco”, isto é, as que remetem para outra fonte normativa a determinação dos pressupostos de facto da sua própria aplicação, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, volume I, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, págs. 326 a 328 e 376 e 377).

¹⁸⁰ Nesta perspectiva, é interessante notar que se está, em todo o caso, perante a definição de um conceito – o de *incumprimento* do regime das responsabilidades parentais – *geneticamente jurídico*, ou seja, construído e compreendido no mundo do direito, «(...) por contraposição à definição de conceitos “*juridicamente naturalizados*” (...)», entendidos estes últimos como conceitos «(...) cujo campo específico de

Um evidente problema, a este último propósito, consistirá em saber se o *incumprimento* relevante para a lei penal – revestindo qualquer uma das apontadas formas definidoras (*recusa, atraso ou acto de dificultar significativos da entrega ou acolhimento do menor*) – é o que foi como tal reconhecido em processo tutelar próprio (cfr., desde logo, o art. 181º da OTM), ou seja, aquele que foi levado já ao conhecimento do “juiz de menores” e por este mereceu decisão condenatória em relação ao infractor. Basicamente, a questão será esta: o crime previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP pressupõe que o *incumprimento* tenha sido julgado e definido (com todas as consequências tutelares cíveis daí decorrentes¹⁸¹) em um processo da “jurisdição de menores”¹⁸²?

Creemos que a resposta só poderá ser negativa, e por três razões fundamentais.

Desde logo (e este não é um ponto de puro formalismo argumentativo), porque a textualidade legal definidora não contempla qualquer menção à necessidade de uma decisão tutelar prévia¹⁸³. Com efeito, se o entendesse oportuno, o legislador penal¹⁸⁴ teria feito

cientificidade não é seguramente o do direito» (JOSÉ DE FARIA COSTA, “As definições legais...” cit., pág. 364, nota 6).

¹⁸¹ Consequências tutelares cíveis essas que, entre outras, e como já vimos atrás, poderão ir desde a suspensão provisória até à modificação ou mesmo supressão judicial do direito de visita, consoante a gravidade da atitude do progenitor não guardião, e, no caso de o inadimplente ser o titular da guarda, a execução coerciva e a indemnização previstas no art. 181º da OTM (e sempre com a preocupação da necessidade de salvaguarda do concreto interesse da criança – HÉLDER ROQUE, “Regulação do exercício...” cit., págs. 138 a 140).

¹⁸² Pergunta-se se acontece algo de semelhante aos (anteriormente denominados) crimes falenciais, nos quais se verifica a remessa dos tipos penais para regras e conceitos de direito privado, para além da imbricação – ou até mesmo subordinação – da punibilidade penal a decisões proferidas pelos tribunais civis e comerciais [expressamente neste sentido, PEDRO CAEIRO, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (o Património, a Falência, a sua Incriminação e a Reforma Dela)*, Studia Iuridica, 19, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 14, 189 e, especialmente, 251 e ss.].

¹⁸³ E, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, a interpretação penal deve, antes do mais, começar e terminar nas palavras, no sentido de que não se pode prescindir, na matéria, e atentos os específicos interesses e valores em causa (que tocam a essencial dimensão da *libertà* humana), de um princípio de perscrutação e aproveitamento do chamado *significado literal possível* do texto da lei (“O princípio constitucional *nullum crimen sine lege* no campo das causas de justificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134º, págs. 72 e 73). Utilizando agora a terminologia de JOSÉ DE FARIA COSTA, trata-se de partir do “texto-norma”, isto é, daquilo «(...) que se apresenta ao intérprete como o texto da lei, (...) a palavra do legislador», para alcançar a “norma-texto”, «(...) o significado intrínseco da norma, a revelação do imperativo ou proibição legal que esta traduz, resultado de uma interpretação hermenêutica e metodologicamente fundada (...)» [*Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 147 e 148].

expressa referência a uma decisão tutelar (a um *incumprimento já reconhecido judicialmente*) enquanto elemento tipicamente relevante (ou, ao menos, enquanto condição objectiva de punibilidade) da conduta criminosa. E não o fez.

Depois – e esta é a segunda razão –, porque já sabemos que uma das ideias essenciais do legislador ao desenhar o novo figurino da alínea c) do art. 249º do CP foi a de permitir uma tutela mais eficaz e precípua (no mundo sempre “fugidio” e “movediço” da jurisdição de menores¹⁸⁵) das questões ligadas ao chamado direito de visita ou convívio dos progenitores (o mesmo acontecendo, *mutatis mutandis*, no domínio das prestações alimentícias, com o art. 250º do CP, consagrador do crime de violação da obrigação de alimentos). Compreender-se-ia mal como a referida ideia de antecipação na prevenção, tratamento e promoção da tutela dos interesses das crianças e jovens teria de compatibilizar-se com a necessidade de uma prévia definição (estritamente) civil da questão.

E, *last but not the least*, cremos que a realidade em questão exige, do ponto de vista da razoabilidade e coerência “etiológicas” do próprio tipo, uma abordagem decidida e comprometida com os fins últimos que o legislador pretendeu alcançar através da construção legal empreendida, ou seja, importa que a intervenção penal em causa se mostre *razoável* perante a constrição comportamental que impõe, à luz do referente constitucional a que vai buscar o seu fundamento último¹⁸⁶. Nesta perspectiva (e estando em causa a preservação de um bem jurídico-penal), parece-nos que a específica tutela – penal e não civil – em questão reclama como *razoável*¹⁸⁷ uma construção típica não dependente de (nem assente em) uma

¹⁸⁴ Legislador penal que, como é óbvio, beneficia da presunção, em termos interpretativos, de haver sabido expressar o seu pensamento nos termos mais adequados (art. 9º/n.º 3 do CC).

¹⁸⁵ Com efeito, sobretudo os profissionais do foro mais ligados a estas questões da regulação e dos incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais conhecem bem a sensação de verdadeira *impotência* que amiúde envolve as tentativas de efectivação do direito de visita ou convívio e a prevenção de conflitos a ele ligados (sobretudo quando tal direito assume a dimensão de meio estratégico de “ataque” ao outro progenitor envolvido no conflito pós-conjugal ou pós-marital).

¹⁸⁶ Pressuposta e aceite que esteja, como é evidente, essa radicação constitucional do tipo legal de crime e do bem jurídico por si protegido (a propósito, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Construção e interpretação...” cit., pág. 360). A tal ponto, no entanto, dedicaremos infra algumas considerações mais específicas, no último Capítulo do presente trabalho.

¹⁸⁷ A *razoabilidade* de que falamos é aquela «(...) que assenta, pela própria natureza das coisas, na própria “razão” mas que é, sobretudo, razão de ponderação, equilíbrio e de medida. (...) A razoabilidade não é chamada para se aferir da necessidade, da dignidade ou do merecimento – esses princípios regem-se por critérios autónomos –, é antes convocada para, ao tecer-se a intencionalidade jurídica da norma, o podermos fazer através de uma óptica de correcção e de justiça», tudo de modo a encontrar-se, pois, a solução mais acertada ou razoável

qualquer prévia aferição jurisdicional civil de uma situação de incumprimento. E tudo sem embargo, como acima se disse, de a decisão concretamente reguladora do exercício das responsabilidades parentais constituir o *prius* referencial – de cariz extrapenal – a partir do qual o julgador penal aferirá da existência ou não de uma conduta relevante para efeitos de integração no tipo do art. 249º/n.º 1-c) do CP.

No entanto, tudo o que vem sendo exposto não implica (antes pelo contrário) que a eventual prolação de uma decisão da “jurisdição de menores” decretadora de um incumprimento (precisamente aquele que é sujeito à análise penal) não possa constituir um importante *apport* hermenêutico para a apreciação do caso em sede criminal. O que, em todo o caso – reafirme-se – não o transformará em algo de imprescindível para efeitos de interpretação do tipo de ilícito.

1.5. Quanto às formas propriamente ditas de *incumprimento*, vejamos.

Um acto ostensivo de *recusa da entrega ou acolhimento do menor* constituirá a expressão mais clara e inequívoca do comportamento inadimplente, porque corporizadora de uma atitude objectiva de repúdio perante o resultado que se esperava (*rectius*, exigia) do agente.

Por seu turno, o *atraso* consistirá (pelo menos para os efeitos pretendidos pelo tipo) no protelamento ou demora temporal *da entrega ou acolhimento do menor*, que, não passando disso mesmo (de um *delay*) – e não chegando, portanto, a revelar (pelo menos *prima facie*) o intuito, pelo agente, de impedir a concretização do contacto entre a criança ou adolescente e o titular do direito a estar com ele (titular que pode ser, pois, o próprio agente) –, não traduzirá também, todavia, um mero *desencontro* ou um simples *engano* fortuito. E não o traduzirá porque continuamos a lidar com um tipo doloso, que não se contenta, do ponto de vista do seu preenchimento, com o atraso resultante de um mal-entendido ou de um lapso intelectual ou de percepção do agente¹⁸⁸.

para o “pedaço de vida” geral e abstractamente pensado para a norma, porque «(...) se tudo se operar de um jeito em que a razoabilidade apareça como cimento agregador da norma incriminadora, então, a tipicidade sai reforçada porque construída, “fabricada” em razoabilidade» (JOSÉ DE FARIA COSTA, “Construção e interpretação...” cit., pág. 360).

¹⁸⁸ Exemplo do pai não guardião que, devido às suas limitações de audição, ficou convicto, pela conversa telefónica que na véspera mantivera com o ex-cônjuge, de que o filho de ambos deveria ser por ele entregue à mãe até às *seis horas da tarde* – ou seja, até às 18 horas – e não, como por esta última referido, até às 16 horas – isto é, até às *quatro horas da tarde*.

Por fim, o inadimplemento poderá consubstanciar uma atitude de *criação de dificuldades artificiais* (porque apenas ancoradas na vontade do agente de erguer barreiras e obstáculos – de tempo e espaço, por exemplo) à efectiva reunião do menor com o titular do direito a essa mesma reunião.

A propósito destes “escolhos inadimplentes”, refere GUILHERME DE OLIVEIRA «(...) todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. – que não constituem actos graves isoladamente considerados mas que degradam o regime» (regulador do exercício das responsabilidades parentais) «estabelecido, geram represálias, e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos (...)»¹⁸⁹.

1.6. A nossa lei exige, no entanto, como inultrapassável elemento típico que o incumprimento do regime do exercício das responsabilidades parentais seja *repetido* e *injustificado*, o que nos remete para o domínio dos conceitos indeterminados, assim tornando a modalidade do crime de subtracção de menor prevista no art. 249º/n.º 1-c) do CP em algo cuja clarificação concretizadora se liga a um *tipo aberto* ou, até, a juízos de valor gerais¹⁹⁰.

Sabendo-se como os conceitos indeterminados¹⁹¹ – *maxime* no campo do direito penal¹⁹², onde reinam as exigências próprias da legalidade (*nullum crimen sine lege*) e da tipicidade¹⁹³ – fazem repousar uma especial responsabilidade no trabalho do intérprete e

¹⁸⁹ “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pág. 28. Focando outras hipóteses subsumíveis à *criação de dificuldades artificiais* pensada pelo art. 249º/n.º 1-c) do CP, ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2009, pág. 76.

¹⁹⁰ Ou seja, *elementos valorativos globais*, que «(...) possuem um cunho de tal modo extremamente normativo que praticamente arrastam consigo um juízo de valor global sobre a ilicitude da conduta» (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., págs. 274 e 275).

¹⁹¹ TERESA PIZARRO BELEZA fala, a propósito, de “expressões vagas”, isto é, de expressões de sentido ambíguo ou, ao menos, não unívoco (*Direito Penal* e volume I cits., págs. 377 a 379).

¹⁹² Encontramos, no CP, outros exemplos de conceitos indeterminados na tipificação, além do mais, dos crimes de homicídio por negligência (art. 137º/n.º 2 – negligência *grosseira*), extorsão (art. 223º/n.º 1 – mal *importante*) e usura (art. 226º/n.º 1 – vantagem pecuniária *manifestamente* desproporcionada).

¹⁹³ Exigências que se prendem com a essencial necessidade de a lei penal ser, antes do mais, *previa*, *scripta*, *stricta* e *coerta* quer na definição no tipo legal de crime quer na sanção que lhe corresponde (cfr. arts. 29º da CRP e 1º do CP), e de que decorre, nomeadamente, a não aplicação retroactiva da lei e a não admissibilidade da interpretação analógica *in malam partem* (art. 2º do CP) [a propósito, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal”, *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal* (sob a

aplicador da lei (a quem é cometida a tarefa de assumir o espírito normativo inerente ao conceito indeterminado em causa e, assim, densificá-lo mediante a análise do “pedaço de vida” que lhe é apresentado)¹⁹⁴, crê-se, pois, que a natureza *repetida e injustificada* da atitude inadimplente do agente deverá ser apreciada e aferida segundo o prudente arbítrio do julgador, que só a partir do caso concreto¹⁹⁵ estará em condições de concluir se a específica situação assume as apontadas marcas de *repetição e não justificação* da conduta.

O que não impede – antes postula – o alcance dos dois corolários seguintes: por um lado, poder buscar-se na causa genérica prevista no n.º 1¹⁹⁶ e nas causas tipificadas do n.º 2 do art. 31º do CP importantes referentes da eventual justificação do comportamento do agente (conclusão que se revela relativamente óbvia e decorre das regras gerais em matéria de causas de exclusão da ilicitude^{197 198}); por outro lado, ter igualmente de reconhecer-se a gama de

organização de ANTÓNIO AVELÃS NUNES e JACINTO MIRANDA COUTINHO), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004, pág. 52, e LUIS ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, n.º 8, 1983, págs. 10 e 11].

¹⁹⁴ Note-se que o legislador penal utiliza, por vezes, este tipo de técnica na exposição de alguns dos seus tipos objectivos de ilícito, assim se compreendendo melhor as palavras de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES segundo as quais a determinação actualmente pensável do direito penal objectivo «(...) situar-se-á entre uma rígida pré-determinação e uma total ausência de determinação, (...) compatível com uma indeterminação normativa de que não esteja ausente uma tomada de posição legislativa capaz de se impor como fundamento vinculante e critério de controle decisório» (“O princípio da legalidade criminal, o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 381). Ou seja, crê-se que também aqui terá sentido perscrutar os conceitos indeterminados contidos nos tipos legais mediante uma perspectiva de *razoabilidade*, que permita interpretar a constrição de comportamentos que os tipos sempre implicam pela forma mais razoável e adequada de protecção dos respectivos bens jurídicos (a propósito, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Construção e interpretação...” cit., págs. 359 e 360). Acerca do papel das decisões concretas dos tribunais na fixação do sentido das previsões legais, especialmente as de cariz mais indeterminado, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 282 e 283.

¹⁹⁵ Apoiando-nos uma vez mais em ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, diremos que só em função da *situação de referência* poderá o julgador superar a abstracta indeterminação extensional ou a indeterminada referência objectiva dos conceitos de valor em causa, para o que «(...) mobilizará todos os elementos extra-textuais e situacionalmente pragmáticos (do situacional contexto pragmático) para tanto necessários» (“O princípio da legalidade criminal...” cit., pág. 439).

¹⁹⁶ ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., pág. 125.

¹⁹⁷ Pois que, naturalmente, a possibilidade e legitimidade de aplicação das regras gerais dos arts. 31º, 32º, 34º, 36º e 38º do CP – consagradoras de causas de exclusão da ilicitude – não carece de uma expressa

virtudes que, para efeitos de analogia *in bonam partem*, aquelas mesmas causas poderão revelar no momento de aferir da eventual *(in)justificação* da conduta¹⁹⁹.

O próprio tipo, no entanto, auxilia a tarefa hermenêutica e aplicadora do intérprete através de uma “achega” particularmente relevante (ainda que, também aqui, mediante o acrescento de um outro conceito indeterminado): importa que o atraso ou o dificultar da entrega ou acolhimento do menor (pois parece-nos que uma *recusa* de entrega ou acolhimento será, em princípio, e as mais das vezes, clara por si mesma...) se revelem *significativos* na perspectiva do que podem denunciar do grau de obstaculização ao sucesso da dita entrega ou acolhimento.

Portanto, surge-nos como fundamental o convencimento do julgador de que a conduta perpetrada pelo agente nenhuma outra razão tem a presidi-la para além da vontade ou consciência, pura e simples, de impedir (ou de não permitir) que a entrega ou o acolhimento do menor se façam nas condições previstas na decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais. Isto a par da persistência, pelo mesmo agente, da prática de tal tipo de comportamentos segundo uma certa cadência temporal, assim se demonstrando que as suas atitudes não correspondem a algo de esporádico ou excepcional mas antes a uma firme e recalcitrante disposição de que a convivência familiar do menor, pelo menos em certa medida [precisamente a que toca ao(s) outro(s) vinculado(s) pela decisão de regulação], se não concretize nos termos ínsitos a tal decisão²⁰⁰.

menção “remissiva” feita no tipo legal, antes se impõe por si própria, pela “omnipresença” inerente à parte geral de um código penal (neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 99). Já quanto a algumas possíveis hipóteses de verificação de causas justificativas, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtração...” cit., págs. 125 a 127.

¹⁹⁸ A propósito do n.º 1 do art. 225º *bis* do CP espanhol, consagrado à *sustracción de menores*, refere JOSÉ DíEZ RIPOLLÉS que a menção expressa, na apontada norma, a que a subtração se realize *sin causa justificada* constitui uma desnecessária alusão à possível ocorrência de causas de justificação [“El nuevo delito de sustracción parental de menores”, *Estudios Penales en Recuerdo del Professor Ruiz Antón* (coordenadores EMILIO DE TOLEDO Y UBIETO, MANUEL GURDIEL SERRA e EMILIO CORTÉS BECHIARELLI), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 301].

¹⁹⁹ Em tese, sobre a admissibilidade e implicações da aplicação analógica das causas de justificação à luz do princípio da legalidade, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional *nullum crimen...*” cit., págs. 136 e 137.

²⁰⁰ Focando este aspecto, o Acórdão da Relação do Porto de 25/3/2010, disponível em www.dgsi.pt.

Creemos, ainda, que a falta de justificação para a conduta do agente será tanto mais descortinável quanto melhor se perceba que em jeito de autêntico *venire contra factum proprium* – e sem que nada de objectivamente sério o motive – decidiu ele fazer “abortar” o acordo (se, evidentemente, de acordo se tratar) a que se vinculara aquando da definição da regulação do exercício das responsabilidades parentais e, em particular, da determinação da residência do menor e da convivência com os progenitores (cfr. n.º 5 do art. 1906º do CC, na sua actual redacção)²⁰¹.

Revelando-se-nos, pois, o tipo do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP como algo de especialmente exigente e responsabilizador da actividade hermenêutica de quem o interpreta e com base nele tem de julgar. O mesmo valendo por dizer que o bom senso e a sagesa prática do aplicador da lei se arvoram de uma importância e utilidade verdadeiramente inestimáveis, sobretudo nas “franjas” de indefinição causadas pela dificuldade de distinção entre o *incumprimento enquanto ilícito penal* e o *incumprimento como ilícito simplesmente civil*.

Para ilustrar as apontadas dificuldades mencionaremos a hipótese – de verificação prática bem frequente – do progenitor a quem o filho está confiado, que, (também) como forma de *pressão* junto do não guardião, impede o exercício do direito de visita deste último em relação à criança para que ocorra o pagamento dos montantes por ele devidos a título de alimentos. Poderá existir aqui uma injustificação, desde logo para efeitos penais, da conduta do guardião?

²⁰¹ O Acórdão da Relação de Coimbra de 18/5/2010 julgou um caso no qual se entendeu a atitude de uma mãe como *justificada* para efeitos criminais. Assim, do sumário de tal aresto consta, além do mais, o seguinte: «Sabendo-se (...) que o abandono do país por parte da mãe do menor foi determinado pela obtenção, em novo mundo» (no caso, a Suíça) «de outras e melhores condições de vida para a primeira, quer no campo familiar quer no domínio profissional, criando, ao mesmo tempo, a possibilidade de inserção do menor em um contexto mais adequado ao seu bem-estar, segurança e formação, esse comportamento, porque justificado, não é ilícito, à luz da actual redacção da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP». No entanto, não deixou a decisão de considerar que o facto em questão constituía um incumprimento do regime estabelecido para a convivência da criança com o outro progenitor, pelo que significou em termos de óbvio acréscimo de dificuldade na efectivação do regular contacto entre eles (disponível em www.dgsi.pt). Relevante, também, pelo entendimento da razão *justificativa* substancial que subjaz ao facto, uma decisão da *Corte di Cassazione* italiana (decisão n.º 736/2010) no sentido de que não cometeu qualquer ilícito criminal a mãe que negou ao pai o encontro com o filho, tendo-se a recusa ficado a dever a razões de saúde do menor, pois que a saúde deste deve prevalecer sobre o direito do progenitor de passar tempo com a criança; mais acrescentou o aresto, no entanto, ser necessário «(...) che il diniego sia giustificato da certificati del medico curante» (disponível em www.studiocataldi.it).

Importa recordar que, na ausência de fundamentos sérios para a sua supressão – *judicial*, note-se –, o direito de visita (*lato sensu*) e relacionamento do progenitor não residente com o seu filho implicará uma dimensão de *charge* para os obrigados (*maxime*, o titular da guarda), que se vêem compelidos a, sendo tal necessário, facilitarem o exercício e a concretização do *séjour* e *hébergement*. Neste conspecto, cremos que caso não se verifique uma conduta do “visitante” susceptível de fazer perigar a segurança e o equilíbrio e o bem-estar psicossomáticos da criança, não assistirá fundamento (jurídico) ao titular da guarda – que dispõe, além do mais, da possibilidade de recurso aos meios processuais de efectivação da prestação de alimentos (art. 189º da OTM) – para impedir a concretização do direito de visita²⁰². Pensamos, aliás, e sem prejuízo da riqueza possível de que cada situação concreta sempre se revestirá, não ser *prima facie* correcta a ideia de funcionamento do direito de visita como “moeda de troca” ou de pressão em relação ao cumprimento da prestação alimentícia²⁰³. Por outras palavras, «inexiste (...) qualquer espécie de relação sinalagmática entre o direito de visita e o direito de alimentos»²⁰⁴.

Logo, o comportamento que começámos por hipotizar será susceptível de reunir foros de *injustificação* à luz da tipicidade penal contida no actual art. 249º/n.º 1-c) do CP, podendo conduzir, no caso de se verificar também a *repetição* prevista no *tatbestand* e a indispensável componente dolosa do agente, ao cometimento do crime em questão. Sem embargo, e como parecerá de relativa evidência (jurídica e humana), a motivação geradora do facto praticado não poderá deixar de estar particularmente em relevo (*benigno*, quase sempre) em sede de consideração do factor previsto na parte final do art. 71º/n.º 2-c) do CP [«(...) os fins ou motivos que (...) determinaram» o cometimento do crime], referente ao juízo de culpa a assestar ao agente e, como tal, à medida da pena da sua culpa²⁰⁵.

²⁰² Em termos substanciais, defendemos a mesma ideia a propósito do problema focado supra, na nota 93. Quanto a um exemplo de conduta susceptível de fazer perigar o equilíbrio psicológico e físico da criança, legitimador da actuação impeditiva, pelo guardião, do exercício do direito de visita, *vide infra*, nota 244.

²⁰³ Nem, obviamente, será admissível a visão contrária, isto é, o direito de visita como meio de obtenção de dividendos para o obrigado à prestação de alimentos. Cremos, por isso, ter o Acórdão da Relação de Coimbra de 11/7/2012 decidido bem ao defender que as estadias do menor na residência do progenitor sem a guarda não devem ser consideradas causa de redução da obrigação de alimentos (aresto disponível em www.dgsi.pt).

²⁰⁴ HÉLDER ROQUE, “Regulação...” cit., pág. 144; contra, parecendo admitir a relação de sinalagma, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...* cit., pág. 302.

²⁰⁵ A propósito, embora em tese geral, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 663 e 664.

Temos, no entanto, a consciência de que a questão ora afluída não é fácil nem pacífica. A atestá-lo está, em Itália, e a propósito de situação de contornos semelhantes, uma decisão de 2009 da *Cassazione Penale*, através da qual se condenou a mãe de um menor pela prática do crime de *esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone*, previsto no art. 393º do *Codice Penale*, e não de *mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice relativo a l'affidamento dei minori*, consagrado no art. 388º/n.º 2 do mesmo diploma legal [norma que assume um figurino típico bem próximo ao do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP português]. No essencial, entendeu-se que a pretensão da mãe – relativa aos alimentos devidos ao seu filho – era fundada (pois poderia ela recorrer a tribunal para tentar a efectivação de tal pretensão) e, por outro lado, a violência psicológica “indutora” ao pagamento dos alimentos pelo progenitor não guardião não se manifestou excessivamente desproporcionada ou gratuita em relação ao móbil (da mãe) de fazer valer um direito (ainda que pelas “suas próprias mãos”). Tratando-se de uma figura particular da lei italiana – a ganhar foros de um ou outro ponto de contacto, entre nós, com uma atitude de acção directa “incompleta” (pois existe a fundamental diferença de que o agente pode recorrer a juízo e não o faz) e, como tal, não dirimente da ilicitude da conduta –, o art. 393º do *Codice Penale* parece, em abstracto, reunir duas essenciais condições: por um lado, a genérica *fondatezza* e reconhecimento pela ordem jurídica (com o inerente direito de acção judicial) da pretensão que está na base do comportamento do agente, o qual se substitui, enquanto meio de tutela privado e ilegítimo, ao instrumento de tutela público; por outro lado, a circunstância de o dito meio ilegítimo de tutela se destinar a servir – apenas e tão-só – o direito (genericamente fundado) do agente²⁰⁶.

A propósito, deixaremos apenas esta observação: não temos bem a certeza de que subjacente à tese acabada de referir não esteja também a ideia – acima aludida, e que se nos afigura algo perigosa – de sinalagma substancial, sem mais, entre o direito de visita e o pagamento de alimentos (e que levará a que uma decisão judicial, só por estar revestida do *ius imperium* estadual, possa, sem mais, fazer depender o exercício daquele direito de visita da efectivação deste pagamento).

²⁰⁶ Sobre o aresto em questão, em tal local resumido, e com anotação concordante, cfr. PAOLO PITTARO, “Quando la moglie impedisce al marito di incontrare il figlio al fine di indurlo a corrisponderle l’assegno di separazione”, *Famiglia e Diritto*, Anno XVII, n.º 2-2010, págs. 146 a 148. A propósito de outros casos semelhantes na jurisprudência italiana recente, JOËLLE LONG, “Strasburgo condanna l’Italia...” cit., pág. 785.

2. Um aspecto particularmente inovador (e relevante) do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP: a questão da *recusa de acolhimento do menor*

2.1. Importa agora focar um ponto que, mercê da nova redacção do art. 249º/n.º 1-c) do CP, será, quanto a nós, o grande foco desencadeador de dúvidas e aporias (até mesmo de índole constitucional) na interpretação e legitimação do próprio tipo objectivo de ilícito.

Trata-se de saber até onde – e mediante que avanço hermenêutico – deveremos entender o sentido da *recusa de acolhimento do menor*, quando a mesma se liga a um comportamento do progenitor com quem a criança não reside.

E, aqui, a pergunta terá de colocar-se, antes do mais, do ponto de vista do próprio preenchimento típico: o conceito de *recusa de acolhimento do menor* (um pouco à maneira do que já atrás dissemos acerca da *recusa de entrega*) englobará tanto um acto ostensivo de negação na efectivação daquele acolhimento, como uma atitude de pura ausência, por parte do progenitor não guardião, que não procura o seu filho para com ele manter qualquer convívio?

Pensemos no exemplo do pai que não abre a porta de casa ao seu filho, para assim não o receber no momento em que o mesmo é ali transportado pelo progenitor guardião, conforme o decidido pelo tribunal, para efeitos de passagem do fim-de-semana. E pensemos também nos muitos casos em que o progenitor não titular do direito de guarda (*rectius*, do direito de residência), mas a quem foi reconhecido judicialmente o direito de visita ou de convívio, por desejo próprio (fruto de uma guerra psicológica destrutiva com o outro progenitor ainda não ultrapassada, ou “condicionado” pelo eventual respeito da vontade daquele que – por exemplo, em virtude de um novo casamento – lhe é agora mais próximo e em relação a si denota ascendente pessoal²⁰⁷) não exerce tal *ius* (uma, duas, três, quatro, cinco e mais vezes..., ou mesmo todas as vezes...), votando a sua relação pessoal com o filho a uma “não relação”²⁰⁸.

Valerá a ideia de *recusa de acolhimento*, para os efeitos do art. 249º/n.º 1-c) do CP, em uma e outra hipótese?

²⁰⁷ A propósito, cfr. ANTONIO DAGNINO, “Potestà parentale...” cit., págs. 1499 e 1500, e GUSTAVO SERGIO, “Bambini contesi e processo civile: il contributo della psicologia per la tutela dei minori”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXV, n.º 2, 1996, pág. 682.

²⁰⁸ Concretamente sobre o impacto psicológico que o fenómeno é susceptível de provocar nas crianças (que se vêem confrontadas, tendo já o mínimo de maturidade, com a torturante interrogação “Dad doesn’t come see me anymore. What’s wrong with me?”), *vide*, com muito interesse, EDWARD TEYBER, *Helping Children Cope with Divorce*, revised edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2001, págs. 108 a 123.

Crê-se que a resposta terá de ser positiva: a *ratio* legal pretende abarcar os dois tipos de situação factual, visto que em qualquer uma delas se surpreende a mesma volição e a mesma determinação de não cumprimento do exercício do direito de visita (*lato sensu*) em relação ao menor.

2.2. Do ponto de vista civil, e nos seus traços gerais, um problema congénere ao que acabámos de imaginar foi já focado na “4ª Bienal de Jurisprudência de Direito da Família”²⁰⁹, a propósito de um caso ocorrido nos tribunais brasileiros e que obteve soluções díspares por parte do respectivo sistema judicial. Pelo que, pela sua pertinência para o objecto do presente estudo, procedemos de seguida a um breve resumo da situação em causa²¹⁰.

O demandante nasceu em 20 de Março de 1981, tendo o casamento dos seus pais sido dissolvido por divórcio em 7 de Fevereiro de 1984, ficando a guarda física atribuída à mãe, e mantendo o pai – demandado na acção – algum contacto com o requerente, através de visitas quinzenais ao domingo; contudo, a partir de Dezembro de 1987, data do nascimento do seu segundo filho, o pai deixou de manter qualquer tipo de contacto ou relação com o demandante, obstando mesmo a que este pudesse visitar a irmã recém-nascida. Com 16 anos de idade, o demandante deslocou-se à cidade do Rio de Janeiro em Outubro de 1997 para visitar o pai, sendo primeiramente informado de que o mesmo se encontrava em viagem mas conseguindo, no dia seguinte, almoçar e jantar rapidamente com ele, a sua secretária e as duas irmãs. Em Julho de 1998, e após ter contactado previamente o demandado para esse efeito, o demandante – na sequência da prévia combinação do encontro pelos dois – tentou visitá-lo em São Paulo, vindo no entanto a ser de novo informado que o progenitor se encontrava a viajar. O demandante esperou pelo pai até 2 de Agosto de 1998, não tendo posteriormente obtido qualquer justificação por banda do progenitor para o seu comportamento. Em Outubro de 1999 o demandante enviou uma carta ao demandado na qual manifestava a sua angústia e expectativa na criação de uma relação de pai-filho com o mesmo, mais o convidando para a cerimónia de atribuição do diploma de termo do ensino secundário e informando-o ainda de que teria ingressado no ensino superior, não obtendo qualquer resposta do pai. Veio então o

²⁰⁹ A “4ª Bienal de Jurisprudência de Direito da Família” foi organizada pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo Centro de Estudos Judiciários e pela Ordem dos Advogados, e teve lugar, como habitualmente, na cidade de Coimbra, nos dias 2 e 3 de Outubro de 2008.

²¹⁰ Tal caso foi apresentado na respectiva sessão por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA e relatado, no registo dos trabalhos da “4ª Bienal”, por HELOÍSA OLIVEIRA (*4ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 253 a 256).

demandante a propor uma acção ordinária de compensação por dano moral contra o progenitor, a qual foi julgada improcedente em primeira instância com fundamento no facto de a condenação no pagamento de uma indemnização não restabelecer a relação de filiação, não havendo portanto como ressarcir o dano invocado pelo impetrante. No entanto, na segunda instância, no Tribunal de Apelação de Minas Gerais, foi dado provimento ao recurso apresentado pelo demandante, sendo o pai deste condenado a pagar uma determinada quantia indemnizatória, mediante o vencimento da tese de que «(...) a dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno que o privou do direito de convivência, do amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana»²¹¹. O pai do demandante apresentou recurso desta decisão, o qual mereceu provimento, vindo o demandante a recorrer extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, aguardando-se então ainda a respectiva decisão final.

Bom, para além de muitos outros comentários que poderíamos tecer acerca do caso – cuja fecundidade jurídica se nos afigura evidente –, cremos (tal como, aliás, aconteceu na sessão em causa da “Bienal”) que o instituto da responsabilidade civil por danos não patrimoniais não poderá deixar nunca de ser chamado à colação, verificados que estejam os respectivos pressupostos, com o fundamento de que uma indemnização não tem o poder de restabelecer a relação de filiação e, assim, não tem como ressarcir o dano. De facto, à face do nossa ordem jurídica civil – e também, pensa-se, perante a constelação normativa do direito civil brasileiro –, constatando-se que, *em concreto*, o facto (humano, ilícito – na modalidade de violação de um direito subjectivo de personalidade – e culposo) praticado pelo agente se apresenta como causa adequada e necessária dos danos de cariz não patrimonial infligidos ao lesado, tocando a própria personalidade moral deste (por aquilo que representa de “atropelo” ao seu processo de crescimento equilibrado, como ser humano amado, protegido, assistido e educado por aqueles de quem provém²¹²) e, como tal, revestindo gravidade bastante para

²¹¹ 4ª Bienal... cit., pág. 255.

²¹² Cremos tratar-se de algo aparentado à perturbação do *interesse alla intangibilità della sfera degli affetti familiari* de que fala a jurisprudência italiana mais recente (a propósito, MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 520). Sobre algumas decisões de tal jurisprudência que consideram, em síntese, que o exercício do direito de visita do progenitor *non affidatario* não é só uma faculdade mas também um dever, a enquadrar na ideia de “solidariedade dos ex-cônjuges” onerados relativamente aos filhos, cuja violação injustificada e geradora de consequências danosas para a prole demandará responsabilidade civil, cfr. PIETRO CAMPANILE, “La responsabilità aquiliana...” cit., págs. 1025 e 1026.

merecer a tutela do direito, a intervenção (essencialmente ao abrigo do disposto nos arts. 18º/n.º 1 e 36º/n.ºs 5 e 6 da CRP e 70º, 483º, 496º, 1877º e 1878º, estes últimos do CC português) será sempre de natureza *compensatória*, assente em juízos de equidade, e não propriamente ressarcitória (pois que não procura, porque impossível, uma reintegração por equivalente do dano padecido, mas tão-só um almejo de compensação que proporcione ao beneficiário certas satisfações decorrentes da utilização do dinheiro). Logo, pura e simplesmente, a questão do “restabelecimento” da relação de filiação não se suscitará em casos como aquele que acabámos de expor nem poderá colocar obstáculos à mobilização do instituto da responsabilidade civil extracontratual por danos não patrimoniais (e desde que, repete-se, estejam verificados *em concreto* os respectivos pressupostos)²¹³.

Em suma, e atentos os dados de facto acima relatados, teremos de manifestar a nossa discordância em relação àquele que foi o entendimento espelhado na decisão de primeira instância e (supõe-se) na decisão que revogou o aresto do Tribunal de Apelação supra mencionadas.

Contudo, não se ignora tratar-se de matéria – e falamos ainda do estrito ponto de vista civil – que demanda uma abertura e uma capacidade de pensar especialmente sensível a realidades por “tradição” afastadas dos institutos jurídicos mais consolidados. De facto, lidamos com o questionar da possível relevância jurídica dos afectos inerentes às relações familiares, sobretudo no que poderão ter de definidor dos comportamentos esperados das pessoas “vinculadas” pelos ditos afectos. Ao cabo e ao resto, «a pergunta é: os instrumentos jurídicos poderão obrigar ao afecto? E o “afecto” pode provar-se?»²¹⁴, o que imediatamente nos convoca para a indagação das fronteiras e dos limites que poderemos (ou deveremos) traçar à afectividade enquanto fonte de obrigações jurídicas²¹⁵.

2.3. Interessa-nos, agora, e mais sustentados com o que acabámos de tratar, a perspectiva penal.

²¹³ Para uma exacta e desenvolvida conformação dos vários pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, *vide*, por todos, JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10ª edição, revista e actualizada, 10ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, págs. 525 e ss..

²¹⁴ A interrogação – muitíssimo pertinente, aliás – é formulada por RITA LOBO XAVIER, *in* “Responsabilidades parentais...” cit., pág. 21.

²¹⁵ Na referida sessão da “Bienal”, e a propósito do mencionado caso, «(...) sublinhou-se a necessidade de elevar o princípio da afectividade a um princípio jurídico, cuja violação acarreta responsabilização do prevaricador, tal como já se verifica no ordenamento jurídico brasileiro» (4ª *Bienal*... cit., pág. 256).

Dissemos há pouco ser nossa convicção a de que, para efeitos do preenchimento do comportamento típico, o art. 249º/n.º 1-c) do CP englobará tanto um acto ostensivo de negação na efectivação do acolhimento, como uma atitude de pura ausência, por parte do progenitor não residente, em relação ao menor.

Parece-nos, portanto, que o legislador deu passos muito decididos no sentido de que a vinculação de *ambos os progenitores* a um respeito efectivo do decidido quanto à convivência do menor possa comportar consequências penais em caso de *injustificado e repetido incumprimento do acolhimento* que se espera de tais progenitores em relação à criança. E isto porque a ideia da lei será a de que o direito do progenitor é uma realidade que só funcionalmente assume sentido pelo papel que deve desempenhar na promoção do interesse e do direito da criança a ter uma convivência e um relacionamento próximos com ambos os pais.

Como se percebe, a relevância das hipóteses comportamentais há pouco expostas implica uma visão substancial muito marcada do bem jurídico protegido pelo tipo do art. 249º/n.º 1-c) do CP e das formas da sua lesão ou postergação. Com efeito, não é indiferente a assunção de uma interpretação que atenda à relevância do modo de actuar dos progenitores enquanto veículo primacial de defesa e vivificação do interesse da criança em que se estabeleça, *de facto*, uma convivência familiar próxima com *ambos os pais*. Tal como parece constituir convicção profunda do legislador penal a de que será de *exigir* ao progenitor não detentor da guarda da criança que exerça o direito de que dispõe em estar e se relacionar com ela em conformidade com o decidido em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Pois só assim será conseguido um cada vez mais efectivo bem-estar do menor e um desenvolvimento harmonioso e equilibrado da sua personalidade (para além, como já vimos, de igualmente se lograr o acompanhamento, pelo progenitor não residente, dos resultados “palpáveis” da educação e das orientações da vida corrente pelas quais a criança vem sendo regida no seu quotidiano).

Tudo aparentando defluir, em suma, nesta ideia conclusiva: ocorrendo o não exercício, *repetido e injustificado*, do apontado *ius* de convívio, deverá o comportamento do não guardião merecer censura penal.

Será, uma vez mais, a ideia de que o jurídico – mas agora o jurídico-penal... – deve obrigar ao afecto...

Este ponto – nevrálgico – merece-nos, precisamente à luz da realidade do(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s), um apontamento crítico que, todavia, só ganhará total sentido depois

de explanados alguns aspectos suplementares da morfologia do tipo previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP.

3. O elenco dos sujeitos activos do crime de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP, após a reforma introduzida pela L n.º 61/2008, de 31/10

3.1. Onde, quanto a nós, o figurino objectivo típico do novo art. 249º/n.º 1-c) do CP revela relativa clareza é no alargamento do espectro dos agentes susceptíveis de serem responsabilizados pelo cometimento do crime.

Ou seja – e esta é a nota mais importante (já atrás sugerida) –, eliminou-se agora a distinção, para efeitos de tipicidade, subjacente à anterior redacção do art. 249º/n.º 1-c) do CP, de só ser «(...) punível a conduta face a pessoas que *formalmente* (e, portanto, legitimamente) sejam titulares (...)» dos poderes inerentes ao poder paternal, à tutela ou a quem o menor tiver sido confiado, deixando portanto de ser exigência típica, nas disputas entre progenitores, que «(...) o agente do crime tenha apenas um direito de visita e o outro a plenitude do poder paternal (...)»²¹⁶.

O que significa, entre outras coisas, que também o titular do direito de guarda (residência) da criança poderá incorrer na prática do crime em questão, se a sua conduta preencher o conjunto de pressupostos típicos acima analisados, *maxime* o incumprimento do regime estabelecido quanto à convivência da criança em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais. A atitude (já focada, e que amiúde se verifica na prática) do progenitor que, tendo a criança a seu cargo, decide, por si próprio, impedir a convivência desta com o outro progenitor (a quem apenas assiste o direito de visita) não está, agora – e logo *ab initio* (como estava na redacção legal anterior a 2008) –, imune a uma possível responsabilização criminal.

A lei terminou, assim, com uma restrição distintiva (porventura pouco sustentável mesmo ao nível de essenciais princípios constitucionais²¹⁷) entre a posição do progenitor titular da guarda e o progenitor que apenas pode exercer o direito de convívio²¹⁸.

²¹⁶ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., págs. 617 e 618.

²¹⁷ Desde logo, o princípio da igualdade, se aplicado aos progenitores (arts. 13º e 36º/n.º 5 da CRP). Igualdade que, note-se – e para utilizar a acutilante expressão de MARIA DA GLÓRIA GARCIA –, «(...) não traduz só o tratamento igual de situações iguais. Envolve ainda o tratamento diferenciado de situações objectivamente consideradas diferentes, na medida exacta da diferença» («Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença», *Estudos sobre o*

Pensamos que a conclusão ora expressa, acolhendo sustentação no corpo e no espírito da norma do art. 249º/n.º 1-c) do CP²¹⁹, não poderá ser vista com estranheza ou desconfiança, sobretudo se pensarmos no contexto jurídico e cultural decididamente assumido pela reforma de 2008, que pôs um claro entono na (co-)responsabilização e efectivo empenho de ambos os progenitores pelo sucesso do projecto de vida dos seus filhos após a cessação do vínculo conjugal ou marital. Consequentemente, essa (co-)responsabilização pressuporá, da própria lei, um maior grau de exigência e equidistância na avaliação jurídico-penal dos comportamentos de cada um dos progenitores, assim pondo fim a uma concepção claramente mais formal e institucionalista do conteúdo das responsabilidades parentais, segundo a qual só²²⁰ o progenitor não titular do direito de guarda ou residência do menor poderia pôr em causa, com o seu comportamento, o bem jurídico protegido pelo tipo.

Princípio da Igualdade, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 15). A questão, no nosso problema, será esta: no contexto – sobejamente referido, e de novo por nós mencionado no texto – de igual responsabilização e empenho esperado de ambos os progenitores, já divorciados ou afastados entre si, na construção de um projecto de vida sustentado para o seu filho, faria sentido manter-se a diferenciação de consequências penais atribuíveis aos factos (ilícitos, culposos, *repetidos* e *injustificados*) praticados por um ou outro, consoante a titularidade ou não titularidade do poder de guarda em relação à criança? Cremos que a resposta terá de ser negativa, não vislumbrando nós justificação – quer em uma assunção do princípio da igualdade enquanto necessidade *de tratar de modo desigual o que é desigual*, quer à luz de uma suposta política estadual de protecção da família, quer, ainda, por uma qualquer eventual razão de *política criminal* – para a apontada desigualdade típico-legal de tratamento entre os progenitores (sobre as políticas criminais enquanto realidades orientadoras das intencionalidades legislativas, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141º, pág. 285, nota 7).

²¹⁸ No sentido do bom fundamento da diferença de tratamento penal, na primitiva redacção do art. 249º/n.º 1-c) do CP, entre o comportamento do progenitor guardião e o do não guardião, escreveu MARIA CLARA SOTTOMAYOR que para além de razões legais se arvoravam ainda razões psíquicas, pois «(...) a subtracção do menor pelo progenitor não residente é susceptível de causar mais traumatismos à criança, do que a violação do direito de visita, devido à ruptura com a pessoa de referência da criança, provocada pela primeira hipótese» (*Exercício...* cit., pág. 325). Como tentamos explicitar no texto, não é esta a nossa opinião.

²¹⁹ Pois recordemos (e já atrás o deixámos antever, supra, na nota 183) que se é certo não dever a interpretação cingir-se à letra da lei, não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha no enunciado legal um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (n.ºs 1 e 2 do art. 9º do CC).

²²⁰ Dizemos “só”, evidentemente, no contexto do confronto entre o progenitor titular do direito de guarda e o progenitor titular do direito de visita. Não estamos, pois, a referir-nos agora a outros agentes (não progenitores – por exemplo, os avós – mas vinculados pela decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais) susceptíveis de incorrerem na prática do crime em causa.

E percebe-se, em consonância, que a actual redacção do art. 249º/n.º 1-c) do CP coloque o enfoque típico no *incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais* (incumprimento com as características e marcas acima referidas) e já não, como o fazia a anterior redacção do mesmo preceito legal, na *recusa da entrega do menor à pessoa que sobre ele exerça poder paternal ou tutela, ou a quem esteja legitimamente confiado*. A diferença de redacção não é, evidentemente, inócua ou imponderada²²¹: o tipo passa a interessar-se e a prever no seu conteúdo intencional os *comportamentos inadimplentes dos obrigados* pelo regime da convivência tal como este se encontra estabelecido na decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais.

Se assim é, não podemos de todo acompanhar ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS na afirmação de que «(...) o legislador decidiu manter a incriminação restrita ao incumprimento do regime de visitas por parte do progenitor que não é titular da guarda», argumentando este AUTOR para tal, e se bem percebemos a sua tese, não fazer «(...) sentido utilizar o termo “entrega” para traduzir obstáculos erigidos à convivência do progenitor não guardião com a criança. Ambos os vocábulos “entrega” e “acolhimento” têm ínsito um domínio tendencialmente permanente sobre a criança. Ora, quem visita a criança não lhe presta os cuidados do dia-a-dia a título permanente, mas sim de forma temporária, tendo de envidar esforços para a receber. Tanto mais que, na linguagem comum, é vulgar afirmar-se que o tribunal entregou a criança para exprimir a quem foi atribuída a sua guarda»²²².

Crê-se que a opinião acabada de expressar parte de um pressuposto que está por demonstrar: o de que o bem jurídico protegido pelo crime de subtracção de menor continua a ser, após a reforma de 2008, confundível com os poderes cabidos ao legalmente encarregado do menor e responsável pela sua guarda ou residência. Diversamente (por tudo aquilo que vimos dizendo até aqui, e sem prejuízo do enfoque crítico que faremos no Capítulo III), pensamos que a nova redacção do art. 249º/n.º 1-c) do CP adoptou a protecção de algo bem mais abrangente e substantivamente rico. Desde logo, a possibilidade de exercício das responsabilidades parentais (não só do poder de guarda ou residência) sem entraves ilícitos

²²¹ Recordemos, a propósito do sentido (pelo menos presumido – art. 9º/n.º 3 do CC) da mudança da redacção legal de qualquer matéria, o ensinamento de MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE: «(...) um legislador razoável, quando pretende introduzir inovações, costuma deixá-las bem vincadas na própria letra dos textos, não se decidindo inovar senão em dados pontos, sob pressão de exigências bastante apreciáveis» (“Sentido e valor da jurisprudência”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, volume XLVIII, 1972, pág. 27).

²²² “Do crime de subtracção...” cit., págs. 239 e 240, e 241, nota 67.

alheios²²³, acabando por desta forma se satisfazer o interesse da criança na consecução e na manutenção de uma convivência próxima com *ambos os progenitores*, nos moldes contidos na concreta decisão reguladora, e segundo as obrigações daí decorrentes, em igual medida, para os respectivos vinculados. Logo, não nos parece continuar sustentável a ideia de que, para efeitos penais (e perdoe-se-nos a expressão), *um dos progenitores* (o titular da guarda) *possa incumprir mais do que o outro...*, apesar de o regime regulador do exercício das responsabilidades parentais, como se perceberá, não vincular um progenitor em medida superior ao outro...

Por outro lado, não vemos também como se poderá compaginar a tese da primacial protecção penal da guarda ou residência do menor com a várias vezes focada valorização – que o legislador civil decididamente assumiu –, na determinação da residência do filho, do progenitor que não obstaculiza o contacto da criança com o outro progenitor (actual art. 1906º/n.º 5 do CC). Assim, terá sentido, em uma perspectiva de congruência e unidade do sistema jurídico (art. 9º/n.º 1 do CC), advogar que aquele dos progenitores que manifesta grande abertura no sentido do fomento de um regular contacto do filho com o outro – e que (também) por isso vê ser-lhe atribuída a guarda ou residência da criança – impeça depois, de modo unilateral, injustificado e repetido, aquele mesmo contacto, sem que daí possa resultar qualquer eventual dimanação de índole penal? “Guardando-se” o *ius puniendi* – tão-só e apenas – para a hipótese de o não guardião extravasar o legítimo exercício do direito de visita? Parece-nos que só uma visão algo tributária do exacerbamento do peso da autoridade da *potestas* paternal em relação ao menor poderia sustentar, actualmente, perante o novo art. 249º/n.º 1-c) do CP, a ideia de não incriminação do incumprimento pelo titular da guarda (incumprimento revestido que seja – não é demais repeti-lo – das características definidas na norma). Sobretudo quando, imbuído de toda a filosofia inspiradora da reforma de 2008, o legislador introduziu evidentes mudanças ao nível normativo do tipo, deixando cair a antiga expressa menção à *pessoa* que sobre o menor exercia o poder paternal ou a tutela, ou a quem este estivesse legalmente confiado, para se focar no *regime estabelecido para a convivência do menor* na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Não se perceberia, pois (e uma vez mais segundo uma perspectiva de *razoabilidade* típica), qual a necessidade de uma alteração tão marcada do texto legal para, ao cabo e ao resto, tudo se manter praticamente na mesma em termos de espectro de actuação subjectiva...

²²³ Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção de menor...” cit., pág. 116.

Afigurando-se-nos também, e por fim, que o novo art. 249º/n.º 1-c) do CP emprega os vocábulos “entrega” e “acolhimento” no sentido dinâmico da alternância do contacto que a vida de uma criança em interacção com progenitores afastados entre si (desde logo em termos fácticos e espaciais) necessariamente comporta²²⁴.

Tudo nos conduzindo, inapelavelmente, a duas conclusões essenciais: em primeiro lugar, que só pode incumprir aquele regime quem a ele está vinculado; em segundo lugar – e na estrita decorrência da primeira conclusão –, aquilo que já atrás dissemos, a saber, que *ambos os progenitores* (ou terceira pessoa equiparada – art. 1907º do CC) estão vinculados a tal regulação do exercício das responsabilidades parentais e, portanto, são susceptíveis de praticarem factos consubstanciadores do desrespeito – penalmente relevante – do mesmo regime.

Em suma, terminou-se (em boa hora, pensamos) com a diferença de tratamento jurídico-penal de condutas igualmente ofensivas da axiologia protegida pelo tipo e que, portanto, serão susceptíveis de um idêntico juízo de desvalor (de acção e de resultado) junto da consciência ético-jurídica da comunidade.

3.2. O essencial daquilo que acaba de ser dito não mudará se, por exemplo, em consequência de acordo dos ex-cônjuges homologado judicialmente, a residência do filho se repartir, em semanas alternadas ou durante alguns dias da semana, pela habitação de um e outro²²⁵, e um deles adoptar comportamento subsumível à figura delitiva do art. 249º/n.º 1-c) do CP.

Já acontecerá algo de diverso quando ainda não existir uma concreta regulação do exercício das responsabilidades parentais (porque, por exemplo, os progenitores, casados entre si, se encontram incompatibilizados e apenas separados de facto), pertencendo a ambos o exercício das responsabilidades parentais (actual n.º 1 do art. 1901º do CC): aqui, em

²²⁴ Defendendo, tal como nós, a possibilidade de incriminação do comportamento daquele que tem a guarda do filho, GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova Lei...” cit., págs. 27 e 28, HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança...* cit., pág. 199, ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., págs. 127 e 128, ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades...* cit., pág. 76, e, não obstante não concordar com a nova opção legislativa, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, *Julgar*, n.º 13, págs. 105 e 106.

²²⁵ Podendo a hipótese focada no texto circunscrever-se a uma “guarda conjunta” ou, diferentemente, a uma “guarda alternada”; sobre a figura em último lugar referida, cfr. as críticas de MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...* cit., págs. 439 a 441.

princípio, não vemos como defender-se, à luz da alínea c) do n.º 1 do citado art. 249º, uma eventual incriminação de comportamentos do progenitor que recusa entregar ao outro a criança ou dificulta o contacto entre ambos²²⁶ [o que porventura não impedirá podermos estar perante uma das situações – mais graves – contidas nas alíneas a) ou b) do mesmo n.º 1, se os contornos fácticos do caso a tal conduzirem²²⁷].

4. Delimitação do tipo subjectivo do actual art. 249º/n.º 1-c) do CP

Surge-nos como algo de evidente continuar o tipo em causa a exigir o dolo, em qualquer uma das suas modalidades (art. 14º CP).

5. A hipótese prevista no actual n.º 2 do art. 249º do CP

5.1. Se, como vimos, o tipo objectivo de ilícito foi uma das áreas mais fortemente marcadas pelo espírito da reforma trazida pela L n.º 61/2008, de 31/10, a perspectiva do sujeito passivo da acção (isto é, daquele que sofre as incidências da conduta) transformou-se também em elemento condicionante da prática do facto e das consequências punitivas mais brandas daí decorrentes. Neste sentido, rege agora o n.º 2 do art. 249º do CP que «nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos».

A actual cláusula, com a consideração pela *vontade do menor com idade superior a 12 anos*, demonstra-nos, assim, que este último, dotado já de alguma *maturidade*, passou a ser visto como algo mais do que um mero *objecto* (anódino) da acção, antes revelando uma

²²⁶ Embora a propósito da formulação da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP antes da reforma de 2008, mas valendo a argumentação, neste ponto, para o presente figurino normativo de tal tipo de ilícito, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 617.

²²⁷ Pense-se no caso de, não existindo ainda decisão reguladora da convivência do menor com os seus pais, um deles se recusar a facultar o convívio do filho, apesar das tentativas do progenitor “impedido” em, por todas as vias, lograr o relacionamento com a criança e deparar sempre com as “barreiras” criadas pelo “guardião de facto” (o qual não permite sequer que o menor fale ao telefone ou se aproxime, à saída do estabelecimento de ensino escolar, do pai “afastado”, chegando ao ponto extremo de por meio de uma ameaça “aterradora” determinar a fuga da criança para que assim não ocorra o contacto com tal progenitor).

capacidade de influência do juízo de ilicitude que a conduta objectiva do agente desencadeia junto da ordem jurídica e, também, do juízo de culpa a dirigir ao seu autor. Parece ter estado presente na mente do legislador a consciencialização de uma especial necessidade de atenção às realidades enformadoras das relações existentes entre progenitor e descendente (ou, *lato sensu*, entre responsável pela guarda da criança e esta última). Realidades que são obviamente dinâmicas mas que tendem, não obstante, a deixar-se apreender segundo determinados padrões de índole psicológica e comportamental, a que a lei entendeu não poder ficar insensível: é que muitas vezes o progenitor age da forma que age porque a consideração pela vontade do filho “fala” mais alto, remetendo o dolo do agente (sobretudo na sua feição de dolo directo) em relação a tal comportamento a uma dimensão actuante de menor significado. Não se tratando, pois, de uma causa de exclusão da culpa ou, sequer, da ilicitude do facto praticado, sempre convocará, todavia, uma ideia de menor ofensividade social e de uma não tão premente carência de censura ético-jurídica.

Foi, portanto, no apontado contexto que a lei reconheceu uma sensível diminuição de necessidade de pena (art. 72º/n.º 1 do CP)²²⁸.

5.2. Pode questionar-se se a cláusula prevista no art. 249º/n.º 2 do CP, ao referir-se expressamente à *vontade do menor com idade superior a 12 anos*, será não susceptível de excluir a virtual mobilização, em concreto, da causa de exclusão de ilicitude contida do art. 38º do CP.

Há um aspecto que nos parece relativamente claro.

Se dissemos atrás que a possibilidade de exercício das responsabilidades parentais sem entraves é o mais evidente bem jurídico protegido pelo tipo do actual art. 249º/n.º 1-c) CP, isso mostra-nos que não obstante “beneficiar” o menor da protecção que lhe é dispensada pela tutela desse mesmo bem (através da consecução e manutenção de uma convivência próxima com ambos os progenitores), não é, todavia, o respectivo titular nem dele pode dispor autonomamente.

Logo, perceberemos que qualquer eventual vontade prestada pelo menor de idade superior a 12 anos no sentido de o agente praticar facto subsumível ao art. 249º/n.º 1-c) do CP não poderá valer como acordo enquanto causa de exclusão da tipicidade da conduta²²⁹.

²²⁸ A propósito do sentido e fundamento últimos do instituto da atenuação especial da pena, cfr., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, págs. 306 e 307.

Para além disso, continuando a considerar a não titularidade do jovem relativamente ao bem jurídico consagrado no tipo e, como consequência, a não disponibilidade do concreto interesse ínsito a tal bem, temos também como bastante difícil que uma manifestação de consentimento daquele (e apesar de ter já completado os 16 anos de idade – art. 38º/n.º 1 do CP) possa valer como causa de exclusão de ilicitude da conduta praticada²³⁰.

Em suma, pensamos que o n.º 2 do art. 249º do CP contém em si o relevo que o legislador entendeu atribuir, pelas razões acima expostas, à influência da vontade do menor na conformação da conduta delitativa do agente.

5.3. Já se afirmou que o novo n.º 2 do art. 249º do CP está ferido de inconstitucionalidade, por – e é a opinião de MARIA CLARA SOTTOMAYOR – «(...) não respeitar o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade, concebendo-a como um objecto de direitos do progenitor não guardião (arts. 25º e 26º da CRP) e por punir a mãe por comportamentos de outrem»²³¹.

Não partilhamos, de todo, semelhante visão das coisas.

Em primeiro lugar, por se nos afigurar tal modo redutora que parece não admitir, na sua própria coerência substantiva, a possibilidade de ser o pai – e não a mãe – o progenitor titular da guarda (*rectius*, da residência) do menor (e, como tal, “visado” pela suposta perversidade da norma)²³². E – não o escamoteemos – apesar de a grande maioria dos casos apontar para a guarda da criança ou adolescente pela mãe²³³, é também inegável a existência de situações nas quais tal titularidade está adstrita ao pai²³⁴ (não constando – nem parecendo a

²²⁹ Sobre o acordo enquanto causa de exclusão da tipicidade, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 507 e ss., e ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal...* cit., págs. 125 a 127 (incidindo aqui a análise em alguns crimes sexuais envolvendo menores).

²³⁰ ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtração de menor...” cit., pág. 120.

²³¹ “Uma análise crítica...” cit., pág. 106.

²³² Cabendo quase perguntar se para a tese em causa o tipo de argumentos aduzidos contra o n.º 2 do art. 249º do CP se manterá nos casos em que o guardião do menor é o pai.

²³³ Em Portugal, e segundo dados da Direcção-Geral da Política de Justiça, no ano de 2006 foi concedida a guarda das crianças e adolescentes às mães em cerca de 84,4% dos casos de regulação do exercício do (então denominado) poder paternal, perante 5,9% de decisões favoráveis aos pais, 2,9% no sentido de guardas conjuntas, e 6,8% a terceiras pessoas (dados recolhidos em www.dgpj.mj.pt).

²³⁴ Não resistindo nós a recordar, a propósito, a excelente película cinematográfica norte-americana intitulada *Kramer versus Kramer*, realizada em 1979 por ROBERT BENTON, que relata, de modo sensível (mas

título algum defensável – que este simples facto impeça, *qua tale*, a aplicabilidade da cláusula do n.º 2 do art. 249º do CP). Daí que, desde logo, tenhamos alguma dificuldade em compreender (a não ser por um *argumento de número*) como se pode afirmar que a norma em questão pune a mãe (e já não o pai...?) pelo comportamento da própria criança de recusa às visitas do outro progenitor²³⁵.

Mas – ponto muito mais importante –, cremos que a tese da inconstitucionalidade do referido preceito parte de uma consideração pouco consentânea com o que deve entender-se por “livre desenvolvimento da personalidade” de uma criança ou adolescente.

Se a protecção constitucional, civil e penal (para não avançarmos mais) da personalidade física e moral das pessoas (e, logo, também das crianças²³⁶) contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa (cfr., respectivamente, arts. 26º da CRP, 70º e ss. do CC²³⁷ e 131º e ss. do CP²³⁸) é um dado e uma garantia civilizacional inestimáveis, parecerá também

despojada de sentimentalismos fáceis), o tortuoso caminho de um pai na tentativa de obtenção judicial da guarda do seu filho menor (que, aliás, não consegue atingir), e o que tal representou em termos de rompimento – justo *in casu* mas pouco usual no sistema jurisdicional instituído – com a ideia então geralmente vigente de que uma criança estaria *sempre* melhor com a mãe... quanto mais não fosse por ser... a mãe... (sobre o filme, CARA FROST-SHARRATT, *501 Must-See Movies*, reprint, Bounty Books, London, 2005, pág. 147).

²³⁵ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica...” cit., pág. 106.

²³⁶ A propósito, AURÉLIE NOTTET, “Mineurs et droits personnels”, *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, n.º 1/2010, págs. 15 e 20, e MARIA BAPTISTA-LOPES e ANTÓNIO DUARTE-FONSECA, “Aspectos da relação jurídica...” cit., págs. 12 e 13.

²³⁷ Desde há muito que um dos pontos mais discutidos na doutrina jurídica vem sendo o de saber sob que exacta perspectiva deve encarar-se o reconhecimento e a concomitante protecção, pelo Direito, da personalidade humana. Assim, as alternativas essenciais prendem-se com a consagração de um direito geral de personalidade referido à personalidade no seu todo complexo (como acontece, entre nós, nos arts. 26º/n.º 1 da CRP e 70º/n.º 1 do CC), ou com a disseminação legal de um conjunto de direitos “parcelares” da pessoa, ligados às manifestações mais lídimas da sua evolução e desenvolvimento como ente dotado de uma natural ética existencial. Seja como for, e para o que ora mais nos preocupa, «(...) o reconhecimento do direito geral de personalidade, fundado na garantia da dignidade humana, que serve como linha de interpretação para densificação da força protectora do direito fundamental contra medidas estatais, encontra agora uma fundamentação específica na Constituição, resultando mesmo da concretização do imperativo constitucional de tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade» (PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito*, Studia Iuridica, 40, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 183, com itálicos do AUTOR, e, sobre a temática exposta, desenvolvidamente, págs. 171 a 185).

²³⁸ Sendo que no domínio penal, e como nota MANUEL DA COSTA ANDRADE, «diferentemente do que acontece noutros ramos do ordenamento jurídico, não se afigura viável perspectivar um direito geral de

que o referido entendimento da inconstitucionalidade assume uma visão algo “irrefreada” do sentido e da relevância da vontade do menor enquanto veículo primacial do livre desenvolvimento da sua personalidade. No limite, parecerá até que este livre desenvolvimento só pode obter-se mediante a assunção de uma atitude parental que, de forma acrítica e abúlica, chancela as “determinações” emanadas pelo menor e pela sua ilimitada (e ilimitável) forma de percepção do mundo. Em suma, como que o melhor (ou único) modo de respeitar e garantir a promoção de um são e normal crescimento da criança ou adolescente enquanto «(...) pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *ius* à sua “liberdade de desabrochar” (...)»²³⁹, será o de erigir a sua vontade em algo de inatacável, não apreciado nem enquadrado por um seguro exercício das responsabilidades parentais²⁴⁰. Daí que, em tal visão, qualquer consequência legal apreensível como restritiva ou limitativa do livre curso da vontade do menor tenha de ser vista como inconstitucional, por violação dos princípios gerais dos arts. 25º e 26º da CRP.

Não podemos deixar de repudiar – repita-se – o entendimento expresso, pelo que envolve de perigosa *reunião* entre duas realidades bem distintas: o tomar-se em consideração a opinião do menor, consoante o seu grau de maturidade, nos assuntos que mais directamente

personalidade como referente explícito e autónomo de tutela jurídico-penal. O direito penal não pode, assim, acompanhar a evolução do direito constitucional ou civil, ramos de direito em que o reconhecimento e protecção do direito geral de personalidade configuram hoje um dado tão pacífico como generalizado. E tanto no plano do direito positivado como na experiência jurisprudencial e doutrinal». Por isso mesmo, uma norma como a do art. 70º do CC «(...) não tem homólogo do lado da lei penal. Não se conhece, por exemplo, qualquer crime tipificado como atentado contra um direito geral de personalidade (...)»; existem, isso sim, «(...) dimensões concretizadas e determinadas ou, noutra linguagem, “zonas” ou “camadas” claramente delimitadas e, por via disso, necessariamente descontínuas, da personalidade que o direito penal trata como bens jurídicos e a que dispensa a sua específica tutela. Como sucede paradigmaticamente com a vida, a integridade física, algumas manifestações da liberdade, a honra, a privacidade, o segredo, a palavra, etc.» (*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 9, 10, 11 e 12, com itálicos do AUTOR).

²³⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...* cit., pág. 180.

²⁴⁰ E parecendo o referido entendimento esquecer também que a natureza de *droit-fonction* das responsabilidades parentais não impede, desde logo, que graças ao direito de guarda «(...) les parents peuvent (...) limiter certaines libertés de leur enfant et intervenir dans sa vie privée» (AURÉLIE NOTTET, “Mineurs...” cit., pág. 19). Sobre a necessária limitação do exercício de alguns direitos especiais de personalidade dos menores, por efeito da obediência que devem aos pais e, inerentemente, à assunção, por estes, das suas responsabilidades parentais (à época, o denominado “poder paternal”), RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 170 e 171.

lhe respeitam, e o permitir-se que decida ele (*sem apelo nem agravo*, dir-se-ia) tais assuntos²⁴¹.

Já atrás expusemos o que nos parece ser a ideia – correcta – da lei civil portuguesa (na decorrência, aliás, do princípio geral expresso no art. 12º da CDC de 1989): o de permitir que a criança ou adolescente, de acordo com o seu grau de maturidade e inteligência, possa ter uma palavra activa na construção do seu próprio futuro (actual n.º 2 do art. 1878º do CC). Para tal, a sua opinião deverá ser *tomada em conta* e apreciada e sopesada por quem em relação a ela tem algo a decidir. Só que isto não significa (nem pode significar) a demissão de uma atitude responsável, sensata e corajosa na tomada da decisão que se afigure concretamente mais favorável ao supremo interesse do menor, e ainda que aqui ou ali pouco “simpática” aos próprios olhos deste último. Parece-nos que o acabado de afirmar será algo de absolutamente evidente em sede de *regulação* do exercício das responsabilidades parentais, estádio orientado, por excelência, para a prossecução do referido *best interest of the child*²⁴².

Como justificar, pois, que encontrando-nos já na fase do normal e efectivo *exercício* das responsabilidades parentais (e não existindo qualquer outra causa – séria e ponderosa – para tal) a “simples” vontade do menor de estar ou não com o outro progenitor surja como algo de desresponsabilizador *tout court* do progenitor que, por causa daquela vontade, pratica facto enquadrável no art. 249º/n.º 1-c) do CP, designadamente impedindo o normal exercício do direito de visita ao não guardião? Não se deverá exigir ao pai ou à mãe com quem a criança ou adolescente se encontra uma atitude consentânea com o regime de visita e de convívio definido judicialmente (definição amiúde ocorrida com base até na vontade e no acordo expressos por aqueles mesmos pais e sopesada que foi a opinião do próprio menor)? E não bastará também que a influência da vontade da criança ou adolescente no facto praticado pelo progenitor (como que “debilitando” ou “enfraquecendo” o dolo deste último) seja já tomada em conta através da fixação da atenuação especial prevista na lei (n.º 2 do art. 249º do CP)?

Não negamos que todas estas interrogações deixarão de fazer sentido se o quadro factual em que o agente actuar for algo diverso dos pressupostos de que partimos (o condicionamento da atitude desse mesmo agente – só e apenas – pela vontade do menor de idade superior a 12 anos). Se a vontade da criança estiver moldada e for justificada por um

²⁴¹ E sem embargo de, em domínios legais específicos, ser a vontade esclarecida do menor decisiva para a obtenção de determinados efeitos: pense-se, por exemplo, na necessidade do consentimento do adoptando maior de 12 anos para o decretamento da sua adopção [art. 1981º/n.º 1-a) do CC].

²⁴² Cfr. supra, nota 125.

contexto de comportamentos ilícitos como, por exemplo, sevícias ou maus-tratos de que tenha sido vítima por banda do progenitor com quem não quer encontrar-se²⁴³, e o agente praticar o facto (*prima facie*) *inadimplente* da decisão reguladora por respeito a tal vontade do menor, bom, cremos que o caso tenderá – evidentemente – a mudar de figura, passando até a escapar ao próprio âmbito da tipicidade [desde logo porque não verificado um dos requisitos essenciais do tipo, a saber, o da *injustificação* do facto – art. 249º/n.º 1-c) do CP]. Para além de que, em outra (*rectius*, complementar) perspectiva – e independentemente de existir ou não a manifestação de vontade do menor aludida no n.º 2 do art. 249º do CP –, as referidas situações de sevícias ou maus-tratos (físicos ou psíquicos) infligidos à criança pelo progenitor não residente conduzirão certamente ao enquadramento da conduta de recusa do guardião (e estando reunidos *in casu* os respectivos pressupostos fácticos e jurídicos) em uma causa de exclusão da respectiva ilicitude ou da culpa do agente²⁴⁴.

²⁴³ Sevícias ou maus-tratos que, como bem se compreende, imporão a chamada à colação dos meios penais e cíveis pertinentes à protecção da criança e à perseguição do agressor. Não falamos agora, pois, do exercício legítimo de um qualquer chamado direito de correcção por parte do progenitor (arts. 1878º/n.º 2 e 1885º/n.º 1 do CC), o qual, a acontecer, deverá ser sempre assumido de modo moderado e construtivo, e sem pôr em causa o critério contido na segunda parte do actual n.º 3 do art. 1906º do CC [defendendo a tese da ilegitimidade do uso da violência para efeitos do exercício do *ius corrigendi* dos progenitores, isto é, do direito educativo de correcção das condutas dos filhos reputadas de *sbagliate*, GIOVANNI BONILINI, *Manuale di Diritto di Famiglia* cit., pág. 291; ainda quanto ao direito correctivo dos pais e, sobretudo, aos limites de proporcionalidade e criteriosa moderação pelos quais se deve pautar sob pena de, uma vez ultrapassados, se perder a causa de justificação da respectiva actuação e surgir a prática de crimes, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime*, Lições coligidas em colaboração com NUNO BRANDÃO, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, págs. 296 e 297, FILIPE SILVA MONTEIRO, *O Direito de Castigo, ou o Direito dos Pais Baterem nos Filhos*, Livraria Minho, Braga, 2002, págs. 71 a 78, e, a propósito da entrada em vigor, na ordem jurídica alemã, de um diploma destinado à “erradicação da violência na família”, CLAUS ROXIN, “La calificación jurídico-penal de la corrección paterna” (tradução espanhola do original alemão por MIGUEL GARCÍA CONLLEDO e SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 16 (2005), págs. 233 a 242].

²⁴⁴ Cogite-se o seguinte exemplo, *prima facie* para os efeitos do direito de necessidade previsto no art. 34º do CP: descobrindo (e constatando pelas marcas físicas no corpo do mesmo) haver o seu filho de 13 anos sofrido, no período do último fim-de-semana destinado ao convívio com o outro progenitor, castigos corporais motivados pelo facto de não querer vestir determinada peça de roupa, o progenitor residente recusa-se a entregar a criança no período de convívio do fim-de-semana seguinte, legitimamente receoso de que o perigo de novas agressões se concretize. Se só os concretos pormenores de uma situação do jaez da ora imaginada nos poderiam dizer se a atitude do progenitor residente reuniria ou não todos os requisitos de um direito de necessidade (embora na feição de um *estado de necessidade defensivo*, contra o próprio causador da situação de perigo), crê-

Só que, e como nos parece relativamente claro, a aplicação da norma do n.º 2 do art. 249º do CP não foi pensada para este último tipo de hipóteses.

5.4. Sem prescindir, no entanto, e de modo muito breve, parece-nos que mesmo a admitir-se (o que, como vimos, não concedemos) conter o art. 249º/n.º 2 do CP uma suposta limitação ao direito da criança ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nem por isso poderíamos avançar, de modo tão afoito – e sob pena de confundirmos, uma vez mais, os planos de análise –, para a ideia de que transforma tal norma o menor em mero objecto de direitos do progenitor não guardião.

Com efeito, bastaria lembrar que a restrição a um direito fundamental tem de revelar-se adequada e limitar-se ao necessário à salvaguarda de outros direitos ou interesses igualmente protegidos (art. 18º/n.º 2 da CRP) e, *in casu*, o que estaria na prática em questão seria a justa ponderação entre (e à falta de melhor expressão...) a “valia” do *livre* (e arbitrário) *desenvolvimento da personalidade do menor* e a promoção do seu *interesse concreto* em manter uma relação parental com ambos os progenitores (tal como *ex ante* foi este interesse ponderado e decidido em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais). O enfoque, neste último domínio, não será, apenas e só, o do direito do progenitor não guardião a ter o menor consigo mas sim o da própria construção de um projecto de vida que, *no interesse do menor*, contemple a sua normal relação *com ambos os progenitores*.

E também na acepção acabada de expor teríamos sempre como acertada, ponderada e justa (*proporcional*, se quisermos – art. 18º/n.º 2 da CRP) a suposta limitação do livre

se que perante o carácter tão desproporcionado do facto anteriormente praticado pelo titular do direito de visita seria figurável como sério o perigo de uma repetição [a propósito da figura do *estado de necessidade defensivo*, caracterizado pela circunstância «(...) de que o agente que actua em estado de necessidade, no fundo, se defende de um perigo que tem origem na pessoa que vai ser vítima da acção necessitada», mas em termos tais «(...) que o agente não pode louvar-se de uma legítima defesa, que não existe por falta de um requisito do facto perigoso (...)»], JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., págs. 431 a 434, que admite caber tal *estado de necessidade defensivo*, entre nós – a par, portanto, do “clássico” direito de necessidade ou *estado de necessidade agressivo ou interventivo* –, na regulamentação legal do art. 34º do CP; diferentemente, entendendo que o *estado de necessidade defensivo* poderá ir buscar a sua fundamentação a uma causa supralegal de justificação, restringindo o campo de actuação do art. 34º do CP ao *estado de necessidade interventivo*, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, nota 15, págs. 293 e ss.; por fim, para uma súmula comparativa entre estado de necessidade e legítima defesa, cfr. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición, 2ª reimpresión, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2009, págs. 451 a 453].

desenvolvimento da personalidade da criança, em vista da optimização dos legítimos interesses em disputa.

5.5. O último argumento da tese da inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do art. 249º do CP é o de que, recorde-se, acaba por punir a mãe por comportamentos de outrem (leia-se, e segundo se crê, “por comportamentos do filho menor com idade superior a 12 anos”).

Sem repetir o que há pouco se disse ser a nossa opinião acerca da ideia de identificação *tout court* entre progenitor guardião e mãe, de que a tese em questão parece partir, relembra-se a nossa rejeição da suposta valia argumentativa e heurística de tal concepção, acrescentando-se ainda o seguinte ponto.

Chamar o menor ao seu programa educativo não pode significar uma qualquer (perigosa e porventura manipulada ou manipuladora) subversão de papéis entre pais e filhos²⁴⁵. A “partilha de responsabilidades” a que já se fez referência²⁴⁶ não pode mudar pelo facto de o quotidiano familiar passar a ser diferente em resultado da cessação de uma relação conjugal ou marital. A forma como o pai e a mãe – agora já afastados entre si – encaram a progressiva autonomia dos filhos na construção do seu próprio futuro não pode transformar-se em algo de substancialmente diverso porque ocorreu um divórcio ou uma separação definitiva dos até aí unidos de facto.

Consequentemente, a relação de cada um dos pais com os filhos não deverá prestar-se ou dirigir-se a aproveitamentos “estratégicos” das manifestações de vontade destes últimos, a que em determinado momento se reconheçam potencialidades destrutivas do relacionamento com o outro progenitor. Pelo contrário, a decisão continua a ser dos pais (e, por maioria de razão, daquele a quem incumbe, a cada momento, o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho – art. 1906º/n.º 3 do CC). E, se assim é, percebe-se mal o “cruzar de braços” do progenitor (*maxime* daquele que tem a seu cargo a concretização das orientações educativas mais relevantes) perante a manifestação de vontade

²⁴⁵ Como bem refere ROSA MARTINS, «o envolvimento do filho pelos pais no processo de concretização do seu interesse não se traduz numa qualquer renúncia à competência de decidir, pois são os pais quem efectivamente toma a decisão; reflecte sim a intenção de preparar o filho para a autonomia, possibilitando-lhe a experiência de um “processo democrático de decisão”, num contexto de diálogo, cooperação e interacção essenciais à dinâmica das relações familiares e, em especial, da relação entre pais e filhos» (“Responsabilidades parentais no século XXI...” cit., pág. 38).

²⁴⁶ Cfr. *supra*, nota 129.

do menor de idade superior a 12 anos que contribui para o incumprimento do regime estabelecido para a sua convivência na regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Ser pai ou mãe, sobretudo em circunstâncias familiares delicadas (e – admite-se – mais ou menos traumáticas), não se revelando evidentemente fácil, não poderá “transmutar” para o filho o peso da tomada de decisões para as quais este não está (legal ou vivencialmente) preparado.

Cabendo aos progenitores a competência decisória de, em concreto, fazer com que o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais seja cumprido e resulte de modo *efectivo* (pela importância aportada a um adequado projecto de vida do menor), incumbir-lhes-á igualmente – em um processo dialéctico²⁴⁷ – incutir no filho, de acordo com a respectiva maturidade, a consciência da importância do cumprimento e vivificação de tal regime (*maxime* no que toca ao convívio com cada um dos pais)²⁴⁸. Cremos, face ao conteúdo do art. 1878º do CC, que ao poder decisório inerente ao referido exercício não poderá deixar de ser reconhecida esta relevantíssima dimensão, sob pena de ficar negada a lógica que deve presidir à normal modelação diária das orientações educativas mais relevantes do menor e da ideia de proximidade deste com ambos os pais (n.ºs 3, 5 e 7 do art. 1906º do CC). O mesmo será dizer, transformar-se-ão as responsabilidades parentais em algo que não permitirá a obtenção do fim (social, jurídico e, sobretudo, afectivo) em vista do qual foram perspectivadas pelo legislador, assistindo-se, conseqüentemente, a um *desvio funcional* do seu exercício, na essência traduzido em um exercício ilegítimo, *por omissão*, do respectivo poder-dever (cfr. art. 334º do CC).

Por consequência, o comportamento decisório a considerar, mesmo para os efeitos da previsão do n.º 2 do art. 249º do CP, será o do progenitor que (dolosamente – aspecto a que já nos referiremos) nada faz para que aquele regime de convivência do menor frutifique e resulte

²⁴⁷ ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental* cit., pág. 231.

²⁴⁸ O dever de que vimos falando, por parte do progenitor guardião, é algo cada vez mais reconhecido e tratado jurisprudencialmente, podendo a respectiva inobservância em relação ao mesmo, como já se referiu, gerar responsabilidade civil e penal. Informa JOËLLE LONG que, segundo a consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por si citada, também os Estados devem criar as condições (designadamente junto dos respectivos serviços sociais e de acompanhamento psicológico) para que exista entre as partes envolvidas (progenitores e menor) uma efectiva colaboração tendente ao exercício do direito de visita, assim removendo as dificuldades que a cada passo possam surgir (“Strasburgo condanna l’Italia...” cit., págs. 782 e 783).

ma *prática*²⁴⁹. Inexistindo fundamento para que, também por esta via, se advogue a inconstitucionalidade da referida norma por uma suposta “responsabilização da mãe pelo comportamento de outrem”.

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

6.1. Já dissemos que subjacente à opção legislativa contida no n.º 2 do art. 249º do CP terá estado o respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos, isto é, o menor dotado de alguma maturidade. Importa agora notar que a perscrutação, *em concreto*, de tal maturidade – do *querer e entender* da criança ou adolescente – será algo de decisivo para efeitos de uma eventual integração da conduta na previsão desta nova norma. Todavia, entramos em um domínio cuja essência pode ser difícil de apreender ou perceber pelo julgador. As dificuldades prendem-se com a resposta a dar à seguinte questão: o que, em cada hipótese, terá verdadeiramente querido o menor de idade superior a 12 anos?

O risco da não perscrutação da *efectiva* vontade da criança ou adolescente será, porventura, o de assim acabar por se contribuir para a legitimação do tratamento (injustificadamente) mais *benigno* de condutas cuja gravidade real é superior à sugerida pela sua estrita aparência...

Expliquemos.

O conceito de “síndrome de alienação parental” resultou da laboração científica do médico norte-americano RICHARD GARDNER, nas décadas de setenta, oitenta e noventa do século XX²⁵⁰, ganhando uma ampla divulgação (sobretudo) no continente americano e

²⁴⁹ Embora a propósito da previsão do art. 227º/n.º 5 do *Code Pénal*, relativa à *non-représentation d'enfant mineur*, JEAN LARGUIER e ANNE-MARIE LARGUIER citam alguma jurisprudência francesa e dizem que «un problème délicat en la matière est celui de la *résistance de l'enfant* à aller chez la personne ayant un droit de visite. La personne investie du droit de garde (...), ou même une autre personne, si elle a l'autorité suffisante pour obliger l'enfant à déférer au droit de visite, ne peuvent pas se borner à constater ce refus, mais doivent *vaincre cette résistance*, sauf circonstances exceptionnelles (...)» (*Droit Pénal Spécial*, 9^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1996, págs. 237 e 238, com itálicos dos AUTORES). No mesmo sentido, HERVÉ PELLETIER e JEAN PERFETTI, *Code Pénal*, 15^eème édition, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2003, pág.197.

²⁵⁰ Laboração que ainda hoje é alvo de muitas críticas. Assim, CAROL BRUCH refere que o conceito de “síndrome de alienação parental” carece de base científica, não sendo mais do que o produto de uma *pseudo science* destinada a influenciar «(...) custody cases in ways that are likely to harm children» (“Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong in child custody cases”, *Family Law Quarterly*, volume 35,

européu, com especial incidência (e entre outros países) nos Estados Unidos da América, Brasil²⁵¹, Reino Unido, Itália, Espanha e Portugal.

Situando-se, as mais das vezes, em um contexto de conflito e disputa dos progenitores pela guarda dos filhos, a “síndrome de alienação parental” – tal como RICHARD GARDNER a teorizou²⁵² – parte da ideia de um conjunto de manifestações adversas, de cariz difamatório e injustificado, por parte do filho relativamente a um dos pais (progenitor alienado), manifestações essas que são o resultado de um verdadeiro *brain wash* da criança ou adolescente, levado a cabo pelo outro progenitor (progenitor alienador).

Nas palavras de JOSÉ MANUEL AGUILAR, a “síndrome de alienação parental” constitui «(...) um distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objectivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até a

n.º 3, 2001, págs. 527 a 530). Entre nós, MARIA CLARA SOTTOMAYOR dirige as críticas até mesmo à valia e honestidade intelectual do autor da apontada doutrina, que acusa de se ter aproveitado «(...) do prestígio desta instituição universitária» (Universidade de Columbia, Estados Unidos da América) «para conferir ao seu trabalho, nas editoras e revistas em que publicou artigos, um reconhecimento académico que, de facto, não tinha, e para se apresentar, diante dos tribunais, como um especialista», acrescentando, de modo arrasador e apodíctico, que as teses de RICHARD GARDNER têm uma origem sexista e pró-pedófila e que, como tal, não merecem qualquer consideração (“Uma análise crítica...” cit., págs. 75 e 83 a 85).

²⁵¹ No Brasil, a recente L. n.º 12.318, de 26/8/2010 dispõe precisamente sobre a alienação parental, que define, no seu art. 2º, como «(...) a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este», mais enunciando, no parágrafo único do mesmo art. 2º, hipóteses de actos que define como de alienação parental (praticados directamente ou com auxílio de terceiros); em todo o caso, serão também «(...) formas exemplificativas de alienação parental (...)» os actos «(...) assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia (...)». Por considerar que «a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda» (art. 3º), o referido diploma tenta, acima de tudo (mediante uma providência processual prioritária e urgente para o efeito) garantir medidas provisórias para a «(...) preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se necessário» (art. 4º).

²⁵² RICHARD GARDNER, “Recent trends in divorce and custody litigation”, *Academy Forum*, n.º 29 (2), págs. 3 a 7.

tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se da sua condição»²⁵³. Integrante da campanha difamatória acaba também por ser, e mercê do aludido *brainwash* da autoria do progenitor alienador, o contributo que a partir de dado momento a própria criança fornece, podendo até estender a denegrição do progenitor alienado a tudo o que a este último diz respeito (*maxime*, aos seus vínculos familiares mais alargados)²⁵⁴.

Não se escamoteará a polémica e acesa diferença de opiniões *que* a categoria em causa sempre gerou na comunidade científica, atenta a questão de saber se a “síndrome de alienação parental” traduzirá uma verdadeira patologia médico-psiquiátrica ou psicológica²⁵⁵ ou se, diversamente, deverá ser entendida como uma categoria normativa, utilizada a proveito dos juristas (ainda que servindo-se de uma “roupagem” com aparente eco no universo científico²⁵⁶).

²⁵³ *Síndrome de Alienação Parental. Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, tradução portuguesa do original em língua castelhana por EDUARDO DOS SANTOS, Caleidoscópio, Lisboa, 2008, pág. 33.

²⁵⁴ Para os n.ºs I e VI do parágrafo único do art. 2º da dita L n.º 12.318, de 26/8/2010, a «(...) campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade» ou a apresentação de «(...) falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente» constituem formas exemplificativas de alienação parental.

²⁵⁵ Para JOSÉ MANUEL AGUILAR, a “síndrome de alienação parental” constitui «(...) um mau trato infantil cujas estratégias subtis, o seu apoio em crenças socialmente aceites e o seu desenvolvimento na intimidade do lar tornam difícil a sua detecção e abordagem» (*Síndrome de Alienação Parental...* cit., pág. 25). Já EDUARDO SÁ, sendo claro na opinião de que a alienação parental não é uma doença, sustenta, no entanto, ter-se transportado da «(...) Saúde para a Justiça o formato de classificação das doenças, tentando que os acontecimentos relacionados com a responsabilidade parental possam estar mais enquadrados e que a sua compreensão torne mais eficaz a respectiva resolução», acabando por concluir no sentido de que através da alienação parental «(...) uma criança é maltratada por um dos pais e maltrata o outro» (EDUARDO SÁ e FERNANDO SIVA, *Alienação Parental*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 152 e 154).

²⁵⁶ O universo médico de que falamos não abarcou nunca, no entanto, qualquer reconhecimento da “síndrome de alienação parental” enquanto doença do foro psiquiátrico ou psicológico: com efeito, e não obstante a discordância de alguns especialistas da área da saúde mental, as listas internacionais de doenças definidas pela Organização Mundial de Saúde (a chamada Classificação Internacional de Doenças – I.C.D.-10) e pela Associação Americana de Psiquiatria (*Classificação do Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais – D.S.M.-IV*, tradução portuguesa, 4ª edição, Climepsi Editores, Lisboa, 1996), só para citarmos duas das entidades mais importantes na área, não se referem a tal categoria, facto que, aliás, integra alguns dos argumentos segundo os quais a “síndrome de alienação parental” mais não é do que um constructo sociológico que pode, todavia, ter utilidade pragmática em contexto judicial e clínico (neste sentido, cfr. PEDRO CINTRA, MANUEL SALAVESSA, BRUNO PEREIRA, MAGDA JORGE e FERNANDO VIEIRA, “Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?”, *Julgar*, n.º 7, págs. 202 e 203).

Não é este, todavia, o *punctum crucis* do problema para quem, como nós, pensar que, independentemente da sua “pureza” médico-psiquiátrica ou psicológica, o conceito revela a riqueza heurística bastante para permitir a apreensão de uma inegável realidade: a do relacionamento entre progenitores e filhos (e, obviamente, dos progenitores entre si), nos contextos pós-conjugais ou pós-maritais marcados por dissensos e conflitos mais ou menos ostensivos²⁵⁷. Dito de outra forma, a “alienação parental” (e empregue-se esta expressão ou outra²⁵⁸ que cause menos pruridos científicos aos seus detractores), podendo não ter os foros de evidência generalizada pretendida pelo seu doutrinador e respectivos sequazes, sempre traduzirá algo que existe em situações de total desnorte e desrespeito entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros de facto. «As crianças são aqui um objecto de arremesso. Quando já nada resta para se lançar à cabeça do outro, recorre-se a elas»²⁵⁹.

Não se nega a existência de casos nos quais as acusações veiculadas pela criança quanto a factos perpetrados por um dos progenitores (*maxime*, o progenitor “afastado”) traduzem o resultado de uma experiência traumática e verdadeira sofrida pelo queixoso (não se olvidando, por exemplo, o complexo e infelizmente actuante mundo da perpetração dos crimes de cariz sexual no seio da própria família²⁶⁰). Simplesmente, se ocorrem situações em

²⁵⁷ A questão não estará em utilizar a tese da alienação parental como uma fonte de «(...) soluções fáceis e lineares para resolver problemas complexos, simplificando o processo de decisão, nos casos geradores de mais angústia para quem tem a responsabilidade de decidir» (MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica...” cit., pág. 75). O ponto não estará, de todo – repete-se –, na adopção de semelhante atitude. Estará, diversamente, na aceitação das potenciais virtualidades auxiliadoras da percepção de realidades problemáticas que uma determinada tese pode comportar. Aliás, e como informa TERESA GARCÍA DE LEONARDO, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem seguindo mais recentemente a linha decisória de que o não reconhecimento, pelas entidades estaduais (*maxime*, judiciais), da problemática e relevo da alienação parental e suas manifestações é susceptível de constituir uma violação dos interesses do progenitor “alienado” e do próprio filho (“Aplicación del derecho...” cit., pág. 185).

²⁵⁸ Apenas “alienação parental” desenquadrada de qualquer síndrome, ou simplesmente “alienação infantil”, como entendem ser mais adequado JOAN KELLY e JANET JOHNSTON, que através desta designação pretendem focalizar a análise na criança “alienada” e não tanto no fenómeno da “alienação parental” (uma criança alienada, enunciam, é aquela que expressa, de modo aparentemente livre e persistente, opiniões e sentimentos irrazoáveis, negativos – raiva, desprezo ou, ao invés, medo – e desproporcionados perante a experiência e o reduzido contacto que têm com o progenitor visado) – “The alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome”, *Family Court Review*, n.º 39 (3), pág. 250.

²⁵⁹ JOSÉ MANUEL AGUILAR, *Síndrome de Alienação Parental...* cit., pág. 30.

²⁶⁰ A propósito, cfr. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 9 e 10, e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA,

que as queixas e denúncias assumidas pelo menor têm na sua origem algo de verdadeiro²⁶¹, ou em que a sua recusa à relação com um dos progenitores é uma reacção “normal” ao divórcio²⁶², a experiência forense (nacional estrangeira) é também pródiga a demonstrar-nos que em alguns casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais a instrumentalização das crianças, por um dos progenitores, para o desenho de um quadro negativo das aptidões parentais do outro progenitor, surge como uma realidade insofismável²⁶³.

Parecendo-nos, em suma, que a consideração da chamada (síndrome de) “alienação parental” assume uma fecundidade operativa não desprezível no domínio das matérias jurídicas ligadas aos conflitos familiares envolvendo crianças. Com efeito, longe de se tratar de uma mera “arma de arremesso” à posição das progenitoras que têm os filhos menores a seu cargo²⁶⁴, permitirá uma mais adequada percepção do enquadramento fáctico-jurídico que haja a fazer das realidades em questão²⁶⁵.

“Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19 (2009), fascículo 1º, pág. 109.

²⁶¹ Casos em que, e estando em causa a notícia da eventual prática de crimes sexuais contra menores, o cariz maioritariamente público dos ilícitos (arts. 171º e ss., *maxime* art. 178º, do CP) fará desencadear (caso tal ainda não tenha ocorrido) o correspondente procedimento criminal pelo Ministério Público (art. 48º do CPP).

²⁶² MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica...” cit., pág. 74.

²⁶³ Sobre o aspecto apontado no texto, no domínio das acções de regulação do exercício das responsabilidades parentais, FILIPA RAMOS DE CARVALHO, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 72 a 78. No mesmo sentido, cfr. ainda, com interesse, GIOVANNI MANERA, “Osservazioni sull’esclusione del diritto di visita del genitore non affidatario qualora il figlio adolescente nutra sentimenti di profonda avversione o repulsa nei suoi confronti”, *Giustizia Civile*, volume XLVIII, n.º 5, 1998, pág. 1299, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/1/2010, disponível em www.dgsi.pt, podendo ver-se uma crítica aos fundamentos deste aresto em MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica...” cit., págs. 98 e 99.

²⁶⁴ Como parece entender MARIA CLARA SOTTOMAYOR (“Uma análise crítica...” cit., págs. 85 a 89).

²⁶⁵ Na expressão de EDUARDO SÁ – na qual nos revemos inteiramente –, o conceito de “alienação parental” impôs-se «(...) na opinião pública, muito porque acabou por sintetizar aquilo que se foi observando no dia-a-dia dos tribunais, a propósito de algumas situações de responsabilidade parental. Poder-se-ia questionar – muito bem – a sustentabilidade do conceito em si mesmo (...). E poder-se-á fazer referência a algumas noções que GARDNER, o autor do conceito, terá proferido, muitas delas com um conteúdo grave ou questionável. Mas não as utilizemos com o propósito sibilino de tentar esvaziar a noção como se a realidade dos tribunais não encontrasse nela qualquer espécie de expressão» (*Alienação Parental* cit., pág. 153).

6.2. Ora, como poderemos adoptar a atitude hermenêutica acabada de referir na análise do eventual campo de aplicação da norma do n.º 2 do art. 249º do CP?

Desde logo, sendo especialmente exigente na percepção das reais motivações do agente que pratica um facto *a priori* integrável na alínea c) do n.º 1 do mesmo art. 249º. E tal exigência levará a que se pergunte: a vontade do menor que (aparentemente) condicionou ou determinou o facto praticado pelo seu progenitor será ou não, ela própria, o resultado de um condicionamento intelectual-volitivo previamente provocado por aquele mesmo progenitor? Por outras palavras (e assumindo nós a deliberada imperfeição da comparação): terá sido ou não o facto (de incumprimento) praticado pelo progenitor como que o resultado de algo comparável a uma “acção livre na sua causa”²⁶⁶? Estaremos perante o resultado de um processo – querido e intencional na respectiva génese – de “alienação parental” desenvolvido ao longo dos tempos pelo progenitor “alienador” junto do seu filho, até criar e induzir neste a “vontade” de que tal progenitor praticasse algum dos comportamentos subsumíveis ao n.º 1-c) do art. 249º do CP?

Depois, importa notar que, na sua pureza, o normativo do n.º 2 do citado art. 249º do CP não põe em causa a qualificação do progenitor como *autor*, com todas as consequências dogmático-legais (e práticas) daí advenientes (art. 26º do CP)²⁶⁷. Mesmo nas situações em que não se verifica qualquer episódio de “alienação parental”, a circunstância de a conduta do agente ter sido condicionada pelo respeito da vontade do menor com idade superior a 12 anos não o liberta de um juízo de imputação objectiva e subjectiva quanto à autoria dolosa do facto praticado: apesar de *condicionado*, não foi o dolo do progenitor inexoravelmente *cerceado* pela *voluntas* da criança. Apenas considera a lei, nos termos já atrás expostos, ter a intensidade do *dolus* sofrido como que um “esbatimento” revelador de uma menor

²⁶⁶ Obviamente que não lidamos aqui com a ideia técnico-jurídica inerente a uma *actio libera in causa* no seu sentido preciso, tal como se desprende do art. 20º/n.º 4 do CP, visto que o agente não se coloca a si mesmo em um estado de anomalia psíquica para então praticar o facto ilícito. Não obstante, repete-se, a imperfeição da comparação, apenas se pretende reforçar a característica – de algum modo aparentada com o início de uma *actio libera in causa* – da culpabilidade *adiantada* do progenitor “alienador”, em relação à prática do facto posterior supostamente condicionado pela vontade do menor (sobre os fundamentos da punibilidade da *actio libera in causa* na base de uma culpabilidade *adiantada*, cfr., em tese, MARIA DEL MAR PITA, *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 30 e 31).

²⁶⁷ Para uma panorâmica dos fundamentos estruturais do conceito geral de autor e a sua articulação com a chamada *teoria do domínio do facto*, CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, tradução espanhola da 6ª edição alemã por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS e JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 127 e ss., especialmente 150 e ss..

necessidade de censura ético-jurídica. Em uma breve expressão: o facto, sendo desvalioso e ofensivo do bem jurídico protegido pelo tipo, não o é em medida equivalente à do agente que pratica semelhante facto sem a condicionante do respeito pela vontade do menor.

Pois bem, os casos de “alienação parental” revelarão algo que poderá cair na matéria da *imputação, tout court, ao agente* do facto subsumível à previsão do n.º 1-c) do art. 249º do CP, ou seja, do absoluto e doloso controlo, pelo progenitor, de todo o contexto e de todas as condicionantes da prática daquele comportamento. Não estará agora em causa, apenas, a questão do controlo material do facto (um dos critérios a ter em conta para a imputação a título de autoria), mas também a possibilidade de afirmar-se que «(...) el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*»²⁶⁸, pois que a conduta típica perpetrada não foi verdadeiramente condicionada pelo respeito por uma hipotética vontade do menor de idade superior a 12 anos.

Em síntese, pensamos que a cláusula prevista no n.º 2 do art. 249º do CP não poderá valer para os casos em que o julgador alcance a conclusão de que o facto praticado pelo agente – em aparente respeito pela vontade do menor – nada mais foi que o culminar de um processo, criado pelo próprio progenitor, de progressiva “alienação parental” do seu filho²⁶⁹.

²⁶⁸ A expressão é de SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* cit., pág. 376 (com itálicos do AUTOR).

²⁶⁹ Utilizemos, a propósito, as certas palavras de JOSÉ MANUEL AGUILAR, em parte retiradas da sua própria experiência de psicólogo clínico e forense: «as condutas expressas» dos progenitores alienadores «costumam iniciar-se com as interferências entre o filho e o progenitor – não passar o telefone aos filhos – assim como dos contactos físicos – chegar tarde às visitas, inventar doenças, compromissos, esquecimentos, *etc.* Estas interferências vão-se alargando a várias áreas – não informar o outro progenitor de actividades relevantes no desenvolvimento evolutivo dos filhos, sejam actividades escolares, actividades culturais, encontros desportivos em que participem –, incidindo em maior profundidade e relevância emocional – interceptam o correio e as encomendas do progenitor e da família alargada por ocasião do aniversário, da primeira comunhão, *etc.* Posteriormente, começa a suplantam o papel do outro progenitor – apresentando o seu novo cônjuge aos filhos como o seu novo pai ou mãe –, ao mesmo tempo que inicia a campanha de desvalorização, injúrias e ataques a este diante dos filhos. É nesta linha que continuam, aumentando de intensidade e alargando-se, os objectivos dos seus ataques – desvalorizando e insultando o novo cônjuge do outro progenitor –, enquanto prosseguem o isolamento do menor mediante o entorpecimento dos contactos – impedindo que o outro progenitor exerça o seu direito de visita –, assim como evitando que intervenha na sua vida – “esquece-se” de o informar de consultas importantes dos filhos no dentista, no médico, no psicólogo, *etc.* No seu desejo de expulsar o progenitor alienado da vida do filho, atinge novas áreas como a académica – impedindo que tenha acesso ao seu processo e ao conhecimento do seu percurso escolar – ou as próprias acções levadas a cabo no lar do progenitor alienado – diz aos seus filhos que as roupas que o outro progenitor lhe comprou são feias e não as deixa vesti-las. (...) Quando o processo de alienação permite provocar a autonomia de pensamento nos menores, os progenitores negam que possam fazer seja o que for para mudar as decisões dos filhos, dando frequentemente uma imagem de impotência

Nestas últimas hipóteses²⁷⁰, diremos até que a conduta [desde que obviamente cabida na previsão típica do n.º 1-c) do art. 249º do CP] revela uma atitude intelectual e volitiva especialmente “requintada” do ponto de vista do dolo²⁷¹.

perante o observador. Subtilmente, apoiam-nos na recusa do outro progenitor, consentindo as suas expressões injuriosas. Por outro lado, permitem que escolham se querem ou não ir às visitas, dando-lhes direitos e responsabilidades que não são apropriados à sua idade. Para reforçar a campanha, introduzem-nos no processo legal, informando-os pormenorizadamente de todos os desenvolvimentos, enquanto recriminam os esforços económicos e emocionais que o outro progenitor realiza para conseguir ver os seus filhos, assim como os que ele se vê obrigado a fazer» (*Síndrome de Alienação Parental...* cit., págs. 117 e 118).

²⁷⁰ Não negaremos a delicadeza que, em concreto contexto judiciário, tais situações sempre serão aptas a revelar, desde logo para um sensato, ponderado e sensível exercício judicativo-decisório, empenhado em alcançar a verdade material do caso mas sem contribuir para o aumento dos danos psíquicos e emocionais dimanados pela “alienação parental”. Assim, cremos que, rodeando-se dos instrumentos probatórios cujo conhecimento, «(...) oficiosamente ou a requerimento, se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa» (art. 340º/n.º 1 do CPP.), o julgador ponderará, no que toca à inquirição do menor, da mobilização do regime próprio da protecção de testemunhas especialmente vulneráveis (sobretudo com a faculdade de prestação de um apoio psicológico efectivo – arts. 26º e 27º da L n.º 93/99, de 14/7; a propósito deste tipo de inquirição, embora em contexto de julgamento de crimes sexuais, cfr. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza...” cit. págs. 131 e 132). E ainda, se (*e só se*) tal se mostrar absolutamente decisivo, poder-se-á ordenar a eventual realização de exames periciais (arts. 151º e ss. do CPP.) tendentes à avaliação psicológica do menor e da sua “vontade” invocada como condicionante da conduta levada a cabo pelo arguido. Não deverá esquecer-se, a propósito, o valor previsto na lei processual penal para a prova pericial, que como princípio faz subtrair à livre apreciação do julgador as respectivas conclusões técnicas e exige do mesmo julgador a expressa fundamentação da sua eventual divergência em relação ao juízo contido no parecer pericial – art. 163º/n.ºs 1 e 2 do CPP.). Não deixaremos, no entanto, de frisar uma vez mais a especialíssima cautela (a *prudentia*) que deverá nortear a actuação do julgador sobre a conveniência da realização de avaliações de natureza psicológica ao menor, sobretudo em face dos valores em confronto *in casu*, pois que, como bem nota EDUARDO SÁ, tal exposição de uma criança poderá servir, muitas vezes, «(...) para inquinar uma avaliação clínica com pesquisa de elementos de prova, mais do que a ajudar e a reconstruir os danos que derivam dum sofrimento violento e continuado» (*Alienação Parental* cit., pág. 149).

²⁷¹ Tudo o afirmado não deverá ser confundido com as situações (prática e dogmaticamente muito interessantes, aliás) nas quais o *executor directo* de um facto ilícito típico ou de um *autodaño* é um menor, não imputável em razão da idade (art. 19º CP), e o *domínio do facto*, em uma perspectiva objectiva e subjectiva, é assacável ao agente que se situa “atrás” (*maxime*, nas vestes de *autor mediato*) e controla a execução do facto materialmente levado a cabo por aquele menor (cfr., embora sobretudo focado nas hipóteses que se desprendem da lei penal alemã, CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho...* cit., págs. 263 a 267).

Capítulo IV

Análise crítica, à luz da ideia de bem jurídico, do crime de subtracção de menor, previsto no art. 249º/n.º 1-c) CP, na sua actual redacção

1. Os bens jurídicos enquanto referentes da existência e do sentido do direito

Aqui chegados, socorramo-nos de dois ou três conceitos básicos.

É comum a afirmação de que o direito existe onde ocorra uma simples relação intersubjectiva, isto é, onde duas ou mais pessoas se relacionam entre si, com a conflitualidade que dessa relação possa advir²⁷². Os homens carecem, então, de uma *ordem normativa* definidora da matriz ou critério de solução para os diversos problemas e conflitos que o seu relacionamento cria ou exponencia²⁷³.

Mas nem todos os conflitos humanos suscitam e demandam a intervenção do direito, o que significa, desde logo, que, sob pena de incorrer em uma insuportável *ingerenza* na mais recôndita individualidade de cada um, a ordem jurídica só estará legitimada a intervir na regulação (e, sendo tal possível, na prevenção e contenção) dos conflitos cuja potencialidade lesiva de interesses pessoais e comunitários assim justifique²⁷⁴.

²⁷² A propósito da conflitualidade interpessoal enquanto razão de ser conatural ao direito, e tudo o que ela convoca, não resistimos a transcrever a feliz passagem de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES a propósito da *condição mundanal do direito*: «(...) o mundo é um e nós, os homens nele, somos muitos. (...) Esta condição básica, (...) pela qual a pluralidade dos homens se depara na unicidade do mundo, fez decerto com que os homens, ao comungarem assim o mesmo mundo, o comunguem num duplo sentido: *com* os outros e *através* dos outros. Este último ponto, porque, interferindo todos na habitação do mesmo mundo, só o poderemos cada um de nós usufruir pela *mediação* dos outros – mediação negativa ou de obstáculo, mediação positiva ou de conjugação e associação. De qualquer modo, numa correlatividade de situações e comportamentos que é verdadeiramente (...) a *intersubjectividade*. E sendo-o, isto significa, em consequência, que a condição mundanal se converte sempre numa *condição social* – quer dizer, os homens só podem existir, e existir coexistindo, por uma básica mediação social a organizar» (“O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 297).

²⁷³ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...* cit., pág. 12.

²⁷⁴ Pense-se, por exemplo, e no ordenamento positivo português, na norma – já atrás falada – do art. 70º do CC, que consagra a tutela geral da personalidade humana, impondo a protecção dos indivíduos contra quaisquer ofensas ilícitas à sua personalidade física ou moral. É inequívoco que no âmbito da tutela civil da

Ora, os chamados bens jurídicos²⁷⁵ traduzem o conjunto de interesses tidos por comunitariamente valiosos (*rectius*, imprescindíveis) à manutenção e prossecução da sociedade como tal organizada; por isso mesmo se percebe a seguinte definição, lapidar, enunciada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: será bem jurídico a «(...) expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso»²⁷⁶.

Depois (e isto é algo de absolutamente intuitivo), nem *todos* os conflitos justificam a intervenção de *todo* o direito. Com efeito, não é todo e qualquer litígio que, *de per se* (e apenas por o ser), reclama a ordem jurídica no seu conjunto.

Poderemos dizer, aliás, que as diferentes dimensões do direito denotam, com clareza, a múltipla e diversificada relevância dos conflitos humanos, na sua específica danosidade social: consoante a situação relacional que tenhamos em presença, assim perceberemos que a mesma põe em causa certos e específicos bens jurídicos (e não quaisquer outros).

2. A autonomia intencional do direito penal

2.1. De entre as várias manifestações do direito tendentes à regulação das relações humanas, a ordem jurídico-penal é, sem dúvida alguma, das que suscita maiores especificidades.

personalidade física e moral a liberdade é uma das dimensões mais lídimas dessa mesma personalidade, devendo ser entendida, além do mais, como o poder de autodeterminação da pessoa no confronto com a sua própria mundividência interior e, sobretudo, na relação com os outros. A liberdade (e isso mesmo decorre até da consagração constitucional de tal direito – art. 27º/n.º 1 da CRP) não pode senão supor, por um lado, o direito à liberdade física e de movimentos, e, por outro lado, uma efectiva e real liberdade de decisão e de acção pessoal. É, aliás, este último aspecto (liberdade de decisão e de acção) que permite a cada um de nós a expressão e interacção com os outros de igual para igual, sem “auto-menorizações” interiores, reconhecendo e promovendo o direito essa mesma liberdade individual como algo de comunitariamente inestimável.

²⁷⁵ A propósito do início e do subsequente triunfo do conceito de bem jurídico em sentido doutrinal e político-criminal – e em cujo percurso são incontornáveis os nomes de BINDING e BIRNBAUM –, e as diversas construções em torno de tal categoria, *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 37 a 133, e JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142º, págs. 160 a 162.

²⁷⁶ *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., pág. 114.

Porquê?

Porque, muito simplesmente, lida com os valores radicados no património ético-axiológico mais fundo e precioso de cada comunidade. A refração penal de todo um conjunto de factos e comportamentos revela-nos a importância que determinados valores encerram para cada comunidade civilizacional como tal estruturada²⁷⁷.

Nesta linha de ideias, poderemos afirmar, com SANTIAGO MIR PUIG, que a conversão de um bem jurídico em bem jurídico-penal depende do preenchimento de duas condições essenciais: 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 do todo social; depois, e intimamente ligada à primeira condição, importará que se divise no bem jurídico a chamada necessidade ou carência de tutela penal²⁷⁸.

Intuímos, assim, as características “etiológicas” fundamentais do direito penal enquanto entidade normativa plena de racionalidade e sentido, e que habitualmente são apontadas pelas marcas da subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio* interventora²⁷⁹. Marcas – todas elas – confluindo para o postulado de que a ordem penal só poderá ser chamada a intervir na conflitualidade social quando as restantes dimensões do jurídico se mostrarem inadequadas ou insuficientes²⁸⁰. Ou seja, traduzindo o direito penal a face intimidatória e potencialmente mais intrusiva do Estado perante o “mundo individual” dos

²⁷⁷ Significativo, e “à cabeça”, é o (óbvio) relevo penal da vida humana (a propósito, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 114). Se a protecção deste bem primordial é uma das marcas indeléveis de qualquer sociedade pautada por valores de humanidade, respeito e dignidade, representa igualmente o fruto ou produto de uma longa mas sustentada sedimentação daquilo que constitui o património axiológico fundamental de uma comunidade em certo estágio da sua evolução, sendo o direito (e, *maxime*, o direito penal), assim, a intenção normativa que assimila esse mesmo património axiológico (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A revolução e o direito”, *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 56).

²⁷⁸ “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, pág. 209.

²⁷⁹ A propósito, e por todos, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., pág. 16, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal” cit., págs. 55 e 56, e SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal...* cit., págs. 117 a 119.

²⁸⁰ «Il principio di sussidiarità postula (...) che la pena venga utilizzata soltanto quando nessun altro strumento, sanzionatorio o non, sia in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace nei confronti di una determinata forma di aggressione» (GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3^{za} edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pág. 9).

cidadãos, apenas deverá intervir se e quando nenhum outro ramo do direito se mostrar bastante e capaz de o fazer em termos socialmente satisfatórios. O que nos conduz, depois – e perante a constatação de que os princípios e as normas penais são a “antecâmara” legitimadora do *ius puniendi* estadual –, a duas inescapáveis conclusões, bem sintetizadas por GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI: por um lado, a de que «(...) oltre che “meritata”, cioè “proporzionata” alla gravità del fatto, la pena deve dunque essere “necessaria” (...)»; por outro lado, a de que «(...) devono (...) rimanere estranee alla sfera del penalmente rilevante (...) le “bagatelle” (...)»²⁸¹.

Tudo nos mostrando, em suma, que o direito penal não intervém senão para proteger bens jurídicos fundamentais – sendo essa a sua primeira justificação legitimadora – e se o conflito (ou ameaça de conflito) for grave o bastante e corresponder a uma necessidade ético-social efectiva, isto é, a uma necessidade intrínseca à própria salvaguarda do livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade²⁸².

2.2. Desembocamos, agora, e de forma natural, nas relações entre a Constituição e o direito penal.

Pela eleição que faz dos princípios estruturantes da ética de percepção da pessoa enquanto entidade *a se* e dos direitos que por esse facto lhe inerem, pelas linhas programáticas essenciais que traça quanto à organização política, administrativa e jurisdicional de uma nação (e equilíbrio de forças entre os correspondentes poderes), pelas regras e limites que estabelece a propósito da sua própria revisão, a Constituição emerge como uma realidade primordial na definição do cariz de um Estado.

E se o acabado de afirmar vale, em termos gerais, para qualquer Estado como tal organizado, assume um especial relevo quando lidamos com um Estado de Direito democrático (pressuposto das presentes linhas, como já se percebeu), no qual a Constituição consagra e reúne em si (para além do mais) o repositório essencial da ordem de valores informadora (e enformadora) das posteriores emanações normativas que, ao nível do concreto, regularão a vida social. Efectivamente, o modo de perceber uma democracia passará, sempre, pelo universo axiológico constitucional do qual decorrem, depois, ao nível da

²⁸¹ *Manuale di Diritto Penale* cit., pág. 9.

²⁸² A propósito, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2 (1992), fascículo 2º, págs. 178 a 182.

legislação ordinária, as mais diversas manifestações estaduais de estruturação normativa do convívio social.

As notas acabadas de expor permitem alcançar um outro (relevantíssimo) aspecto, qual seja, o de que a fundamentação dos bens jurídico-penalmente protegidos terá de ser buscada, antes do mais, no património axiológico-normativo mais lídimo do Estado, o mesmo é dizer, na sua ordem constitucional de valores. Nas palavras de FRANCESCO PALAZZO, é em uma relação de verdadeira *compenetração* que «(...) o sistema de delitos e de penas (...)» vem «(...) a ser a materialização penalista da ordem constitucional, numa relação, pois, de substancial unidade ou de “monismo” sistemático entre Constituição e direito penal, na medida em que reflectem uma mesma ordem de valores fundamentais»²⁸³.

Portanto, se a Constituição consagra e reúne em si o repositório essencial da consciência ética²⁸⁴ da comunidade social, tudo o que importe a protecção e promoção dos valores assumidos por tal consciência ética, bem como, de outro modo, a compressão e limitação de direitos, liberdades e garantias em nome do normal direito estadual de punir (assim como a consequente actividade hermenêutico-interpretativa e aplicadora da lei penal), terá de buscar a respectiva legitimação nessa mesma ordem jurídico-constitucional.

E percebe-se bem porquê.

Representando a expressão de uma determinada axiologia organizacional da sociedade, a Constituição parte também (*et pour cause*) de uma específica visão ética (que não necessariamente “moral”) da pessoa humana e do seu papel no todo social.

Pelo que – e como já no século XVIII defendia, de um modo clarividente, CESARE BECCARIA²⁸⁵ –, a legitimidade interventiva do direito penal entronca, de modo decisivo, não

²⁸³ “Direito penal e Constituição na experiência italiana”, tradução portuguesa do original italiano por MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9 (1999), fascículo 1º, pág. 31.

²⁸⁴ Da consciência axiológico-jurídica, na emblemática expressão de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES (“A justiça e o direito”, *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 282).

²⁸⁵ É inestimável a importância da obra de CESARE BECCARIA para o lançamento das bases humanistas e simultaneamente não “metafísicas” nem “moralistas” dos sistemas penais próprios dos Estados que promovem o livre desenvolvimento ético do indivíduo em um contexto de convivência (e subsistência) social. Partindo da asserção de que a soberania de uma nação é a soma de todas as parcelas de *liberdade individual* sacrificadas ao bem de cada um em prol da segurança e tranquilidade colectivas, sustenta que as penas são os argumentos *necessários* (e apenas *necessários*) à dissuasão do espírito despótico dos homens. «Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a

em algo que se justifique por si mesmo e em si mesmo (em um imperativo categórico racional, de cariz kantiano²⁸⁶), mas sim na estrita necessidade de protecção dos direitos subjectivos das pessoas e da subsistência da própria sociedade, fruto do “contrato social” (sobre o qual JEAN-JACQUES ROUSSEAU estabeleceu as bases teóricas essenciais²⁸⁷) tido como o meio menos “imperfeito” de garantia de realização e desenvolvimento da personalidade humana.

Consequentemente, o legislador penal não é (nem pode ser) “livre” de criminalizar os comportamentos que bem entender, antes devendo sempre conformar a sua actividade (e sob pena de um perigoso *enforcement*) ao universo axiológico transmitido pela Constituição do Estado, seu referente material legitimador. Assim se obtendo, de uma forma efectiva, aquilo que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS designa de «(...) princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal»²⁸⁸.

Tudo gira em torno da ideia, novamente expressa por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, segundo a qual «é exacto ser no sistema social como um todo – de qualquer modo: nele incluído o Homem e o seu “sistema pessoal” – que deve ver-se em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo *directo* a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para a alcançar só se depara quando se toma em conta que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em *bens jurídicos dignos de tutela penal* (em *bens jurídico-penais*) através da “ordenação” axiológico-constitucional»²⁸⁹.

segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súbditos» (*Dos Delitos e das Penas*, 2ª edição, tradução do italiano para língua portuguesa por JOSÉ DE FARIA COSTA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, págs. 63 e 64).

²⁸⁶ A propósito do imperativo categórico IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução do original em língua alemã por PAULO QUINTELA, Edições 70, Lisboa, 1995, pág. 59.

²⁸⁷ *O Contrato Social*, tradução do original em língua francesa por MANUEL JOÃO PIRES, Círculo de Leitores, Lisboa, 2008, págs. 101 e ss..

²⁸⁸ *Direito Penal Português. Parte Geral II...* cit., pág. 72. Tal princípio – habitualmente apelidado de princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico” –, de cariz não escrito, orientará depois o próprio intérprete da Constituição na tarefa de aferição, nas leis penais, da pretendida congruência ou analogia substancial com a Lei Fundamental (a propósito, MARIA JOÃO ANTUNES, “Problemática penal do Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 19, volume 92, 2011, págs. 17 a 21).

²⁸⁹ *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., pág. 114 (com itálicos do AUTOR), e, ainda sobre o referente constitucional a que a ordem legal dos bens jurídico-penais vai buscar a sua primeira e essencial legitimação, ou seja, a chamada *perspectiva jurídico-constitucional do bem jurídico*, cfr. *Direito Penal Português. Parte Geral II...* cit., págs. 83 e 84, e GIOVANNI FIANDACA, “Il ‘bene giuridico’ come problema

Mas a legitimação material do direito penal espraia-se ainda de um outro – e decisivo – modo, pois, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, é a Constituição e a sua ordem axiológica de valores que «(...) define e demarca o horizonte em que há-de inscrever-se a política criminal, no contexto da nova *ciência global do direito penal*», não sendo «(...) legítima uma política criminal ao serviço de programas ou valores transcendentais à livre realização do homem em sociedade e ao universo de programas e valores constitucionalmente reconhecidos e propostos»²⁹⁰ nem, tão-pouco, que importe atentados (sejam de que tipo forem) à *dignidade humana*.

Mal se compreenderia, pois (a não ser que assumíssemos a lógica totalitária de um direito penal enquanto mero instrumento de “terror estadual”²⁹¹, de um verdadeiro *ius terribile*²⁹²), que sem a estruturação ética decorrente dos valores constitucionalmente garantidos – com a força própria que a aplicabilidade directa das normas constitucionais lhes confere (cfr. entre nós, o n.º 1 do art. 18º da CRP)²⁹³ – o legislador pretendesse exercer o *ius puniendi* a partir de uma ordenação penal definida ao sabor de interesses e conveniências de cariz estratégico-político meramente conjuntural²⁹⁴.

Se, em suma, o direito penal configura uma clara intrusão e limitação ao normal poder de autodeterminação do cidadão, é mister que o faça, pois, devidamente legitimado por uma ideia de justiça, verdade e respeito pela dignidade da pessoa, segundo uma preocupação de proporcionalidade e estrita necessidade, e sempre nos casos expressamente previstos na Lei Fundamental (n.º 2 do citado art. 18º da CRP). Enfim, segundo tudo o que representa o irrefragável apanágio de um autêntico Estado de Direito democrático²⁹⁵.

teorico e come criterio di politica criminale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXV, 1982, págs. 42 a 49.

²⁹⁰ “Constituição e legitimação do direito penal” cit., pág. 53, com itálicos do AUTOR.

²⁹¹ A propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A reforma do direito penal português...” cit., pág. 117.

²⁹² A expressão é de FRANCESCO PALAZZO (“Direito penal e Constituição...” cit., pág. 44).

²⁹³ Sobre a aplicabilidade directa das normas constitucionais e suas mais complexas manifestações, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 193 e ss..

²⁹⁴ Interesses e estratégias políticas meramente conjunturais que ao longo da história da humanidade conduziram, aliás, como nota ANGEL LATORRE, a “excessos atroz” no uso do poder punitivo do Estado (*Introdução ao Direito*, 5ª reimpressão, tradução portuguesa de MANUEL DE ALARCÃO, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 225).

²⁹⁵ As coisas tendem a ser, no entanto, um pouco mais complexas. Por um lado, porque, como refere JOSÉ DE FARIA COSTA, casos existem em que a própria juridicidade penal poderá assumir «(...) um carácter

Esta necessidade de legitimação material do direito penal pela ordem axiológico-constitucional é, segundo pensamos, algo de absolutamente essencial para o exacto enquadramento do nosso tema.

3. O novo crime de subtracção de menor, especialmente na hipótese contida na alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP, à luz da ideia de bem jurídico

3.1. Desçamos novamente ao domínio concreto da norma contida no art. 249º do CP.

Fazendo-o, e ponderando todos os resultados das nossas investigações no presente estudo, parece-nos que a previsão das alíneas a) e b) do n.º 1 do apontado art. 249º (intocadas pela reforma de 2008) continuou a ter a sustentá-la a necessidade de, em primeira linha, proteger as responsabilidades parentais perante ofensas *exteriores* ao respectivo exercício, isto é, perpetradas pelos não vinculados pelo regime regulador de tal exercício²⁹⁶, e susceptíveis, pela sua gravidade, de pôr em causa a normalidade e, sobretudo, a *proximidade* existencial dos progenitores com o seu filho. Ou seja, manteve-se a noção de que o equilíbrio e o bem-estar da criança passam, antes do mais, pela necessidade de fomentar o efectivo respeito por tal proximidade existencial (e, portanto, fáctica) entre o menor e os que estão legitimados a exercer as respectivas responsabilidades parentais. Nessa perspectiva, o bem jurídico ínsito às alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 249º do CP como que se manteve, pois, o mesmo.

materialmente fundante ou constituinte, em situações excepcionais (...)» nas quais «(...) o legislador ordinário estará autorizado a transformar em bens jurídico-penais valores ou interesses que não encontram uma correspondência imediata ou directa no texto constitucional» (“O princípio da igualdade...” cit., pág. 284). O que não impede, todavia, que a aludida analogia axiológica substancial entre as duas ordens – constitucional e penal – deva sempre manter-se. Por outro lado, a chamada “sociedade do risco” contemporânea conduziu à cada vez mais evidente consagração de bens jurídicos colectivos e de cariz difuso, com a perda de uma referência protectiva directa à individualidade da pessoa, tornando especialmente relevante a questão dos limites axiológicos a observar na matéria (sobre o tema, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, n.º 99, 2012, págs. 38 e ss., e SUSANA AIRES DE SOUSA, “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n.º 86, 2010, págs. 231 e ss.).

²⁹⁶ Embora, em rigor, e como vimos, não seja impossível que um dos progenitores pratique facto susceptível de integração nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do art. 249º do CP.

3.2. Já a alteração da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP representou algo mais do que a mera “actualização” ditada pela mudança de um *nomem iuris* (de “poder paternal” para “responsabilidades parentais”).

A par de uma fortíssima ampliação do âmbito intencional (objectivo e subjectivo) do tipo legal, *et pour cause*, passou o apontado crime de subtracção de menor a ter o seu domínio privilegiado de aplicação nos conflitos pós-conjugais ou pós-maritais, essencialmente centrados na situação dos menores nascidos da união entre os sujeitos “contendores”²⁹⁷.

Logo, a busca do bem jurídico cristalizado no tipo da actual alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP – com tudo o que reforma de 2008 trouxe consigo em termos de perspectiva e enfoque do sentido e exercício das responsabilidades parentais – não poderá quedar-se pelos estritos termos e segundo os parâmetros enunciados para as alíneas a) e b) do mesmo preceito legal. Com efeito, a realidade não é exactamente a mesma e, como tal, o diagnóstico e a protecção (*maxime*, penal) dimanados pelo legislador não operam (não podem operar) também do mesmo modo na assunção hermenêutica que do texto (e espírito) legal se empreenda.

Verdadeiramente, o bem jurídico protegido pelo crime em causa é agora bem mais vasto e exigente do que a “mera” consideração da *potestas* inerente ao poder paternal ou tutela como algo a proteger (*a outrance*) de quaisquer possíveis “ataques exteriores” ao exercício desse mesmo poder pelo seu titular.

De facto, basta apreciar o enunciado formal do actual tipo do art. 249º/n.º 1-c) do CP para perceber que a incolumidade do exercício das responsabilidades parentais pelo titular da guarda (ou residência) do menor é apenas uma das virtualidades que o crime pretende proteger. Mas o essencial não é, a todas as luzes, isso.

O legislador, ciente da importância que os seus próprios princípios programáticos em matéria de responsabilidades parentais assumem, foi consequente com a sua preferência pela ideia de que o filho beneficie de um contacto e um relacionamento habituais e próximos com cada um dos progenitores (o que reside e o que não reside com a criança). E, portanto, percebeu que ao nível penal não poderia manter o mesmo estado de coisas manifestamente “inclinado” em favor do titular do direito de guarda ou de residência²⁹⁸.

²⁹⁷ Neste sentido, o Acórdão da Relação do Porto de 25/3/2010, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁸ O que consequentemente, e como já vimos, mexe não só com o recorte objectivo do tipo e a categoria dos agentes do facto criminoso mas, a montante, com a própria visão que se tenha do bem jurídico protegido pelo *tatbestand*.

Creemos que é, aliás, um dos aspectos mais inovadores (talvez mesmo revolucionários) trazidos pela L n.º 61/2008, de 31/10²⁹⁹: a percepção legal de que o superior interesse da criança não passa, sem mais e apenas, pela protecção penal dos poderes do guardião, mas se garante de modo mais substantivo e efectivo através da promoção de uma convivência próxima e profícua da criança com os outros directamente interessados nas responsabilidades parentais, *maxime*, ambos os progenitores. Se assim é, a chave que dimana idênticas e ponderosas obrigações para ambos os progenitores é a concreta decisão definidora do exercício das responsabilidades parentais (que, como se sabe, deve ter na sua base, sendo tal possível e exequível em concreto, o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro – art. 1905º/n.º 5 do CC).

Portanto, parece-nos que se o actual crime de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP tutela, antes do mais (e já atrás o dissemos), na expressão de ANDRÉ LAMAS LEITE, o «(...) *direito ao exercício sem entraves ilícitos dos conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais* e, de modo reflexo, o interesse do próprio menor no adimplemento de uma decisão que, nos termos da lei, surge – ou deve surgir – como aquela que melhor acautela esses interesses (...)»³⁰⁰, existe também uma determinada forma de percepção daquele mesmo exercício dos “conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais”.

O apontado exercício só poderá atender, em suma, à satisfação do interesse da criança ligado a uma convivência familiar próxima ou (ocorrendo o caso do actual art. 1907º do CC) com o ente a quem foi confiada, nos moldes definidos pela decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais e as obrigações daí decorrentes, em igual medida, para todos os vinculados (inclusivamente o guardião) por tal decisão. E parece pretender o tipo legal do art. 249º/n.º 1-c) do CP também, em uma segunda linha – e é a nossa opinião –, um indesmentível direito de “proximidade” efectiva dos progenitores (ou terceira entidade – art. 1907º do CC) relativamente ao menor, para assim se garantir a comunhão existencial almejada pela referida decisão reguladora das responsabilidades parentais. Negar esta última dimensão da matéria equivalerá, segundo pensamos, a não apreender toda a complexidade das relações visadas pelo regime instituído ou homologado judicialmente e o papel empenhado que cada vez mais o legislador pretende ver cometido *a cada um dos progenitores* da criança.

²⁹⁹ Se depois, na prática da vida forense, tal inovação virá a ter, ou não, a devida tradução no número de casos a apreciar e a julgar, essa será outra e bem diversa questão.

³⁰⁰ ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção de menor...” cit., pág. 116, com itálicos do AUTOR.

E, assim, não será despiciendo afirmar que o exercício, sem “mácula”, do essencial das responsabilidades parentais pelo progenitor com quem a criança reside habitualmente não constitui o único aspecto digno de protecção jurídico-penal: também a posição do progenitor não guardião passou a ser considerada uma dimensão absolutamente essencial do bom funcionamento do projecto existencial contido na decisão reguladora.

Por tudo isto não nos parece errada a afirmação de que, partindo da imperiosa necessidade de salvaguarda do interesse da criança em uma convivência familiar próxima com ambos os progenitores, o bem jurídico cristalizado pelo tipo legal do art. 249º/n.º 1-c) do CP é multi-estruturado e estende as suas manifestações relevantes à protecção das posições (jurídicas) daqueles mesmos progenitores.

4. Uma certa criminalização de afectos?

4.1. Já dissemos que sendo conseqüente com a perspectiva alargada (e renovada) que traçou do bem jurídico tutelado pelo crime, criou a lei, no art. 249º/n.º 1-c) do CP, uma figura típica que, sendo também ela alargada, não se revela, por causa disso, menos exigente (antes pelo contrário) para os efeitos do seu preenchimento, pois que reportada a uma área mais específica da subtracção de menor.

E a questão que neste momento importa discutir é a de saber se, perante a *concreta e específica* configuração típica acima traçada, o bem ou bens protegidos pela apontada figura de delito terão sentido e fundamentação em uma ordem jurídico-penal de cariz moderno e humanista como aquela por que Portugal se rege ou, ao invés, poderá estar em causa uma tomada de posição porventura tributária de um assomo algo “afectivo”. Tudo girará em torno de saber se a integralidade da previsão típica do art. 249º/n.º 1-c) do CP contempla comportamentos de indiscutível dignidade penal e, concomitantemente, carecidos de uma tutela penal efectiva³⁰¹, ou revelará algo de divergente em relação à dimensão de *ultima ratio* que deveria estar na base daquela intervenção legal.

³⁰¹ Dignidade penal e carência de tutela penal que, como vimos há pouco, constituirão o primeiro e mais relevante critério para, do ponto de vista teleológico-racional, se alcançar a legitimação material de um determinado tipo de crime e a conseqüente intenção político-criminal que lhe subjaz (retratando o diferente sucesso que em um e outro domínio – da dogmática penal e do discurso político-criminal – os conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal têm alcançado, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e

Creemos que a questão só agora poderá ser respondida, após o “esmiuçamento” que tentámos fazer sobre o *concreto* recorte típico em causa.

4.2. Uma das posições mais fortemente marcadas foi a protagonizada pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, a qual, referindo-se ao preceito por nós analisado, defendeu ser «(...) questionável a criminalização deste comportamento no domínio das relações familiares, por estigmatizar com a sanção penal comportamentos que não têm gravidade suficiente para constituir crime. Esta norma aumenta o conflito parental, pois, com prejuízo para a estabilidade da criança, os pais passam a ter ao seu dispor a ameaça de uma queixa-crime contra o outro. Como na maioria dos casos são as mulheres que têm a guarda dos filhos são elas que se encontram nesta situação de poderem ser perseguidas penalmente. Investigações conduzidas nos E.U.A. sobre as mulheres que recusam visitas ao progenitor masculino concluem que se trata de mulheres vítimas de violência doméstica, que querem proteger o(a)s filho(a)s de presenciarem condutas agressivas do pai para com a mãe, ou de serem ele(a)s próprio(a)s vítimas de violência. É uma contradição o poder legislativo proteger as mulheres vítimas de violência através da lei penal e processual penal, e depois esquecer que estas mulheres têm filhos e que aparecem nos processos de regulação das responsabilidades parentais e de incumprimento, porque recusam visitas ao agressor para protegerem a sua integridade física e psíquica e a dos seus filhos. A manter-se esta norma deve ser reduzida a pena de prisão e de multa para metade, tal como o crime de violação da obrigação de alimentos (art. 250º do CP). A diferente medida da pena nestes dois crimes constitui uma discriminação das mulheres em comparação com os homens, os principais autores do crime de violação da obrigação de alimentos e a que será aplicada uma pena inferior (art. 250º/n.ºs 1 e 2), mesmo que, por falta de assistência, ponham em perigo a saúde e a vida da criança»^{302 303}.

a ‘carência de tutela penal’...” cit., págs. 187 e ss.; em sentido substancialmente coincidente, SANTIAGO MIR PUIG, “Os limites do *ius puniendi*...” cit., págs. 209 a 215).

³⁰² Parecer cit. supra, nota 40.

³⁰³ Segundo JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, a propósito do art. 249º do CP anteriormente à redacção introduzida pela L. n.º 61/2008, de 31/10, poderia discutir-se a justificação da manutenção de tal tipo legal atendendo a que as condutas por ele previstas estariam amiúde – embora não sempre – abrangidas pela prática de outros crimes (*maxime* rapto, sequestro e contra a liberdade sexual, por exemplo). No entanto, a questão não parece ser colocada, pelo menos por este AUTOR, ao nível da *valia e dignidade intrínsecas*, de um ponto de vista penal, do bem jurídico protegido pelo tipo (*Comentário Conimbricense...* e tomo II cits., pág. 613). Nem tão pouco se colocou tal problema da *valia e dignidade penais intrínsecas* em sede de Comissão Revisora de 1993

Creemos que a opinião acabada de transcrever merece alguns (breves) comentários, sobretudo dirigidos à “mistura” que faz dos seus próprios focos argumentativos.

Desde logo, a invocada falta de dignidade penal dos comportamentos criminalizados pelo art. 249º/n.º 1-c) do CP é, no mínimo, discutível. Ficamos até sem perceber bem (e desde já assumimos qualquer eventual limitação interpretativa da nossa parte) a razão de ser dessa mesma falta de dignidade penal (que no Parecer não surge enunciada): com efeito, dever-se-á a mesma aos motivos pelas quais as mulheres (e parecerá que é só delas, uma vez mais, que falamos...) praticam os factos eventualmente subsumíveis à referida norma legal?

Convirá, a tal propósito, tentar acertar ideias.

Dizer-se que as mulheres que assumem um comportamento objectivamente integrador do crime previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP o fazem porque, sendo vítimas de violência doméstica, querem proteger os seus filhos de presenciarem condutas agressivas do pai para com a mãe, ou de serem eles próprios vítimas de violência, não pode ser, segundo cremos, a perspectiva de enfoque adequada para defender a falta de dignidade penal daquele mesmo comportamento.

Com efeito, pensamos que a dignidade penal de uma determinada opção legislativa não pode ser aferida em função da eventual existência ou inexistência de fundamentos justificadores da prática do comportamento criminalizado por essa mesma opção legislativa. A dignidade penal da conduta prevista por um tipo de crime não é retirada ou atribuída consoante sejam pensáveis, *ex ante*, causas legitimadoras ou não legitimadoras da prática do facto típico. Se, por exemplo, em um determinado contexto intersubjectivo a perpetração de uma ofensa corporal pode ter a motivá-la um lídimo *animus deffendendi*³⁰⁴, certamente que ninguém advogará, em abstracto – e em um Estado de Direito que respeita e promove os direitos humanos –, a falta de dignidade penal da incriminação da ofensa à integridade física. Ponto é que, perante a já atrás referida e necessária «(...) *analogia material*, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* – do ponto vista da sua tutela – *de fins*»³⁰⁵ entre a

(cfr., a propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, pág. 291).

³⁰⁴ Recorde-se que a acção praticada em legítima defesa – não excessiva – conduzirá à exclusão da ilicitude do facto [arts. 31º/n.º 1-a) e 32º do CP].

³⁰⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 34 e 35; no mesmo sentido, Maria João Antunes, .

ordem dos bens jurídicos tutelados penalmente e a ordem axiológica delineada pela Lei Fundamental, o bem jurídico tutelado pelo tipo (no exemplo dado, a integridade física³⁰⁶) constitua algo de imbricado e integrado na ordem de valores constitucionalmente assumida e, por conseguinte, no património axiológico comunitário, cuja necessidade de protecção, enquanto valor *a se*, não admite qualquer transigência aos olhos da consciência ético-jurídica dessa mesma comunidade.

Consequentemente, a *concreta* conjuntura enformadora do cometimento de um crime de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP, se ligada a uma situação de violência doméstica (ou, por exemplo – e acrescentaremos nós –, de *stalking*³⁰⁷) de que o

³⁰⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’...” cit., pág. 34.

³⁰⁷ O *stalking* tem vindo a ser elevado à categoria de crime em um número cada vez maior de ordenamentos jurídicos (que não o português, no qual, e como entidade típica criminal *a se*, o *stalking* não encontra consagração expressa). Assim, e desde a evolução legislativa iniciada no Estado norte-americano da Califórnia em 1981, refiram-se também, a título de exemplo, as leis sobre *stalking-harassment* a vigorarem desde 2001 na Grã-Bretanha, mas também o art. 612º *bis* do *Codice Penale* italiano, o art. 285º-b) do Código Penal holandês, o art. 238º do *StGB*, o art. 107º-a) do Código Penal austríaco ou o art. 442º *bis* do *Code Pénal* belga. Nota distintiva e simultaneamente comum a tais figuras criminais é a da previsão de um determinado tipo de condutas incidentes sobre a vítima (e, obviamente, por esta não desejadas), quais sejam as que se traduzem em uma perseguição ou intromissão persistentes e mais ou menos sistemáticas (e apoiadas em eventuais ameaças explícitas ou implícitas) sobre o normal modo de vida da pessoa visada ou daqueles que lhe são próximos, causando-lhes uma inexorável sensação de constrangimento, incómodo, ansiedade ou mesmo medo, e impedindo-os, por consequência, de fazerem o que normalmente fariam caso não ocorrem os *atti persecutori* (expressão do art. 612º *bis* da lei penal italiana) de que são alvo por parte do agente. E se (considerando até o carácter peculiar do ilícito em causa, que só há relativamente poucos anos vem merecendo a devida atenção dos vários ordenamentos jurídicos) é comum não definir a lei, de modo taxativo, todos os concretos comportamentos susceptíveis de integrarem actos de *stalking* e, mais do que isso, o *número* de condutas *necessárias* à consumação do delito, crê-se ser absolutamente fundamental que o intérprete conclua pela repetição ou reiteração temporal dessas condutas (afastando, portanto, os episódios esporádicos e não replicados no tempo, não reveladores de uma vontade criminoso unitária), e geradoras de receio ou medo junto do destinatário. Só assim se entendendo como atingido o bem jurídico protegido pelo tipo, a saber, a liberdade moral como capacidade de a pessoa se auto-determinar e de exercer em tranquilidade essa mesma liberdade. Para uma aproximação ao conceito de *stalking*, cfr. CLÁUDIA COELHO e RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, “*Stalking*: uma outra dimensão da violência conjugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17 (2007), fascículo 2º, págs. 271 a 274; a propósito do art. 612º *bis* do *Codice Penale* italiano e fazendo também uma incursão em outras ordens jurídicas europeias, ELVIRA DINACCI, “*Stalking*”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009, págs. 2 a 5.

agente seja (ou tenha sido) vítima, não poderá servir de padrão aferidor da suposta falta de dignidade penal da conduta substractiva.

A violência doméstica (e o *stalking*, que em muitos casos acaba até por se revelar uma das possíveis dimensões de verificação da violência doméstica, com clara predominância de *stalkers* do sexo masculino e vítimas do sexo feminino³⁰⁸) é(são) susceptível(eis) de contribuir, admite-se, para explicar, *em concreto* – isto é, em uma determinada *situação definida no espaço e no tempo* –, um episódio de subtracção de menor operada por esta ou aquele progenitor; não nos inculcará, no entanto, e sem mais, como que uma “automática” destituição da carga axiológica que é suposto inerir a um bem jurídico do chamado “direito penal de justiça”³⁰⁹.

Como é evidente, o ora afirmado não pretende menosprezar ou diminuir, seja de que modo for, a importância e a gravidade objectivas que as situações de violência doméstica comportam para a convivência humana e social.

Temos absoluta consciência de que se trata de um fenómeno (praticamente transversal a toda a sociedade) cujas frequência e expansão se revelam cada vez maiores³¹⁰, e ao qual, portanto, não se pode negar a necessidade de um enfoque (teórico, normativo-legal e, sobretudo, no domínio da actuação estadual) efectivo e destituído de qualquer espécie de tibieza. E não obstante poder fazer-se sempre mais e melhor, cremos que o legislador tem já, neste momento, respostas que apontam no sentido correcto do combate à violência doméstica³¹¹.

³⁰⁸ Cfr. CLÁUDIA COELHO e RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, “*Stalking...*” cit., págs. 285 a 290.

³⁰⁹ “Direito penal de justiça” que, note-se, deriva precisamente da ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas, por contraposição ao “direito penal secundário”, que tutela os bens ínsitos à ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização económica e política do Estado (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’...” cit., pág. 37).

³¹⁰ Consultem-se, por exemplo, os estudos elaborados nos últimos anos sob a égide do Conselho da Europa, os quais denotam que percentagens cada vez mais significativas de mulheres europeias com idades superiores a 16 anos experimentam situações de violência doméstica em uma relação conjugal ou para-conjugal, continuando muitas delas a sofrer actos de violência física e sexual mesmo após a ruptura (cfr. III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica, disponível em www.mai.gov.pt).

³¹¹ Exemplos da L n.º 104/2009, de 14/9 (que estabelece o regime de concessão adiantada de indemnização às vítimas de crimes violentos e violência doméstica), da L n.º 112/2009, de 16/9 (relativa à aplicação de medidas e penas pela prática de crime de violência doméstica), e ainda da L n.º 33/2010, de 2/9 (referente à utilização dos meios técnicos de controlo à distância, além do mais, das medidas e penas previstas na L n.º 112/2009, de 16/9).

4.3. O ponto, para o que vimos discutindo, é claramente outro, e prende-se com dois aspectos que, embora distintos entre si, comungam de uma mesma natureza substantiva.

Por um lado, parece-nos que a figura delitiva da subtracção de menor contida no actual art. 249º/n.º 1-c) do CP se justifica, *no seu espectro geral*, enquanto expressão de um princípio básico de política criminal de protecção da família *lato sensu*, comungando, em certa medida, de algumas das características inerentes aos demais tipos legais (*maxime*, o do art. 250º do CP) encarnadores dos bens que com tal política se pretendem salvaguardar³¹².

Por outro lado, cabe questionar se perante uma opção político-criminal que se nos afigura globalmente correcta não se avançou, todavia, demasiado em um determinado aspecto concreto, atingindo-se terreno (que devia permanecer) interdito ao direito penal.

4.4. Quanto ao primeiro ponto acabado de mencionar, entende-se que a família, «enquanto elemento fundamental da sociedade (...) e com direito à protecção do Estado (...)» (art. 67º/n.º 1 da CRP), não pode deixar de merecer uma tutela penal, na estrita medida do necessário à manutenção e ao livre desenvolvimento de determinadas relações que lhe são características e dão sentido³¹³. E dizemo-lo desta forma porque ao discurso aparentemente liberal na matéria, propugnador de uma genérica não intervenção, está ínsita amiúde uma certa imprevidência (ou mesmo um “descuido doloso”) em relação à possibilidade de transformar o meio familiar – aí, sim – em um eventual “santuário de agressão” (e seja qual for a forma por que esta agressão possa vir a manifestar-se).

Ora, diferentemente das alíneas a) e b) (que, na sua essência, se dirigem à protecção de ataques “exteriores” à dinâmica familiar), o crime de subtracção de menor previsto na actual alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP tem a particularidade de traduzir como que uma defesa

³¹² Devendo a política criminal ser apreciada, valorada e julgada precisamente pelo espectro dos bens jurídicos que visa defender, isto é, pelo objecto da punibilidade que impõe (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A reforma do direito penal...” cit., pág. 8).

³¹³ Em termos um pouco diversos do texto, mas a propósito de alguns ilícitos penais ocorridos (embora nem sempre) no seio familiar – como os crimes de *sottrazione consensuale di minori e di persone incapaci* –, CARLO PATERNITI refere que os envolvidos em tais ilícitos estão quase sempre ligados por particulares relações de natureza familiar, o que não significa que o sujeito passivo dos crimes seja a família enquanto entidade *a se* (*La Famiglia nel Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 44 a 47 e 65 a 68). Sem embargo da coerência interna do raciocínio ora exposto, crê-se que à lei penal não são indiferentes os efeitos, na célula familiar e em determinadas formas de expressão da realidade “família”, da lesão dos concretos interesses individuais atingidos.

intrafamiliar, focada no (in)cumprimento do regime estabelecido para a convivência entre pais e filhos na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Tal protecção, conferida a partir dos moldes típicos que já analisámos ao longo deste trabalho, constitui uma clara expressão da eminência de sentido actualmente reconhecida, um pouco por toda a parte, ao normal e enriquecedor relacionamento parental e ao são e equilibrado desenvolvimento psicofísico dos menores que lhe está associado.

Os “ventos de mudança” (a que começámos por referir-nos no início deste estudo) sobre o modo de perceber o estatuto e o lugar da criança “entre os adultos” conduziram, praticamente em todo o mundo ocidental, a uma cada vez mais exigente aferição sobre a forma como a parentalidade é exercida. Os mecanismos de controlo social em relação a tal exercício – que se pretende presente e responsável – sucedem-se e orientam-se pelo *leitmotiv* do *best interest of the child*³¹⁴.

E é em todo este *melting pot* sociocultural que devemos perceber, não obstante a sua dimensão de *ultima ratio*, a intervenção da ordem jurídico-penal. O que – repitamo-lo sem reboço – surge, no caso português, como *globalmente correcta* enquanto destinada à protecção do também já atrás apontado direito ao exercício das responsabilidades parentais, sem obstáculos artificiais³¹⁵. Pois na estrita medida em que a efectivação do convívio entre os progenitores e o menor possa ser afectada por um exercício ilegítimo ou abusivo do direito de visita ou, *par contre*, pela respectiva turbação ilícita, a dignidade e a necessidade penal ligadas a tais comportamentos não podem, quanto a nós, ser postas em causa.

Porquê?

Porque, essencialmente, os efeitos deletérios das apontadas condutas traduzirão um *desrespeito* pelas condições de exercício das responsabilidades parentais, assim definidas na concreta decisão reguladora, em homenagem aos específicos interesses envolvidos. Tal não significa, no entanto, e como já vimos, que constitua o comando ínsito à referida decisão o objecto de tutela do crime previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP, pois não é esta uma figura de delito que, à semelhança do crime de desobediência (art. 348º do CP), vise proteger a

³¹⁴ Sobre alguns desses mecanismos de controlo, no Reino Unido, com destaque para a já referida *Children Act*, e a *child's welfare* e a parental responsibility que convoca, VANESSA PUPAVAC, “Children under U.K. Law”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, págs. 92 e ss..

³¹⁵ Assim se tentando evitar represálias entre os ex-cônjuges e experiências traumáticas para os filhos (GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei...” cit., pág. 28).

“autonomia intencional” do Estado³¹⁶. Com efeito, cremos que até mesmo a natureza semi-pública da subtracção de menor concorre para a sustentação desta nossa afirmação.

Em todo o contexto acabado de traçar, deu o legislador, pois, bons passos no sentido de que a vinculação de *ambos os progenitores* a um respeito efectivo do decidido em sede de regulação do exercício de responsabilidades parentais quanto à convivência do menor possa comportar consequências penais em caso de *injustificado e repetido incumprimento* por banda dos obrigados. Passos tanto mais correctos quanto mais tivermos presente o actual regime civil substantivo do exercício daquelas responsabilidades, à luz de uma efectiva igualdade e paridade entre os progenitores na construção do projecto de vida para o seu filho, e deixando, portanto, de existir quaisquer razões eventualmente justificadoras da continuação de um *tratamento de favor*, em termos penais, para o progenitor residente.

Esta é, como dissemos, a nossa posição *em termos globais*.

4.5. Porque – e entramos no segundo aspecto acima enunciado –, quanto à questão da *recusa* de acolhimento por parte do progenitor não titular do direito de guarda ou residência, bom, aí a nossa posição tende a ser algo distinta.

Percebemos o bom fundamento *humano* do intuito do legislador penal ao exigir de *ambos os progenitores*, com a ameaça penal, um efectivo comprometimento na promoção do interesse e do direito da criança a ter com eles (com *ambos*, repete-se) uma convivência e um relacionamento próximos.

Entendemos também o bom fundamento *humano e jurídico* da ameaça penal nos casos em que qualquer um dos progenitores, de modo *repetido e injustificado*, se recusa a proceder, a materializar ou a facilitar a entrega da criança àqueloutro que, segundo o regime de exercício instituído, tem direito, na altura, ao respectivo acolhimento.

E tal como percebemos, finalmente, o (óbvio) bom fundamento *humano e jurídico* da criminalização nas situações em que o titular da guarda ou residência da criança se recusa ao acolhimento do seu filho, consigo residente.

Todavia, já temos dificuldade em perceber e aceitar a intervenção penal na hipótese (humanamente impressiva e censurável, não o negamos) em que o progenitor não residente não pretende exercer o seu direito de convivência em relação ao menor.

³¹⁶ Sobre tal “autonomia intencional” no crime de desobediência, cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 350.

A questão – admitamo-lo – é delicada e susceptível de gerar óbvia discussão, e entronca, segundo cremos, em tudo aquilo que já atrás referimos acerca da autonomia intencional do direito penal.

Não se nega que a situação de *recusa de acolhimento* da criança ou adolescente enquanto “auto-demissão”, por parte do progenitor, do poder-dever de estabelecimento de convívio com o seu filho, pode aportar a este último, de modo óbvio, a categoria criminológica³¹⁷ de *vítima*. Efectivamente, se pensarmos, com MANUEL DA COSTA ANDRADE, que «podemos (...) considerar como *vítima* toda a pessoa física ou entidade colectiva directamente atingida, contra a sua vontade – na sua pessoa ou no seu património – pela *deviance*»³¹⁸, perceberemos constituir o menor o ente referencial dos efeitos *directos*³¹⁹ do comportamento abstencionista do progenitor não guardião. Simplesmente, daqui não poderemos retirar, *sem mais*, uma especial legitimidade, à luz da referida autonomia intencional do direito penal, da figura de delito em causa.

Crê-se que, ao não exercer o seu direito de visita, não coloca propriamente o não guardião um entrave ilícito a esse mesmo exercício, antes, pura e simplesmente... *não o pratica*. E se desta forma frustra o interesse do menor na efectivação do dito exercício, não será menos verdade que a atitude abstencionista não impede ou turba, de qualquer modo (antes pelo contrário), o conteúdo de faculdades e poderes ínsitos ao direito de guarda do

³¹⁷ Sobre a valia do recurso a categorias criminológicas para a interpretação densificadora da lei penal, HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, volumen I, tradução espanhola do original em língua alemã por SANTIAGO MIR PUIG e FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 57, 62 e 63.

³¹⁸ “A vítima e o problema criminal”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Suplemento XXI), 1980, pág. 219 (com itálicos do AUTOR).

³¹⁹ Com efeito, propendemos pela não extensão ao progenitor guardião ou residente, pelo menos para efeitos penais, da categoria de *vítima* do comportamento omissivo, pois, na sequência de tudo quanto já se disse ao longo deste trabalho, as virtualidades afectivas e de acompanhamento mútuo inerentes ao direito de visita destinam-se à satisfação dos interesses que ligam o progenitor não guardião e o seu filho (a propósito, cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, que considera excessivo alargar o conceito de *vítima* às pessoas indirectamente atingidas pelo crime, e estabelece o paralelismo com a ideia de *ofendido* com legitimidade para se constituir assistente no processo penal – “A vítima...” cit., págs. 221 e 222). Questão diversa é a da representação da *vítima* pelo seu progenitor guardião, para efeitos de eventual apresentação do direito de queixa, nos termos e condições pensadas pelo art. 113º/n.º 4 do CP. Mas, note-se bem, nada do que acabámos de afirmar mexerá, como se percebe, com a nossa posição de princípio sobre a falta de sustentação axiológico-constitucional da específica modalidade de crime que vimos analisando.

progenitor residente³²⁰. Fica-nos, portanto, para proteger o (suposto) dano afectivo que a apontada atitude poderá causar junto da criança ou adolescente. Por outras palavras, resta-nos como “objecto de protecção” ou bem jurídico o afecto, na sua componente integradora do equilíbrio psicofísico do menor, tratando-se o “acolhimento” deste [na expressão da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP, no sentido de “exercício do direito de visita em relação ao menor”], do “objecto de acção” (*rectius*, do objecto da modalidade *específica* de acção que vimos analisando) previsto no tipo³²¹.

Pelo que, ao *impor* (porque será disso que, ao cabo e ao resto, se trata) o exercício do direito de visita e convívio ao progenitor não residente³²², o legislador deu passos no sentido de uma criminalização marcadamente *afectiva*, elevando ao estatuto de bem jurídico-penal a realidade do *afecto* inerente ao *normal* convívio progenitor-filho (e mesmo que, *em concreto*, tal realidade se não se verifique). *Afecto* 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, *ipso facto*, em bem jurídico-penal entendido como *quid* consagrador das mais lídimas manifestações da dignidade da pessoa (como o são, por exemplo, a vida, a liberdade, a integridade física, a saúde ou a honra)³²³. Pois precisamente, e logo a montante, nem mesmo em termos programáticos o pilar constitucional da afirmação da dignidade humana (arts. 1º e 26º da CRP) se mostra densificado por uma determinada visão que extravase o intransigente respeito pelos valores individuais e colectivos inerentes à convivência social civilizada. O mesmo é dizer, afigura-se-nos difusa ou esbatida (para dizer o mínimo) qualquer eventual correspondência material

³²⁰ Não se duvida que o não exercício do direito de visita – sobretudo se tal exercício for esperado ou tiver sido anunciado – poderá causar *contrariedades*, *incómodos* ou *transtornos* espaço-temporais ao progenitor guardião, na organização do seu tempo e disponibilidade. Mas tais questões não põem em causa o núcleo de faculdades inerentes à guarda – que permanece *intocada* na sua efectividade prática –, diferentemente do que sucederia se, por exemplo, o progenitor não guardião, exercendo o seu direito de visita, se *recusasse* depois, de forma *repetida e injustificada*, a entregar o menor nas condições e termos acordados, retendo-o ao longo de diversos dias e pondo em causa a sua vida escolar (definida que fora no exercício do poder educativo inerente àquela guarda).

³²¹ Em jeito de síntese sobre a dualidade entre o “objecto de protecção” ou bem jurídico e o “objecto de acção”, cfr. HELENA MONIZ, “Aspectos do resultado no direito penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 545 a 548.

³²² Correspondendo o não exercício de tal direito de visita ao efeito da conduta (omissiva pura) sobre o “objecto de acção” (HELENA MONIZ, “Aspectos do resultado...” cit, págs. 545 e 565).

³²³ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto...” cit., pág. 160.

de sentido e de fins entre a ordenação axiológica que preside (expressa ou implicitamente) à Constituição e um bem jurídico de cariz *afectivo* como aquele que parece ressumar da hipótese típica que vimos analisando.

Consequentemente, ao alargar a tutela penal aos casos apontados, como que o legislador consagrou, na parte final do citado art. 249º/n.º 1-c) (“acolhimento”), a abertura a um bem de cariz trans-individual [no sentido de que está para lá do indivíduo, que com ele não se confunde, mas traduz «(...) sempre a representação de um pedaço da realidade que só (...)» tem «(...) sentido se (...) visto no eixo horizontal das relações entre os homens (v. g., o valor da amizade)»³²⁴], ou seja, a algo que não deve ser o seu espaço referencial de incidência.

Mais: a (pelo menos) duvidosa sustentação axiológico-constitucional do apontado bem jurídico e a sua específica natureza fazem-nos pensar – e, repete-se, sem embargo de compreendermos as *boas intenções humanas* do legislador – que o direito penal terá trilhado, neste domínio, um caminho de colorações essencialmente morais, contrário à sua razão de ser de não tutela, «(...) nem primária, nem secundária (...)», da «(...) virtude ou (...) moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social»³²⁵.

Não negamos a natural influência da moral e da ética nas emanações político-criminais do legislador: «a moral não pode é, por si mesma, condicionar direitos e liberdades individuais, antes devendo regular-se o quotidiano humano por uma promoção da liberdade e individualidade quanto o permita a convivência pacífica»³²⁶.

Logo, se – como escreve ANDRÉ LAMAS LEITE a propósito de uma atitude de hostilidade da criança ou adolescente em relação a um dos progenitores – «(...) não se pode dirigir um juízo de censura à ausência de laços de afecto que impelem à proximidade com um dos pais»³²⁷, dirigir tal censura – *penal*, note-se – ao progenitor que não tem a guarda do filho e deste *não se aproxima* suscitará um problema de falta de dignidade penal do referido bem jurídico.

No entanto, em uma compreensão lata da garantia institucional da família – arts. 36º/n.ºs 1, 5 e 6 e 67º da CRP – e, sobretudo, da infância e da juventude – arts. 69º da CRP e 9º da CDC – no nosso ordenamento constitucional e para-constitucional, caso se admita a dignidade penal do bem jurídico em questão (*afecto* expresso no normal e regular exercício do

³²⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto...” cit., pág. 161.

³²⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* e tomo I cits., pág. 107.

³²⁶ ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal...* cit., pág. 74.

³²⁷ ANDRÉ LAMAS LEITE, “O crime de subtracção...” cit., pág. 130.

direito de visita), crê-se que o crivo da *(des)necessidade de tutela penal*³²⁸ não poderá sustentar, também ele, e do ponto de vista da autonomia intencional deste ramo do direito, a incriminação em questão. A propósito, basta que pensemos na dimensão – por nós já atrás focada – de *ultima ratio* do direito penal, ente interventivo – apenas e só – onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais da livre realização e desenvolvimento da pessoa³²⁹.

Ora, no presente estágio de reflexão tendemos a opinar no sentido de que, atenta a realidade problemática em causa, a gama de meios civis (arts. 483º, 1915º e 1918º do CC) e tutelares (art. 181º da OTM) existentes permite tratar, dentro do conteúdo *possível*, e segundo exigências de proporcionalidade, as lesões (certamente de cariz não patrimonial) verificadas a partir (*et pour cause*) do não exercício do direito de visita pelo progenitor não guardião. Exigências que, a nosso ver, já não serão respeitadas, em face do cânone fundamental contido no n.º 2 do art. 18º da CRP (preceito precisamente consagrador do *princípio da proporcionalidade em sentido amplo* ou *princípio da proibição do excesso*)³³⁰, na hipótese de utilização do arsenal penal e inerente possibilidade de compressão do bem jurídico liberdade pessoal.

Em suma, cremos que a questão específica que vimos referindo – que não surpreendemos [pelo menos nos exactos termos da parte final do art. 249º/n.º 1-c) do nosso CP] em ordenamentos jurídico-penais próximos³³¹ –, não correspondendo à concretização de um qualquer suposto “imperativo constitucional de criminalização”³³², como que surge sob as

³²⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal” cit., págs. 55 e 56.

³²⁹ Expressamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’...” cit., pág. 34.

³³⁰ A propósito da observância do princípio da proibição do excesso, *maxime* nas normas penais e equiparadas, JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e volume I cits., págs. 392 e 393, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal” cit., pág. 56.

³³¹ Assim, o crime de *sustracción de menores*, previsto no art. 225º *bis* do *Código Penal* espanhol não abarca a modalidade delitiva que vimos analisando, podendo perguntar-se se o art. 226º do mesmo diploma a focará, quando se refere a quem «(...) dejare de cumplir los deberes legales de (...) acogimiento familiar (...)» [a propósito, SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, directores MIRENXXU CORCOY BIDASOLO e SANTIAGO MIR PUIG, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, págs. 505 a 509]. Em França, o art. 227º/n.º 5 do *Code Pénal* não vai também tão longe quanto a parte final do art. 249º/n.º 1-c) do nosso CP (HERVÉ PELLETIER e JEAN PERFETTI, *Code Pénal* cit., págs. 197 a 199). E o mesmo, *mutatis mutandis*, valerá para os arts. 388º/n.º 2, 573º e 574º do *Codice Penale* italiano, já por nós atrás algumas vezes referidos.

³³² Sobre a categoria, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 193 e ss., e MANUEL DA

vestes de uma *neocriminalização*. Mas, como preclaramente referem JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE a propósito de realidades de tal jaez, o critério decisivo para analisar a respectiva legitimidade «(...) será o de saber, por um lado, se se trata de fenómenos sociais novos, ou em todo o caso anteriormente raros, que desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar protecção suficiente. Ainda aqui, assim, deparamos com os critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal. Também aqui, pois – e sobretudo perante fenómenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências – se deverá evitar uma intervenção prematura da tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social»³³³.

4.6. Na sequência de tudo o que vimos expondo, e terminando, sintetizaremos a nossa posição na afirmação de que o não exercício do direito de visita pelo progenitor não residente não deverá merecer a censura penal que parece pressuposta (também quanto a si) na parte final da alínea c) do n.º 1 do art. 249º do CP, após a reforma de 2008. Nessa medida, propendemos para o entendimento de que inexistente sustentação jurídico-constitucional para tal segmento punitivo.

Em tudo o que excede a matéria da recusa do “acolhimento” no sentido do não exercício do convívio pelo progenitor não residente (e sem entrarmos na questão político-criminal do abstracto *quantum* punitivo plasmado no tipo), cremos que o legislador tomou opções globalmente correctas e sustentadas.

Restará aguardar pela marcha do tempo e a experiência que a mesma aporta a todas as coisas, pois só ela nos falará das virtudes e defeitos práticos da (globalidade da) figura criminal em causa.

COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação. A experiência alemã”, *Revista de Direito e Economia*, 1980-1981, págs. 118 e 119.

³³³ *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 441.

Síntese conclusiva

Impõe-se, agora, a formulação de umas breves conclusões sobre o caminho reflexivo por nós trilhado.

Em um tempo marcado por tantas transformações (actuais e já antigas) no domínio das relações familiares, com a evidente “dessacralização” do casamento e a cada vez maior flexibilização das causas da sua cessação, é natural que se questione onde “ficam”, no meio de tudo isso, as crianças.

O ordenamento jurídico nacional (seguindo, aliás, a tendência de diversos outros países europeus) pôs fim, através da L n.º 61/2008, de 31/10, ao divórcio litigioso com base na violação dos deveres conjugais e declaração de culpa dos cônjuges, enquanto, do mesmo passo, introduziu mudanças significativas na configuração e modo de exercício das agora denominadas “responsabilidades parentais”.

O paradigma legal acabado de referir teve sempre em mente um objectivo bastante claro: o de, tanto quanto possível, fazer diminuir ou terminar os conflitos entre os cônjuges no decurso e no pós-divórcio, em vista da salvaguarda da dignidade dos próprios e, sobretudo, dos interesses e do normal equilíbrio físico e psíquico dos filhos menores, tantas vezes os principais afectados pelo clima “bélico” instalado entre os seus progenitores.

A aposta legislativa em uma cada vez maior interacção e intervenção de ambos os pais (ex-cônjuges ou ex-companheiros) na definição de um projecto de vida para os seus filhos levou a que, também do ponto de vista penal, se houvesse redefinido o tipo de subtracção de menor previsto no art. 249º/n.º 1-c) do CP. Precisamente o que mais tange as situações de litígio a propósito do incumprimento do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais em matéria de contactos com os filhos menores.

A par de uma (a nosso ver, saudável e justificada) ampliação subjectiva do tipo, por forma a que ambos os progenitores – o residente e o não residente – possam incorrer, com a sua conduta, na prática do crime em consequência do referido incumprimento, ampliou também o legislador penal a pletera de hipóteses comportamentais de cometimento do ilícito, certamente na convicção de que deverá ser o mesmo o grau de exigência a assestar a um e a outro dos pais (ou responsável equiparado) pela frutificação do regime de convivência e contacto adscrito à situação do seu filho menor.

Verificou-se, mesmo assim, a consagração de uma atenuação especial da pena nos casos em que a atitude censurada ao agente teve na sua base (de modo genuíno, note-se) um

“esbatimento” do dolo traduzido na prática do crime por respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos. A este propósito, exigir-se-á do julgador uma atitude sagaz na percepção e compreensão dos exactos contornos factuais que possam reclamar, autenticamente (e não só na sua aparência, por via de uma eventual situação de “alienação parental”), tal atenuação especial.

E se os princípios acabados de mencionar se afiguram correctos na sua globalidade, cremos, todavia, que o tipo criminal em causa, ao verberar o eventual não exercício do direito de visita e contacto do progenitor não residente com o menor, elevou ao estatuto de bem jurídico-penal uma certa *afectividade* (normalmente associada às relações progenitor-filho) que, na nossa opinião, não revela, todavia, a sustentação axiológico-constitucional ou, no mínimo, a carência de tutela penal e a marca de proporcionalidade legitimadoras da intervenção de *ultima ratio* própria do direito penal.

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Coutinho de, *Do Abuso do Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983.
- AGUILAR, José Manuel, *Síndrome de Alienação Parental. Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, tradução portuguesa do original em língua castelhana por EDUARDO DOS SANTOS, CaLdoscópio, Lisboa, 2008.
- AYMÁ, Alejandra de Lama, *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “A vítima e o problema criminal”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Suplemento XXI), 1980.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação. A experiência alemã”, *Revista de Direito e Economia*, 1980-1981.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2 (1992), fascículo 2º.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “O princípio constitucional *nullum crimen sine lege* no campo das causas de justificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134º.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Constituição e legitimação do direito penal”, *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal* (sob a organização de ANTÓNIO AVELÃS NUNES e JACINTO MIRANDA COUTINHO), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004.
- ANDRADE, Manuel Domingues de, “Sentido e valor da jurisprudência”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, volume XLVIII, 1972.
- ANTUNES, Maria João, “Problemática penal do Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 19, volume 92, 2011.
- Associação Americana de Psiquiatria, *Classificação do Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais – D.S.M.-IV*, tradução portuguesa, 4ª edição, Climepsi Editores, Lisboa, 1996.

Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Parecer elaborado a propósito do Decreto da Assembleia da República Portuguesa n.º 232/X, disponível em www.apmj.pt.

AULETTA, Tommaso, *Il Diritto di Famiglia*, 4ª edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999.

BAPTISTA-LOPES, Maria / DUARTE-FONSECA, António, “Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos”, *Infância e Juventude*, n.º 88-4.

BARRETO, Ireneu Cabral, “Os Direitos da Criança – na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

BATISTA, Luís Osório, *Notas ao Código Penal Português*, volume III, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1924.

BAUTISTA, Silvia Fernández, *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, directores MIRENTXU CORCOY BIDASOLO e SANTIAGO MIR PUIG, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

BEAUVOIR, Simone de, *O Segundo Sexo*, volume II, *A Experiência Vivida*, Livraria Bertrand, Amadora, 1976.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, 2ª edição, tradução do italiano para língua portuguesa por JOSÉ DE FARIA COSTA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, volume I, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998.

BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – uma Questão de Direitos(s)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

BONILINI, Giovanni, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 5ª edizione, U.T.E.T. Giuridica, Torino, 2010.

BRUCH, Carol, *Family Law Quarterly*, volume 35, n.º 3, 2001.

BUSNELLI, Francesco Donato / SANTILLI, Marina, “La famiglia di fatto”, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Edizioni CEDAM, Padova, 1993.

CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a Sua Incriminação e a Reforma Dela)*, Studia Iuridica, 19, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

CAMPANILE, Pietro, “La responsabilità aquiliana nei rapporti fra genitori e figli”, “La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Dano biologico, esistenziale e morale”, volume I, *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza* (a cura di PAOLO CENDON), UTET, Torino, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de, “A família como grupo: as duas agonias do Direito da Família”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54.

CANOTILHO, Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de, “Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. Análise histórica. Sentido e limites”, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz” – 1983*, 1985.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981.

CINTRA, Pedro / SALAVESSA, Manuel / PEREIRA, Bruno / JORGE, Magda / VIEIRA, Fernando, “Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?”, *Julgar*, n.º 7.

COELHO, Cláudia / GONÇALVES, Rui Abrunhosa, “Stalking: uma outra dimensão da violência conjugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17 (2007), fascículo 2º.

COELHO, Francisco Pereira, *Curso de Direito da Família*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1986.

COELHO, Francisco Pereira, “Casamento e família no direito português”, *Temas de Direito de Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.

CONDE, Francisco Muñoz / ARÁN, Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

CORDEIRO, Mário, *O Livro da Criança*, 3ª edição, A Esfera dos Livros, Lisboa, 2008.

CORNU, Gérard, *Droit Civil La Famille*, 7^e édition, Éditions Montchrestien, Paris, 2001.

CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Especial”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 158.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971.

COSTA, António Manuel de Almeida, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

COSTA, José de Faria, “As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXIX, 1993.

COSTA, José de Faria, “O fim da vida e o direito penal”, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134º.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

COSTA, José de Faria, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141º.

COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142º.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

CUNHA, JOSÉ Damião da, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

DAADOUCH, Christophe, *L’Autorité Parentale*, Éditions M. B. Formation, Paris, 2003.

DAGNINO, Antonio, “Potestà parentale e diritto di visita”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno IV, 1975.

DALIA, Andrea Antonio, “Sottrazione di minori o di incapaci”, *Enciclopedia del Diritto*, volume XLIII, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

DANOVI, Anna Galizia, comentário à sentença da *Corte di Cassazione* de 15/1/1998, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Volume XXVII, n.º 2, 1998.

DELGADO, Abel Pereira, *Divórcio*, Edições Rei dos Livros, Lisboa, 1994.

DELOGU, Tullio, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, volume VII, *Diritto Penale*, a cura di GIORGIO CIAN, ALBERTO TRABUCCHI e GIORGIO OPPO, Edizioni CEDAM, Padova, 1995.

DIAS, Cristina Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume XLVIII, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sumários de Direito Penal*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime*, Lições coligidas em colaboração com NUNO BRANDÃO, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, n.º 99, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

DINACCI, Elvira, “Stalking”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009.

DOGLIOTTI, Massimo, “Che cosa è l’interesse del minore?”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXI, 1992.

DOGLIOTTI, Massimo, “La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volume XXXI, n.º 1, 2002.

DONATI, Pierpaolo, *Manuale di Sociologia della Famiglia*, 2ª edição, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999.

ELROD, Linda / SPECTOR, Robert, “A review of the year in family law: looking at interjurisdictional recognition”, *Family Law Quarterly*, volume 43, n.º 4, 2010.

EPIFÂNIO, Rui / FARINHA, António, *Organização Tutelar de Menores. Contributo Para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, 2ª edição actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1992,

FARINHA, António, “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.

FERNANDÉZ, Rosario Valpuesta, “Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas Editiones, Madrid, 2003.

FIANDACA, Giovanni, “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXV, 1982.

FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Speciale*, volume II, tomo I, 3ª edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2011.

FROST-SHARRATT, Cara, *501 Must-See Movies*, reprint, Bounty Books, London, 2005.

FULCHIRON, Hugues, *Droit de la Famille* (sous la direction de JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI), Dalloz, Paris, 2001/2002.

GARCIA, Maria da Glória, “Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença”, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

GARDNER, Richard, “Recent trends in divorce and custody litigation”, *Academy Forum*, n.º 29.

GLENDON, Mary Ann, “Introduction: Family Law in a Time of Turbulence”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume IV, “Persons and Family”, Mohr Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 2006.

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2009.

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.

GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1977.

GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 5ª edição revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

GRENDENE, Igino, “Diritto di visita e consenso del minore”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXVII, n.º 3, 1998.

GUIHO, Pierre, “Essai d’une theorie generale du droit de visite”, (1), *Juris-Classeur Periodique*, Année 1952, reproduction (1980), n.º 30.

HAMMARBERG, Thomas, “Justice for children through the U.N. Convention”, *Justice for Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, *El Derecho de Visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales”, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, *El Interés del Menor*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

- HERRING, Jonathan, *Family Law*, 3rd edition, Pearson Longman, Harlow, 2007.
- HILL, Malcolm / ASQUITH, Stewart, “Justice for children – A story without an ending”, *Justice for Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, volumen I, tradução espanhola do original em língua alemã por SANTIAGO MIR PUIG e FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981.
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução portuguesa do original em língua alemã por PAULO QUINTELA, Edições 70, Lisboa, 1995.
- KELLY, Joan / JOHNSTON, Janet, “The alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome”, *Family Court Review*, n.º 39 (3).
- LARGUIER, Jean / LARGUIER, Anne-Marie, *Droit Pénal Spécial*, 9^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1996.
- LATORRE, Angel, *Introdução ao Direito*, 5^a reimpressão, tradução portuguesa de MANUEL DE ALARCÃO, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal*, volume III, reimpressão, Rei dos Livros, Lisboa, 1989.
- LEANDRO, Armando, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, *Temas de Direito de Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- LEANDRO, Armando, “Protecção dos Direitos da Criança em Portugal”, *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- LEITE, André Lamas, “O crime de subtracção de menor – uma leitura do reformado art. 249º do Código Penal”, *Julgar*, n.º 7.
- LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.
- LEONARDO, Teresa García de, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, “Daños en el Derecho de Familia” (coordinador JOSÉ RAMÓN BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* n.º 17, 2006.
- MANERA, Giovanni, “Osservazioni sull’esclusione del diritto di visita del genitore non affidatario qualora il figlio adolescente nutra sentimenti di profonda avversione o repulsa nei suoi confronti”, *Giustizia Civile*, volume XLVIII, n.º 5, 1998.
- MANNA, Adelmo, “Sottrazione di minorenni e persone incapaci”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993.
- MÁRAI, Sándor, *Divórcio em Buda*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2010.
- MARELLA, Maria Rosaria, “‘Break on through to the other side’: appunti sull’influenza di Marx nel femminismo giuridico”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVIII, n.º 4, 2000.
- MARINUCCI, Giorgio, *El Delito como “Acción”. Crítica de un Dogma*, tradução espanhola do original em língua italiana por JOSÉ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3^{za} edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- MARTINS, Rosa, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

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

MONIZ, Helena, “Aspectos do resultado no direito penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MONTEIRO, Filipe Silva, *O Direito de Castigo, ou o Direito dos Pais Baterem nos Filhos*, Livraria Minho, Braga, 2002.

MORGAN, Patricia, *Farewell to the Family?*, 2nd edition revised and updated, The I.E.A. Health and Welfare Unit, London, 1999.

NEVES, António Castanheira, “A revolução e o direito”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira, “A justiça e o direito”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira, “O princípio da legalidade criminal, o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NOTTET, Aurélie, “Mineurs et droits personnels”, *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, n.º 1/2010.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Um direito da família europeu? (*Play it again, and again... Europe!*)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133º.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133º.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme de, “A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Ascensão e queda da doutrina do ‘cuidador principal’”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011.

ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1914.

PACINI, Ilio Mannucci, *Codice Penale Commentato* (a cura di EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI), volume II, 2^{da} edizione, IPSOA, Milano, 2006.

PALAZZO, Francesco, “Direito penal e Constituição na experiência italiana”, tradução portuguesa do original em língua italiana por MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9 (1999), fascículo 1º.

PARKINSON, Patrick / CASHMORE, Judy, *The Voice of a Child in Family Law Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

PATERNITI, Carlo, *La Famiglia nel Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1970.

PELLETIER, Hervé / PERFETTI, Jean, *Code Pénal*, 15^{ème} édition, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves / QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3^a edição, revista e aumentada (reimpressão), Livraria Almedina, 1995.

PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito*, Studia Iuridica, 40, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

PITA, Maria del Mar, *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PITTARO, Paolo, “Quando la moglie impedisce al marito di incontrare il figlio al fine di indurlo a corrisponderle l’assegno di separazione”, *Famiglia e Diritto*, Anno XVII, n.º 2-2010.

Presidência da República Portuguesa, Declaração emitida a propósito do Decreto n.º 232/X, da Assembleia da República Portuguesa, disponível em www.presidencia.pt.

PUIG, Santiago Mir, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.

PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal Parte General*, 8^a edición, 2^{da} reimpressão, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2009.

PUPAVAC, Vanessa, “Children under U.K. Law”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.

4ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

REIS, José Alberto dos, *Processos Especiais*, volume II, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

RIPOLLÉS, José Díez, “El nuevo delito de sustracción parental de menores”, *Estudios Penales en Recuerdo del Professor Ruiz Antón* (coordenadores EMILIO DE TOLEDO Y UBIETO, MANUEL GURDIEL SERRA e EMILIO CORTÉS BECHIARELLI), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROCCA, Paolo Morozzo della, “Responsabilità genitoriale e libertà religiosa”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volume XLI, n.º 4, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7 (1997), fascículo 3º.

RODRIGUES, Hugo Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

ROQUE, Hélder, “Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005.

ROQUE, Hélder, “Regulação do exercício do poder paternal. A situação do progenitor não detentor da guarda ou a outra face do poder paternal”, *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, tradução do original em língua francesa por MANUEL JOÃO PIRES, Círculo de Leitores, Lisboa, 2008.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, tradução espanhola da 6ª edição alemã por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS e JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus, “La calificación jurídico-penal de la corrección paterna” (tradução espanhola do original alemão por MIGUEL GARCÍA CONLLEDO e SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 16 (2005).

RUSCELLO, Francesco, “La tutela dei figli nel nuovo ‘affido condiviso’”, *Famiglia. Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, n.ºs 4-5, 2006.

SÁ, Eduardo / SILVA, Fernando, *Alienação Parental*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

SANTOS, André Teixeira dos, “Do crime de subtracção de menor nas ‘novas’ realidades familiares”, *Julgar*, n.º 12.

SEGALEN, Martine, *Sociologia da Família*, tradução portuguesa do original francês por ANA SANTOS SILVA, Edições Terramar, Lisboa, 1999.

SERGIO, Gustavo, “Bambini contesi e processo civile: il contributo della psicologia per la tutela dei minori”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXV, n.º 2, 1996.

SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – o rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Exercício do poder paternal nos casos de divórcio”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação de Pessoas e Bens*, 2ª edição, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, “Transformações do direito da família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, *Julgar*, n.º 13.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

SOUSA, Susana Aires de, “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n.º 86, 2010.

TEYBER, Edward, *Helping Children Cope with Divorce*, revised edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

TORRES, Anália, *Análise Social*, volume XXXVII, n.º 163, Verão 2002.

TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32ª edizione, Edizioni CEDAM, Padova, 1991.

TRINDER, Liz, “Shared residence: a review of recent research evidence”, *Child and Family Law Quarterly*, volume 22, n.º 4, 2010.

VAN BUEREN, Geraldine, *Child Rights in Europe. Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007.

VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10ª edição, revista e actualizada, 10ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2013.

VEIGA, António Miguel, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19 (2009), fascículo 1º.

VELOSO, Maria Manuel, “Danos não patrimoniais”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito das Obrigações*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VINEY, Geneviève, “Du ‘droit de visite’”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 63, Année 1965.

VÍTOR, Paula Távora, “O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008.

XAVIER, Rita Lobo, “Responsabilidades parentais no século XXI”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

ZAPATERO, Luis Arroyo, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, n.º 8, 1983.