

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniel Carvalho Costa

O DIREITO DE CORREÇÃO
OS CASOS ESPECIAIS DE LEGITIMIDADE ATIVA DO
DIREITO DE CORREÇÃO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pela Professora Doutora Ana Rita da Silva Samelo
Alfaiate e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Janeiro de 2023

DANIEL CARVALHO COSTA

O DIREITO DE CORREÇÃO

Os casos especiais de legitimidade ativa do Direito de Correção

THE RIGHT OF CORRECTION

The special cases of active legitimacy of the Right of Correction

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente do grau de Mestre), sob a orientação da Senhora Doutora Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

Coimbra, 2023

Ao meu pai

Agradecimentos

À Doutora Ana Rita Alfaiate, minha orientadora, agradeço a sua disponibilidade, os seus esclarecimentos e a liberdade intelectual que me ofereceu na elaboração desta tese.

Aos meus pais, por toda a dedicação, esforço e paciência que sempre demonstraram.

Ao meu tio António, pela ajuda na revisão da tese.

A todos os Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, especialmente aqueles com os quais me cruzei, pelo papel importantíssimo que tiveram na minha formação.

Resumo

A questão do direito de correção e a concreta possibilidade da aplicação de castigos físicos como meio educativo não seria controvertida, pelo menos, relativamente à sua admissibilidade, em termos gerais, se existisse uma permissão legal que fundamentasse uma ação dos pais que, no limite, se pudesse consubstanciar na aplicação de castigos leves e moderados com um intuito educativo.

O problema prende-se com a junção de dois fatores: a revogação do art.1884º do CC e a crescente evolução da consideração jurídica da criança. Esta junção motiva a criação de diversas dúvidas acerca do castigo com fins educativos que possa ser admissível ou não. Naturalmente, a importância deste tema não desaparece com a existência desses dois factos, simplesmente torna mais duvidoso a definição do castigo que é legítimo.

Dessa forma, procurámos traçar as linhas que orientam a definição daquilo que deve ser um castigo legítimo, tendo em conta as teorias existentes no ordenamento jurídico, mas também a sua implementação nas decisões jurisprudenciais. Isto tudo porque não podemos deixar de admitir que, em nossa opinião, existe um direito de correção dos educandos que se pode consubstanciar na aplicação de castigos físicos quando estejam cumpridos os pressupostos do seu exercício. A consideração deste tema, estará sempre no bom-senso a avaliar no caso concreto; não são de admitir, obviamente, castigos que possam contender com ou violar a dignidade ou bens jurídicos do menor. No essencial, interessa ter em conta critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade da atuação do educador.

Palavras-chave: Direito de correção, correção de menores, castigos físicos, adequação social do comportamento, violência, legitimidade;

Abstract

The issue of the right of correction and the concret possibility of applying physical punishment as a way of education wouldn't be controversial, at least when regarding its admissibility, if existed as has already happened, a legal permission which would justify a parental action which could, at the limit, consist in the application of slight and moderate punishment with an educative aim.

The problem lies in two facts: the revocation of the article 1884° of Civil Code and the growing of legal consideration of the child, creates several doubts about the punishment with educational purposes which may or may not be admissible. Obviously, the importance of this issue doesn't disappear with the existance of this two facts, but simply makes it more doubtfull how to define what kind of punishment is legitimate.

This way, we will trace the lines that guide the definition of what should be a legitimate punishment, taking into account the existant theories in the legal system, but also their implementation in jurisprudential decisions. We cannot avoid admitting that there is, in our opinion, a right to correct children that could lead to appliation of physicall punishments, if the criteria are fullfilled. The consideration of this issue, will always be in the good sense to be evaluated on the concret case; obviously, punishments that leads to violations of dignity and importante legal assets of the minor are not allowed. Essentially it is important to take into account criteria of adequacy, proportionality and necessity of the educator's action.

Key words: Right of correction, child correction, physical punishment, social appropriateness of behaviour, violence, legitimacy;

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão;

Al. - Alínea;

Art. - Artigo;

Arts. - Artigos;

CC - Código Civil;

CDC - Convenção dos Direitos da Criança;

CP - Código Penal;

CRP - Constituição da República Portuguesa;

Ibid. - Ibidem

Nº - Número;

P. - Página;

RP - Responsabilidades Parentais;

STJ - Supremo Tribunal de Justiça;

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra;

TRE - Tribunal da Relação de Évora;

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP - Tribunal da Relação do Porto;

Índice

Agradecimentos.....	4;
Resumo.....	5;
Abstract.....	6;
Lista de siglas e abreviaturas.....	7;
Introdução.....	10;
Capítulo I: Legitimação do direito de correção.....	12;
1 – Evolução do tratamento da criança à luz das Responsabilidades Parentais.....	12;
2 – Conteúdo do direito de correção.....	15;
3 – O direito de correção no direito comparado.....	17;
Capítulo II: Soluções relativas ao exercício do direito de correção.....	23;
1 – A proibição total do direito de correção.....	23;
2 – A permissão relativa do direito de correção.....	26;
2.1 – Conduta atípica por via da adequação social do comportamento.....	26;
2.2 – Conduta Justificada.....	33;
2.3 – Teoria Bagatelar.....	37;
2.4 – Causa de exclusão da culpa.....	39;
Capítulo III: A relevância do bem jurídico nos arts. 143º, 152º e 152ºA do CP.....	41;
Capítulo IV: O problema da legitimidade no exercício do direito de correção.....	46;
1 – A questão da transmissibilidade do direito de correção.....	46;
2 – Casos Especiais.....	50;
2.1 – Familiares e sujeitos mais próximos.....	50;
2.2 – Castigos aplicados por professores.....	54;
2.3 – Crianças institucionalizadas.....	56;

Conclusão.....	60;
Jurisprudência.....	64;
Bibliografia.....	66;

Introdução

A educação dos menores numa dada sociedade é um tema que verificamos ser de constante alternância, influenciada pela mudança dos meios educativos e também pelo estatuto da criança na sociedade.

A principal relevância deste trabalho estará ligada, sobretudo, ao direito de correção dos titulares das RP relativamente aos seus educandos, sendo que será de destacar a ligação que este instituto tem com o Direito Penal, ou seja, a possibilidade de corrigir as condutas dos menores aplicando, no limite, com esse mesmo objetivo, castigos físicos, ainda que leves.

Para isto, primeiramente, será necessário analisar a crescente evolução do estatuto da criança e dos seus direitos, com o intuito de percebermos se estes impedem ou deixam alguma margem de liberdade para esta correção acima mencionada.

Veremos ainda que esta evolução, que se saúda, é perceptível devido a vários instrumentos de direito internacional, os quais, pela sua intencionalidade, foram e são essenciais para a atribuição de uma posição juridicamente mais forte da criança, como é o caso da CDC.

Nesse sentido, será importante também relacionar o direito de correção com a modificação do CC relativamente ao seu art.1884º, que previa e especificava um poder de corrigir as condutas do seu educando. Esta especificação desapareceu e deixou um espaço de dúvida relativamente ao preenchimento de uma parte do poder-dever de correção que se especifica também nessa mesma correção.

Portanto, para além de um enquadramento primário acerca daquilo que é o direito de correção e nas condutas em que ele pode incidir, é necessário especificar as posições mais determinantes sobre a admissibilidade do direito e correção e a consequente permissão da adoção de castigos físicos. Sendo certo que nenhuma posição pode admitir essa mesma adoção sem quaisquer tipos de limites ou critérios para o seu exercício, fica sempre a nota da proibição de quaisquer castigos que possam contender contra a dignidade ou integridade física ou psíquica do menor.

Por conseguinte, será possível identificar que as posições acerca do direito de correção se podem dividir em dois grupos: no que diz respeito ao primeiro, encontramos as

teorias que preconizam a absoluta proibição de castigos corporais com finalidade educativa, e nesse sentido qualquer conduta se subsumirá ao tipo legal indicado. O segundo grupo identifica-se com uma permissão da aplicação de castigos físicos no seio de direito de correção e nesse entendimento será possível admitir essas ações de uma forma criteriosa, ou seja, respeitando certos princípios para que os bens jurídicos do menor e a sua própria dignidade, desenvolvimento e educação não sejam postos em causa.

Nesse seguimento, em nossa opinião, é muito importante dirigir o nosso pensamento para a relação entre os bens jurídicos potencialmente afetados e o exercício do direito de correção. Como fomos dizendo, para quem defende a admissibilidade condicionada do direito de correção e, no limite, para quem considera que estes são totalmente proibidos, será importante perceber de que forma estes entendimentos estão ligados com os tipos legais e os seus bens jurídicos de forma a concluir se este direito colide com o âmbito de proteção de cada um deles.

Por fim, olhando para uma vertente ainda mais específica e mais prática, a nota da legitimidade ativa no exercício do direito de correção. Falámos, no início, do direito de castigo que, eventualmente, os titulares das RP podem possuir, mas o exercício desse direito complexifica-se no quotidiano, pois a vida do menor não se restringe apenas à relação que este tem com os seus pais ou tutores, visto que cada vez mais são mais as pessoas que têm contacto diário com o menor e uma presença direta ou indireta na educação do mesmo.

Por isso, a análise acerca da possibilidade que outros sujeitos possam ter poder de aplicar castigos físicos é essencial, sobretudo para se perceber de uma forma completa e integral todas as incidências que este instituto pode ter.

Capítulo I - Legitimação do Direito de Correção

1 – Evolução do tratamento da criança à luz das responsabilidades parentais

O regime das responsabilidades parentais e as suas sucessivas reformas encerram, em Portugal, a evolução relativa ao tratamento jurídico dos menores no seio do relacionamento destes com a família e principalmente com os seus pais. A verdade é que, neste momento, o regime previsto no Código Civil concebe o menor como um sujeito de direitos com um nível de autonomia e capacidade de tomada de decisões tendo em conta o seu próprio desenvolvimento¹, mas nem sempre foi assim.

A própria conceção de criança e do seu envolvimento na sociedade e com a sua família foi muito distinta daquilo que observamos neste momento. Isto significa que, nas várias épocas do direito, podemos ver a correspondência entre a consideração da criança e seu regime jurídico.

Nas primeiras fases da História e conseqüentemente do Direito, a criança não tinha a si associados direitos inerentes à sua condição. Apesar da sua fragilidade, não lhe era reconhecida uma autonomia relativa ao seu tratamento. Em diversos períodos, a criança era vista apenas como “mais um elemento”, o que naturalmente fazia com que a sua condição fosse negligenciada.

A assunção da criança à qual são atribuídos direitos especiais e próprios da sua condição foi naturalmente importante. Neste momento, a intermediação entre o desenvolvimento da criança e o papel dos pais na prossecução desse mesmo desenvolvimento é realizada pelo instituto das RP.² Este instituto, alvo de várias alterações, congrega, neste momento, a afirmação de um número não estanque de poderes - deveres atribuídos aos titulares das mesmas com o objetivo da “realização de interesse dos filhos”.³ Do regime das RP emerge, portanto, uma “conexão necessária entre essas responsabilidades e o interesse do filho”.⁴

¹ CLARA SOTTOMAYOR, Código Civil Anotado, Almedina, p. 849

² JORGE DUARTE PINHEIRO, Direito da Família Contemporâneo, 7ª edição, Gestlegal p. 260

³ CLARA SOTTOMAYOR, Código Civil..., p.850 e ss.

⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da Família... p.262

No Código Civil de 1867, a expressão aí prevista era “poder paternal”. Logo, a partir daqui se observa um claro indicador da importância e supremacia dada ao pai e ao chefe de família.⁵ Daqui também podemos retirar considerações relevantes tendo em conta a evolução do tratamento da criança no seio familiar. A anterior expressão denotava, tal como refere CLARA SOTTOMAYOR, uma ideia de propriedade ou de posse, mas também uma hierarquização da ordem da família que, mesmo naquele momento, não era aceitável.⁶

Toda esta previsão se manteve no Código Civil de 1966⁷, ou seja, o regime continuava a promover uma sujeição do menor ao chefe de família e, portanto, até à reforma de 1977, introduzida no Livro IV do Código Civil 1966, o poder paternal era um “poder sujeição” na totalidade em que o menor que lhe estivesse sujeito não teria, naturalmente, qualquer espécie de autonomização face aos pais. Mais, o menor encontrava-se, sobretudo, objeto de uma sujeição total relativamente aos progenitores, especialmente ao pai. Abusos de autoridade, tendo em conta a rigidez deste regime, são fáceis de imaginar visto que o quadro legal de então promovia muito mais a sujeição do menor do que o seu próprio desenvolvimento para a vida adulta.

É de referir que, mesmo após a reforma do Código Civil de 1977, a expressão “poder paternal” continuou a vigorar⁸. Apesar de todo o regime ter sido reconfigurado, a principal finalidade passou a ser o interesse do menor e não apenas uma pura sujeição deste com vista à supressão da sua incapacidade. O reconhecimento de uma “progressiva autonomização” da vida do menor passou a ser uma nota central do novo regime. Esta visão coaduna-se com o exposto na CRP, nomeadamente na assunção de uma visão de igualdade entre o pai e mãe na condução do exercício das responsabilidades parentais, uma proteção do menor face a atuações abusivas dos titulares das RP, mas, sobretudo, ao livre desenvolvimento da personalidade e preparação para a vida adulta com respeito pela sua vontade nas decisões que lhe digam respeito.

Com a Lei 61/2008 de 31/10 foi finalmente substituída a expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”. No regime atual podemos observar a previsão de um conjunto de deveres e responsabilidades atribuídas aos titulares das responsabilidades parentais com a principal finalidade de cuidarem e promoverem o desenvolvimento do

⁵ ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, 2008, p.162 e 163

⁶ CLARA SOTTOMAYOR, *Código Civil Anotado*, p.849

⁷ ROSA MARTINS, *Menoridade...*, p.163

⁸ *Ibid.*, p.165

menor. Sendo a principal razão de ser deste regime a prossecução do interesse do menor, estes deveres dos titulares das RP caracterizam-se como poderes funcionais, não existindo uma liberdade para os pais agirem como quiserem, mas sim dentro do interesse que melhor serve o filho.⁹ Estes poderes-deveres atribuídos aos pais têm uma previsão constitucional no artigo 36º/5 da CRP e, portanto, consagram, não só um direito dos pais, mas principalmente, um dever na sua realização.¹⁰

Os poderes-deveres entregues aos titulares das RP previstas no Código Civil têm duas funções a si associadas: uma função protetiva e uma função de promoção da autonomia. Relativamente à primeira estamos perante a mais óbvia, ou seja, o dever de velar pela saúde e segurança dos menores (artigo 1878º/1/1ª parte), sendo, pois, aquela que se pode considerar como a função tradicional das RP. Relativamente à segunda função (a função de promoção da autonomia do filho), estamos perante a direção da educação dos filhos e apoiar no desenvolvimento de todo o tipo de competências destes.¹¹

Com a afirmação de um poder, e até mesmo de um direito de participação do menor nas decisões que lhe digam respeito, o instituto das responsabilidades parentais e a relação que se estabelece entre os pais e os filhos têm vindo a ser alvo de mudanças relativamente ao seu entendimento, sobretudo se pensarmos na decisiva e total influência que os pais têm no dever de condução da educação dos filhos.¹² Aqui, decisivamente, falamos do poder ou dever de correção, de castigar/corrigir os filhos e a sua admissibilidade num momento indiscutível de afirmação da posição dos menores no seio da família.

⁹ CLARA SOTTOMAYOR, Código Civil Anotado, p. 851 e 852

¹⁰ J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, p. 565.

¹¹ Rosa Martins, “Poder Paternal vs Autonomia da criança e do adolescente, in Lex Familiae, ano 1, nº1, 2005, p.68 e 69.

¹² ROSA MARTINS, “Responsabilidades Parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in Lex Familiae, ano 5, nº10, 2008.

2 – Conteúdo do Direito de Correção

Sobre o direito de correção, diremos que consiste no direito ou dever de corrigir ou castigar os filhos ou educandos. Este direito não encontra previsão expressa na lei, ainda que, olhando para o CC de 1966 antes da Reforma de 1977, este estaria previsto no seu artigo 1884º. No entanto, com a Reforma de 1977, este artigo foi revogado.

Ainda assim, refere GUILHERME DE OLIVEIRA, a propósito desta mudança no regime legal: “(...) embora ninguém pretenda que os pais tenham perdido realmente aquela faculdade de correção, usando castigos corporais, proporcionados e moderados.”¹³ Daqui se pode retirar que o direito de correção, embora não estando previsto diretamente da lei, pode ser retirado das funções básicas e gerais submetidas aos regime das RP.

Por isso, este poder está intimamente ligado e contraposto com o dever de educação¹⁴, olhando para o regime das RP, encontramos um fundamento primário para a existência de um direito de correção, ou seja, verificando o artigo 1878º CC, este compreende uma série de deveres e funções atribuídas aos titulares das RP, em especial a direção da educação dos filhos, logo a seguir densificado no artigo 1885º CC. Este artigo prevê o dever dos pais direcionados para o cumprimento do objetivo do “(...) desenvolvimento físico, e na formação moral dos filhos (...)”¹⁵ e também para a “ (...) condução do desenvolvimento da personalidade dos seus filhos, por via da orientação da consciência moral (...)”¹⁶.

Daqui ressalta que os titulares das RP têm o poder-dever de proporcionarem um correto desenvolvimento físico, mas também moral do educando, donde se pode inferir que, em determinadas situações e reunindo determinados pressupostos, devem agir com a finalidade de corrigir e educar os filhos.

É importante referir que não existe verdadeiramente uma definição daquilo que é o direito de correção, ou aquilo em que este pode consistir na prática. Tendo em conta decisões judiciais em Portugal, podemos referir que este conceito, cuja definição carece de

¹³ GUILHERME DE OLIVEIRA, A criança maltratada, in Temas de Direito da Família, 2ª edição, Coimbra Editora, p. 219

¹⁴ CRISTINA DIAS, “A criança como sujeito de direitos e o poder de correção” in Revista Julgar nº4, 2008, p.95

¹⁵ CLARA SOTTOMAYOR, Código Civil Anotado, p.873 e 874

¹⁶ *Ibid.*

formulação mais objetiva, serve sobretudo uma finalidade educativa presente nas relações entre os pais e os filhos, sendo que “ (...) o direito e o dever de educação dos pais sobre os filhos passa por os fazer entender o significado e repercussões negativas do seu modo de proceder (...)”¹⁷ ou seja, servindo uma intenção de educação, de chamada de atenção de forma a incutir em si o comportamento a seguir. É, portanto, do dever de educação, que nasce ou está incluído no poder dos pais corrigirem os filhos.¹⁸

Esse poder de corrigir ou castigar, tradicionalmente, podia reconduzir-se a correções verbais, desde chamadas de atenção ou advertências, até algumas palmadas. Daqui podemos retirar que esta é uma área de grande incerteza e delicadeza. Existe a necessidade de categorizar vários tipos de castigos, os castigos físicos, e os castigos psicológicos ou verbais¹⁹, mas existe sobretudo a necessidade de se estabelecer sua diferenciação, até para um melhor enquadramento legal.

O direito de correção é então exercido como uma forma de demonstração aos educandos da realização de uma ação que os educadores consideram que não estão de acordo com os padrões que estes desejam, ou seja, a necessidade de sinalizar junto dos educandos a prática de uma ação errada.

Como é óbvio, a principal forma de demonstração do desacordo das ações dos educandos é realizada através do diálogo e da apreensão da realidade desejada através da interação verbal. Mas daqui parte outra questão essencial, que será a de reconhecer o interesse em punir comportamentos que se consubstanciem em castigos (normalmente físicos) que têm como finalidade a educação do menor e a sua formação enquanto indivíduo.

¹⁷ Ac. do TRL de 17-5-2022, Relator: Anabela Cardoso;

¹⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família...*, p. 274

¹⁹ Filipe Silva Monteiro, *O Direito de Castigo...*, p.28

3 – O Direito de Correção no Direito Comparado

A Declaração dos Direitos da Criança de 1924 e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 são, certamente, pontos de partida fundamentais para a afirmação da criança como um sujeito titular de direitos, já que pela primeira vez foi utilizada a expressão “direitos da criança”, e também a previsão de diversas intenções relativas ao desenvolvimento das crianças.²⁰ Mas apenas a segunda Declaração consagrou verdadeiramente uma lista de direitos pertencentes às crianças, o que de certa forma influenciou diversas legislações nacionais a adotarem diversas disposições e princípios aí previstos.²¹

Nessa mesma orientação, e decisiva em grande medida para a definição do regime das RP em Portugal, foi a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada pela ONU. Nesta convenção afirmaram-se as bases dos direitos da criança previstas nos mecanismos anteriores. Mas a grande evolução foi observada na intenção de: “propiciar condições para que a criança adquira esta capacidade (autonomia) com total respeito pela sua individualidade e personalidade”²² e, portanto, o reconhecimento à criança de “emitir opinião sobre as questões que lhe dizem respeito”, mas também “que a sua opinião seja tomada em consideração, de acordo com a idade e maturidade”.²³ Esta visão foi essencial para mudanças legislativas que iremos expor relativamente à tensão que se estabelece entre educar e corrigir. Especialmente no seu artigo 19º é previsto um comando para os Estados estabelecerem todas as medidas conducentes à finalidade de proteção da criança de todo o tipo de maus-tratos por parte dos pais ou outros educadores. Daqui nasce, pois, uma necessidade de adaptar as legislações a este facto.

Olhando para os demais Ordenamentos Jurídicos, é possível observar a diferença das soluções adotadas relativamente a esta problemática do Direito de Correção. Como referimos anteriormente, em Portugal a previsão expressa acerca da admissibilidade do Direito de Correção foi revogada, mas não existe, ao inverso, uma previsão expressa acerca da sua não admissibilidade.

²⁰ ROSA MARTINS, “Responsabilidades Parentais...”, p.30

²¹ *Ibid.*, p. 31

²² CLARA SOTTOMAYOR, “A autonomia do direito das crianças” in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, 2010, p.19

²³ *Ibid.*

Numa visão mais geral, este problema coloca-se nos demais países, sendo que a definição de uma fronteira entre o castigo legítimo e o castigo ilícito é, por vezes, ténue e diferente de Ordenamento Jurídico para Ordenamento Jurídico.

Contrariamente ao que se verifica no caso português, existem países que preveem expressamente a proibição de qualquer tipo de poder de correção face aos educandos, fazendo, conseqüentemente, com que o exercício desse mesmo poder constitua uma conduta ilícita. Naturalmente que estas situações resolvem o problema logo à partida, definindo desde logo a fronteira (neste caso nula), entre o que é admitido e o que é ilícito ao proibirem totalmente o poder de correção.²⁴ Olhando para os casos Sueco, Finlandês, Dinamarquês, Norueguês e Austríaco, constatamos que foram proibidos todo o tipo de castigos físicos, ainda que com fins educativos, dos pais em relação aos filhos.²⁵

A Suécia acabou por ser o primeiro país a abolir diretamente os castigos corporais contra menores em 1979²⁶, apesar de alguns estudos revelarem que a frequência da aplicação de castigos físicos permaneceu alta.²⁷

Relativamente a países mais próximos, a Espanha realizou uma alteração legislativa no artigo 154º do Código Civil Espanhol. Neste artigo, antes da referida alteração, era permitida a correção desde que moderada das condutas do menor.²⁸ Neste momento, a expressão: “corregir razonable y moderadamente a los hijos” desapareceu do referido artigo. Esta é uma solução um pouco comparável com o caso Português, tendo em conta a solução adotada pelo CC, na medida em que não existe uma proibição expressa do exercício do Direito de Correção e da conseqüente aplicação de castigos.

No caso Alemão, ao contrário do caso Espanhol, existe verdadeiramente uma proibição daquilo a que chamamos Direito de Correção, já que em 7 de novembro de 2000 operou-se uma alteração legislativa no sentido de proibir quaisquer tipos de castigos e que qualquer medida corretiva nesse seguimento não deveria ser admitida.²⁹ Anteriormente, no regime alemão, o poder de correção era admitido pela Jurisprudência e pela doutrina já que

²⁴ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?”, A propósito do acórdão do STJ de 05-04-06”, in LEX FAMILIAE, ano 4, nº7, 2007

²⁵ CRISTINA DIAS, “A criança de direitos e o poder de correção” in Revista Julgar, nº4, 2008;

²⁶ CRISTINA RIBEIRO, WILSON MALTA, TERESA MAGALHÃES, “O castigo físico de crianças. Estudo de Revisão”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº22, ano 2011, p. 65

²⁷ *Ibid.*, p.65

²⁸ FILIPE SILVA MONTEIRO, O Direito de Castigo..., p. 101 ss.

²⁹ *Ibid.*, p.109

no BGB se estabelecia que “todas as medidas de educação humilhantes e degradantes são ilícitas”.³⁰ Esta solução não admitia, pelo menos diretamente, o poder de correção por parte dos educandos, mas não o proibia, estatuidando apenas que os castigos humilhantes não seriam permitidos. Pensamos que é uma previsão óbvia, em bom senso não seria necessário dizê-lo, mas deste modo abriu espaço ao direito dos pais de corrigirem ainda que moderadamente os seus filhos.

No Brasil, foi promulgada a Lei nº13.010 de 26 de junho de 2014, conhecida como a “lei da palmada”, onde, teoricamente, são proibidos os castigos físicos e qualquer medida corretiva cruel ou degradante que cause sofrimento ou lesão no menor.

Quando olhamos para dados e relatórios de plataformas internacionais³¹ é referido que Portugal proíbe totalmente qualquer tipo de castigos corporais, pois é invocada a lei 59/2007 que alterou o art.152º do CP que visa punir o crime de violência doméstica, na previsão da criminalização de “maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais..” e na introdução do crime de Maus Tratos (art.152ºA do CP) com a também punição dos castigos corporais³², mas não esquecendo de igual forma a reforma do CC em 1977 que alterou o até aí artigo 1884º (que previa expressamente o poder-dever de correção)³³.

Considerações sobre estes relatórios levam a apontar alguns defeitos relativamente a estas análises: se é certo que estas mudanças legislativas aconteceram em ordem a atingir a conformidade relativamente a recomendações internacionais na área dos castigos corporais, também é certo que a Jurisprudência se mantém dividida em questões relativas ao exercício do direito de correção.

A experiência jurisprudencial, vinha-nos demonstrando que a admissibilidade do direito de correção estaria a deixar de ser admitida. Exemplos disso mesmo são os acórdãos

³⁰ § 1631, II BGB;

³¹ Na plataforma online End Corporal Punishment, que reúne todos os dados relativos á punição de castigos físicos por todo o mundo, é possível perceber a evolução que especialmente aconteceu no início do séc. XXI relativamente á proibição dos castigos corporais em grande parte dos países. No caso Português são referenciadas duas grandes queixas da OMCT (Organização Mundial contra a Tortura) que motivaram as reformas legislativas que, nessa medida, fundamentaram as tais alterações no CP e no CC de forma a proibir os castigos físicos.

³² CASTANHEIRA NEVES, RAQUEL BARDOU, “O direito das crianças à proteção do Estado”, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, 2010, p.381 e ss.

³³ Na 1ª versão deste art. alterado pela Lei 496/77 de 25/11, este previa no seu nº1: “Compete a ambos os pais o poder de corrigir moderadamente, o filho nas suas faltas.”

do TRP³⁴, onde é totalmente excluída qualquer permissão relativa ao direito de correção das condutas dos menores, aludindo a instrumentos referidos anteriormente como a Convenção dos Direitos da Criança e à conseqüente proibição de qualquer tipo de afetação do bem jurídico da integridade física ou psíquica, mas também na sua liberdade e dignidade, o que, na opinião do tribunal, resultará inevitavelmente na consideração da não existência de um *ius corrigendi* por parte dos pais (e obviamente dos educadores, sendo esta a questão em causa). Outro exemplo será o acórdão do TRL³⁵, onde é diretamente negada a existência de um poder – dever de correção: “Este poder de correção foi eliminado do nosso ordenamento jurídico em novembro de 1977”.

Contudo, mais recentemente, acórdãos de tribunais superiores vêm admitindo a existência e o exercício de um direito de correção, e num dos casos, a aplicação de castigos físicos com fins educativos contrariamente ao que acontece, como já referimos em relação a outros ordenamentos jurídicos. Numa decisão muito atual³⁶, o TRL considerou que em determinados casos o poder de correção constitui uma causa da exclusão da ilicitude, mas sem qualquer tipo de castigos físicos: “o poder de correção dos pais sobre os filhos poderá constituir uma causa de exclusão de ilicitude do crime de violência doméstica (...) se exercido com finalidade exclusivamente educativa...”.

Noutro acórdão também recente, em 2021, o TRL proferiu decisão³⁷ em que admitiu a existência de um poder de correção, como é óbvio, dentro de alguns limites. Citando a referida decisão: “Em determinados contextos, muito específicos e verificados determinados pressupostos, o poder de correção dos pais sobre os filhos poderá constituir uma causa da exclusão da ilicitude...”, chegando mais longe, admitindo até a atipicidade da ação em determinadas situações: “...ou pode até ser penalmente atípico, se exercido dentro dos limites da chamada teoria da adequação social.” Refere-se ainda a ligação deste poder de correção às RP: “Não pode ser desligado do dever de educação dos filhos...”.

Quem se inteirar da questão de facto deste processo, perceberá que nesta situação o poder de correção não funcionou como causa de exclusão da ilicitude nem como fundamento da atipicidade do comportamento do autor, devido à intensidade e agressividade com que o progenitor agiu ao: “pegar o filho pelos ombros, deitou-o no areal, com a barriga para baixo,

³⁴ Ac. do TRP de 16-12-2020, Relator: Maria Dolores da Silva e Sousa;

³⁵ Ac. do TRL de 5-6-2019, Relator: Maria Perquilhas;

³⁶ Ac. do TRL de 17-5-2022, Relator: Anabela Cardoso;

³⁷ Ac. do TRL de 7-4-2021, Relator: Cristina Almeida e Sousa;

prende-lhe as pernas e os braços e colocou-lhe os joelhos nas costas, fazendo força...”. Este comportamento obviamente não se pode enquadrar no poder de correção, sendo uma reação agressiva, desadequada e desproporcional, e devendo enquadrar o crime de violência doméstica.

As mudanças legislativas atrás reportadas foram essenciais para, nos relatórios realizados sobre os castigos corporais em crianças, ser considerado que, em 2007, Portugal atingiu de forma total a proibição de castigos físicos ou psíquicos decorrentes das reformas atrás referidas.³⁸ Naturalmente que nestes dados apenas são tidas em conta as reformas legislativas e a forma como a legislação de cada país trata o castigo físico. Porém, como acabámos de ver, apesar desses castigos físicos e psíquicos estarem proibidos em Portugal, a prática dos tribunais mostra-nos o contrário, sendo que, como foi demonstrado, recentes decisões de tribunais superiores em Portugal admitiram o uso de poder – dever de correção por parte dos pais.

Já vimos que em alguns países o direito de correção está também afastado. Para isso muito contribui a existência de normas específicas relativas à proibição desse mesmo poder. Ora, no caso português isso não acontece, abrindo a porta à sua admissibilidade, mas tornando a situação mais complicada a partir disso mesmo: se o caminho é de certa forma acompanhar ordenamentos jurídicos estrangeiros que seguiram uma política absoluta na proibição dos castigos ou deixar à consideração do caso concreto a possível atuação desta conduta dos titulares das RP.

A existência da punição de castigos corporais e psíquicos, seja em Portugal como noutros ordenamentos jurídicos, não fecha a porta à aplicação de castigos físicos. Esses mesmos castigos são entendidos como verdadeiras agressões aos bens jurídicos da integridade física ou psíquica, ou da dignidade pessoal, mas a sensibilidade e decisões judiciais vem-nos mostrando uma abertura relativamente ao uso de um direito de correção, obviamente moderado, adequado e proporcional que não configurará verdadeiramente um castigo corporal como ele é entendido.

Iremos, de seguida, discorrer sobre as perspetivas teóricas mais pertinentes acerca da admissibilidade ou rejeição do direito de correção. Como veremos, a questão do dever de

³⁸ A alteração do CP nos arts. 152º e 152ºA pela lei 59/2007, e a alteração do art. 1884º do CC pela reforma de 1977 do mesmo código foram essenciais.

correção introduz uma temática com diversas considerações, ajudada por várias posições que apontam várias visões sobre este instituto.

Capítulo II – Soluções relativas ao exercício do Direito de Correção

Neste momento, cumpre analisar verdadeiramente o direito de correção e a visão acerca da sua admissibilidade, tanto na doutrina como na jurisprudência. Sabendo que será daqui que podemos extrair conclusões relativamente à aplicação de castigos físicos por parte dos titulares das RP.

Se é certo que, tal como referimos no capítulo anterior, não exista uma posição que se possa considerar maioritária, existem determinadas linhas de força nas quais podemos apoiar o pensamento acerca desta temática e, desta forma, aglutinar determinadas posições em dois grandes grupos. O primeiro relativo à completa proibição da aplicação de castigos físicos a menores, ou seja, da não admissibilidade em qualquer circunstância do referido direito e o segundo, comportando posições que aceitam, ainda que condicionadamente, o direito de correção.

1 – A proibição total do Direito de Correção

Como já foi levemente evidenciado, o direito de correção não é verdadeiramente um instituto sobre o qual existam certezas relativamente ao seu exercício. Nesse sentido, diversos autores vêm defendendo a sua inexistência no ordenamento jurídico atual, tendo em conta as sucessivas mudanças que se foram verificando na legislação, mas também relativamente a uma evolução na consideração dos direitos da criança.

Uma das vozes mais importantes acerca da total proibição do direito de correção é MARIA CLARA SOTTOMAYOR. Esta autora defende que o direito de correção foi abolido aquando da revogação do art.1884º do CC, na grande reforma de 1977.³⁹ Segundo a própria, o direito de correção não consistirá mais do que uma herança de uma sociedade patriarcal que exacerbava o poder do pai relativamente aos filhos e, com a evolução legislativa e a conceção de criança adotada neste momento, o direito de correção não se coaduna com o conjunto sistema jurídico.

Como já foi abordado anteriormente, este artigo previa expressamente o poder-dever dos pais de corrigirem os filhos, mas, segundo a consideração da autora, a própria

³⁹ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder...”, p.121

revogação desse preceito legal implica que: “a sua vontade histórica foi a de abolir o referido poder ou direito dos pais.”⁴⁰

Traz também, ainda segundo a autora, uma ideia de conformidade constitucional. Nesse sentido, todas as normas devem ser interpretadas de acordo com os preceitos constitucionais vigentes e de acordo com a CDC. Não nos podemos esquecer que a CDC, sendo uma Convenção de Direito Internacional, todos os seus preceitos têm natureza também constitucional, decorrendo daí uma obrigação da lei respeitar os princípios presentes na lei fundamental portuguesa, mas também nos instrumentos de direito internacional. Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR refere: “Quando decidimos acerca da licitude ou ilicitude de comportamentos, temos que ter em conta o ideal ou modelo de família da lei fundamental e a conceção da criança, consagrada na Convenção de 1989.”⁴¹ Devido a esta consideração devemos pôr em prática um esforço interpretativo no seio do sistema legal, conjugando o CC e, neste caso a revogação do preceito que previa o direito de correção, o que, segundo a autora, demonstra a vontade e a intenção do legislador de não admitir o referido direito, mas também, sem esquecer, os preceitos constitucionais relacionados com a interação estabelecida entre os titulares da RP e os menores, especialmente art.36º/5 da CRP, e as disposições resultantes da CDC, em particular o direito que as crianças possuem a serem protegidas pelo Estado relativamente a qualquer forma de violência.⁴²

Se assim não fosse, estaríamos de certa forma a passar uma mensagem errada no que toca aos direitos da criança, já que a proibição geral dos maus-tratos ficaria fragilizada, sem que houvesse a definição real de uma fronteira entre o que seria admitido e o que seria excluído. Como a autora refere, a conceção do que é mau trato varia de sociedade para sociedade e de época para época, e na presente conceção do papel da criança na sociedade não será admissível a permissão de um poder de castigo físico à criança com a afirmação de: “novos olhares sobre a criança fazem surgir na consciência social, novas formas de negligência e de maus tratos, fruto de uma alteração de juízo de valor sobre o comportamento dos adultos em relação às crianças...”⁴³

⁴⁰ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder...”, p.121

⁴¹ *Ibid.*, p.119

⁴² *Ibid.*, p.117

⁴³ *Ibid.*, p.118

Daqui se apreende a intenção da autora ao excluir liminarmente um juízo de adequação social nesta matéria,⁴⁴ não só devido aos bens jurídicos em causa (integridade física e psíquica), mas também devido à evolução da conceção da criança na sociedade. Muito menos será de considerar uma causa de exclusão de ilicitude ao abrigo do art.31º/2 do CP, sendo que isso significaria uma intenção de admitir: “(...) um direito dos pais castigarem os filhos (...) o que em abstrato permite justificar qualquer comportamento violento dos pais (...)”.⁴⁵

Ao invés da previsão de um direito de correção dos pais, CLARA SOTTOMAYOR defende: “uma educação para a autorresponsabilidade, sem autoritarismo, num quadro em que a afetividade é o valor principal”.⁴⁶ Consideramos que esta ideia não implica a proibição do direito de correção, aliás, uma coisa não se substitui à outra: se é óbvio que a utilização de meios educativos positivos, encorajadores e respeitadores da dignidade da criança se impõem,⁴⁷ também é certo que isso não impede a utilização do poder de correção com fins meramente educativos.

Esta posição teve bastante acolhimento na jurisprudência nacional, sobretudo se olharmos aos últimos anos⁴⁸. Ainda assim parece-nos uma posição demasiado redutora e, por vezes, até perigosa. Ao admitirmos que todo o direito de correção não é de todo admitido, qualquer ação dos titulares das RP que consubstanciasse um castigo físico seria inadmissível e, portanto, resultaria em responsabilidade criminal para os mesmos. Isto seria uma solução demasiado penosa ao nível da política criminal que se traduziria numa intromissão gravosa nas relações familiares que se estabelecem entre os pais e os filhos.

Aqui, é necessário definir aquilo que pode ser um castigo admissível e qual a amplitude dessa admissibilidade. Por exemplo, não podemos admitir que bofetadas, murros ou pancadas na cabeça possam ser admissíveis. Estes exemplos, só por si, nunca poderiam integrar o direito de correção e, portanto, nunca serão admitidos. Mas, existem alguns

⁴⁴ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder...”, p.124

⁴⁵ *Ibid.*, p.123

⁴⁶ *Ibid.*, p.127

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, RAQUEL BARDOU, “O Direito das Crianças...”, p.391

⁴⁸ Ac. de 12-10-2016 do TRL rejeita a ideia da existência de um direito de correção, considerando que não existe qualquer previsão legal que substancie aos titulares das RP o poder de aplicarem castigos corporais com finalidades educativas. Também o ac. de 11-3-2014 do TRE na qual foi considerado que o poder de correção não pode ser pensado na medida em que se coadune com castigos físicos, ainda que sejam meramente educativos, resultando na conclusão que qualquer comportamento educativo com incidências em castigos corporais não pode ser justificado ou adequado.

castigos, que na prática, devem poder ser aplicados sem a intervenção do Direito Penal, tais como, palmadas leves ou puxões de orelhas leves.

Deste modo, concordamos com as palavras de FIGUEIREDO DIAS ⁴⁹, que admite que possam ser aplicados determinados castigos, desde que tenham em si uma finalidade educativa, sejam proporcionais e moderados. Contudo, como veremos, a nossa posição em termos dogmáticos não está de acordo com a posição de FIGUEIREDO DIAS. Penso, ainda assim, que estes critérios são úteis independentemente da consideração adotada sobre o direito de correção, isto é, estes critérios gerais oferecem-nos uma medição daquilo que pode ser um castigo admissível, independentemente de considerarmos o direito de correção como causa de justificação ou como causa de atipicidade, já que, mesmo neste último, estes critérios são importantes para uma perceção correta da conformidade do castigo com os juízos sociais vigentes.

2 – A permissão relativa do Direito de Correção

2.1 – Conduta atípica por via da adequação social do comportamento

Como vimos, da mesma maneira que parte da Doutrina rejeita o poder-dever de correção, veremos agora que este é aceite mediante vários entendimentos. O primeiro deles ligar-se-á à adequação social do comportamento que consubstanciou o castigo por parte do titular das RP.

Esta teoria da adequação social, como refere ROXIN,⁵⁰ tem sido acolhida por vários autores em diferentes campos do Direito Penal como uma causa de exclusão da tipicidade, como causa de exclusão da ilicitude ou como causa de desculpação. Aqui, contudo, trataremos a adequação social como causa de exclusão da tipicidade do comportamento.

É importante ter em conta, antes de mais, que este princípio da adequação social não se reduz apenas a um critério quantitativo da infração. Nessa medida concordamos com MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, quando a autora refere: “(...) nota-se alguma

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte geral, Tomo I, 3ª edição, GESTLEGAL, 2019, p.594

⁵⁰ CLAUS ROXIN, Derecho penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid Civitas, 2007, p.293

tendência para fazer associar a valoração social diferenciada da conduta à quantidade diminuta da lesão (...).⁵¹

Olharemos, pois, a adequação social como causa de atipicidade do comportamento e nunca como causa de justificação, aliás, como FIGUEIREDO DIAS refere: “(...) a «prioridade» não pode deixar de caber à categoria material do ilícito, concebido como ilícito-típico (...)”⁵², daqui ressalta a ideia demonstrada por MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA em concordância com FIGUEIREDO DIAS: “(...) sempre que se possa dizer de uma conduta que ela é socialmente aceite ter-se-á que admitir que «o teor do objeto da proibição não integra ab initio o sentido de ilicitude que vive no tipo questionado”.⁵³

Começemos por definir aquilo a que corresponde de facto o conceito de adequação social e, segundo MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA: “(...) comportamentos que correspondem à ordenação social historicamente desenvolvida de uma sociedade, não podem constituir ilícito (...)”.⁵⁴ Isto significa que determinadas ações e o seu significado social e histórico influenciam a consideração de determinado comportamento como ilícito ou não e que o agente ao praticar uma qualquer ação pratica-a com uma substância e valor próprios, o que a faz comportar um sentido para os restantes membros da sociedade e, portanto, influenciando assim a sua conceção do que integrará o tipo de ilícito ou não.⁵⁵

Diremos que esta é uma conceção um pouco ampla, no sentido em que torna variável relativamente a alguns tipos legais o que será englobado no tipo de ilícito. A verdade é que esta ideia, em termos gerais, apoia-se, tal como refere MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA: “(...) da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da atuação do agente face ao recorte de vida que legislador quis abranger com o tipo legal de crime.”⁵⁶ Ou seja, por aqui interessará muito ter sempre em vista a valoração e a intenção com que o agente realizou determinado comportamento,

⁵¹ MARIA FARIA, “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do artigo 152º do Código Penal, Comentário ao acórdão do STJ de 5-4-2006”, in Rev. Portuguesa de Ciência Criminal, nº2, ano16, 2006

⁵² FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal..., p.309

⁵³ MARIA FARIA, “A adequação social da conduta no direito penal” in Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político Criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld, Coimbra Editora, Coimbra, NOTA 44 p.301

⁵⁴ MARIA FARIA, A adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Publicações Univ. Católica, 2005 p.31

⁵⁵ MARIA FARIA, “A lesão da integridade física e o direito de educar – uma questão “também” jurídica”, in JURIS ET DE JURE – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP Porto, Universidade Católica Portuguesa, Porto, p.905

⁵⁶ MARIA FARIA, A adequação Social..., p.132

óbvio que o desvalor do resultado será sempre o mesmo, mas o sentido que daremos à atuação primária do agente é bastante relevante.

MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA teve duas fases relativamente ao seu pensamento no que diz respeito ao direito de correção. Se numa primeira fase adotou a orientação que admite a possibilidade de aplicação de castigos físicos a menores a partir da justificação do comportamento ao nível das causas de exclusão de ilicitude, numa segunda fase considerou que a exclusão da tipicidade era a melhor solução, tendo em conta um juízo de adequação da conduta do titular do direito de correção.

Ao nível da sua primeira visão do poder dos titulares das RP aplicarem castigos físicos (que também abordaremos mais à frente), MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA considera que o direito de correção era nada mais que uma causa de exclusão da ilicitude,⁵⁷ prevista no art.31º/2/b do CP que, para ser considerada como tal no caso em concreto, devia cumprir certos pressupostos, como a legitimidade do que exerce o referido direito, a finalidade com que o mesmo é exercido e a proporcionalidade do castigo relativamente ao seu fim.⁵⁸

Relativamente à sua segunda fase no pensamento acerca desta temática, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA defende um juízo de adequação social da conduta que se consubstancia na atipicidade dos comportamentos daqueles que com legitimidade apliquem castigos físicos a menores, desde que, como é óbvio, obedeça a esse juízo.⁵⁹ A autora considera ainda que a adequação social não deverá ser considerada uma causa de justificação, muito devido à ratio desse instituto, ou seja, se uma conduta é socialmente aceite, nunca poderá violar a norma que proíbe essa mesma conduta⁶⁰, devendo, desta forma, apenas reconduzir-se a uma finalidade de excluir a tipicidade da conduta.

Virando atenções para a adequação social enquanto causa de exclusão da tipicidade, temos de ter em conta o tipo e a sua significância, ou seja, o tipo legal não é uma categoria estanque desprovida de qualquer intenção,⁶¹ daí que, ao aplicarmos uma determinada norma, é essencial, para além de percebermos se a mesma é aplicável no caso concreto, identificar

⁵⁷ MARIA FARIA, “A lesão da integridade física...”, p.912

⁵⁸ *Ibid.*, p.925

⁵⁹ MARIA FARIA, “O castigo físico dos menores no Direito Penal”, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p.627

⁶⁰ *Ibid.*, p.621

⁶¹ “Toda a norma jurídica tem um sentido”, MARIA FARIA, “Castigo físico...”, p.622

se o seu sentido é realizado no caso em questão. É isso mesmo que acontece no que diz respeito ao direito de correção: se uma norma penal pretende punir um determinado comportamento que se considera ilícito, não poderá integrar essa mesma previsão (ainda que literalmente o pudesse fazer), se esse comportamento é considerado aceitável ao nível das conceções axiológicas de uma determinada sociedade.⁶²

É, desta forma, importante olharmos para a categoria da tipicidade e percebermos se esta categoria pode comportar estas limitações. MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA considera que sim, aliás, na sua conceção, esta categoria não é neutra ao nível dos valores (o que significará que será influenciável pelas determinações valorativas vigentes ao tempo de aplicação da norma).⁶³

Daqui decorrerá, como já referimos, que condutas praticadas, que sejam socialmente aceites, não podem chegar a ser consideradas ilícitas, porque nem sequer chegam a preencher o tipo de qualquer previsão legal. Por outras palavras, nem sequer podem ser consideradas típicas, não porque na sua aparência não possam ser idênticas a outras condutas, que essas, sim, afetem o bem jurídico, mas porque a consciência valorativa comunitária impede que as mesmas possam ser subsumidas a esse tipo legal.⁶⁴

Ainda assim, esta é uma posição bastante criticada. Olhando para FIGUEIREDO DIAS, este autor considera que a adequação social no caso de aplicação de castigos a menores não poderá ser aceitável, sobretudo porque considera que: “(...) as condutas formalmente típicas em causa atingem (...) bens jurídicos do menor (...)”.⁶⁵ Consideramos que esse, em última análise, é o fim da adequação social, ou seja, a conduta formalmente pode ser considerada típica, mas as valorações vigentes impedem que esta possa integrar o tipo em questão em termos materiais.

Em nossa opinião, esta perspetiva da adequação social enquanto causa de exclusão da tipicidade da ação será a mais correta acerca do direito de correção. O que está aqui em causa é perceber se determinado comportamento, neste caso castigos aplicados a menores, tem uma relação de correspondência com o tipo de ilícito descrito. Tal como refere MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA: “Uma coisa é a valoração da específica forma de comportamento vertida no tipo, a decisão sobre se um facto corresponde ao padrão de uma

⁶² MARIA FARIA, “O castigo físico...”, p.620

⁶³ *Ibid.*, p.621

⁶⁴ MARIA FARIA, “A adequação social da conduta...”, p.299

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 597

ofensa corporal penalmente relevante (...),⁶⁶ em geral o direito de correção a que nos referimos, aquele com fins estritamente educativos, não corresponde com a forma típica de crimes que abstratamente estariam relacionados.

Nesse mesmo sentido, com o qual também concordamos, MARIA ELISABETE FERREIRA considera que: “Se todos os castigos corporais se encontram formalmente a coberto da tipificação do artigo 152º, nem todos se poderão considerar materialmente típicos, em nome do princípio da adequação social (...) pela simples razão de que aqueles castigos, que consideramos não serem materialmente típicos, não poderão ser entendidos como violência.”⁶⁷ Pensamos ser este o ponto fundamental: o artigo em causa (mas não só este) pretende tipificar comportamentos que se consubstanciam (também) em castigos corporais, mas se estes não se enquadram na sua ratio e matéria no tipo de ilícito não podem ser considerados como tal.

Temos de atender, contudo, ao castigo no caso concreto e perceber se a teoria da adequação social pode funcionar relativamente ao mesmo. Para MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA existem critérios que indicariam isso mesmo, em primeiro lugar a legitimidade (ou seja, é necessário que a pessoa que castiga o menor tenha legitimidade jurídica para o fazer), o castigo deve ter razões educativas associadas, ainda que, como a própria refere: “(...) o que não quer dizer que, a par desta finalidade, não se possam colocar outras motivações, como um certo sentimento de impotência, cansaço ou uma ideia de prevenção geral.”. Outro dos pressupostos será uma razão educativa, ou seja, alguma razão que tenha feito o adulto agir com o fim educativo e, por fim, a proporcionalidade do castigo, ou seja, uma relação de forças entre o próprio castigo, os meios empregues e o ato cometido pelo menor que fundamentou o castigo.⁶⁸

Com a constante mudança ao nível dos direitos das crianças e a perceção que os mesmos têm na comunidade, este conceito da adequação social (ou pelo menos no que ele se consubstancia neste momento) pode arriscar a perder importância, ou seja, o círculo de casos que a adequação social tenderia a abarcar tem diminuído. Ainda assim é importante não esquecer que a realidade social não está desligada do Direito, mesmo que seja o Direito Penal. Por conseguinte, a realidade nunca pode estar desligada na aplicação da norma ao

⁶⁶ MARIA FARIA, “A adequação social da conduta...”, p. 299 e 300

⁶⁷ MARIA FERREIRA, *Violência Parental e Intervenção do Estado*, A questão à luz do direito português, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p.252

⁶⁸ MARIA FARIA, “O castigo físico...”, p.626 e 627

caso concreto.⁶⁹ Este é o pensamento refletido por MARIA ELISABETE FERREIRA tendo em conta a sua posição de concordância em termos gerais com a teoria da adequação social como causa de atipicidade da ação: “(...) uma resposta em definitivo a esta questão dependerá, decisivamente, do contexto socioevolutivo.”⁷⁰ Desse modo, aquilo em que se desmonta o conceito será moldável de acordo com esse mesmo contexto em que nos situarmos, seja em termos espaciais ou época temporal.

É necessário salientar que mesmo este conceito, ao ter em conta as valorações e sentidos sociais e axiológicos dominantes, não será contraditório da letra da lei⁷¹. Esta consideração vai ao encontro ao pensamento de MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, com a qual concordamos. Segundo a autora, a adequação social terá como função uma definição prática e orientadora do sentido literal contido na norma penal e, por conseguinte, fazer compreender e sobretudo aplicar o sentido da norma no caso prático.⁷²

Importa ainda esclarecer uma situação, relacionada com a contemplação do direito de correção como uma causa de atipicidade. Em meu entender, este direito, deve ser visto como uma consideração de uma ação que se adequa e é conforme a um padrão de atuação mais ou menos estabelecido. A ação pode, evidentemente, colocar em causa bens jurídicos protegidos pelo CP, mas a compreensão do padrão dessa conduta, leva a que o Direito Penal não deva agir. A chave está, sobretudo, na ação do educador e da necessidade da intervenção do sistema jurídico numa situação na qual, este não deve intervir pela consonância entre a conduta realizada e uma conduta adequada socialmente.

Concordando com a atipicidade dos comportamentos que sejam socialmente adequados, TERESA QUINTELA DE BRITO⁷³ admite que, nesse juízo de adequação social, podem ser tidos em conta comportamentos já com alguma gravidade, avançando que a finalidade é: “(...) evitar-se, tanto quanto possível, a contradição entre as valorações jurídicas e as valorações sociais (...)”.⁷⁴

Esta posição tem vindo a receber alguma aceitação da jurisprudência nacional, apesar de termos de referir que não será a solução que observamos com mais frequência.

⁶⁹ MARIA FARIA, “A adequação social da conduta...”, p.291

⁷⁰ MARIA FERREIRA, *Violência Parental e...*, p.253

⁷¹ MARIA FARIA, “A lesão da...”, p.908

⁷² MARIA FARIA, “O castigo físico...”, p.622

⁷³ TERESA BRITO, *Direito Penal, Parte Especial, Lições, Estudos e casos*, Coimbra Editora, 2007, p. 496

⁷⁴ *Ibid.*, p.496

Temos, contudo, como referência um acórdão do TRC ⁷⁵, onde, no resumo do mesmo, é referido: “Só o castigo corporal desproporcionado, imoderado, aquele que ultrapassa o *ius corrigendi* socialmente aceite, assume relevância criminal.”. No entanto, no caso concreto, foi considerado que os castigos ultrapassavam a proporcionalidade e a moderação devidos, ficando apenas a intenção do relator de admitir a existência de um poder-dever de correção que possa ser exercido dentro dos limites da adequação social e, portanto, causa de exclusão da tipicidade.

O acórdão (já citado anteriormente) do TRL de 7-4-2021 admite também que, na eventualidade de o castigo ser exercido dentro dos limites da adequação social, deverá “ser penalmente atípico”.

Podemos, então, para finalizar indicar indícios e critérios reveladores de um castigo aceitável e legítimo e, em nossa opinião é pressuposto fundamental a intenção educativa, ou seja, a intenção e objetivo de inculcar valores e que estes sejam apreendidos pelo menor; em segundo lugar a legitimidade do educador, sendo que este deve ter a seu cargo o poder-dever de correção a seu cargo; em terceiro lugar, para isso suceder, tem de se verificar uma ação passível de correção do menor; em quarto lugar, deve o castigo ser adequado, havendo uma relação entre a falha cometida pelo menor e o tipo de castigo exercido pelos pais, em quinto lugar, nenhum castigo poderá afetar a dignidade do menor; em sexto lugar, uma exigência de proporcionalidade do castigo relativamente à ação do menor que merece censura; por fim a consideração da idade do menor na aplicação do castigo, sendo que esse espaço de atuação vai diminuindo de acordo com o seu crescimento.

Será difícil, à primeira vista, indicar quais castigos podem ser exercidos pelos educadores. Um puxão de orelhas pode ser admitido em nossa opinião, mas respeitando sempre os indícios que referimos anteriormente. O mesmo se aplicará, por exemplo, a uma palmada com finalidade educativa. Estas ações corretivas, em muitas situações, serão úteis para a educação e processo evolutivo do menor, isto é, a percepção social das mesmas e a finalidade a que estas servem fundamentam o exercício destas mesmas ações.

⁷⁵ Ac. do TRC de 10-11-2021, Relator: Maria José Nogueira

2.2 – Conduta Justificada

Olhemos agora para o direito de correção como uma causa de exclusão da ilicitude. Para isso temos de nos socorrer do regime geral das causas de justificação, isto é, sempre que um agente pratique um determinado facto típico e para além disso “(...) praticado em circunstâncias que constitui uma causa de justificação; neste caso o facto é lícito.”⁷⁶ Significará, portanto, que, à partida, esse facto nunca foi ilícito e deverá desde o seu início ser considerado como lícito.⁷⁷

Anteriormente tínhamos a ajuda do CC, com o seu preceito constante do art.1884º, que considerava que os castigos físicos aplicados a menores no seio do poder parental seriam considerados lícitos, o que tornava o direito de correção uma causa de exclusão da ilicitude penal, mesmo estando prevista no CC, aliás, como diz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: “(...) sendo a ação lícita face a qualquer parte do Ordenamento Jurídico, também o é para o direito penal (...)”⁷⁸, mostrando isto mesmo que a ação prevista no CC, dos pais que aplicassem castigos moderados aos filhos seria também lícita no âmbito do direito penal. Como sabemos, esse art. foi revogado, deixando no ar dúvidas se este poder dos titulares das RP pode ou não ser considerado lícito.

A verdade é que, dentro das teorias que admitem o direito de correção, talvez esta possa ser considerada a maioritária,⁷⁹ tendo em conta o art.31º/2 al. b) do CP⁸⁰ e, portanto, consubstanciando essa permissão num exercício de um direito.

Como referimos anteriormente, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, num primeiro momento, concordou com esta tese, afirmando que o direito de correção poderia constituir apenas uma causa de exclusão da ilicitude, avançando que: “A justificação reside nestes casos simplesmente no exercício do direito de correção”.⁸¹ Para o referido direito funcionar como causa de justificação, segundo a autora, teriam de ser verificados

⁷⁶ GERMANO SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Verbo*, Lisboa, 1997..., p.70

⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p.470

⁷⁸ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 249

⁷⁹ MARIA FARIA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.319

⁸⁰ O artigo em causa exclui a ilicitude dos comportamentos no caso do exercício de um direito que fundamente o comportamento justificado.

⁸¹ MARIA FARIA, “A lesão da...”, p.924

determinados pressupostos cumulativos, seja a legitimidade da pessoa que exerce o castigo, a finalidade do castigo (educativa), e, por fim, a proporcionalidade do castigo relativamente às razões que o substanciaram.⁸² Decorrendo daqui a sua opinião segundo a qual a adequação social como juízo de fundamentação da atipicidade do comportamento seria inadmissível, concluindo que seria um perigo para o princípio da legalidade a intromissão de uma valoração social às condutas que fizessem com que isso mesmo fosse determinante para a aplicação de uma pena.⁸³

Já demonstramos também que esta posição foi objeto de redefinição pela própria autora, admitindo então que o poder de correção não deveria ser considerado como uma causa de exclusão da ilicitude em primeiro lugar porque a sua anterior posição sobrevalorizava o desvalor do resultado sem ter em devida conta o desvalor da ação, mas, sobretudo, porque considera: “(...) duvidoso que a consideração de um direito de correção possa valer sem restrições como causa de justificação autónoma.”⁸⁴.

FIGUEIREDO DIAS considera o direito de correção como uma causa de justificação: “Um direito de correção como justificação do fato coloca-se hoje, entre nós, praticamente apenas (...) relativamente a país (arts.1878º e 1885º/1 do CC) e a tutores (art.1935º do CC).”⁸⁵ Para se verificar a exclusão da ilicitude do facto, são enunciados três pressupostos: finalidade educativa, proporcionalidade e moderação do castigo.⁸⁶

No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o direito de correção constitui de igual forma uma causa de justificação, mas introduz uma condição importante, que reside no facto de a necessidade do menor, para poder ser castigado, ter de afrontar bens que sejam protegidos ao nível do direito penal. Ou seja, a única fundamentação possível para a aplicação do castigo seria a prática de uma ofensa penal e, para além disso: “(...) o castigo (...) deve ser sempre de natureza não física (...)”, e “(...) só pode ser exercido depois de prévia advertência do educando (...)”.⁸⁷ E, segundo o autor, o castigo (excecionalmente) só poderia ser físico dada a ofensa reiterado do menor relativamente aos bens jurídicos afetados. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, considera que será de

⁸² *Ibid.*, p. 924 e 925

⁸³ *Ibid.*, p.908 e 909

⁸⁴ MARIA FARIA, “O castigo físico...”, p.619

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p.593

⁸⁶ *Ibid.*, p.394

⁸⁷ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, p.250

preferir a aplicação de castigos que não corporais, dando o exemplo de castigos que resultem no menor fechado num espaço ou confinado.⁸⁸

Não podemos concordar com esta posição, por duas razões: a primeira relaciona-se com o facto de o castigo só poder ser exercido se o menor cometesse uma infração penal, ora isto esvaziaria completamente o sentido útil deste instituto e os casos abrangidos por esta causa de justificação seriam reduzidíssimos; a segunda razão prende-se com a própria aplicação e comprovação da causa de exclusão da ilicitude. Tendo em conta estes critérios apertadíssimos seria muito difícil a prova do cumprimento dos referidos pressupostos.

Relativamente a outros autores, por exemplo, TAIPA DE CARVALHO defende que o poder-dever de correção dos pais sobre os seus educandos deve constituir uma causa de exclusão da ilicitude relativamente aos crimes de Violência Doméstica (art.152º do CP) e de Maus-Tratos (art.152ºA do CP). Relativamente a este problema, o próprio entende que o referido direito: “(...) pode justificar certos castigos corporais ou privações da liberdade;”.

⁸⁹ Remetendo este mesmo entendimento para o referente ao art.152ºA.⁹⁰

Assim, como qualquer causa de justificação para funcionar no caso concreto terá de cumprir certos pressupostos, neste caso TAIPA DE CARVALHO invoca quatro pressupostos: a necessidade de aplicação do castigo, a adequação do mesmo, a proporcionalidade face ao fim em causa (neste caso será sempre a finalidade educativa que estará em causa) e, por fim, a razoabilidade do castigo.⁹¹ Este último é muito importante, relativamente a qualquer das posições adotadas. Será sempre necessário ter presente a razoabilidade do castigo tendo em conta a ação praticada pelo menor. É que, em diversas situações na prática e “a quente”, os pais podem ser levados a exercer um castigo sobre o menor. Contudo, é mandatário que estes só o façam quando seja razoável face à ação do menor e nunca perante uma ação desesperada, incontrolada e refém de emoções próprias de um determinado momento por parte do titular das RP.

Esta posição a nível jurisprudencial tem vindo a ser observada em bastantes decisões. A título de exemplo, podemos olhar para os acórdãos, como o já citado acórdão do

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 520 e 521

⁹⁰ *Ibid.*, p. 538 e 539

⁹¹ *Ibid.*, p.521

TRL,⁹² em cuja fundamentação é referido que se este direito for exercido tendo em vista uma finalidade educativa, com moderação, proporcionalidade, critério, e adequação funcionará como causa de justificação, sendo que perante as particularidades do caso em questão esta não funcionou. Também podemos referir outro acórdão do TRL⁹³ no qual é também considerado que o direito de correção é uma causa de justificação e aqui funcionando no caso concreto e dando um bom exemplo daquilo que traduz este instituto.⁹⁴

Em nossa opinião, consideramos que a conceção do direito de correção como uma causa de exclusão de ilicitude traz uma consideração muito importante acerca deste tema, que é, inevitavelmente, a previsão de pressupostos mais apertados para a sua verificação. Qualquer causa de justificação está sujeita a pressupostos objetivos e subjetivos e torna-se de uma certa forma mais fácil o juízo de justificação ou não de um comportamento, do que a consideração do poder-dever de correção como uma causa de atipicidade do comportamento devido à incerteza do que é, na prática, um juízo correto de adequação da conduta com as valorações sociais. Contudo, como referimos anteriormente e concordando com o pensamento de MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA: “Apenas se legitima falar de justificação quando a conduta praticada pelo agente corresponde ao sentido de desvaliosidade social que o tipo legal de crime incorpora ou traduz.”⁹⁵.

Daqui admitimos, portanto, que o comportamento do agente (neste caso do titular das RP), praticado com obediência a esse juízo de adequação social nunca poderá, como o instituto pressupõe, uma censura social desse mesmo comportamento. Nesse seguimento, o direito de correção não deverá integrar as causas de justificação do art. 31/2/b do CP: “exercício de um direito”, porque o comportamento em causa não chega a ser típico para se verificar a sua ilicitude, isto é, a existência do direito de correção é, em si mesmo definidora da sua localização sistemática. A razão para esta consideração está, sobretudo, no direcionamento para um juízo à priori daquilo que é típico, portanto, não seria o mais correto indicar, como uma causa de justificação, um instituto que excluiria a ilicitude de um comportamento, quando a sua principal função está na definição de um padrão de adequação da ação do educador.

⁹² Ac. do TRL de 17-5-2022, Relator: Anabela Cardoso;

⁹³ Ac. do TRL de 2-7-2020, Relator: Abrunhosa de Carvalho;

⁹⁴ A conduta agressiva que o menor revela perante a mãe demonstra, na prática, uma situação fundamentadora do exercício do direito de correção.

⁹⁵ MARA FARIA, “O castigo físico...”, p.621

2.3 – Teoria bagatelar

A teoria bagatelar acaba por ser uma subespécie da teoria da adequação social, ainda que com pressupostos diferentes. Estamos perante um campo que tem importância no direito de correção, mas é transversal na totalidade do direito penal e acaba por ter aqui reflexos importantes.

Ao contrário das anteriores referências à teoria da adequação social e causas de justificação, aqui não colocamos em foco verdadeiramente a questão da admissibilidade do direito de correção, mas sim a lesão criada. Como sabemos, no âmbito do direito penal estamos sempre sujeitos a dois princípios relevantes, no caso o princípio da necessidade da intervenção do direito penal e o princípio da dignidade do bem jurídico em causa.⁹⁶

As ofensas bagatelares e a sua previsão não estão dirigidas, como é óbvio, apenas à aplicação de castigos físicos ou corporais a menores no seio do poder de correção, mas sim em todo o direito penal. Aqui, porém, faz sentir-se com mais intensidade, porque existe uma maior sensibilidade quando falamos dos castigos físicos aplicados a menores pelos seus educadores.

Esta intenção manifesta-se em vários tipos legais de crime. Olhando, por exemplo, para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE em referência ao art.143º do CP (Ofensas à integridade física simples), que tem uma grande relevância no seio da aplicação de castigos físicos a menores, considera que: “(...) é condição dessa relevância típica que o ataque assuma um grau mínimo de gravidade, descortinável segundo uma interpretação do típico à luz do critério da adequação social.”⁹⁷ Podemos daqui concluir que, de todas as infrações das quais não resulte uma violação e afetação considerável do bem jurídico, não pode a mesma infração ser considerada típica, resultando destas infrações bagatelares a sua necessária atipicidade.⁹⁸

MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA descreve na prática o que significa este instituto, atribuindo-lhe as meras lesões do dia a dia, isto decorrente do próprio tipo legal de crime, porque será sempre necessário ter em conta o tipo objetivo do mesmo e olhando para o exemplo do art.143º do CP (mas também para o arts.152º e 152ºA do CP), as ofensas na

⁹⁶ MARIA FARIA, Comentário Conimbricense..., p.309

⁹⁷ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do... p. 602

⁹⁸ No mesmo sentido podemos identificar: TERESA BRITO, Direito Penal..., 2007, p.508

saúde ou as ofensas ao corpo comportam essa mesma exigência, ou seja, a necessidade de se revelarem verdadeiras ofensas que se integrem nessa descrição.⁹⁹ Isto reconduz-nos à ideia de que não é qualquer afronta a outra pessoa que possa significar um contacto que origina uma ofensa a outrem geradora de responsabilidade penal.

Podemos olhar, por exemplo, para o assento n.º 2/92¹⁰⁰ onde uma bofetada foi considerada que integrava o tipo objetivo do art.143º, ainda que não produzisse dano (ao contrário do que resulta do próprio tipo, que é um crime de dano face ao bem jurídico). Mas, no acórdão do TRP de 28-4-2021, o facto de o arguido empurrar pelos ombros o ofendido não integrava o tipo do referido artigo.

Podemos, portanto, concluir que as ofensas bagatelares e a sua consideração leva a muitas dúvidas na prática acerca de saber se determinado comportamento integra o tipo objetivo de determinado crime tendo em conta a ofensa ao bem jurídico (se foi ou não bastante para “criar dano” a esse mesmo bem). Como também podemos perceber, toda esta temática está muito ligada ao princípio da adequação social, na consideração de determinada conduta integrar o tipo de um crime previsto tendo em conta a sua relevância ou gravidade, mas penso que será um pouco diferente, já que, neste caso, interessa saber se a ofensa foi bastante ou não para produzir dano ao bem jurídico muito mais numa vertente objetiva e de grau do que da própria valoração global da conduta. Aliás, se formos bem a observar no círculo maior do que é a valoração da conduta de acordo com a adequação que esta tem com as valorações vigentes está lá também a ponderação das bagatelas penais, mas é só uma parte dessa mesma valoração, pelo motivo de, para além da lesão no seio do poder de correção, não dever atingir um grau de intensidade demasiado elevado, dever ter também a si associada o pressuposto da legitimidade de quem impõe um castigo ou se este é ou não adequado naquela situação prática face à ação da criança.

Devemos então concluir que, as ofensas bagatelares não devem, como é da prática, serem integradoras do tipo objetivo dos crimes que estejam em causa, mas é mais perigoso ter só esse pressuposto em conta nas situações de admissibilidade do poder de correção. Por exemplo, podemos olhar para o exemplo do pai que aplica recorrentemente pequenos castigos físicos ao seu filho, e nesse cenário, podemos dizer que determinados beliscões ou toques não se enquadrarão no tipo, mas não podem, à luz da adequação social das condutas

⁹⁹ Vide, MARIA FARIA, Comentário Conimbricense..., p.309

¹⁰⁰ Ac. do STJ de 18-12-1991. Relator: Ferreira Vidigal.

serem aceitáveis; não estão de acordo com as percepções sociais e não é aceitável que isso se suceda.

Em conclusão, será importante afirmar, de acordo com o que foi dito, que uma ação sobre o educando que não seja suficiente ou digna não merecerá juízo a nível penal, pelo motivo da atipicidade da conduta das condutas bagatelares, mas devemos ter cuidado e observar detalhadamente toda a situação e valorar o conjunto do facto e não apenas, objetivamente, a ofensa em si.

2.4 – Causa de exclusão da culpa

Neste momento, é importante olhar para o erro no âmbito do direito penal, ou seja, relativamente ao erro sobre a ilicitude (art.17º CP). Este só pode ser relacionável com o direito de correção de duas formas: ou o poder de correção é entendido como uma causa de exclusão da ilicitude (mas, segundo MARIA ELISABETE FERREIRA, também quando possam ter sido ultrapassados os limites da adequação social da conduta¹⁰¹) e o agente excede esse mesmo poder na sua ação sobre o educando, ou efetivamente não se considera o poder de correção como uma realidade que deva ser tida em conta, apesar do agente considerar que possui esse direito.¹⁰²

Estas situações podem ser relevantes em algumas situações práticas. A título de exemplo, podemos pensar no pai que considera ter um poder de correção sobre o seu filho e impõe a este um castigo físico, sendo que, na perspetiva do juiz, esse direito não existe. Desse modo, se o pai considerasse que a ação sobre o filho pudesse ser justificada por uma causa de exclusão da ilicitude teria agido em erro. Podemos pensar também noutra exemplo, no caso do titular das RP que impõe um castigo que, na perspetiva do juiz, é exagerado ou inadequado naquela situação, ainda que considere que existe um direito de correção, por conseguinte, o titular das RP agiu fora dos limites desse direito que em abstrato possuiria.

Nestas situações, o art.17º do CP, dita que o agente atua sem culpa se a falta de consciência do ilícito não lhe for censurável.¹⁰³ O erro será censurável, segundo PAULO

¹⁰¹ Vide, MARIA FERREIRA, Violência parental e..., p. 346

¹⁰² Vide, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do..., p.180

¹⁰³ Vide FIGEUREDO DIAS, Direito Penal..., p.650

PINTO DE ALBUQUERQUE quando: “(...) a falta de consciência da ilicitude assente na atitude pessoal de contradição ou de indiferença ao direito.”¹⁰⁴

Significará que, se o erro não for censurável, o agente será punido tendo em conta a culpa dolosa.¹⁰⁵ Falta, contudo, perceber em que consististe o erro censurável nesta situação. Visto que estamos perante castigos corporais impostos a menores, a fronteira pode ser de difícil definição, mas, tentando clarificar, TAIPA DE CARVALHO lembra que o erro será censurável se os castigos assumirem uma relevância importante ao nível da sua gravidade.¹⁰⁶

Com certeza que castigos totalmente desproporcionais e graves, como os que são relatados por MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA¹⁰⁷ e citados por TAIPA DE CARVALHO, nunca serão reconduzíveis a esta situação. Estes nunca se enquadrarão aqui, o agente não poderá utilizar o argumento do erro para poder desculpar a sua conduta quando o erro é, de facto, em larga medida censurável. Até porque uma situação será a de ultrapassar a proporcionalidade de um castigo ou a sua adequação em pequena margem, outra será a de agredir violentamente o filho, só porque se considera portador desse poder e sem qualquer intenção educativa fundamentadora do castigo.

Parece-nos um critério um pouco incerto, apesar de concordarmos ser difícil adiantar mais que isto, tendo sempre em conta as variadíssimas situações de castigos aplicados a crianças pelos pais, muitas vezes trazendo consigo situações de desespero, de desanimo e de exaltação próprias do momento, que, forçosamente, serão tidas em conta nesta sede, e nessas situações estamos de acordo com MARIA ELISABETE FERREIRA quando refere: “Já quando o progenitor apenas excede os limites do castigo leve e proporcionado, teremos de considerar toda a envolvência em que o castigo foi aplicado”.¹⁰⁸ Aqui a envolvência em que o castigo físico foi realizado para permitir a sua possível desculpação.

¹⁰⁴ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do...*, p.181

¹⁰⁵ *Vide* TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, p. 489

¹⁰⁶ “(...) desde que tais castigos não assumam uma relativa gravidade e as motivações do agente não sejam censuráveis.” TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, p.522

¹⁰⁷ Por exemplo o caso da mãe que bate com uma tábua na filha porque considera ter o direito de o fazer ao abrigo de um exercício do poder de correção (ac. do TRL de 4-10-2001). Exemplos presentes em MARIA FARIA, “Acerca da fronteira entre...”, p.336 e 337

¹⁰⁸ MARIA FERREIRA, *Violência Parental e...*, p.249

Capítulo III – A relevância do bem jurídico nos arts. 143º, 152º e 152ºA do CP

Quando falamos de comportamentos no seio do direito de correção, é sempre necessário enquadrar esses comportamentos em bens jurídicos potencialmente afetados. A partir daí é que devemos ter conta, como refere FIGUEIREDO DIAS, todas as repercussões que tem o direito dos pais aplicarem castigo físicos aos filhos podem ter. Em primeiro lugar, o autor refere, de uma forma geral, quais os tipos legais que podem estar relacionados numa forma geral com este direito, indicando, como é natural, o crime de ofensas à integridade física (art.143º do CP), ao crime de violência doméstica (art.152º do CP) e o crime de maus-tratos (art. 152ºA do CP).¹⁰⁹ Estes serão de uma forma muito direta os factos típicos que estarão relacionados com o exercício de um direito de correção e com a aplicação de castigos físicos.

Mas, ainda assim, FIGUEIREDO DIAS, avança com mais tipos legais que podem estar relacionados com o exercício do direito de correção, como é o caso de crimes contra a liberdade pessoal, e também contra a honra e reserva da vida privada.¹¹⁰ Estes crimes estabelecem entre si várias relações, sendo, por isso, necessário perceber qual estará em causa em determinadas situações concretas.

Todos aqueles três tipos legais se inserem no grupo dos crimes contra a integridade física presentes no CP, sendo fácil perceber que estes visam proteger, de uma forma geral, a integridade física dos ofendidos. Ainda assim, é necessário especificar mais um pouco acerca do bem jurídico de cada um deles e da importância que estes têm na permissão, ou não da aplicação de castigos físicos.

Em primeiro lugar, relativamente ao crime tipificado no art.143º do CP, de ofensas à integridade física simples, é fácil de perceber que o bem jurídico em causa é a integridade física, mas também psíquica, do ofendido,¹¹¹ sendo que a conduta típica deste artigo se traduzirá numa “(...) ofensa no corpo ou na saúde (...)”¹¹². Essas ofensas, na prática serão consubstanciadas, desde que, tal como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: “(...)

¹⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal..., p. 593 e 594

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário ao..., p.601

¹¹² MARIA FARIA, Comentário Conimbricense..., p.304

o ataque assuma um grau mínimo de gravidade , descortinável segundo uma interpretação do tipo à luz do critério da adequação social”.¹¹³ Assumindo este entendimento, temos de retirar disso mesmo que a intenção desta incriminação não é punir comportamentos que o juízo social considere que não estão englobados nessa mesma incriminação. Aliás, como foi referido anteriormente, é necessário um balanço cuidado entre as valorações sociais e o juízo jurídico, sendo que é importante identificar e punir os comportamentos enquadrados no tipo do crime, mas também excluir os comportamentos que não estão e, sobretudo, não devem ser considerados no seu tipo objetivo. Referindo-nos ao direito de correção exercido, com as finalidades devidas, com moderação e no momento adequado.

As duas próximas incriminações têm também uma relação direta com os castigos físicos aplicados a menores. Relativamente ao crime de violência doméstica, previsto no art.152º do CP, TAIPA DE CARVALHO considera que o bem jurídico aqui presente é a dignidade pessoal e a saúde, sendo incluída nesse conceito a saúde física e psíquica¹¹⁴. Ao invés disso, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que estamos perante um bem jurídico complexo, pretendendo-se com a incriminação proteger vários bens como a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade de autodeterminação sexual, e a honra.¹¹⁵ Tendemos mais a concordar com esta última posição, pois esta incriminação prevê vários comportamentos que não estão apenas ligados na ofensa da saúde do ofendido.

Também não podemos considerar que possa aqui estar em causa como bem jurídico a dignidade humana, já que é difícil conceber que algo como a dignidade da pessoa possa ser reconduzido a um bem jurídico.¹¹⁶

Relativamente ao crime de maus-tratos, presente no art.152º A do CP, podemos dizer que, segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, os bens jurídicos desta incriminação são exatamente os mesmos do crime de violência doméstica¹¹⁷, algo que também se verificamos TAIPA DE CARVALHO, que considera que o bem jurídico é a saúde nas suas várias aceções, tal como acontecia relativamente ao crime abordado anteriormente.¹¹⁸

¹¹³ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código..., p.602

¹¹⁴ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ao..., p.512

¹¹⁵ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do..., p.642

¹¹⁶ MARIA FERREIRA, Violência Parental e..., p.175 e 176

¹¹⁷ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do..., p.650

¹¹⁸ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ao..., p. 534 e 535

Sendo os bens jurídicos semelhantes, de acordo com o entendimento que lhes damos, mas também tendo em conta o tema sobre o qual vimos refletindo, que é a reflexão à volta da aplicação de castigos físicos com finalidade educativa, ressalta na análise destes dois tipos legais a previsão da punição de castigos corporais.

É necessário perceber qual a relação que se estabelece entre estes tipos legais e qual a sua importância em situações práticas, já que são coincidentes. Relativamente ao crime de violência doméstica, este está numa relação de especialidade relativamente ao crime de ofensas à integridade física simples, decorrendo daí a exclusão deste face à punição do crime de violência doméstica. O mesmo se aplicará, certamente, ao crime de maus tratos e violência doméstica.

Mas a dificuldade reside na relação que se estabelece entre o crime de maus-tratos e o crime de violência doméstica com o direito de correção. As condutas típicas das duas incriminações são semelhantes¹¹⁹, pois, em particular o crime de violência doméstica incorpora vários tipos de condutas, sejam os maus tratos físicos ou psíquicos, privações da liberdade, ofensas sexuais e os castigos corporais. Comparativamente ao crime de maus-tratos, as condutas típicas deste crime serão basicamente as mesmas e, portanto, em termos da conduta típica, há uma coincidência. Para além disso, é importante realizar a diferenciação entre os dois crimes na prática e, segundo TAIPA DE CARVALHO, essa diferenciação está na posição do agente face ao ofendido.¹²⁰ A partir daí, é relevante, no seio destas condutas idênticas, identificar essa mesma qualidade do ofendido, sendo que é essa mesma qualidade que irá diferenciar os dois tipos legais. Por conseguinte, essa distinção será realizada a partir das relações que estão previstas no art.152º do CP.

Neste âmbito é necessário ter em conta a expressão “castigos corporais” presente nestes dois artigos. É certo que, como referimos anteriormente, podemos excluir a tipicidade de castigos físicos se tivéssemos apenas em conta o art.143º do CP, mas a existência do crime de violência doméstica, do crime de maus tratos e dos seus bens jurídicos podem trazer dúvidas acerca disso mesmo, ainda que, como é óbvio, essa mesma exclusão se verifique.

Mas a importância da expressão “castigos corporais” pode pôr em causa a possibilidade de aplicação de castigos físicos, com finalidade educativa. Isto mesmo é afirmado por MARIA ELISABETE FERREIRA quando avança que: “Partindo da

¹¹⁹ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ao..., p.535

¹²⁰ *Ibid.*

interpretação literal do artigo 152º, onde não vislumbramos referências à intensidade das condutas (...)”¹²¹. A verdade é que, como dissemos anteriormente, o conceito de violência presente na expressão “castigos corporais” e o bem jurídico que este incorpora são o essencial para percebermos se determinada conduta se identifica com o tipo descrito. Consideramos que, tendo em conta determinados critérios, castigos físicos que tenham por finalidade educativa, não integrarão esse mesmo conceito, ainda que muito diretamente a expressão em causa redirecione logo para a proibição de qualquer castigo físico, e é por isso mesmo que a menção dos castigos corporais se faz dentro dos maus tratos físicos. No seguimento deste raciocínio TAIPA DE CARVALHO esclarece que: “(...) a necessidade de não absolutizar a qualificação como crime de todos e quaisquer privações da liberdade, no sentido de que podem certos destes castigos serem considerados socialmente adequados e, portanto, atípicos”.¹²²

Exatamente por isso, os bens jurídicos aqui presentes, e que já referimos, sejam eles entendidos como a integridade física e psíquica ou a saúde no seu todo, são essenciais para percebermos que diversas condutas ainda que à primeira vista integrariam o tipo objetivo do crime, acabam por não o fazer, ou seja, o bem jurídico acaba por não ser posto em causa por esse comportamento.

Concordo, como evidenciei anteriormente, que a principal diferenciação destes dois tipos legais está no relacionamento existente entre o agente e o ofendido. Contudo a existência de várias opiniões sobre o bem jurídico em causa, pode trazer algumas consequências. A opinião, por exemplo, de Taipa de Carvalho vai no sentido do bem jurídico do art. 152º e do art. 152ºA ser a saúde e a dignidade pessoal do agente, ora, esta consideração pode fazer apertar aquilo que pode ser admitido relativamente ao direito de correção e aos castigos aplicados, isto porque, a consideração da saúde, mas especialmente da dignidade pessoal do ofendido como bem jurídico, parece querer apontar para uma menor abertura face a estes comportamentos corretivos, ou seja, uma possível intenção de não admitir o direito de correção. Quando falamos no direito de correção, sabemos que muitos autores consideram que este poder-dever não pode ser admitido, ainda que, não afete a integridade física ou psíquica do ofendido, porque estes comportamentos seriam sempre violadores dignidade pessoal do ofendido.

¹²¹ MARIA FERREIRA, *Violência Parental...*, p.193

¹²² TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, p.516

Portanto, o entendimento relativo ao bem jurídico de um determinado tipo legal não é indiferente face a esta temática do direito de correção, podendo o direito de correção integrar o âmbito de punição de um crime.

Mas, em minha opinião, continua a ser outra a perspectiva, ou seja, o conceito de violência inserido na expressão dos castigos corporais tem de se cumprir¹²³. Não deve ser considerado mau trato físico o castigo legítimo, educativo, moderado, adequado e proporcional.

No âmbito desta discussão, MARIA ELISABETE FERREIRA refere que: “O que divide a doutrina é, no essencial, a definição do critério para a qualificação do castigo como legítimo (...)”¹²⁴, mostrando que castigos físicos não contêm sempre contra os bens jurídicos atrás enunciados e que o importante é a aplicação de um critério para a avaliação da legitimidade do castigo, ainda que, inevitavelmente, varie de caso para caso e seja isso mesmo que influenciará a admissibilidade dos mesmos.

Desta consideração, podemos concluir que os castigos físicos aplicados no seio de finalidades educativas podem ser admitidos. Referimos anteriormente que a previsão da expressão castigos corporais no tipo do art.152º e art152ºA poderá deixar dúvidas acerca da admissibilidade da aplicação destes castigos. Ainda assim, a intenção será a de punir comportamentos que não estejam de acordo com os critérios que se possam definir para enquadrar um castigo físico permitido.

¹²³ MARIA FERREIRA, *Violência Parental...*, p.223

¹²⁴ *Ibid.* p.233

Capítulo IV – O problema da Legitimidade no exercício do direito de correção

1 – A admissibilidade da transmissibilidade do direito de correção

Ocorre-nos uma questão conexas à temática da admissibilidade do direito de correção. Admitindo, como o fizemos atrás, que, condicionadamente, existe um direito de correção dos pais; cabe saber se este mesmo direito é transmissível a outros sujeitos próximos dos menores.¹²⁵

Sabemos que a questão relativa ao direito de correção é em si muito sensível, mas que a questão acerca da transmissibilidade deste direito o é ainda mais. É evidentemente necessário ter em conta a natureza dos poderes-deveres que se consubstanciam nas RP, mas, especialmente neste caso, o direito de correção dos educandos e a relação existente entre pais e os filhos, sendo esta um ponto muito importante no exercício deste direito.¹²⁶

Relativamente a esta questão que põe em causa o pressuposto da legitimidade ativa no seio da aplicação de castigos físicos a menores, é necessário diferenciar 3 situações. A primeira delas está relacionada com os tutores¹²⁷. Sabemos que, nestas ocasiões, as RP são exercidas em completo por esses sujeitos¹²⁸ e a sua situação é equiparada à dos pais portanto, deixa-nos poucas dúvidas acerca da sua legitimidade para a aplicação de castigos físicos. Por outro lado, uma das razões mais importantes no seio do direito de correção, está relacionada com o elo emocional e de proximidade que é natural e se verifica entre os pais e o seu filho, contudo esta relação também se verificará, visto que é o tutor que na falta dos pais cumpre o seu papel de uma forma total, e é de certa forma a referencia principal do menor; aquele que procura cumprir na prática o exercício do poder-dever de educação da criança.

Quanto à segunda situação, são, contudo, casos mais duvidosos aqueles nas quais um terceiro é incumbido de determinadas funções e poderes na falta dos titulares das RP

¹²⁵ Esta ideia de transmissibilidade pode colocar-se em vários termos, como veremos há autores que utilizam a figura do consentimento e consentimento presumido, também se coloca numa espécie de delegação ou autorização, ou também na transmissibilidade em geral do exercício do direito.

¹²⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE fala em “natureza estritamente pessoal”, fazendo relevar ao máximo esse facto, ou seja, a consideração pessoalíssima e intransferível destes poderes.

¹²⁷ Regime definido no CC, no seu art.1927º e ss.

¹²⁸ Segundo o art.1935º/1 do CC: “O tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais (...)”.

segundo o preceito constante do art.1907º/1 do CC¹²⁹. Este artigo tem como consequência principal, a transferência das funções e poderes que caberiam aos pais, mas, devido à falta destes, serão exercidos por um terceiro.¹³⁰

Estamos perante casos em que as RP pertencem normalmente aos pais, mas por razões enunciadas, o menor é confiado a um terceiro com o objetivo principal de cumprir as funções que se verificam em falta por parte do titular das RP. Direccionamos, normalmente, estas situações à intervenção de instituições de acolhimento de menores que exercem os deveres que não estão a ser cumpridos pelos pais.

Olhando para o direito de correção como um aspeto relevante no seio da componente educativa do titular das RP, considero que devemos admitir que terceiros que não os pais possam exercer o direito em causa com o fim educativo necessário. Apesar de tudo, não devemos esquecer que o direito de correção tem características muito específicas e, estando perante crianças institucionalizadas, o cuidado com estas deve ser completamente redobrado. Por regra, os castigos físicos não devem ser aplicados, mas olharemos para esta questão mais à frente.

Podemos ainda diferenciar um terceiro tipo de questões que pode ter alguma relevância prática; são os casos de sujeitos que têm um grande nível de proximidade com o menor, que não exercem de forma nenhuma as RP sobre a criança, mas aos quais a criança é deixada ao seu cuidado, nomeadamente familiares mais próximos, babysitters, vizinhos, ou ainda uma outra situação mais estabelecida que diz respeito aos castigos escolares.¹³¹

Olhando, no entanto, para a questão da transmissibilidade da legitimidade para a aplicação de castigos físicos, de uma forma mais geral, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o direito de correção dos educadores e a consequente aplicação de castigos corporais não pode ser transferível para outros sujeitos que não tenham o exercício das RP sobre o menor, portanto apenas os pais ou tutores poderiam exercer esse

¹²⁹ Este número dita que: “Por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa.”

¹³⁰ Sendo que a extensão desses deveres é importante para perceber a possibilidade de exercer o direito de correção sobre o menor.

¹³¹ “É frequente a atribuição por parte dos pais de poderes de castigo àqueles que mais de perto lidam com os menores na sua ausência, como é o caso dos avós, baby-sitters ou amas (...)”, MARIA FARIA, A lesão da integridade..., p.915

direito.¹³² Considera ainda este autor que o próprio direito tem a si associado uma vertente e uma “natureza estritamente pessoal”, o que impede que este direito possa ser exercido por outros sujeitos que não os titulares dessas RP.

É, com certeza, um dado certo, quando temos em conta que este direito tem uma importante ligação com o regime geral das RP, ainda que, como já dissemos, não esteja previsto diretamente nesse mesmo regime e, portanto, fazendo com que a relação especial que se verifica entre os pais ou tutores com os menores, seja um fator que deve ser tido em conta no exercício deste poder e, conseqüentemente, impedir que outros sujeitos o possam exercer.

Relativamente a FILIPE SILVA MONTEIRO, este autor tem uma posição mais restritiva, pois considera que não há uma transmissibilidade do direito de aplicar castigos físicos a menor com finalidades educativas e, portanto, apenas se pode considerar a aceitação de que apenas os sujeitos que exerçam as RP sobre os menores o possam fazer.¹³³ Por conseguinte, e nas suas palavras: “Entendemos que não é de aceitar, em circunstância alguma, a aplicação de castigos por parte de outras pessoas”.¹³⁴ Defendendo, assim, uma ligação do instituto com o direito da família e a própria concepção da família. Não será de admitir, na sua opinião, que um direito que provém da ordem familiar, e nela tem a sua justificação, possa ser exercido por outros, que não os titulares das RP, pais ou tutores.

Contrariamente a esta posição, e com a qual concordamos, FIGUEIREDO DIAS deixa em aberto a consideração segundo a qual outros sujeitos que não sejam os pais ou tutores possam exercer o direito de correção sobre os menores. A este respeito o autor diz que um menor que seja confiado a um terceiro ou a um estabelecimento de educação, os poderes que naturalmente caberiam aos pais, os titulares das RP, caberiam nesse momento ao sujeito a quem o menor fosse confiado, na medida do necessário.¹³⁵ É de concluir, de acordo com a sua opinião que, tendo em conta as circunstâncias, a posição dos pais nunca deve ser comparada à posição de um terceiro, exigindo, portanto, preceitos mais apertados

¹³² Aqui, o autor remete para todo o tipo de sujeitos, sejam eles os professores, ou elementos mais próximos da família, ou estabelecimentos de acolhimento, deixando clara a sua concepção de total rejeição da possibilidade de outras pessoas exercerem este direito, *vide* PAULO PINTO ALBUQUERQUE, p.251

¹³³ Segundo o autor: “Somos da opinião que as ofensas aos bens jurídicos dos seus educandos, em especial à integridade física, praticadas pelos detentores do poder paternal ou pelos tutores, desde que consistentes em ligeiríssimos castigos (...)”, FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo..., p. 74

¹³⁴ FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo..., p.96

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Direito penal..., p.596

para o exercício do direito de correção, ainda que, de alguma forma, este direito seja transferido para o terceiro ou instituição de acolhimento.¹³⁶

Opinião muito diferente tem CLAUS ROXIN.¹³⁷ Este autor rejeita a existência de um direito de correção pertencente a outros sujeitos que não os titulares das RP, avançando que não há verdadeiramente uma transmissibilidade desse direito, podendo existir, contudo, uma autorização do titular das RP a outrem para exercer esse direito. Logo, contrariamente às posições anteriormente consideradas, ROXIN propõe a figura do consentimento¹³⁸, ou seja, a conceção de hipóteses através das quais se possa ter em conta o consentimento presumido dos pais e daí a permissão do exercício do direito de correção.¹³⁹ Considera ainda que, de uma forma mais especial, os pais, quando deixam o seu filho ao cuidado de terceiros, como por exemplo vizinhos, padrastos, madrastas ou baby sitters, podem dar o seu consentimento expresso para a aplicação de castigos físicos nas situações que os próprios definam.

MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, no seio do direito de correção, considera também que é de admitir que outros sujeitos que não os pais ou tutores possam exercer o direito de correção sobre os menores.¹⁴⁰ Para isso, utiliza o mesmo fundamento que mobilizou anteriormente para a fundamentação do direito de correção dos titulares das RP, ou seja, a adequação social da transmissibilidade desse direito a outros sujeitos. Portanto para esta transmissibilidade ser admissível, seria necessária a realização de um juízo de adequação dessa conduta às valorações sociais vigentes, tendo aqui como referência uma situação ainda mais especial, como é o caso de outros sujeitos poderem assumir este direito.¹⁴¹

Será de admitir, portanto, que se possam aplicar castigos físicos a menores por parte de terceiros. Ainda assim, segundo a autora, não se pode dizer que exista verdadeiramente um direito de correção perante outras crianças; existe sim: “(...) numa certa medida de

¹³⁶ “(...) não deva equiparar integralmente (...) a legitimidade para corrigir dos pais e a dos terceiros (...), FIGUEIREDO DIAS, Direito penal..., p.596

¹³⁷ CLAUS ROXIN, Derecho Penal..., p. 754

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ O autor tem em conta a vontade presumida dos pais, ou seja, se o terceiro considerar que naquela situação o pai ou mãe daria autorização para exercer o direito de correção, pode fazê-lo excecionalmente.

¹⁴⁰ MARIA FARIA, A lesão da integridade..., p. 915 e 916

¹⁴¹ MARIA FARIA, Comentário ao art..., p. 321. “(...) em certos casos (...) se possa aceitar, também aqui, a legitimidade da conduta com fundamento numa certa medida de transmissibilidade de poderes de correção, e na sua valoração social, que pode não ser muito diferente daquela que merece a atuação dos pais em determinadas circunstâncias (...)”.

transmissibilidade de poderes de correção.” Para além disso, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA considera, ao contrário de CLAUS ROXIN, que a figura do consentimento não deve funcionar no seio do direito de correção. Citando MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA: “(...) em relação à correção ¹⁴²

Esta é uma ideia muito importante, visto que não é de admitir que possa haver especificamente um direito de correção sobre crianças alheias, havendo, apesar disso, uma transferência ou transmissibilidade da posição do pai ou do tutor para que um terceiro o possa exercer, devendo, porém, esse exercício ser submetido a uma verificação de pressupostos mais apertada, como iremos mostrar.

2 – Os casos especiais

Falámos anteriormente, em termos gerais, da questão da legitimidade ativa no seio da aplicação de castigos físicos a menores por outros sujeitos que não os titulares das RP. De uma forma abrangente, e com a qual concordamos, vários autores admitem a possibilidade da transmissibilidade do direito de correção, sendo necessário, no entanto, decalcar todas as situações em que este problema se divide. Como evidenciámos, o problema da legitimidade como pressuposto para a aplicação de castigos físicos, desdobra-se na possibilidade de vários sujeitos, os quais, com a sua proximidade relativamente ao menor, tornarem mais duvidosa a possibilidade do exercício do direito de correção, sobretudo perante a multiplicidade de situações práticas em que estas se podem concretizar.

2.1 – Familiares e sujeitos mais próximos

As situações mais comuns relacionam-se com familiares mais chegados, algo que normalmente redirecionamos para os avós. Aqui é necessário relembrar o elo de ligação que usualmente existe entre netos e os avós e, sobretudo, o papel ativo que estes podem ter na participação na educação e no desenvolvimento daqueles, sendo que são muitas vezes os avós que assumem um papel de responsabilidade na falta ou em complemento dos pais. ¹⁴³

¹⁴² MARIA FARIA, Comentário Conimbricense..., p. 321 e 321

¹⁴³ MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA dá o exemplo desta situação para fundamentar a sua posição relativamente à transmissibilidade dos poderes de correção, consumando que: (...) (o interesse do menor)

Assim sendo, e não esquecendo a posição dos avós protegida pela lei, especialmente no art.1887ºA do CC onde podemos identificar que lhes é atribuído direito de visita e convívio,¹⁴⁴ considero que em termos gerais os avós podem aplicar castigos físicos com fins educativos aos menores, sem descuidar a necessidade de verificação dos pressupostos que evidenciámos anteriormente. É também importante salientar que, em certos casos, os avós podem considerar que possuem um direito de correção próprio sobre os netos e que este deve ser exercido sem limites, algo que não é de surpreender, tendo em conta a rápida e constante evolução que os direitos da criança tiveram, daí ser muito relevante acautelar esta situação para impedir castigos desproporcionais e desadequados.

Considerando os avós muitas vezes como os cuidadores na falta dos pais,¹⁴⁵ em nossa opinião, seria muito desvantajoso e prejudicial que todas as ações físicas corretivas dos avós não pudessem ser admitidas, visto que poderia retirar eficácia à expectável ação educativa dos avós juntos dos netos. Isto, sempre salientando um ponto muito importante, relacionado com a posição dos avós face ao neto: se apenas ocasionalmente cuida do neto e não se verifica uma grande cumplicidade entre os dois não se pode admitir que exerça um direito a castigar o neto porque não se concebe que apenas por ficar a cuidar do mesmo algumas vezes possa ter esse peso na formação da criança.

Outra situação muito relevante, que tem sido posta em causa especialmente nos últimos anos, é a aplicação de castigos físicos pelos padrastos ou pelas madrastas. Esta questão é colocada facilmente devido à reconfiguração da ordenação da família que se tem vindo a verificar, especialmente do desempenho do papel que padrastos e madrastas podem ter no desenvolvimento e na educação dos menores.¹⁴⁶

Nestes casos, parece-me, também, que a relevância essencial acaba por assentar no nível de proximidade que exista entre o menor e o padrasto ou madrastra. Considero que a eventual margem de manobra nestas situações deve ser mais limitada, isto é, se a pessoa que

constitui decerto o limite de admissibilidade do castigo (...), MARIA FARIA, Adequação social da conduta..., p. 606

¹⁴⁴ ROSA MARTINS, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in Revista Julgar, nº10, Janeiro – Abril, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p.70 e 71

¹⁴⁵ *Ibid.* p.60

¹⁴⁶ Esta situação ficou patente no acórdão do TRP de 18-02-2015, visto que, o arguido, padrasto de um menor, sujeitou o ofendido a maus tratos a partir de bofetadas, puxões de orelhas e trabalhos pesados. Não deixa margem para dúvida que estamos perante a verificação do crime de maus tratos, algo que o tribunal também confirmou. Contudo, o tribunal, de uma forma geral, admitiu que pode haver um direito de correção por parte do cuidador do menor, indicando que os(as) companheiros(as) dos progenitores podem exercer esse mesmo direito.

assume o estatuto familiar de padrasto ou madrasta é alguém que desenvolve um elevado nível de proximidade, cumplicidade e participação na vida ativa do menor e este também se revê nesse desenvolvimento, deve ser admitida a possibilidade de padrastos ou madrastas poderem aplicar castigos físicos ao enteado.

Olhando para essa questão, considero que os critérios para a admissibilidade dos castigos físicos aplicados por estas pessoas devem ser mais apertados. Na prática, sabemos do papel que esses sujeitos podem ter no processo de crescimento e de educação do menor, contudo, parece ser difícil de admitir que esta faculdade, ao ser exercida pelos padrastos ou pelas madrastas, possa ter a mesma amplitude, isto é, devemos restringir ainda mais o âmbito do exercício do direito de correção nestes casos.

Dessa forma, os castigos devem ser especialmente leves nestas situações, observando sempre que, estas pessoas apenas devem corrigir os menores quando os pais ou as mães não o possam fazer na situação em causa.

Seguindo esse raciocínio, deve sempre existir uma primazia do pai ou da mãe face ao padrasto ou à madrasta no exercício do direito de correção e, apenas em último caso, quando o menor reveja na pessoa uma referencia maternal ou paternal possa ser exercido pelo companheiro do progenitor. Segundo os ensinamentos de MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, o direito dos pais de exercerem os seus poderes-deveres de educação sobrepor-se-á sempre ao de qualquer outra pessoa: “Por outro lado, essa “delegação de poderes” nunca poderá ter um alcance idêntico ao que corresponde à titularidade efetiva do direito (...)”¹⁴⁷

Outra situação que pode ser importante em situações práticas prende-se com outros familiares mais afastados ou baby-sitters que cuidam ou a quem são deixados os menores, ocasionalmente, ao seu cuidado. Aqui, considero que o direito de correção não pode ser transferível para essas pessoas, devido a um dos fundamentos básicos do mesmo, isto é, a proximidade e a ligação que se deve verificar entre o sujeito que educa e o menor, visto que estas pessoas, estando presentes na vida do menor, não pertencerão, por princípio ao seu círculo mais próximo. É essencial, para que os pressupostos do direito de correção se cumpram, que o menor reveja no adulto um sujeito com o qual tem uma ligação afetiva e a quem reconhece a faculdade de o apoiar no seu percurso educativo e o poder de o castigar. Por conseguinte, seria prejudicial admitir que outra pessoa da família ou uma baby-sitter,

¹⁴⁷ MARIA FARIA, A lesão da integridade..., p. 915 e 916

por exemplo, pudesse aplicar castigos físicos com fins educativos, porque a esses sujeitos não lhe pode ser reconhecida a propriedade para exercer essa feição educativa de tal forma marcada em relação à criança.

Contudo, a decisão do TRL de 23-04-2019 acaba por ser importante a este respeito, visto que, o referido tribunal foi chamado a decidir uma questão relacionada com maus tratos de um tio relativamente à sua sobrinha de 13 anos. A ofendida, estava ao cuidado do arguido, sendo que, o próprio, com um cabo de eletricidade a atingiu provocando-lhe dor e várias lesões. O arguido, utilizou como argumento para a sua conduta, o facto da ofendida ter um mau comportamento na escola e furtar dinheiro dos colegas e, por isso mesmo, segundo o próprio, devido à sua frustração no facto de não conseguir controlar estes atos da sua sobrinha.¹⁴⁸

Sendo a sobrinha que estaria à guarda do seu tio e, segundo o acórdão se constitui como a figura paterna da ofendida, este teria um direito a corrigir os seus comportamentos devido a ser a única pessoa que estaria responsável por ela, portanto, esse nível de proximidade pode fundamentar o exercício de determinados castigos, até tendo em conta, a gravidade do comportamento da menor, sendo certo e de frisar, que nunca deste nível, visto que, são completamente desproporcionais, desadequados e capazes de produzir lesões bastante graves.¹⁴⁹

¹⁴⁸ O acórdão tenta balançar as duas posições possíveis que ressaltam dos factos. Analisando primeiramente a situação do tio: “(...) gerada por um comportamento censurável da sobrinha (...) que impunha o exercício do poder-dever de correção no cumprimento das responsabilidades parentais.”, ficando claro que o tribunal admitia o exercício desse poder-dever, contudo o arguido excedeu esse mesmo poder-dever: “(...) o arguido excedeu esse poder-dever de correção/educação, agindo de forma inaceitável (...)”.

¹⁴⁹ Ao contrário do que seria normal, e como referi, familiares mais afastados e que não têm recorrentemente contacto próximo com o menor, não se podem constituir como verdadeiros educadores, não tendo, portanto, o exercício do direito de correção, contudo, este caso marca uma diferença, já que o tio era a figura que estava a cuidar da sobrinha na falta dos pais e, seria este, que tinha o poder-dever de educação da mesma. Fica claro que na situação em causa o castigo causado ultrapassada muito os limites do aceitável.

2.2 – Castigos aplicados por professores

Por fim, temos em conta duas situações distintas, mas que considero importantes: a primeira delas identifica-se com os castigos no seio da atividade dos professores, a segunda prende-se com a aplicação de castigos físicos a crianças institucionalizadas.

Face à primeira situação, de uma forma direta, estes castigos aplicados pelos professores não podem ser hoje admitidos,¹⁵⁰ sobretudo tendo em conta o regime legal vigente: se como referimos no início, apesar de não haver previsão legal para a admissibilidade do direito de correção em geral, era admitido o seu exercício, relativamente aos castigos físicos aplicados por professores, existe, pelo contrário, uma previsão legal a proibir expressamente a aplicação dos mesmos. Como FIGUEIREDO DIAS refere: “(...) falta uma lei na base da qual uma tal causa de justificação possa ser aceite e contra ela está, além disso, o Estatuto do Aluno e Ética Escolar (L 51/2012, de 5/9)”.^{151 152}

Como também já fizemos referência anteriormente, em nossa opinião o direito de correção deve ser admitido a partir de juízos de adequação social do comportamento aplicador de castigos físicos tendo em conta o castigo aplicado em concreto. Ainda assim, aqui não pode ser essa a solução, como avança FIGUEIREDO DIAS: “(...) não se vê legitimidade para outra solução, nomeadamente através do apelo frequente a práticas consuetudinárias ou socialmente adequadas.”¹⁵³

Sendo claro, também em nossa opinião, que castigos aplicados por professores não possam ser admissíveis neste momento, temos de referir que ainda há uma ideia, especialmente em contextos caracterizados pela sua ruralidade e presença viva de hábitos tradicionais, que os professores têm esse direito de castigar fisicamente os alunos. Por conseguinte, estes castigos estavam muitas vezes associados, como deu a entender FIGUEIREDO DIAS, a práticas costumeiras ou algo que se consubstancia em práticas adequadas socialmente.¹⁵⁴ Muito provavelmente, até pode ser essa a conceção geral da

¹⁵⁰ FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo..., p. 79, O autor refere o facto da evolução no exercício do ensino não poder comportar aos dias de hoje, contrariamente ao que acontecia no passado um direito a castigar os alunos fisicamente.

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal..., p.595

¹⁵² O diploma legal em causa ao proibir qualquer tipo de castigo físico perante os alunos e referenciando as medidas que podem ser adotadas na prática, resolve qualquer margem de dúvida que pudesse existir relativamente a castigos escolares.

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal..., p.595 e 596

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.596

comunidade ou de uma parte dela, entrando em confronto essas considerações e práticas que se foram estabilizando no tempo com a evolução da intenção do legislador. Ora, devido a isso mesmo, é, neste momento, impossível defender à luz do ordenamento jurídico vigente os castigos físicos escolares.

Decorre dessa factualidade a opinião de vários autores ao considerarem inadmissíveis estes castigos aplicados no âmbito escolar. Exemplo disso é FILIPE SILVA MONTEIRO¹⁵⁵, que desenvolve esta ideia afirmando que: “(...) os professores não podem aplicar castigos corporais.”. E, para além disso, adianta que: “Não podem, nem disso necessitam, pois possuem outras alternativas de atuação adequadas para disciplinar o ambiente escolar.”.

Estas considerações são verdadeiras, ou seja, existem mecanismos de reação que os professores podem utilizar para responder a problemas de indisciplina e faltas dos alunos. Exemplo maior disso é o já referido regime proposto pelo Estatuto do Aluno e Ética Escolar; sendo este um diploma importante neste âmbito, visto que contém as medidas necessárias¹⁵⁶ para reagir contra os momentos de indisciplina dos alunos.

Desta forma, não fica nenhum espaço para a admissão da possibilidade de aplicação de qualquer castigo físico aos alunos com finalidade educativa. Com esta ideia concorda CLAUS ROXIN¹⁵⁷, ao indicar que já não há defensores da possibilidade da titularidade de um direito de correção por parte do professor e, portanto, o direito que este, eventualmente, possuía já não deve ser admitido.

Para além disso, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, vai no mesmo sentido, orientando que os castigos físicos, no meio escolar, são obviamente inaceitáveis, afirmando que, ao admitirmos o contrário, estaríamos a ir contra a CRP. Contudo, segundo a autora, existe sim um direito de correção dos professores, ainda que, este nunca possa ser reconduzido a castigos físicos.

Para finalizar esta questão, estamos de acordo que o regime legal atual não deixa margem para outra interpretação que não a completa proibição da aplicação de castigos

¹⁵⁵ FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo p.93

¹⁵⁶ Olhando para o diploma, podemos observar as medidas que podem ser aplicadas em contexto de indisciplina dos alunos, sem nunca frisar qualquer castigo físico. As medidas enunciadas na Lei 51/2012 de 5 de setembro são de acordo com o seu art. 28º/2 são: a repreensão registada; a suspensão até três dias úteis; a suspensão da escola entre 4 a 12 dias; a transferência da escola; e a expulsão da escola.

¹⁵⁷ CLAUS ROXIN, Derecho Penal..., p.755

físicos a alunos, algo que estamos de acordo, até porque é mobilizada argumentação que utilizámos anteriormente: se não admitimos castigos por alguns elementos da família ou outras pessoas algo próximas do menor por não haver relação de proximidade e cumplicidade que permita que o menor absorva de uma forma correta o castigo, também não podemos admitir que um professor o possa fazer em contexto escolar. Deixamos, contudo, a referência à insuficiência das medidas contidas no diploma referenciado para que os agentes educativos possam combater com prontidão e eficácia o crescimento da indisciplina escolar.

2.3 – Crianças Institucionalizadas

A última parte deste problema prende-se com as crianças institucionalizadas e, novamente, se é admissível, neste meio, a aplicação de castigos físicos com finalidades educativas. Nesta parte, é essencial ter em conta a posição em que a criança se encontra, que é, na verdade, uma posição de maior fragilidade.¹⁵⁸ Estas situações reconduzem-se ao art.1907º/1 do CC¹⁵⁹, no qual se consagra que estabelecimentos de educação ou lares de acolhimento, assumem as responsabilidades e poderes que estariam atribuídas aos pais, visto que, no caso se verifica uma falta destes. Em termos diretos, são os encarregados e profissionais destas instituições que exercem as responsabilidades sobre o menor, sendo que nessas responsabilidades está também incluído o dever de educação, dever que acaba por ser também cumprido com uma referência ao direito de correção dos menores.

Não podemos deixar de observar, no entanto, que a relação das crianças institucionalizadas com os funcionários das instituições em causa, não pode ser comparável, pelo menos do ponto de vista prático, com aquela que teriam com os seus pais. Por isso, apesar de, do ponto de vista estritamente legal, as instituições de acolhimento exercerem as responsabilidades, falta saber se nessas responsabilidades pode estar incluído um direito que tem uma vertente tão pessoal como o direito ao exercício do direito de correção.

¹⁵⁸ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção?”, p. 121

Este nível de fragilidade segundo a própria acentua-se quando, a título de exemplo, as crianças são portadoras de deficiências, cujos castigos muitas vezes são fundamentados “na intenção de curar a criança e no seu próprio bem.

¹⁵⁹ MARIA FARIA, “Acerca da fronteira...”, p.335

A este respeito, FIGUEIREDO DIAS desenvolve, afirmando que: “(...) se não deve equiparar integralmente, em perspectiva jurídico-penal, a legitimidade para corrigir dos pais e a dos terceiros (...)”¹⁶⁰, mas sobretudo: “(...) Não é pois (ainda?) possível defender no direito português aquele carácter estritamente pessoal do direito de correção dos progenitores (...)”, mostrando que, no seu entendimento, a posição dos terceiros nunca pode ser comparada à dos pais. Independentemente disso, o direito, atualmente, deixa um espaço para permitir arguir que esses terceiros possam usar do direito de correção, evidenciando que não existe diretamente uma correspondência única entre o exercício deste direito e os pais.

Tendo isso em conta, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA vai no mesmo sentido, frisando, antes de mais, a natureza mais frágil do menor que se encontre institucionalizado e a dificuldade de equiparar o direito de correção exercido pelos pais e pelo funcionário ou pelo responsável da instituição¹⁶¹. Por este conflito que se observa, para além dos requisitos que identificámos anteriormente para admissibilidade de aplicação de castigos físicos, é necessário ter em conta, como a autora deixa a entender, que se prende com a própria posição e circunstancialismo do menor; isto porque, se a principal finalidade do castigo físico a aplicar é servir uma razão educativa, temos de entender que, pelo caso concreto, estas crianças podem fazer mostrar que um castigo que poderia servir essa finalidade é contraproducente.

Esta ideia vai ao encontro do que refere CLARA SOTTOMAYOR ao indicar a vulnerabilidade a que as crianças institucionalizadas estão sujeitas: “(...) o contexto da sua vida cria uma maior probabilidade de negligência emocional e de vitimação de violência física ou sexual (...) sobretudo se não tiver família e forem os adultos, encarregados de cuidar de si, a maltratá-la.”¹⁶² Por conseguinte a autora considera que os castigos físicos aplicados em crianças institucionalizadas não devem ser de qualquer forma admitidos.

Por isso, e nesse sentido, o acórdão do TRE datado de 10 de abril de 2012, adota uma posição de acordo com a anterior, referenciando que não podem ser admissíveis castigos

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 596

¹⁶¹ “É esta dúvida acerca da aceitação linear da equiparação pelo direito penal entre a situação da criança que vive com os pais e da criança institucionalizada, particularmente vulnerável a abusos por se encontrar sozinha, e que mantém muitas vezes laços afectivos ténues com aqueles que tratam dela (...)”, MARIA FARIA, “Acerca da fronteira...”, p.335.

¹⁶² CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder...?” p.121

físicos, ainda que, como é óbvio, tenham uma finalidade educativa.¹⁶³ Neste caso em concreto, o castigo imposto pelo arguido terá sido a imposição ao ofendido de permanecer em pé durante as refeições o que, segundo o tribunal, consubstancia uma conduta passível de integrar o crime do art.143º do CP. Considera, decorrida a factualidade, que, se fossem admitidos castigos físicos educativos em estabelecimentos de assistência a menores, aqueles não podem ser comparados ao exercício do direito de correção pelos pais ou até pessoas próximas destes e, portanto, castigos físicos não podem ser admitidos.¹⁶⁴

Olhando para o entendimento de FILIPE SILVA MONTEIRO relativo a esta questão, este autor refere-se, de uma forma especial, a menores internados em Centros Educativos, considerando que castigos neste meio nunca devem ser admissíveis¹⁶⁵, até porque falta a relação entre pais e filhos, que poderia fundamentar tais castigos, apesar de os funcionários estarem encarregues das responsabilidades sobre o menor. O autor avança: “(...) deve referir-se que os castigos físicos, se aplicados pelos funcionários dos Centros Educativos, seriam sempre injustificados uma vez que estes funcionários têm a seu cargo dezenas de crianças, pelo que nunca seria possível manter a mesma relação de proximidade que caracteriza a relação pais-filhos, nem lhes incumbe a obrigação de proceder à educação delas”¹⁶⁶

Apesar de tudo, contrariamente a estas últimas explicações, na minha opinião, considero que, em casos excepcionais, podem ser aplicados castigos físicos nas situações explicitadas, sempre considerando, todavia, as finalidades do castigo e, sobretudo, a natureza do menor, como refere MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA no comentário ao acórdão: “(...) a proporcionalidade do castigo (que dependerá sempre da idade do menor, do motivo que determinou o castigo e da características do menor (...))”¹⁶⁷. Ou seja, a necessidade de ponderação, ainda mais especial, entre a necessidade do castigo, e da situação particular do

¹⁶³ Citando o referido acórdão: “Perante o quadro legislativo vigente não é defensável que os estabelecimentos de assistência que acolham menores em risco tenham direito ao recurso a castigos físicos, como método educativo ou de disciplina das crianças ou jovens a que dão abrigo.”

¹⁶⁴ Segundo o acórdão: “Perante o quadro legislativo vigente não é defensável que os estabelecimentos de assistência que acolham menores em risco tenham um direito ao recurso a castigos físicos, como método educativo ou de disciplina das crianças ou jovens a que dão abrigo”.

¹⁶⁵ “(...) os castigos físicos, se aplicados pelos funcionários dos Centros Educativos, seriam sempre injustificados uma vez que estes funcionários têm a seu cargo dezenas de crianças, pelo que lhes nunca seria possível manter a mesma relação de proximidade que caracteriza a relação pais-filhos, nem lhes incumbe a obrigação de proceder à educação delas”, FILIPE SILVA MONTEIRO, p. 94 e 95

¹⁶⁶ FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo..., p. 94 e 95

¹⁶⁷ MARIA FARIA, Acerca da Fronteira..., p.336

menor. Sendo uma questão muito própria, concordamos com os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, quando refere que o direito de correção no nosso ordenamento jurídico não se compreende como sendo apenas direcionado para os pais ou tutores e, portanto, sem ter apenas como pressuposto essencial a personalidade do mesmo instituto.

Conclusão

Este trabalho teve em conta, sobretudo, a tensão que se verifica entre os detentores do poder-dever de educação e os direitos mais significantes da criança. Essa questão toca, em termos diretos, no chamado direito de correção, que, em termos práticos, integra o poder-dever dos pais corrigirem os seus filhos quando estes cometam faltas.¹⁶⁸

A verdade é que este conceito, na prática, vai-se densificando em determinadas ações dos pais que podem ameaçar a integridade física e outros bens jurídicos relevantes da criança no intuito superior de correção e educação do menor.

Frisámos a dificuldade de, nesse sentido, agilizar a dimensão educativa dos RP e a possibilidade de aplicação de castigos físicos a menores com os direitos específicos da criança, mas também com tipos legais de crime. É importante ter em conta que esta questão é, ainda neste momento, bastante controvertida na Jurisprudência, sendo que, para isso, muito contribui a falta de uma previsão legal específica (seja em que sentido for) para eliminar todas as dúvidas acerca da possibilidade de aplicação de castigos físicos com intuito educativo.

Em primeiro lugar, clarificámos a evolução verificada nos direitos da criança e na valorização do seu estatuto na sociedade e, conseqüentemente, a crescente dificuldade de consideração de um direito de correção, tal como era exercido anteriormente. É importante salientar que não podemos conceber um direito dos pais a corrigir as condutas dos filhos sem quaisquer limites e respeito pela dignidade do menor.¹⁶⁹ Contudo, deixámos expressas posições que consideram, decorrente da referida evolução dos direitos da criança referida, que o direito de correção não se pode identificar, aos dias de hoje, com castigos físicos, ainda que estes persigam finalidades educativas. Estas posições expressam que, independentemente da falta do menor, não é admissível de maneira nenhuma a aplicação de castigos físicos decorrentes dessa mesma falta e que, ao invés disso, devem ser promovidos outros meios corretivos que não contendam com a integridade física do menor.

Ainda assim, existem modelos de diversas incidências que admitem a aplicação de castigos físicos, por exemplo, na consideração do direito de correção como uma causa de

¹⁶⁸ FILIPE SILVA MONTEIRO, O direito de castigo..., p.28

¹⁶⁹ MARIA FARIA, Comentário Conimbricense..., p.319

exclusão da ilicitude ao abrigo do art.31º/2 al. b) do CP,¹⁷⁰ que tem em conta o exercício de um direito por parte do titular das RP, por conseguinte, qualquer ação típica que fosse praticada no exercício deste direito de correção seria justificada e, portanto, considerada lícita para o direito penal, com a obrigatoriedade do cumprimento de determinados pressupostos, entre eles, a moderação do castigo, a sua adequação, a sua necessidade e a sua proporcionalidade.

Deixámos claro, no entanto, que a posição com a qual mais nos identificamos se enquadra na adequação social da conduta que consubstancia a aplicação do castigo ao menor, ou seja, na valoração do comportamento em comparação com os juízos sociais vigentes. Por conseguinte, quando essa conduta esteja, de uma certa forma, em concordância com os juízos e valores de uma comunidade, essa conduta não se pode subsumir ao tipo de crime que, sem considerar mais nada, seria reconduzida.¹⁷¹ Ou seja, procurando analisar se determinado castigo é admissível ou não, teríamos de assumir uma certa concordância entre o castigo e a aceitação do mesmo perante as conceções axiológicas de uma comunidade;¹⁷² sendo que é necessário referir que esta tarefa deve ser feita com rigor, recorrendo a alguns indícios reveladores dessa conformidade, sem esquecer a finalidade educativa do castigo, mas também a proporcionalidade do castigo face à ação do menor, a adequação do castigo à mesma e a sua adequação, sendo que é também importante a consideração da legitimidade da pessoa que exerce esses mesmo castigo. Com estes indícios presentes, podemos avaliar, no caso concreto, a possibilidade de considerar a atipicidade do castigo aplicado. Esta atipicidade desenvolver-se-á sempre a partir da não consideração da ação como típica, ou seja, aquela não é sequer subsumida ao tipo legal de crime.

É, tendo isso em conta, muito importante verificar a ligação que o direito de correção também estabelece com os tipos legais de crime e, em especial, com o bem jurídico de cada um. Por isso mesmo, foi de ressaltar que os tipos legais que estão associados a este direito de correção dos pais são o art.143º do CP, o art.152º do CP e também o art.152ºA do CP, sendo que os dois últimos, por integrarem no seu tipo objetivo a expressão *castigos corporais*, poderia levar-nos a pensar que a intenção é incorporar também no seu âmbito punitivo os castigos físicos educativos. A verdade é que, como deixamos claro, o conceito

¹⁷⁰ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do..., p.250

¹⁷¹ MARIA FARIA, "O castigo físico...", p.618

¹⁷² *Ibid.*, p.620

de violência que tem de estar presente na consideração dos castigos corporais não está presente quando nos referimos a castigos físicos com finalidade educativa, moderados, adequados e proporcionais,¹⁷³ pelo que a intenção não será a de punir estes comportamentos corretivos, mas sim verdadeiras ofensas à integridade física e psíquica do ofendido. Portanto, quando nos referimos a castigos físicos que cumpram os critérios atrás definidos, aqueles não devem ser reconduzidos aos tipos legais enunciados.

Para além disso, outro fator muito importante prende-se com a legitimidade ativa, ou seja, com a definição do sujeito que pode exercer esse direito de correção relativamente ao menor e que, sendo esta questão difícil de expressar na prática, verificámos que pode existir uma transmissibilidade do direito de correção dos menores.

Em termos gerais, deve interessar a proximidade que se verifica entre o menor e a pessoa em causa, se o menor se revê na autoridade do adulto e, sobretudo, se este tem a faculdade de poder inculcar no menor os valores que ficaram afetados pelo erro ou falha da criança. Ficará, portanto, claro, que não podemos admitir que um qualquer terceiro possa exercer um direito de corrigir o menor sem qualquer ligação ou elo emocional perante a criança, visto que estas situações tanto poderiam pôr em causa a finalidade educativa do castigo, como também fazer ressaltar atuações violentas por parte de outra pessoa sob o falso pretexto de uma correção educativa.

Olhando para o caso especial dos estabelecimentos de acolhimento e das crianças institucionalizadas, é necessário evidenciar a posição mais frágil e de desproteção dos menores tendo em conta sua condição especial,¹⁷⁴ seja por uma evidente falta de maior acompanhamento, mas também porque são crianças que têm, muitas vezes, um histórico associado de negligência e, por isso mesmo, apenas podem ser admitidos castigos físicos nesta sede em situações ainda mais especiais do que aquelas que acontecem na relação filho-pais. Por conseguinte, para além da necessidade dessa finalidade educativa e da necessidade do castigo, o mesmo deve ser adequado e atender às circunstâncias especiais do menor, ou seja, todo o seu histórico e a sua situação pessoal, que, frequentemente, determina a sua ida para o estabelecimento de acolhimento e também uma exigência muito mais apertada de proporcionalidade do castigo.

¹⁷³ MARIA FERREIRA, *Violência parental e...*, p.252 e 253

¹⁷⁴ MARIA FARIA, “Acerca da fronteira...”, p.335

A ponderação da aplicação do castigo deve ser muito mais intensa nesta situação, isto porque a finalidade que este visa servir pode ser ainda mais castigadora e fragilizadora do seu ponto de vista, tendo em conta a circunstância especial do menor.

Desta forma, concluímos pela existência e admissibilidade de um direito de correção dos titulares das RP. Esta visão tem tido uma consideração e aceitação por parte de alguma jurisprudência e consideramos que, apesar de existirem entendimentos que este poder desapareceu especialmente com o desaparecimento de uma previsão legal que o legitimaria, este ainda pode ser integrado no poder-dever de educação que é um dos pontos mais essenciais do regime das RP. Portanto, a correção das faltas do menor deve ser um pendor importante da educação e desenvolvimento do mesmo e, por consequência, em determinadas situações, os castigos físicos com finalidades educativas podem ser admitidos.

Em última análise, este acaba por ser um problema maior do que aquele que pode ser percecionado numa primeira abordagem. É necessário, em todas as situações práticas, ter em conta os interesses a seguir e, sobretudo, perceber que os tipos legais conjecturados apenas devem entrar em linha de conta quando estejamos perante a verificação de um conceito geral de violência e não estritamente perante um recurso que acaba por servir uma finalidade das RP. É óbvio que no seio do Direito da Família se encontram respostas mais diretas para esta situação e, em nosso entender, o Direito Penal não se deve intrometer de uma forma intrusiva na família e na educação das crianças, devendo agir apenas em último caso e apenas quando necessário.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-12-1991. Relator: Ferreira Vidigal.
Processo nº 041618

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-11-2021. Relator: Maria José
Nogueira. Processo nº 110/17.5GASAT.C2

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10-04-2012. Relator: Martinho
Cardoso. Processo nº 1130/04.5TASTB.E2

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11-03-2014. Relator: João Borges.
Processo nº 317/09.9GFSTB.E2

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-10-2016. Relator: Ana Paramés.
Processo nº 413/15.3PFAMD.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05-06-2019. Relator: Maria
Perquilhas. Processo nº 600/18.2T9VFX.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02-07-2021. Relator: Abrunhosa de
Carvalho. Processo nº 14563/19.3T8SNT.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-04-2021. Relator: Cristina
Almeida e Sousa. Processo nº 160/16.9GEACB.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-05-2022. Relator: Anabela
Cardoso. Processo nº 1093/20.0T9VFX.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-02-2015. Relator: Raul Esteves.
Processo nº 156/13.2GCVFR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-12-2020. Relator: Maria Dolores da Silva e Sousa. Processo nº 3204/15.8T9MAI.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-4-2021. Relator: Eduarda Lobo. Processo nº 1132/18.4PBMTS.P1.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição atualizada, Lisboa. Universidade Católica Editora, 2021;

BARROSO, Ricardo, “Da punição física ao abuso físico: Conceptualização e consequências práticas”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº2, ano 20, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

BRITO, Teresa Quintela de, Direito Penal. Parte Especial. Lições. Estudos e casos, Coimbra Editora, 2007;

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 20

CARVALHO, Américo Taipa de, “Comentário ao art. 152º do Código Penal”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Coimbra Editora, 2012;

CARVALHO, Américo Taipa de, “Comentário do art.152ºA do Código Penal”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Coimbra Editora, 2012;

CARVALHO, Américo Taipa de, Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime, 3ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016;

CORREIRA, Eduardo, Direito Criminal, Volume I, Coimbra, Almedina, 2016;

DIAS, Cristina, “A criança como sujeito de direitos e o poder de correção”, in Revista Julgar, nº4, janeiro-abril, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime, 3ª edição (reimpressão), Coimbra, Gestlegal, 2022;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, ““A lesão da integridade física e o direito de educar – Uma questão “também” jurídica”, in Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.152º do Código Penal. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2006”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº2, ano 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A adequação social da conduta no Direito Penal”, in Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais: Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “Comentário do art. 143º do Código Penal”, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª edição Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “O castigo físico dos menores no Direito Penal”, in Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, 2003;

FERREIRA, Maria Elisabete Ferreira, Violência Parental e intervenção do Estado: A questão à luz do direito português, Porto, Universidade Católica Editora, 2016;

GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, Código Penal: Parte Geral e Especial: com notas e comentários, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2015;

LEANDRO, Armando Gomes, “A problemática da criança maltratada em Portugal. Alguns aspectos jurídicos e judiciários”, in Revista do Ministério Público, nº35/36, ano 9, 1988;

MARTINS, Rosa, Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

MARTINS, Rosa, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in Revista Julgar, nº10, janeiro-abril, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

MARTINS, Rosa, “Responsabilidades Parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in Lex Familia, nº10, ano 5, julho-dezembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

MONTEIRO, Filipe Silva, O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos. Análise Jurídico-Penal, Braga, Livraria Minho, 2002;

NETO, Abílio, Código Civil Anotado, 20ª edição atualizada, Lisboa, Ediforum, 2018;

NEVES, Castanheira, BARDOU, Raquel, “O direito das crianças à protecção do Estado contra qualquer forma de violência: Algumas notas sobre a questão dos castigos corporais em Portugal”, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, Almedina, 2010;

OLIVEIRA, Guilherme de, “A criança maltratada”, in Temas de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 1999;

PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 7ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020;

RIBEIRO, Alcina Costa, “Autonomia da criança no tempo de criança”, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, Almedina, 2010;

Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos: La Estructura del delito, 2ª edição, Madrid, Civitas, 1997;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A autonomia do direito das crianças”, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, Almedina, 2010;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, Código Civil Anotado. Livro IV. Direito da Família, Coimbra, Almedina, 2022;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “ “Existe um poder de correção dos pais?” A propósito do acórdão do STJ, de 05-04-2006”, in Lex Familia, nº7, ano 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

XAVIER, Rita Lobo, “Responsabilidades Parentais no séc. XXI”, in Lex Familia, nº10, ano 5, julho-dezembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Fontes eletrónicas:

<https://endcorporalpunishment.org/>