



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Sobre a possibilidade de levantamento da
inibição do exercício das responsabilidades
parentais no Direito da Família e no
Direito Penal**

Sara Patrícia Santos Costa

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Sobre a possibilidade de levantamento da
inibição do exercício das responsabilidades
parentais no Direito da Família e no
Direito Penal**

Dissertação realizada para obtenção do Grau de Mestre em Direito, no âmbito do Mestrado em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira.

Sara Patrícia Santos Costa

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

*“Não queremos apenas deixar um mundo melhor para os nossos filhos,
queremos muito mais deixar filhos melhores para o mundo”*

(Autor desconhecido)

Agradecimentos

À Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Saber que muito contribuiu para a minha formação pessoal e académica e fascínio pelo Direito.

À Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, minha orientadora, pelo exemplo de sabedoria e pela disponibilidade e apoio que sempre demonstrou.

Aos meus pais, a quem dedico este trabalho, com amor e gratidão.

À minha família e amigos.

Resumo

A inibição do exercício das responsabilidades parentais consiste numa forma de ingerência Estadual na esfera familiar que tem forçosamente lugar quando os pais violam de forma grave e irreversível o conteúdo das responsabilidades parentais. Reflete, assim, a preocupação cimeira da lei em zelar pelo superior interesse da criança em detrimento dos direitos dos progenitores. O presente estudo, pautado pela valorização e defesa dos direitos da criança, tem como intuito indagar a incongruência legal existente relativa ao regime de levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais quando deixe de subsistir a situação fáctica que motivou o seu decretamento no Direito da Família, face ao Direito Penal. Dir-se-á que, nos precisos termos propostos pela lei penal, a impossibilidade de levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais, uma vez que se trata de uma pena acessória, pode pôr em causa a tutela efetiva do superior interesse da criança.

Palavras-chave: Responsabilidades parentais; Levantamento da inibição; Superior interesse da criança; Direito da Família; Direito Penal.

Abstract

The inhibition of parental responsibilities is a form of State intervention in the family sphere that necessarily takes place when parents violate severely and irreversibly the contents of parental responsibilities. This State intervention aims to ensure the child's best interest over the parent's rights. This paper is based on the advocacy of child's rights and aims to enhance the gap between Family Law and Criminal Law as to the possibility of withdrawal of the inhibition of exercise of parental responsibilities, once the ground to the inhibition has disappeared. It will be said that, in the accurate terms proposed by Criminal Law, the inhibition of parental responsibilities, as an additional penalty, doesn't ensure an effective guardianship of child's best interests.

Keywords: Parental responsibilities; Withdrawal of the inhibition; Child's best interests; Family law; Criminal Law.

Índice

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I. A INSTITUIÇÃO FAMÍLIA E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	
11	
I. 1. A FAMÍLIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL DOS PAIS À EDUCAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS FILHOS	11
I. 2. NATUREZA JURÍDICA E CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	16
I. 3. O DIREITO DOS FILHOS A CONVIVEREM E SEREM EDUCADOS PELOS PAIS. O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA	21
CAPÍTULO II. A INIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DA FAMÍLIA	
26	
II. 1. FUNDAMENTOS DA INIBIÇÃO	26
II. 2. REGIMES DE CESSAÇÃO E LEVANTAMENTO DA INIBIÇÃO	30
CAPÍTULO III. A INIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	
32	
III. 1. FUNDAMENTOS DA INIBIÇÃO	32
III. 2. A INEXISTÊNCIA DE UM REGIME DE LEVANTAMENTO DA INIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	39
III. 3. SOLUÇÃO JURÍDICA PARA O PROBLEMA DA IMPOSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DA INIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS DECRETADA COMO PENA ACESSÓRIA	42
CONCLUSÃO.....	45
JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
WEBGRAFIA	53

Lista de siglas e abreviaturas

AC. – Acórdão

ART. - Artigo

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CFR. – Conferir

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

P. – Página

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RJAC – Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil

SS. – Seguintes

Vol. – Volume

Introdução

A salvaguarda dos direitos da criança constitui um ditame crucial da sociedade contemporânea que muito deve ao caminho percorrido no século XX, considerado como o “século da criança”, e, cuja continuidade nos leva a considerar o século XXI como o século das responsabilidades parentais¹. Se é verdade que os pais são, naturalmente, os primeiros garantes dos filhos, também o é que o Estado tem forçosamente de intervir quando o sistema familiar falha.

Em boa verdade, caso os pais não transmitam aos filhos os valores humanos fundamentais para uma vida em sociedade, não cumpram a tarefa de educar e formar os filhos para que se tornem cidadãos autónomos e responsáveis no futuro, não se encarreguem de fomentar a integração dos filhos na comunidade estão, tão só, a negar desempenhar a função essencial de que não é possível prescindir, o que, necessariamente, motiva a máquina estadual a atuar em conformidade. Esta imposição tem decorrência direta da nossa Lei Fundamental, nomeadamente, do art. 69.º, onde se encontra consagrado o direito à proteção da infância. Portanto, sempre que os direitos das crianças não estejam a ser acautelados pelos pais, a quem incumbe, primeiramente, esse dever, o Estado deve ingerir na esfera familiar de forma a garantir o desenvolvimento integral das mesmas.

A inibição do exercício das responsabilidades parentais – sobre a qual incidirá o nosso estudo - consiste, precisamente, numa das várias formas de expressão da ingerência estadual no contexto familiar. Visto que se trata de uma medida que contende diretamente com direitos fundamentais, ainda mais, que interfere num contexto tão íntimo como é o ambiente familiar, fácil é de compreender que o seu decretamento estará intimamente ligado a comportamentos e falhas graves dos pais em relação à pessoa dos filhos, sejam eles dolosos sejam negligentes.

Cumpre esclarecer que, com este estudo, não pretendemos analisar exaustivamente o instituto da inibição do exercício das responsabilidades parentais em si mesmo, antes salientar a incongruência legal existente relativa ao regime do seu levantamento quando

¹ Key (1900) *apud* Martins (2008), p. 25.

deixe de subsistir a situação fáctica que serviu de fundamento ao decretamento da inibição no Direito da Família, face ao Direito Penal. Com efeito, o regime estritamente civil prevê expressamente, nos termos do art. 1916.º do CC, a possibilidade de levantamento da inibição quando cessem as causas que lhe deram origem a requerimento do MP ou dos pais. A incoerência prende-se com o facto de não se encontrar no nosso regime penal preceito idêntico. Quando aplicada em razão do disposto no n.º 3 do art. 69.º C ou no n.º 6 do art. 152.º do CP, a tratar-se, esta última, de uma verdadeira pena acessória, como o é na primeira, a inibição do exercício das responsabilidades parentais não poderá ser levantada mesmo que, por hipótese, o progenitor outrora inibido se revele em determinado momento reabilitado para o desempenho das responsabilidades parentais.

Assim, o trabalho será dividido em três partes, sendo que na primeira faremos um enquadramento legal da família como instituição fundamental da sociedade e do instituto das responsabilidades parentais, estabeleceremos a ligação entre a família e o direito constitucional dos pais à educação e manutenção dos filhos, analisaremos a natureza jurídica e o conteúdo das responsabilidades parentais, e terminaremos com uma referência ao direito dos filhos a conviverem e serem educados pelos pais e à relação deste com o superior interesse da criança.

Na segunda parte, estudaremos a inibição do exercício das responsabilidades parentais no domínio do Direito da Família, passando o nosso estudo pela análise dos fundamentos legais da inibição e dos respetivos regimes de cessação e levantamento.

Na terceira parte, propomo-nos analisar a inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do Direito Penal, enquanto pena acessória, decorrente do art. 69.º C e 152.º do CP, para tal, faremos a destrição dos fundamentos legais da inibição, tentaremos chamar a atenção para o facto de inexistir, neste domínio, um regime de levantamento da inibição e para a eventual questão de inconstitucionalidade que o mesmo suscita e, por fim, adiantaremos uma solução jurídica passível de colmatar tal inércia legal.

Terminaremos a exposição com a formulação de algumas conclusões, antecipando já a nossa convicção de que muito ficará por dizer.

Capítulo I. A instituição Família e as responsabilidades parentais

I. 1. A família e o direito constitucional dos pais à educação e manutenção dos filhos

Vivemos numa sociedade em constante transformação. As céleres e profundas mudanças, verificadas nas sociedades ocidentais, tiveram vastos impactos na família, em geral, e na parentalidade, em particular². À grande família, característica da economia agrária, sucedeu nas sociedades industriais e pós-industriais a pequena família, constituída pelos cônjuges e pelos filhos menores³. Para Gelásio Rocha, urge “reconhecer que a família atual, que se afirma como grupo social no qual o Homem forçosamente se insere, tem, na realidade, a força do bem, da felicidade e da realização individual de cada um dos seus membros, libertos, agora, do constrangimento imposto pela consideração societária da família como ente supra-individual”⁴. Rita Lobo Xavier defende que este reconhecimento, que pressupõe o respeito que cada pessoa merece no seio da família, promoveu, entre outras coisas, a rejeição do autoritarismo nas relações familiares, a aceitação da criança como sujeito de direitos, o reforço da consciência sobre as responsabilidades parentais, a valorização dos cuidados a ter com as crianças, a proscricção do emprego da violência na educação das crianças e jovens, e a autonomização do superior interesse da criança como critério das decisões que lhe dizem respeito⁵. Isto posto, impõe-se admitir que a unidade familiar assume, hoje, novos contornos, a primazia está na pequena família, fundada essencialmente por valores de respeito mútuo, com estrutura horizontal, igualitária, democrática e participativa, por contraposição à estrutura vertical, característica da grande família, assente na ideia de subordinação de todos os seus membros ao *pater familias*⁶.

Pois bem, a família é a “estrutura institucional primária de identificação do ser humano, estrutura que é intrinsecamente jurídica e exprime as exigências e necessidades

² Mesquita (2018), p. 11.

³ Coelho (1984), p. 20.

⁴ Rocha (1984), p. 42.

⁵ Xavier (2010), p. 363.

⁶ Rocha (1984), p. 40.

antropológicas fundamentais”⁷. Bem vistas as coisas, não haverá nada mais autêntico do que a família, no sentido de que esta “constitui uma realidade natural e jurídica anterior às próprias leis, sendo imprescindível consentir com a sua institucionalidade intrínseca, isto é, a sua juridicidade constitutiva”⁸. A própria Constituição, em conformidade com o Direito transnacional⁹, faz referência, nos termos do art. 67.º, à família como uma realidade que lhe antecede e reconhece-a como elemento fundamental da sociedade, tutelando-a como instituição e incumbindo à sociedade e ao Estado a função de a proteger positivamente¹⁰. A verdade é que, a família é-nos de tal forma natural que não é alvo de escolha, a família é-nos dada e imposta na medida em que, idealmente, antes de sabermos quem somos sabemos a “quem pertencemos”. Aludimos a um exemplo referido por Rita Lobo Xavier para melhor compreendermos a juridicidade intrínseca ou constitutiva das relações familiares:

*Faz parte da natureza de ser pai e de ser mãe cuidar do filho pequeno, faz parte dos deveres inerentes ao ser pai e mãe, dos direitos do filho pequeno, isto é, do que deve ser um pai e uma mãe (...) tendo em vista o bem da pessoa humana e da sociedade, deve ser assim*¹¹.

Dir-se-á ser pacífico afirmar que a atual concepção de família, como refere a autora citada, tem como base a afetividade das relações familiares independentemente da forma

⁷ Xavier (2010), p. 364.

⁸ D’Agostino (2003), apud *idem, ibidem*.

⁹ Cfr. Art. 16.º, n.º 3 da DUDH; art. 10.º do PIDESC; art. 23.º do PIDCP; preâmbulo da CDC.

¹⁰ Seguindo de perto a anotação de Rui Medeiros, o art. 67.º da CRP, ao considerar a família elemento fundamental da sociedade, assume que o harmonioso desenvolvimento do ser humano não pode ser dissociado das relações estabelecidas na família (Miranda e Medeiros (2010), p.1359). Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que “da consideração da família como elemento fundamental da sociedade resulta a garantia institucional da família, garantindo-a enquanto instituição jurídica necessária, constituindo, no fundo, uma categoria existencial, um fenómeno da vida, e não uma criação jurídica” (Canotilho e Moreira (2007), p. 856). Para Rui Medeiros, o legislador constitucional, nos termos do art. *supra* citado, enuncia “uma série de incumbências do Estado para a proteção da família e da vida familiar, designadamente, impondo ao Estado deveres de agir, de prestar e de realizar (ações que decorrem, a título exemplificativo, do respetivo n.º2), deveres esses cumpridos pelo legislador ordinário quando adota políticas públicas adequadas à realização dos fins que a CRP fixou” (Miranda e Medeiros (2010), p. 1359-1372). O autor menciona ainda que, o legislador constitucional, “ao sublinhar que a proteção da família constitui igualmente um dever da sociedade, não só oferece fundamento constitucional específico para a imposição, em vista à proteção da família, de deveres ou encargos aos particulares, como não parece excluir, que ao menos em termos de eficácia mediata, o dever de proteção da família se aplique também nas relações entre privados” (*idem, ibidem*).

¹¹ Xavier (2018) - não publicado -, p. 2.

jurídica que ostentam, o que significa que, o afeto é, hoje, naturalmente encarado “não como um *plus*, mas sim como um ambiente, a “forma” de prestar os cuidados devidos”¹². No fundo, é no seio familiar que se trocam as primeiras impressões, que nascem os vínculos de respeito e solidariedade recíprocos, que se adquirem e fomentam os valores fundamentais dos membros da sociedade. “É igualmente no ambiente familiar que a criança tem uma experiência do que são as normas e algumas regras de conduta da sociedade”¹³. Com efeito, para Francesco D’Agostino urge considerar a família enquanto protagonista na construção lenta de um direito dos menores, mormente responsável por oferecer e avolumar os aspetos essenciais para o crescimento individual de todo o ser humano enquanto sujeito social¹⁴. O próprio preâmbulo da Convenção dos Direitos da Criança assume, nesta matéria, que, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, a criança deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.

Se é indubitável que o Estado e a sociedade devem ter um papel ativo na promoção dos direitos e proteção das crianças¹⁵, também o é que essa função compete sobretudo, e, em primeira linha, aos pais enquanto “primeiros garantes naturais dos seus direitos”¹⁶. A nossa Lei Fundamental reforça este aspeto¹⁷, desde logo, no art. 68º, alusivo à proteção da paternidade e maternidade, precisando que os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação¹⁸. No mesmo sentido, a CDC, nos termos do art.

¹² Xavier (2008), p. 19.

¹³ D’Agostino (2010), p. 377.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵ *Vide*, art. 69.º da CRP onde se encontra consagrado o direito à proteção da infância.

¹⁶ Xavier (2016), p. 107.

¹⁷ De subsidiariedade da intervenção Estadual no domínio familiar em conformidade com o Direito Internacional, nomeadamente os preceitos decorrentes dos arts. 12.º da DUDH, 8.º da CEDH e, 7.º e 33.º da CDFUE.

¹⁸ Segundo Rui Medeiros, “o texto constitucional do art. 68.º deve ser lido em conjugação com o disposto no art. 36.º, n.º 5 da CRP que afirma expressamente que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, e, com o art. 26.º, n.º 3 da DUDH, nos termos do art. 16.º, n. 2 da CRP, que reconhece que os pais têm prioridade na escolha do género de educação a dar aos filhos” (Miranda e Medeiros (2010), p. 1374). Mais, o autor considera que “a referência do art. 68.º da CRP à paternidade e à maternidade reafirma, de modo inequívoco, o princípio da igualdade entre os progenitores na relação com os filhos” (*idem, ibidem*), estando em causa, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, “um corolário do

3.º, n.º 2, assume que o Estado deve respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, as orientações e os conselhos adequados, o que significa que competir-lhe-á garantir à criança os cuidados devidos assim que os pais se revelem incapazes de o fazer. Digamos que, patentemente, o ordenamento jurídico português assume a primazia dos pais quanto ao desenvolvimento vital dos filhos e, em particular, em matéria de educação e manutenção dos mesmos. Vejamos: a CRP reconhece, no art. 36.º, n. 5 precisamente, o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos¹⁹, que se torna pleno quando complementado com o disposto no respetivo n.º 3, no qual se estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges no que concerne a essa mesma tarefa. Em conformidade, o legislador ordinário determina que cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, nos termos do n. 1 do art. 1885.º do CC. Para lá de reconhecer “a natureza primordial e insubstituível dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos”²⁰, o texto constitucional, no art. 36.º, n. 6, consagra o princípio fundamental da inseparabilidade dos mesmos, ressalvados os casos em que os pais não cumpram os seus deveres fundamentais para com os filhos e, sempre mediante decisão judicial²¹. Conforme refere

princípio da igualdade entre homens e mulheres” - cfr. art. 13.º, n.º 2 – (Canotilho e Moreira (2007), p. 864). Rui Medeiros refere igualmente que, em bom rigor, “o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos cabe, em geral, e em igualdade, a ambos os pais, por determinação expressa do n.º 3 do art. 36.º da CRP” (Miranda e Medeiros (2010), p. 1374 e 1375).

¹⁹ Utilizando as palavras de Rui Medeiros, da conjugação do art. 36.º da CRP, com os arts. 67.º e ss., também da CRP, resulta que “a família e o casamento são perspetivados não apenas enquanto direitos fundamentais, mas também como garantias institucionais e como elementos estruturantes da vida em sociedade” (Miranda e Medeiros (2010), p. 807-828). O autor afirma que “o princípio da igualdade assume, nos termos do n.º 3 do art. 36.º da CRP, uma manifestação particular nas relações familiares, constituindo, como declara o Tribunal Constitucional – vide Ac. do TC n.º 617/07 e Ac. do TC n.º 569/08- uma especificação do princípio contido no n.º 2 do art. 13.º da CRP (...), impondo, em particular, um *princípio de direção conjunta da família*” (*idem, ibidem*). Considera ainda que, “o teor do n.º 5 do art. 36.º da CRP sugere que a perspetiva constitucional concebe a educação e a manutenção dos filhos não somente como um dever – e daí a legislação e a doutrina mais recente preferam pôr o acento tónico, mais do que na ideia de um poder paternal, na afirmação das responsabilidades parentais -, mas também como um direito fundamental dos pais, contribuindo para a sua realização pessoal” (*idem, ibidem*).

²⁰ Ferreira (2016), p. 39.

²¹ De acordo com o entendimento de Rui Medeiros, da garantia constitucional, prevista nos termos no n.º 6 do art. 36.º da CRP, que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais decorre, precisamente, “a natureza primordial e insubstituível da intervenção dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos, só se justificando a separação ou afastamento de uns e outros em casos extremos, de irresponsabilidade ou negligência, cfr. Ac. do TC n.º 470/99” (Miranda e Medeiros (2010), p. 828). Com efeito, considera que “a CRP não exclui, nessas situações, e no interesse dos filhos, a restrição

Elisabete Ferreira, este preceito constitucional vem, de resto, “evidenciar a importância do interesse do menor na consagração do direito à sua educação e manutenção enquanto dever que incumbe aos pais e, concomitantemente, acarretar o reconhecimento do correspondente direito da criança”²². Nesta sede, Leite de Campos sustenta que os princípios constitucionais enunciados, isto é, o princípio da atribuição aos pais do direito e do dever de educação e manutenção dos filhos e o princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais, “considerados de direito natural, têm de ser compreendidos em íntima conexão, por se completarem mutuamente”²³. Efetivamente, apenas será de considerar legítima, à luz do princípio básico da dignidade da pessoa humana, a separação dos filhos dos pais em casos extremos, situações em que se torne imprescindível salvaguardar os direitos das crianças, uma vez que os pais não estão a cumprir os seus deveres para com eles²⁴. Isto porque, como bem se percebe, e subscrevendo as palavras de Rosa Martins, “são os pais quem, pela sua proximidade existencial, se encontra em melhor posição para cuidar do filho, não só para que ele sobreviva, mas também para que se desenvolva de forma plena e harmoniosa”²⁵. Assim, torna-se simples corroborar que “o conceito de cuidado é, hoje, o cerne da relação entre pais e filhos”²⁶. Tal como alvitra Clara Sottomayor, referimo-nos ao “cuidado parental enquanto instituição altruísta, destinada a fazer prevalecer o interesse da criança sobre o interesse do adulto e materializada em atos de sacrifício diários”²⁷.

do direito dos pais à sua educação e manutenção admitindo, inclusivamente, como última *ratio*, uma decisão judicial (e *sempre* mediante decisão judicial cfr. Ac. do TC n.º 181/97) que ordene a separação dos filhos dos pais, ainda que, para tal, imponha o não cumprimento pelos pais dos seus deveres fundamentais para com os filhos - bastando que o interesse dos filhos esteja objetivamente em perigo para que a intervenção estadual seja legítima” (*idem, ibidem*, p. 833 e 834).

²² Ferreira (2016), p. 52.

²³ Campos (2012), p. 106.

²⁴ Cfr. Ac. do TRC de 17 de Maio de 2016 e Ac. do TRL de 12 de Janeiro de 2017.

²⁵ Martins (2008), p. 37.

²⁶ Sottomayor 1 (2003), p. 26.

²⁷ *Idem, ibidem*.

I. 2. Natureza jurídica e conteúdo das responsabilidades parentais

Facilmente compreendemos, como refere Rosa Martins, “o estado de necessidade de cuidado e de carência de proteção em que se encontra o filho na fase primeira da sua vida, e, da vocação natural dos seus progenitores para acompanhar o seu crescimento nessa mesma fase”²⁸. É, justamente, em virtude dessa carência de proteção e de cuidado do filho, por um lado, e da tendência ínsita dos pais em suprirem a mesma, por outro, que o ordenamento jurídico português prevê o instituto das responsabilidades parentais.

Gostaríamos de, mesmo antes de partirmos para a análise legal do instituto das responsabilidades parentais, deixar uma breve nota de reflexão a este propósito: porque “a semântica tem grande importância, em particular na área da família, uma vez que os conceitos e as palavras utilizadas exteriorizam uma determinada perceção sobre as realidades familiares”, conforme afirma Rita Lobo Xavier²⁹, julgamos ser digna de aplauso a mudança terminológica levada a cabo pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, através da qual a expressão “responsabilidades parentais”³⁰ veio substituir a designação “poder paternal”. Senão, vejamos: a palavra “poder” exprime um sentimento de domínio, posse e hierarquia que não se coaduna com a atual conceção de família democrática, *supra* mencionada, e, o mesmo sucede com a palavra “paternal” já que alude à supremacia do pai, característica da família patriarcal, perante uma posição hierarquicamente inferior da mulher e dos filhos³¹.

Ora, consagrado nos termos dos arts. 1877.º e ss. do CC, este instituto legal exprime uma ideia de “compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais

²⁸ Martins (2008), p. 37.

²⁹ Xavier (2010) p. 363.

³⁰ Elisabete Ferreira recorda que a expressão “responsabilidades parentais” foi igualmente defendida e aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa no Princípio I do Anexo à Recomendação n.º R (84) sobre as responsabilidades parentais, em 28 de Fevereiro de 1984, definindo-a como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo as relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens” (Ferreira (2016), p. 42 e 43).

³¹ Sottomayor 2 (2003), p. 44. Para António José Fialho esta mudança terminológica surgiu “em consonância com a ideia de que a expressão “poder paternal” se revelava pouco adequada a refletir a realidade jurídica subjacente e, assim, também a natureza e conteúdo dos direitos e deveres inerentes” (Fialho (2013), p. 67).

e intelectuais dos filhos”³². Não obstante, a classificação jurídica das responsabilidades parentais não acolhe consenso na doutrina. A incerteza prende-se, essencialmente, entre a classificação destas como direito subjetivo ou como poder funcional. Contudo, convém mencionar que esta distinção demonstra ter mais relevância teórica do que verdadeiramente prática, visto que “a doutrina é unânime em reconhecer no conteúdo das responsabilidades parentais a existência de um conjunto de deveres para com os filhos e, no exercício das mesmas, uma função que o seu titular não é livre de exercer como queira”³³. Ainda assim, cumpre referir que a doutrina minoritária subsume as responsabilidades parentais à categoria de direito subjetivo que consiste num “poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo ou negativo”³⁴. Neste sentido, Leite de Campos considera que o conjunto de direitos-deveres dos pais para com os filhos “constituem direitos fundamentais dos pais em relação ao Estado, estando em causa, verdadeiramente, um direito de personalidade dos pais, de ser pai”³⁵. Clara Sottomayor, distintamente, defende que as responsabilidades parentais constituem uma “figura afim do direito subjetivo, um poder funcional, cujo exercício é obrigatório ou condicionado, (...) tratando-se de direitos-deveres com uma dupla natureza, já que a noção de direito subjetivo não se ajusta a esta realidade pois o seu conteúdo não contém uma dimensão altruísta de zelar por interesses alheios”³⁶. Por sua vez, a doutrina maioritária não tem dúvidas em inserir as responsabilidades parentais na categoria de poder funcional, considerando ser esta a tese eticamente mais ajustada³⁷, que se traduz num “poder jurídico que não pode ser exercido se o titular *quiser e como queira* mas deve ser exercido do modo exigido pela função do direito, pelo que lhe falta liberdade de atuação”³⁸. De acordo com esta senda, Pereira Coelho e Guilherme de

³² Sottomayor 1 (2003), p. 22. Cfr. art 1885º/1 do CC e art. 29º/1 da CDC.

³³ *Idem, ibidem*, p. 25. António José Fialho relembra que decorre da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X a afirmação de que “está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de deixar ao livre acordo dos pais” (Fialho (2013), p. 67).

³⁴ Monteiro e Pinto (2012), p. 181 e 182.

³⁵ Campos (2012), p. 106. No mesmo sentido, Gomes da Silva – “as responsabilidades parentais para lá do desenvolvimento do filho existem para o bem dos pais e para a realização da sua personalidade” (Silva (1966 e 1967), p. 120),- e Jorge Miranda – “o próprio direito subjetivo não se concebe desligado de uma função e visa sempre um fim previsto ou declarado lícito pela ordem jurídica e, sujeito a limites negativos, de respeito pelos direitos, no caso, dos filhos” (Miranda (2006), p. 25-28)-.

³⁶ Sottomayor 1 (2003), p. 23 e 25.

³⁷ Ferreira (2016), p. 46.

³⁸ Monteiro e Pinto (2012), p. 179.

Oliveira sustentam que “as responsabilidades parentais representam uma função, destinada a promover o desenvolvimento, a educação, e a proteção dos filhos menores não emancipados”³⁹.

Efetivamente, dúvidas não restam de que “é nos cuidados quotidianos a ter com a saúde, a segurança e a educação da criança⁴⁰, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente, que reside o conteúdo essencial das responsabilidades parentais”⁴¹. Tal afirmação permite-nos depreender que às responsabilidades parentais está inerente uma finalidade de proteção do menor bem como uma finalidade de promoção da sua autonomia⁴². Rosa Martins esclarece que, ainda que possam parecer contraditórias, estas duas finalidades complementam-se, pois, a finalidade protetiva, primordial nos primeiros tempos de vida, vai perdendo peso à medida que a criança cresce e se desenvolve, diversamente, a finalidade de promoção da autonomia vai-se intensificando com esse crescimento⁴³. Na verdade, quer-nos parecer que a letra da lei espelha precisamente essa lógica quando prevê, nos termos do art. 1878.º, n.º 2 *in fine*, que os pais devem ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e, reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida, de acordo com a sua maturidade⁴⁴.

Como vimos, o núcleo das responsabilidades parentais consiste no zelo constante pela saúde, segurança e educação da criança. À luz da letra da lei, nomeadamente segundo o disposto no art. 1878º, n.º 1 *in fine* do CC, compete, igualmente, aos pais, no interesse dos filhos, representá-los e administrar os seus bens. Digamos que, os poderes-deveres

³⁹ Coelho e Oliveira (2011), p.153 e 154. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro - “estão em causa poderes-deveres que se traduzem em obrigações específicas de aproveitamento de um bem, que é obrigatório e não apenas permitido, devendo o titular agir dentro de certos limites, ainda que, ocupem uma posição ativa pois sempre estará implicada uma margem de escolha por parte dos pais”- (Cordeiro (2012), p. 910) e Armando Leandro - “trata-se de um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que tem de ser exercido de forma vinculada, (...) consubstanciada no objectivo primacial de proteção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral” (Leandro (1986), p. 119).

⁴⁰ Cfr. art. 1878.º, n.º 1 do CC.

⁴¹ Sottomayor I (2003), p.26. Cfr. art. 1878º/1 *ab initio*.

⁴² Martins (2008), p. 37.

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ De forma análoga decorre do estatuído nos arts. 12.º e 14.º, n.º 2, da CDC, a consagração do direito à participação da criança na vida familiar e, o reconhecimento da criança enquanto titular de uma autonomia progressiva em função do desenvolvimento das suas capacidades, idade e maturidade.

dos pais de representação e administração de bens do filho rodeiam o conteúdo essencial das responsabilidades parentais. É curiosa a inversão de posição dos diversos poderes-deveres que compõem as responsabilidades parentais. Em tempos, os poderes-deveres de representação e administração de bens do filho, hoje com menos expressão, compunham o núcleo do, outrora, poder paternal, ao passo que o cuidado parental, pouco valorado, se encontrava desvanecido nas periferias. Desta forma, torna-se descomplicado encarar o instituto das responsabilidades parentais, intuído no interesse e proveito dos filhos, como um conjunto de poderes e deveres de natureza pessoal⁴⁵, por um lado, e de natureza patrimonial⁴⁶, por outro⁴⁷. A estes últimos corresponde não só o poder-dever de administração (v.g. art. 1878.º, n.º 1 *in fine*, e art. 1897.º do CC), como também o poder-dever de representação (arts. 1878.º, n.º 1, e 1881.º do CC), já que a criança, por ser menor de idade, necessita que alguém o represente de forma a suprir a sua incapacidade de exercício de direitos⁴⁸. Por sua vez, aos poderes-deveres de natureza pessoal dizem respeito o poder-dever de guarda (art. 1887.º do CC), o de vigilância ⁴⁹, (art. 1878.º, n.º 1 do CC) o de auxílio (arts. 1874.º, n.º 1, e 1878.º, n.º 1 do CC), o de assistência (arts. 1874.º, n.os 1 e 2, e 1878.º, n.º 1, do CC) e o de educação (v. g. arts. e1875.º, 1885.º n.os 1 e 2, e 1886.º do CC)⁵⁰.

Armando Leandro alega que o poder-dever de educação, *lato sensu*, envolve “vários aspetos da socialização da criança, processo que lhe permite adquirir, de acordo com as suas inclinações e aptidões”⁵¹, em conformidade com o estabelecido no n.º 2 do art. 1885.º do CC, “as normas de comportamento, atitudes, capacidades e conhecimentos

⁴⁵ Cfr. arts. 1885.º a 1887.º A do CC.

⁴⁶ Cfr. arts. 1888.º a 1900.º do CC.

⁴⁷ Bolieiro e Guerra (2014), p.182.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p.183 e 186. Os autores chamam à atenção para o facto de, em rigor, o poder-dever de representação ter natureza mista, por abranger também aspetos pessoais da vida do filho.

⁴⁹ Clara Sottomayor defende que “a distinção entre os poderes-deveres de guarda e de vigilância é demasiado teórica e artificial, havendo autores que enquadram este último no conteúdo do primeiro” (Sottomayor ¹ (2003), p. 29 e 30) – *vide*, a este propósito Armando Leandro (1986), p. 124 e 125-. A autora considera a guarda “o núcleo em torno do qual gravitam e se ordenam todas as outras prerrogativas do [poder paternal], constituindo o meio indispensável para exercer os outros atributos do [poder paternal]” (*idem, ibidem*). Segundo o entendimento de Cristina Dias o poder-dever de vigilância dos pais, no fundo, consiste em “vigiar o filho para o proteger dos perigos e evitar que ele prejudique terceiros, decorrente dos poderes-deveres de zelar pela segurança e de guarda” (Dias (2008), p. 98).

⁵⁰ Bolieiro e Guerra (2014), p. 182.

⁵¹ Leandro (1985), p. 124 e 125.

indispensáveis para o seu pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral, de forma livre e crítica, numa vida social integrada”⁵². A tarefa educativa é, atualmente, de tal forma decisiva para o desenvolvimento harmonioso e integral da criança que não restam dúvidas quanto a considerá-la, nesta ótica de preparação do filho para a vida, como “o centro de gravidade das responsabilidades parentais”⁵³, atenta, em especial, a finalidade de promoção da autonomia. Mas como tudo, nem sempre assim foi. Em tempos, o peso atribuído à educação, tal como é pensada hoje, era diminuto. O próprio conceito de educação foi vindo a ser, digamos, reconsiderado. Convém, a este propósito, mencionar a revogação do anterior art. 1884.º do CC de 1966, operada por força do DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, que estipulava o poder dos pais corrigirem moderadamente o filho nas suas faltas. No fundo, a nova forma de pensar a relação pais-filhos – com enfoque no interesse do filho ao mesmo tempo que se desfoca a autorrealização dos pais - não se coaduna, de forma alguma, com o emprego de violência como uma forma de castigo sobre a pessoa dos filhos. Esta mudança de pensamento despoletou uma alteração simbólica no conteúdo do, ainda à data, poder paternal, na medida em que, conforme relata Cristina Dias, tradicionalmente, o poder de correção surgia como integrante natural desse conteúdo e que veio a ser afastado, digamos quase plenamente⁵⁴, pelo poder-dever de educação⁵⁵.

As responsabilidades parentais constituem o principal efeito da filiação.⁵⁶ Pese embora a lei manifeste maior preocupação em precisar os deveres que os pais devem

⁵² *Idem, ibidem*.

⁵³ Martins (2008), p. 38.

⁵⁴ Efetivamente a lei portuguesa abandonou a previsão de um direito de correção dos pais em relação aos filhos substituindo a correção pela educação. Para Clara Sottomayor, o dever de obediência imposto aos filhos nos termos do art. 1878.º, n.º 2 *ab initio* do CC, está longe de implicar o emprego de violência por parte dos pais quando tal dever não é cumprido (Sottomayor 2 (2003), p. 47-49). A autora sustenta, e a nosso ver bem, que “não é possível, contudo, afirmar que o direito de correção, também entendido como direito de castigo, se esvaneceu totalmente porque assim a prática o demonstra, pois, na verdade, ainda existe, em Portugal, uma tolerância social relativamente a castigos moderados, aplicados pelos pais à pessoa dos filhos, se tiverem uma finalidade educativa e se forem considerados socialmente adequados, que se reflete não só nas decisões jurisprudenciais como também na forma como parte da doutrina aborda este fenómeno” (*idem, ibidem*). Queremos, todavia, acreditar a nossa ordem jurídica caminha no sentido de abolir, na prática, toda e qualquer forma de castigo seja físico seja psíquico, em consonância com o direito internacional e fazendo jus à trave mestra do nosso direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP).

⁵⁵ Dias (2008), p. 100 e 101.

⁵⁶ Repare-se que, a nossa lei civil dedica às responsabilidades parentais e ao seu exercício toda a Secção II do Capítulo II, do Título III, do Livro IV do CC.

assumir para o normal e adequado exercício das responsabilidades parentais, não podemos obliterar que “a realidade desta relação é traduzida pela existência de deveres mútuos”⁵⁷. Aliás, não poderemos falar em responsabilidades parentais transmitindo apenas a ideia de que esta relação é marcada somente pelos deveres dos pais. Até porque, como bem se percebe, os filhos, durante a menoridade, têm deveres para com os pais porque têm direitos. De notar que, e a despeito de os preceitos legais que regulam o conteúdo e o exercício das responsabilidades parentais, designadamente os arts. 1877.º e ss. do CC, visarem unicamente os deveres dos pais, com exceção do dever de obediência que os filhos a estes devem⁵⁸, esses “não esgotam o sentido normativo do art. 1874.º do CC”⁵⁹. Com isto, será de concluir que o dever mútuo de respeito, auxílio e assistência permanece bilateral⁶⁰. Mais, como sustenta Leite de Campos, devemos mesmo considerar que, “salvo o dever de obediência, os deveres dos filhos estão previstos na regra geral do art. 1874.º do CC, devendo ser desenvolvidos, como processo, por referência a esta norma”⁶¹. Em jeito de conclusão, dir-se-á que a relação pais-filhos consiste numa relação de verdadeira “partilha de responsabilidades”⁶².

I. 3. O direito dos filhos a conviverem e serem educados pelos pais. O superior interesse da criança

A primeira manifestação de preocupação internacional com os direitos da criança teve lugar com a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia da Sociedade das Nações, a 26 de Setembro de 1924, em Genebra⁶³. Enquanto instrumento internacional onde surgiu pela primeira vez a expressão “direitos da criança”⁶⁴ sempre será de o conceber como o tiro de partida de um percurso evolutivo no sentido de elevar a criança a um verdadeiro sujeito de direitos. Tendo despoletado o interesse da

⁵⁷ Campos (2012), p. 369. *Vide*, a este propósito, estabelece o art. 1874º/1 do CC, que pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.

⁵⁸ Cfr. art 1878º/2 do CC.

⁵⁹ Campos (2016), p. 410.

⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 411.

⁶² Martins (2008), p.40.

⁶³ Dias (2008), p. 93.

⁶⁴ *Idem, ibidem*.

comunidade nesta matéria, a esta Declaração seguiu-se a Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1959⁶⁵. Cristina Dias assinala que, “nesta fase, começava já a verificar-se a transição de um modelo assistencial e autoritário para um modelo participativo, democrático e promotor dos direitos da criança”⁶⁶, e, portanto, o caminho seguiu no sentido de “abandonar a consideração da criança como menor, como ser passivo, mero objeto de proteção, para passar a ser então vista como sujeito de direitos dotado de uma autonomia progressiva na condução da sua vida”⁶⁷. Não obstante, só passados 30 anos, com a CDC, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1989, é que aquela passagem se torna definitiva, reconhecendo-se efetivamente à criança a capacidade de autodeterminação⁶⁸.

Enquanto magna carta dos Direitos da Criança, a convenção vem evidenciar, conforme enuncia Cristina Dias, uma dupla perspetiva sobre a criança: por um lado, a criança como ser humano vulnerável, necessitado de uma proteção especial que avalize o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade de forma a que ela se torne, no futuro, um adulto ativo e responsável na sociedade; por outro, a consideração inovadora da criança como titular de direitos e liberdades fundamentais dotada de uma progressiva autonomia para o exercício dos mesmos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades⁶⁹. No fundo, pretende-se consolidar a ideia de que “a fragilidade e a dependência não esgotam a imagem social da criança”⁷⁰. A CDC vem, igualmente, sublinhar que a família constitui a unidade fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças.⁷¹ Em razão disso, estabelece, nos termos do respetivo art. 16.º, o direito da criança à vida familiar. Como vimos, em princípio, e pelo que foi anteriormente dito sobre as funções da família, os filhos têm direito ao convívio com os pais e o direito de, por

⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 94.

⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁰ Sottomayor 2 (2003), p. 9 e 10.

⁷¹ Cfr. Parágrafo 6.º do preâmbulo da CDC.

eles, ser educados. Conforme afirma o Comité dos Direitos da Criança, “prevenir a separação familiar e preservar a unidade familiar constituem componentes importantes do sistema de proteção criança”, e têm como fundamento o direito consagrado no parágrafo 1.º do art. 9.º da CDC que assegura que a criança não é separada dos seus pais contra a vontade destes, salvo se essa separação se revelar necessária no superior interesse da criança⁷². Nesta sequência, admite que “esta separação só deverá ocorrer como medida de último recurso, v.g. na circunstância de a criança se encontrar em perigo iminente ou por outro motivo de igual ordem, dada a gravidade do impacto da separação forçada da criança dos seus pais”⁷³.

O superior interesse da criança tem sido definido pela doutrina como um “conceito jurídico indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, dotado de especial expressividade, de força apelativa e tendência humanizante”⁷⁴. Nas palavras de Clara Sottomayor, “o superior interesse da criança constitui um conceito elementar e, ao mesmo tempo, funciona como critério orientador do Direito das Crianças que arroga, assim, um carácter finalístico, uma vez que, tem como primeiro e último propósito a promoção dos direitos das crianças e o seu bem-estar físico e psíquico”⁷⁵. Veja-se que, o próprio art. 3.º da CDC, que consagra precisamente o superior interesse da criança, não faz menção alguma sobre o que se deve entender como concretização do conceito. Partimos da premissa de que o próprio “legislador admitiu não ser possível um texto legal apreender inteiramente o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade”⁷⁶. Daí que, “caiba ao tribunal caso a caso determinar o conteúdo do interesse daquela criança, cujo destino está em jogo”⁷⁷. O Comité dos Direitos da Criança vem, justamente, esclarecer que a tarefa de determinar o que é o superior interesse da criança deve começar

⁷² Comité dos Direitos da Criança (2013), p. 23. Conforme refere o Ac. do STJ de 04 de Fevereiro de 2010, “por mais que se admita a existência de um direito subjetivo dos pais a terem os filhos consigo, é no entanto o denominado interesse da criança, conceito abstrato a preencher face a cada caso concreto, que deve estar acima de tudo, sendo que, se esse interesse subjetivo dos pais não coincidir com o interesse superior da criança, não há outro remédio senão seguir este último interesse”.

⁷³ Comité dos Direitos da Criança (2013), p. 23.

⁷⁴ Gernhumer, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ (1973) *apud* Sottomayor (2011), p. 40.

⁷⁵ Sottomayor (2014), p. 50.

⁷⁶ Hélène Gaudemet-Tallon *apud* Sottomayor (2011), p.40.

⁷⁷ Ferreira (2016), p. 138.

por uma avaliação das circunstâncias específicas que tornam a criança única⁷⁸. A este propósito, Clara Sottomayor sustenta que constituem fatores relevantes para determinar o interesse da criança, a sua segurança e saúde, o seu sustento, educação e autonomia, o seu desenvolvimento físico, moral e intelectual e a sua opinião, significa, por isso, que o conceito deve ser concretizado de acordo com as orientações legais que decorrem do conteúdo das responsabilidades parentais⁷⁹. Uma vez que o peso de cada elemento depende de todos os outros⁸⁰, encontrar o equilíbrio entre os diferentes elementos a considerar na avaliação do interesse superior daquela criança é a chave. Conforme indica o Comité dos Direitos da Criança, “nem todos os elementos serão pertinentes para todos os casos, e os diferentes elementos podem ser utilizados de forma diferente para situações diferentes”⁸¹. O comité é categórico ao assumir que o conteúdo de cada elemento dependerá de criança para criança e de caso para caso, consoante o tipo de decisão e as circunstâncias específicas, bem como a importância de cada elemento na avaliação global⁸². Sublinha, igualmente, que “quando estejam em causa decisões relativas às responsabilidades parentais, o único critério a ter em consideração deverá ser o superior interesse da criança em concreto”⁸³. No mesmo sentido, Jorge Ferreira Alves relembra que, “o art. 8.º da CEDH impõe às autoridades públicas o estabelecimento de um justo equilíbrio entre os interesses dos pais e os interesses da criança e a atribuição de particular relevância ao superior interesse da criança, que, tendo em conta a gravidade e natureza do caso, poderá justificar a prevalência deste último sobre os interesses dos pais”⁸⁴. Clara Sottomayor defende que é possível, da análise da jurisprudência, identificar uma série de subcritérios que contribuem para a determinação do interesse da criança, e que se dividem em fatores relativos a esta e fatores relativos aos pais⁸⁵. “Os primeiros compreendem as necessidades físicas, intelectuais, afetivas e materiais da criança, a sua idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a manutenção das relações afetivas da criança, (...)

⁷⁸Comité dos Direitos da Criança (2013), p. 21.

⁷⁹ Sottomayor (2011), p. 44. Cfr. arts. 1878.º, 1885.º, n.º 1, 1878.º, n.º 2, e 1901.º, n.º 1, do CC.

⁸⁰ Comité dos Direitos da Criança (2013), p. 27.

⁸¹ *Idem, ibidem*.

⁸² *Idem, ibidem*.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 24.

⁸⁴ Alves (2008), p. 203.

⁸⁵ Sottomayor (2011), p. 46.

e a preferência por ela manifestada”. “Os segundos, relativos à pessoa dos pais, envolvem a sua capacidade para satisfazer as necessidades da criança, o tempo de que dispõem para cuidar dela, a sua saúde física e mental, (...)” etc.⁸⁶. O Comité dos Direitos da Criança vem reforçar a ideia de que é necessário ter em mente que “o objetivo da avaliação e determinação do superior interesse da criança reside em assegurar o desenvolvimento integral da mesma, e o pleno gozo dos direitos que a CDC e os seus protocolos facultativos lhe reconhecem”⁸⁷. Confessa, por conseguinte, que em casos de conflito, os elementos devem ser pesados entre si, de maneira a que se encontre uma solução que seja do superior interesse da criança⁸⁸.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ Comité dos Direitos da Criança (2013), p. 28.

⁸⁸ *Idem, ibidem.*

Capítulo II. A inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do Direito da Família

II. 1. Fundamentos da inibição

Seguindo de perto Gomes Canotilho e Vital Moreira, a nossa Lei Fundamental consagra, nos termos do art. 69.º, um direito das crianças à proteção, “impondo-se correlativos deveres de prestação ou de atividade ao Estado e à sociedade”⁸⁹. No mesmo sentido, Rui Medeiros, utilizando as palavras de Rosa Clemente⁹⁰, declara que “este texto constitucional *coloca o epicentro da intervenção da sociedade e do Estado na promoção dos direitos da criança, enquanto ator social e titular de direitos fundamentais*”⁹¹. Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que, este direito à proteção infantil protege todas as crianças por igual, mas poderá justificar medidas especiais de compensação, de discriminação positiva, que visam a proteção da criança em perigo, promovendo os seus direitos e legitimando a intervenção Estadual”⁹². Os autores afirmam que “a noção constitucional de desenvolvimento integral (n.º 1) da criança assenta em dois pressupostos: a garantia da dignidade da pessoa humana consagrada nos termos do art. 1.º da CRP, enquanto elemento estático, fundamental para o alicerçamento do seu direito ao desenvolvimento,”⁹³ por um lado, “e a consideração da criança como pessoa em formação, enquanto elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o gozo de todas as suas capacidades,”⁹⁴ por outro. Não podemos deixar de salientar, igualmente, a imposição Constitucional de limitação da autoridade sobre as crianças no foro familiar e nas demais instituições, que decorre do estatuído no n.º 1 *in fine*, do art. 69.º. Conforme entendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, este imperativo fundamenta a concretização, a nível legislativo, não só de medidas de punição dos maus tratos e das sevícias contra as crianças

⁸⁹ Canotilho e Moreira (2007), p. 869.

⁹⁰ Clemente (2009), p. 16.

⁹¹ Miranda e Medeiros (2010), p. 1381.

⁹² Canotilho e Moreira (2007), p. 869.

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 869 e 870.

⁹⁴ *Idem, ibidem*.

nesses contextos, como também das inibições e limitações ao exercício das responsabilidades parentais⁹⁵.

Isto posto, e como vimos, o exercício das responsabilidades parentais é um poder funcional e, portanto, um poder vinculado e sujeito a controlo. Por isso, quando as circunstâncias familiares sejam suscetíveis de revelar um estado de crise para a segurança e/ou para o desenvolvimento integral da criança, os poderes-deveres que integram o conteúdo das responsabilidades parentais podem ser limitados⁹⁶ ou, mesmo, retirados⁹⁷. De acordo com o entendimento de Armando Leandro, a primeira hipótese consiste, como o próprio vocábulo indica, numa “intervenção menos profunda com o intuito de garantir a proteção adequada da criança através de soluções mais maleáveis, provisórias e secretas, em melhor harmonia com o seu desenvolvimento e o fluir dinâmico das suas relações pessoais”⁹⁸. A segunda hipótese, na qual se centra o nosso estudo, corresponde a uma intervenção radical que, por esse motivo, só deve ter lugar nos casos mais graves, uma vez que, como alega o autor citado, “a sua carga negativa envolve o perigo de danos afetivos e morais graves”⁹⁹. Ora, de acordo com o critério da fonte¹⁰⁰, a inibição pode resultar de situações expressamente fixadas na lei (*ope legis*), por isso, designada por inibição de pleno direito¹⁰¹, ou decorrer de situações não precisamente definidas e a apreciar a final pelo tribunal¹⁰² (*ope judicis*), por essa razão denominada por inibição judicial¹⁰³. Assim, reputam-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais, à luz do estabelecido no art. 1913.º, n.º 1 do CC, os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito (designadamente, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e o crime de violência doméstica, temática alvo de atenção especial no Cap. III), “*nos casos em que o tribunal decida*

⁹⁵ *Idem, ibidem*.

⁹⁶ *Vide*, arts. 1918.º a 1920.º A do CC.

⁹⁷ *Vide*, arts. 1913.º a 1917.º do CC.

⁹⁸ Leandro (1986), p. 135.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 134.

¹⁰⁰ Pinheiro (2008), p. 248.

¹⁰¹ Cfr. art. 1913.º do CC.

¹⁰² Melo (2010), p. 168.

¹⁰³ Cfr. art. 1915.º do CC.

decretar a inibição”¹⁰⁴; os maiores acompanhados somente nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o declare; os ausentes, desde a nomeação do curador provisório; os pais biológicos, depois de decretada a medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção¹⁰⁵. Diferentemente do que sucede nestas situações (n.º 1 do art. 1913.º do CC) em que a inibição é total, os menores não emancipados consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens, inibição parcial que resulta do disposto no n.º 2 do art. 1913.º do CC. Em rigor, como bem descreve Clara Sottomayor, “a inibição de pleno direito respeita a situações que, pela sua gravidade ético-jurídica, ou por motivo de incapacidade ou impedimento duradouro, revelam uma impossibilidade efetiva do exercício dos poderes-deveres que compõem as responsabilidades parentais”¹⁰⁶. Já no que concerne à inibição judicial do exercício das responsabilidades parentais há que mencionar que, em harmonia com o previsto nos termos do n.º 1 do art. 1915.º do CC, a inibição opera no momento em que o tribunal conclua que os pais não estão a cumprir cabalmente com os deveres que lhes estão adstritos, decorrentes da titularidade das responsabilidades parentais. Para tal, a lei concede legitimidade para a iniciativa processual não só ao MP, que assume, nesta medida, um papel crucial para a salvaguarda dos direitos da criança¹⁰⁷, como também a qualquer parente da criança ou a qualquer pessoa a cuja guarda ela esteja confiada, seja de facto seja de direito. Este preceito legal (n.º 1 do art. 1915.º do CC) permite-nos concluir que o tribunal pode decretar a inibição com fundamento em causas subjetivas, isto é, com base em infrações culposas dos deveres dos pais para com os filhos, com grave

¹⁰⁴ Pinheiro, (2008), p. 321. Seguindo de muito perto o entendimento de Guilherme de Oliveira, a alínea a) do n.º 1 do art. 1913.º do CC deve ter em conta que a CRP, nos termos do art. 36.º, n.º 4, e o CP, segundo o disposto no art. 65.º, “impedem que a inibição resulte automaticamente da prática de um crime, o que significa que a lei tem de conjugar a inibição do exercício das responsabilidades parentais à condenação por um dos crimes mencionados” - no mesmo sentido, Jorge Duarte Pinheiro (2019), p. 248)- e que “o tribunal tem de ponderar e definir a sua duração-” (Oliveira (2020), p. 523). Ainda assim, não podemos obliterar, e cumpre até distinguir, que diversamente do que resulta dos termos do n. 6 do art. 152.º do CP, no qual, de acordo com Clara Sottomayor, o legislador penal confia aos juízes um poder discricionário para decretar, ou não, a inibição e definir a sua duração, o disposto no n. 3 do art. 69.º C do CP impõe que a inibição seja decretada, e “caso não o seja na sentença de condenação, esta será nula, porque falta um elemento essencial, (...)” (Sottomayor (2020), p. 940-942). Elisabete Ferreira sustenta que, “com o disposto na alínea a) do art. 1913.º do CC, o legislador penal pretendeu esclarecer que não há lugar a processo cível de inibição do exercício das responsabilidades parentais quando um tribunal criminal houver condenado, por sentença transitada em julgado, o progenitor, em pena acessória do exercício das responsabilidades parentais” (Ferreira, (2016), p. 378).

¹⁰⁵ Cfr. art. 1978.º A do CC.

¹⁰⁶ Sottomayor (2020), p. 940.

¹⁰⁷ Vide, art. 1915.º, n.º 1 *ab initio* do CC, art. 72.º, n.ºs 1 e 3 da LPCJP e arts. 17.º e 52.º do RGPTC.

prejuízo destes¹⁰⁸, ou objetivas, ou seja, assente na inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões relativas aos pais que revelem que estes não estão em condições de cumprir com aqueles deveres¹⁰⁹. Isto porque, tal como defende Guilherme de Oliveira, “o objetivo da lei é proteger a criança e não punir o titular das responsabilidades parentais”¹¹⁰. Elisabete Ferreira refere que “a lei civil prescinde aqui do requisito do dolo do progenitor como pressuposto do decretamento da inibição das responsabilidades parentais, bastando-se com a mera culpa”¹¹¹. Dir-se-á, portanto, que estamos perante um aspeto que diverge entre os regimes, na estrita medida em que, à inibição do exercício das responsabilidades parentais como pena acessória, logo, decorrente da prática de um crime de cariz sexual ou de um crime de violência doméstica, está intimamente relacionado o dolo do agente, tendo em conta que o preenchimento dos respetivos tipos legais de crime depende necessariamente desse mesmo requisito¹¹². Queremos deixar, por fim, uma breve referência quanto à extensão dos efeitos da inibição¹¹³ judicial. Em harmonia com o estabelecido no art. 1915.º, n.º 2 *ab initio* do CC, a inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo tribunal pode ser parcial, se limitada à representação e administração dos bens dos filhos, ou total, caso em que tais se consideram comprimidas ao máximo¹¹⁴. A parte final desta norma vem acrescentar que a inibição pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns deles. Em conformidade com o disposto no n.º 3 do art. 1915.º do CC, salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada a inibição.

¹⁰⁸ Segundo o entendimento de Helena Gomes de Melo, “precisar o que é um grave prejuízo, desde logo porque corresponde a um conceito indeterminado, é uma questão delicada mas é fundamentalmente nessa determinação que se estabelecerá a distinção entre o estipulado no art. 1915.º e no art. 1918.º do CC” (Melo (2010), p. 169). Neste sentido, Elisabete Ferreira defende que “não se verificando o grave prejuízo para o filho, ainda que nos encontremos perante um comportamento culposo do progenitor, a solução adequada passará pela implementação de limitações ao exercício das responsabilidades parentais e não pela inibição desse exercício”.

¹⁰⁹ Bolieiro e Guerra (2014), p. 303.

¹¹⁰ Oliveira (2020), p. 524.

¹¹¹ Ferreira (2016), p. 379 e 380.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 380.

¹¹³ Amaral (2018), p. 257.

¹¹⁴ Melo (2010), p. 303.

II. 2. Regimes de cessação e levantamento da inibição

Antes de partirmos para a análise dos regimes de cessação e levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais, no âmbito do Direito da Família, previstos, respetivamente, nos arts. 1914.º e 1916.º, do CC, impõe-se salientar que a inibição decretada, nos termos dos artigos que, respetivamente, antecedem os mencionados, como vimos, caduca automaticamente com a maioridade/emancipação do filho¹¹⁵, e refere-se ao exercício e não à titularidade das responsabilidades parentais¹¹⁶.

Nos precisos termos estabelecidos, para as situações reguladas no art. 1913.º do CC, salvo uma exceção, a inibição, de pleno direito, do exercício das responsabilidades parentais finda com o termo do acompanhamento ou com a revisão nesse sentido da sentença que o tenha decretado, à luz do estipulado no art. 1914.º do CC. O mesmo não se passa com a situação particular do art. 1978.º A do CC pois, ainda que o menor não venha a ser adotado, a inibição associada à medida de promoção e proteção de confiança não cessa, sendo que nesta hipótese será instituída a tutela¹¹⁷. Cumpre ainda, nesta matéria, destacar o seguinte aspeto: a letra do art. 1914.º do CC não faz menção alguma acerca da cessação da inibição do exercício das responsabilidades parentais que haja sido decretada com fundamento no art. 1913.º, n.º 1, a) do CC. Pires de Lima e Antunes Varela sustentavam, em tempos, que, o facto de o cumprimento das penas, que motivaram a inibição, não constar do rol das causas de cessação da inibição, constituía uma evidência de que a lei civil quis deixar ao cuidado da legislação especial, nomeadamente da OTM ou da lei penal, a solução para a questão atinente à extinção da pena aplicada aos crimes determinantes da inibição¹¹⁸. Note-se, contudo, que a OTM, que à data vigorava, foi, entretanto, revogada pela Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro, responsável igualmente pela aprovação do RGPTC e pela primeira alteração ao RJAC (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro). Em boa verdade, atualmente, não vislumbramos preceito legal algum que ofereça solução para esta questão. Uma vez que o art. 1914.º do CC mantém os mesmos contornos legais e permanece a questão de saber como cessa a inibição, de pleno direito,

¹¹⁵ Cfr. art. 1877.º do CC.

¹¹⁶ Lima e Varela (1995), p. 418 - no mesmo sentido, Sottomayor (2020), p. 943, e Alfaiate (2014) “mantendo-se imutável o direito de visitas e o direito a alimentos” -.

¹¹⁷ Pinheiro (2008), p. 322.

¹¹⁸ Lima e Varela (1995), p. 419.

do exercício das responsabilidades parentais, decretada com fundamento em condenação definitiva por crime a que a lei atribua esse efeito, conforme dispõe a alínea a) do n.º 1, do art. 1913.º do CC, quer-nos parecer que, considerar, ainda assim, que a lei civil pretendeu com tal inércia evidenciar que a resposta legal ao problema consta de norma especial, não é o mais razoável. Com efeito, cumpre dizer que parte da doutrina tem, recentemente, e bem, quanto a nós, entendido que a inibição de pleno direito do exercício das responsabilidades parentais decretada com fundamento nos termos do art. 1913.º, n.º 1, a) do CC, cessa conforme a causa, à luz do previsto no art. 1914.º do CC, isto é, pelo cumprimento da pena de inibição das responsabilidades parentais¹¹⁹.

Relativamente à inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo tribunal, em harmonia com o disposto no art. 1915.º do CC, esta será levantada assim que cessem as causas que lhe deram origem, conforme estabelece o n.º 1 do art. 1916.º do CC. A lei reconhece, nos termos do n.º 2 do art. 1916.º do CC, legitimidade para requerer o levantamento da inibição a duas entidades, se bem que, com diferente liberdade de movimentos. Isto é, o MP enquanto legítimo requerente pode pedir o levantamento da inibição a todo o tempo¹²⁰, contudo, os pais – qualquer um deles –, na mesma qualidade, somente o podem fazer decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver indeferido outro pedido de levantamento. Seguindo de perto o entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela, este hiato temporal obrigatório, exigido quando o pedido de levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais não parte da iniciativa do MP, tem como intuito conceder ao progenitor, que se viu inibido de exercer as mesmas, um espaço de reflexão séria sobre a responsabilidade educativa que voltará a assumir com o levantamento da inibição¹²¹.

¹¹⁹ Pinheiro, (2008), p. 249. No mesmo sentido, Guilherme de Oliveira defende que “a inibição cessa no termo do prazo determinado pela sentença penal condenatória” (Oliveira (2020), p. 524).

¹²⁰ Ou seja, de acordo com o entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela, o MP deve pedir o levantamento da inibição logo que se convença pela cessação das razões que determinaram a mesma (Lima e Varela (1995), p. 422).

¹²¹ Lima e Varela (1995), p. 422.

Capítulo III. A inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do Direito Penal

III. 1. Fundamentos da inibição

A nossa lei penal prevê a inibição do exercício das responsabilidades parentais, na qualidade de pena acessória, para o progenitor que, em virtude do processo-crime contra si instaurado, seja condenado pela prática de um crime de natureza sexual, nomeadamente os crimes regulados nos arts. 163.º a 176.º A do CP, ou pela prática de um crime de violência doméstica preceituado nos termos do art. 152.º do CP, por força do disposto nos arts. 69.º C, n.º 3 e 152.º, n.º 6 do CP, respetivamente. Ainda que a inibição assuma diferentes contornos, como veremos adiante, é notório que surge como um *plus*¹²² capital no que se refere à proteção da criança em relação ao progenitor que atentou contra os seus direitos, em particular, mediante a prática de crimes violentos que muito vitimizam as crianças, como é o caso dos tipos legais supra mencionados.

Antes de partirmos para a análise dos preceitos legais que servem de fundamento à inibição do exercício das responsabilidades parentais no domínio penal, cumpre referir, em jeito de enquadramento, que o art. 69.º C resultou de uma recente alteração ao CP, designadamente mediante a Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto de 2015¹²³. Este preceito legal passou a integrar o elenco de penas acessórias que a nossa lei penal prevê, o qual a nosso ver, para lá de evidenciar uma preocupação séria do legislador em salvaguardar os direitos das crianças vítimas de crimes, veio reforçar a importância da inibição do exercício das responsabilidades parentais, enquanto pena acessória, para a conseqüente consciencialização e reabilitação do progenitor que haja sido inibido em função da condenação pela prática de um crime¹²⁴. Agora sim, conforme dispõe o n.º 3 do art. 69.º

¹²² No sentido de, enquanto pena acessória, se adicionar e conjugar com a pena principal, -que “assenta na corrigibilidade do delinquente, mas muitas vezes se revela insuficiente para o efeito, desde logo, pelas motivações complexas que determinam a prática destes crimes” (Ferreira (2018), p. 6)-.

¹²³ Que procedeu à trigésima nona alteração ao CP e veio traspor a diretiva 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011.

¹²⁴ Note-se que, inibição do exercício das responsabilidades parentais decorrente da prática de um crime de natureza sexual estava já prevista no anterior art. 179.º do CP, que resultou da Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro de 2007, se bem que, à data, com redação semelhante àquela que se encontra hoje prevista no n.º 6 do art. 152.º do CP, isto é, “Quem for condenado (...) pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente (...)”.

C do CP, quem for punido por crime previsto nos arts. 163.º a 176.º A do CP, praticado contra descendente do agente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem o agente mantenha relação análoga à dos cônjuges, é condenado na inibição do exercício das responsabilidades parentais, por um período fixado entre 5 e 20 anos.

O outro fundamento para a inibição do exercício das responsabilidades parentais decorre da condenação pela prática de um crime de violência doméstica. Pois bem, de acordo com os termos do n.º 6 do art. 152.º do CP, quem for condenado pelo crime de violência doméstica pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela por um período de 1 a 10 anos. Repare-se que, só em 2007 é que o crime de violência doméstica foi autonomizado. Ainda que nos pareça algo tardio, não podemos obliterar que a evolução legislativa responsável por essa autonomização, promovida pela lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, constitui um marco decisivo enquanto chamada de alerta para a comunidade que, não deve, de forma alguma, anuir com um fenómeno intolerável para uma sociedade de direito democrático, como é a violência no foro familiar. Por esse motivo, o nosso aplauso. Mais. Assim que o legislador penal dedicou a sua atenção ao fenómeno da violência doméstica e previu o tipo legal de crime de violência doméstica nos precisos termos definidos pelo art. 152.º do CP, assumiu, de imediato, a necessidade de assegurar, nesta matéria (de penas acessórias), uma tutela adequada à criança vítima de violência “dentro de portas” que erroneamente inexistia até então. Julgamos ser, justamente, essa a razão de ter sido estabelecida, logo em 2007, a possibilidade de inibir do exercício das responsabilidades parentais o progenitor que haja sido condenado pela prática de um crime de violência doméstica (n.º 6 do art. 152.º do CP). Não obstante, como já tivemos oportunidade de ver, só passados 8 anos, com a Lei n.º 103/2015 é que a lei penal, fazendo, mais uma vez, face à necessidade de assegurar e promover os direitos da criança “dentro de portas”, veio prever novo fundamento para a inibição do exercício das responsabilidades parentais, desta vez, manifestamente qualificada enquanto pena acessória (n.º 3 do art. 69.º C do CP).

Posto isto, cumpre distinguir:

Primeiramente, e na sequência do que foi referido, o art. 69.º C do CP encontra-se sistematicamente inserido no capítulo III, alusivo às penas acessórias. O mesmo não sucede com a norma do n.º 6 do art. 152.º do CP que consta do próprio tipo legal de

violência doméstica. Note-se ainda que, o legislador penal designa claramente de penas acessórias as modalidades previstas no n.º 4 do art. 152.º do CP e tal não declara ao teor do respetivo n.º 6. Contudo, parece-nos que, de acordo com o entendimento de Elisabete Ferreira, “comparando o conteúdo das normas em questão, e o facto de o legislador inserir sistematicamente o art. 69.º C no catálogo de penas acessórias que a nossa lei penal prevê, não restará alternativa diversa da de classificarmos a inibição do n.º 6 do art. 152.º do CP como pena acessória”¹²⁵. A nosso ver, a própria *ratio* de ambas as normas aponta nesse sentido.

Em segundo lugar, destacar a diferente liberdade que o legislador penal concede ao juiz relativamente ao decretamento da inibição, consoante esteja perante a aplicação do art. 69.º C, n.º 3 ou do art. 152.º, n.º 6, do CP. Senão vejamos. Na primeira hipótese, o juiz não tem liberdade de escolha, na medida em que, ao utilizar o vocábulo “é” o legislador impõe ao juiz que iniba, efetivamente, do exercício das responsabilidades parentais, o progenitor que seja punido por crime previsto nos arts. 163.º a 176º A do CP. Na segunda hipótese, isto é, quando esteja em causa a aplicação do art. 152.º, n.º 6 do CP, o juiz não tem forçosamente que decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais. Na verdade, quando o legislador determina que, quem for condenado pela prática de um crime de violência doméstica, “pode ser” inibido, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão exercida pelo agente, repercute, necessariamente, a existência de um poder discricionário do juiz para decidir. Significa, em rigor, que a letra da lei confere e, simultaneamente, garante, nesta hipótese, um espaço de ponderação e uma margem de liberdade para o juiz decidir se as circunstâncias do caso realmente impõem ou não que o progenitor seja inibido de exercer as responsabilidades parentais. Confrontando o teor do n.º 3 do art. 69.º C com o do n.º 6 do art. 152.º do CP, para lá do paradoxo, quer-nos parecer, por um lado, que o legislador fica aquém das expectativas quando opta por não instituir a automaticidade da pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, no caso de o progenitor ser condenado pela prática de um crime de violência doméstica contra a criança ou na sua presença¹²⁶. Isto, no sentido

¹²⁵ Ferreira, Elisabete (2018), p. 9.

¹²⁶ Isto é, para as situações previstas no n.º 2 do art. 152.º do CP. Avistámos já ser mais plausível, face ao direito constituído, nomeadamente o disposto no n.º 3 do art. 69.º C do CP, a manutenção da discricionariedade do juiz, relativamente ao decretamento da inibição, para as situações em que se prove que a criança não foi vítima -direta ou indireta- da prática de um crime de violência doméstica.

de que, acreditamos que só pode ter sido o propósito do legislador, ao impor a aplicação da inibição, em função da aplicação do art. 69.º C, n.º 3 do CP, garantir uma tutela efetiva à criança e não deixar sujeito ao livre arbítrio do julgador o decretamento da inibição em situações de comprovado abuso sobre a criança no seio familiar. Por outro lado, também será de considerar que, como assinala Maria João Antunes, “tal automaticidade da pena contende com a norma constitucional do art. 30.º, n.º 4, nos termos da qual nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, além de contrariar o princípio político-criminal de luta contra o efeito estigmatizante das penas”¹²⁷.

Por último, uma nota de reflexão sobre a dissonância respeitante às molduras legais fixadas para a inibição do exercício das responsabilidades parentais, consoante o seu decretamento provenha da aplicação do n.º 3 do art. 69.º C ou do n.º 6 do art. 152.º do CP. A lei prevê, para a primeira hipótese, um período fixado entre 5 e 20 anos, ao passo que, para a última, estipula um período de 1 a 10 anos. Não vislumbramos resposta jurídica que satisfaça a *ratio* de tal disparidade que tanto almejamos compreender. Com efeito, apelamos aos dados da psicologia, ciência que muito tem contribuído para o Direito em geral, colaborando para a realização da Justiça, e para o Direito das Crianças em particular, coadjuvando as autoridades judiciais na descoberta da verdade material por um lado, e auxiliando, de forma decisiva, na reabilitação da criança vítima de abuso no seio familiar, por outro. Centrados naquilo que se reputa ser o impacto do crime sobre a criança, com o objetivo último de deslindar justificação para a discrepância entre os períodos fixados para a inibição do exercício das responsabilidades parentais, parece-nos relevante começar por referir o traço comum dos tipos legais em análise, a circunstância de a criança experienciar a violência “dentro de portas”. Quando assim é, “tudo aquilo que funciona como protetor à falta de compreensão da violência ou o suporte de adultos significativos, desaparece”¹²⁸. Mais, tal como defende Ana Isabel Sani, “o facto de existir entre a criança e o agressor uma relação de proximidade afetiva, provoca a perceção da situação como mais grave, porque, naturalmente, assume um significado pessoal maior do que se o evento se passasse entre pessoas estranhas”¹²⁹. Bem vistas as coisas, assim

¹²⁷ Antunes (2015), p. 40.

¹²⁸ Sluzki (1996) *apud* Sani (2002), p. 36 e 37.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 163.

que o ambiente familiar deixe de representar para a criança, o seu último reduto, um contexto de confiança e proteção, e passe a configurar um clima de perigo e violência, desencadeiam-se, necessariamente, uma série de efeitos devastadores que lesam o seu desenvolvimento integral. Segundo aponta Ana Isabel Sani, as crianças vítimas de violência são, sobretudo, afetadas a nível psicológico, no seu ajustamento emocional e cognitivo, contudo, não convém descorar o facto de poderem sair, igualmente, afetadas de forma grave a nível físico e social¹³⁰. A autora sublinha que no cômputo geral, a criança que é vítima de agressões no foro familiar tende a desenvolver “problemas de controlo de impulsos e agressividade, afastamento social e depressão, assim como dificuldades na capacidade de aprender e de resolver problemas, em tolerar emoções negativas, e em adquirir um comportamento social apropriado”¹³¹. Num estudo realizado por Ana Isabel Sani ficou também demonstrado, através de autorrelatos de crianças que foram vítimas de crimes violentos no seio familiar, que a grande parte delas padecem, entre outros, de perturbações de stress reveladas pela existência de pesadelos e/ou insónias, tristeza, medos, vergonha, culpa, ansiedade, insegurança, pensamentos ligados aos episódios traumáticos¹³², etc. Este estudo merece, da nossa parte, outro destaque. No fundo, vem evidenciar que, em termos de impacto negativo da violência, e agora, pensando estritamente no fenómeno da violência doméstica, as crianças expostas à violência conjugal revelam muitas semelhanças com as crianças pessoalmente vitimizadas¹³³.¹³⁴ Neste sentido, estima-se que “a criança que assiste à violência, para além de se defrontar com o facto de vítima e agressor serem ambos pessoas que identifica como figuras de referência e suporte, vivencia, normalmente, para lá dos eventos violentos, o atropelo das suas necessidades por parte daqueles a quem incumbe a tarefa do *cuidar*”¹³⁵. Mas eis o ponto central da nossa reflexão: encontrar justificação para a discrepância entre os períodos fixados para a inibição do exercício das responsabilidades parentais, consoante

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 119.

¹³¹ Nader e Pynoos (1993) *apud idem, ibidem*, p. 53.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 119.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 173.

¹³⁴ É nesta matéria, não podemos deixar de parabenizar o legislador penal por “pôr na mesma caixa”, nomeadamente, nos termos do n.º 2 do art. 152º do CP, do qual resulta uma agravação da pena, a situação da criança ser vítima direta de agressões e a situação em que a criança não o é, mas assiste aos episódios violentos.

¹³⁵ Finkelhor e Dzuiba-Leatherman (1994) *apud idem, ibidem*, p. 42.

o seu decretamento provenha da condenação do progenitor pela prática de um crime de natureza sexual ou de um crime de violência doméstica. Vimos já o impacto da violência intrafamiliar. Cumpre, aqui chegados, referir que para além dos problemas relatados, a violência sexual sobre a criança acarreta, tendencialmente, problemas de natureza sexual¹³⁶, pois, segundo alega Carla Machado, “interrompe o percurso normativo do desenvolvimento psicosexual, erotizando a criança antes desta dispor de competências cognitivas, sociais e emocionais para regular a sua sexualidade”¹³⁷. Acredita-se, a este respeito, que quanto mais cedo ocorrer o abuso maior é o risco de que as feridas sejam irreversíveis, especialmente ao nível da identidade¹³⁸. Os dados da psicologia revelam-se unânimes ao declarar que a vitimação sexual da criança em ambiente familiar apresenta especificidades importantes, nomeadamente, quanto aos seus efeitos: apontam, em particular a sexualização traumática, que decorre da iniciação prematura e atípica da criança em atividades sexuais – e, mesmo que, as reações possam ser tardias, manifestam-se em graves problemas de personalidade, designadamente, em distúrbios da sexualidade e da parentalidade¹³⁹ -, o sentimento de traição, gerado pela violação de uma relação de confiança prévia, a estigmatização, produzida pelo sentimento de diferença, culpa e vergonha, e o sentimento de impotência, fomentado pelo uso da força ou engano e pelo próprio carácter invasivo da atividade sexual¹⁴⁰. O estudo de Ana Isabel Sani, que há pouco aludimos, salienta também a particularidade de a criança, vítima de abuso sexual, demonstrar culpa comportamental, isto é, um sentimento de responsabilização quanto à precipitação do episódio violento, e um sentimento de grande insegurança¹⁴¹, o que não sucede, pelo menos com a mesma intensidade, nas crianças vítimas de outra forma de violência. Pelo exposto, sempre teremos de concluir que o impacto, sobre a criança, que decorre da prática de crimes de cariz sexual apresenta particularidades significativas, o que, poderá valer como justificação para a existência de uma *determinada* desigualdade entre os períodos legais fixados para a pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, conforme o seu decretamento proceda da aplicação do art.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 53.

¹³⁷ Machado (2003), p. 52.

¹³⁸ Rouyer *apud* Azambuja (2004), p. 123.

¹³⁹ Rouyer *apud idem, ibidem*, p. 126.

¹⁴⁰ Finkelhor (1998) *apud* Machado (2003), p. 51.

¹⁴¹ Sani, (2003), p. 173.

69.º C, n.º 3 ou do art. 152.º, n.º 6, do CP. Por outro lado, também será teoricamente pensável colocar num lado da balança o mínimo de 5 anos e máximo de 20 anos – para as situações do art. 69.º C, n.º 3 do CP –, e no lado oposto, o mínimo de 1 ano e máximo de 10 anos – para as situações do art. 152.º, n.º 6 do CP –, a fim de medir o desequilíbrio. Não esqueçamos que, e tendo em mente tudo aquilo que consideramos já relativamente a esta matéria, por se encontrar rigorosamente vinculado à lei, o juiz jamais poderá ir além do máximo bem como ficar aquém do mínimo legal previsto ao fixar o período durante o qual deve vigorar a inibição. O que está aqui em causa é que, ainda que para o juiz mais diligente e cauteloso não se revele adequado e proporcional, às circunstâncias concretas do caso, o decretamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais por um período de 5 anos, estando em causa a aplicação do n.º 3 do art. 69.º C do CP, sempre terá de o fazer. Em primeiro lugar, porque a letra da lei impõe, como já vimos, que seja efetivamente decretada a pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, e em segundo lugar porque o referido preceito prevê como mínimo da respetiva moldura legal o período de 5 anos. Cumpre referir, a este respeito, que para Paulo Pinto de Albuquerque “este limite mínimo de 5 anos é manifestamente desproporcional e, por isso, inconstitucional, por desrespeito à norma Fundamental do n.º 2 do art. 18.º, atenta a disparidade gritante entre os mínimos das molduras penais dos crimes previstos nos arts. 163.º a 176.º A e o mínimo de 5 anos da pena acessória”¹⁴².

Em função do que foi demonstrado, será pensável, de *iure condendo*, que o legislador penal, com o contributo que as ciências sociais e humanas possam oferecer nesta matéria, venha harmonizar as normas previstas nos arts. 69.º C, n.º 3 e 152.º, n.º 6 do CP, uma vez que ainda que respeitem a diferentes situações, ambas servem de fundamento à inibição do exercício das responsabilidades parentais em sede de direito penal, todavia, nos precisos termos estabelecidos acabam por assumir contornos algo incongruentes, passíveis até de colidir com o superior interesse da criança. Convém, igualmente, equacionar o abandono da automaticidade da pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, bem como a diminuição dos limites legais previstos para o decretamento da mesma. Isto porque, será forçoso considerar que os

¹⁴² Albuquerque (2015), p. 355 e 356.

moldes legais estabelecidos¹⁴³ esbarram com princípios estruturantes da nossa ordem jurídica. Nesta hipótese, em última análise, sempre caberia ao juiz, em consonância com o já estipulado para as situações do n.º 6 do art. 152.º do CP, ponderar se as circunstâncias do caso concreto implicariam efetivamente a inibição do exercício das responsabilidades parentais, bem como a sua eventual duração, de acordo com o superior interesse da criança.

III. 2. A inexistência de um regime de levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais

A tratar-se de uma verdadeira pena acessória, a inibição do exercício das responsabilidades parentais aplicada em virtude do disposto no n.º 6 do art. 152.º, assim como a que resulta da aplicação dos termos do art. 69.º C, n.º 3, do CP, esta última expressamente declarada enquanto tal, sempre terá de ser cumprida até ao fim e, portanto, mesmo que, por hipótese, o progenitor condenado se tenha, entretanto, reabilitado para o desempenho das responsabilidades parentais, atenta a inexistência de norma penal que o preveja, não parece possível o levantamento da mesma. Repare-se. Uma pena acessória consiste numa pena aplicada, em simultâneo e no pressuposto da efetiva aplicação de uma pena principal, que visa proteger determinados interesses colocados em perigo com a prática do crime¹⁴⁴. Maria João Antunes sustenta que “a pena acessória pressupõe um conteúdo específico de censura do facto que permite a necessária ligação à culpa do agente e, faz dela uma verdadeira pena vocacionada para uma função preventiva adjuvante da pena principal”¹⁴⁵. O nosso ordenamento jurídico, como sublinha Elisabete Ferreira, assenta num princípio fundamental de corrigibilidade do infrator, e que a pena tem, em si, uma finalidade de prevenção especial positiva¹⁴⁶. Contudo, a autora recorda que, “é possível, em contextos complexos como é o domínio da violência doméstica, que a pena principal, ainda que de prisão efetiva, possa apenas servir a função de dissuasão¹⁴⁷,

¹⁴³ Cfr. art.69.º. C, n.º 3 do CP.

¹⁴⁴ Definição da Procuradoria Geral – Distrital do Porto (PGDP). A este respeito, Elisabete Ferreira defende que a pena acessória comporta, de forma secundária, e designadamente no que concerne aos crimes eminentemente pessoais, uma dimensão de tutela dos interesses da vítima (Ferreira (2018), p. 2).

¹⁴⁵ Antunes (1999), p. 598.

¹⁴⁶ Ferreira (2018), p. 6.

¹⁴⁷ Nominada prevenção especial negativa.

e não a função de reabilitação do infrator”¹⁴⁸. Na verdade, julgamos ser esta última a função que melhor serve o superior interesse da criança nestes casos.

As penas acessórias constituem a nosso ver, uma grande valia para a tutela do superior interesse da criança, neste sentido de se associarem à pena principal e, assim, contribuírem para a reabilitação integral do infrator, por um lado, e para a proteção da criança colocada em risco, por outro. Senão vejamos. Pensando, a título de exemplo, na situação em que o tribunal, em consequência da prática de um crime de natureza sexual ou de um crime de violência doméstica contra a pessoa do filho, tenha condenado o progenitor na inibição do exercício das responsabilidades parentais. Enquanto pena acessória, a inibição vem assegurar, em primeira linha, a proteção da criança, em harmonia com a pena principal quando esta se trate de prisão efetiva. A este propósito, Elisabete Ferreira defende que a pena acessória de proibição de contactos com a vítima, prevista nos termos do n.º 4 do art. 152.º do CP, deverá andar de mão dada, na generalidade dos casos, à de inibição do exercício das responsabilidades parentais¹⁴⁹. A inibição, como vimos, vem, igualmente, garantir um espaço de reflexão ao progenitor para que este possa adquirir uma nova perceção da relação pais-filhos, do seu papel como cuidador¹⁵⁰, no fundo, pretende motivar a sua recuperação para voltar a assumir o exercício das responsabilidades parentais¹⁵¹. Esta consciencialização é, digamos, crucial se pensarmos que, nos casos menos graves, e pressupondo que, findo o período durante o qual vigora a inibição, que pode ser até ser pouco, o progenitor volta efetivamente a exercer as responsabilidades parentais.

Desta maneira, urge considerar que para lá da mera administração da pena principal, é fundamental, nestas situações, salvaguardar o superior interesse da criança através da inibição do exercício das responsabilidades parentais. Isto posto, cumpre

¹⁴⁸ Ferreira (2018), p. 7. Nominada prevenção especial positiva.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁵¹ Nesta matéria, referir também a importância da pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos, prevista nos termos do n.º 4 do art. 152.º do CP. Citando Paulo Pinto de Albuquerque, “a criação de uma sanção de duração ilimitada ou indefinida, precisamente porque a pena acessória de frequência de programas específicos de prevenção de violência doméstica não prevê qualquer limite máximo, esbarra com os arts. 29.º, n. 3, e 30.º, n.º 1, da CRP, pelo que o art. 152.º, n.º 4, do CP é inconstitucional neste tocante” (Albuquerque (2015), p. 596).

evidenciar que, nos precisos termos propostos pela lei penal, conforme sustenta Elisabete Ferreira, “a inibição do exercício das responsabilidades parentais na qualidade de pena acessória, não salvaguarda plenamente o superior interesse da criança”¹⁵². Vejamos. Por um lado, “nada assegura que, decorrido o prazo de inibição, o progenitor já se encontra realmente reabilitado para o exercício das responsabilidades parentais, de maneira a contribuir positivamente para o projeto de vida da criança”¹⁵³. Segundo a autora citada, o mero decurso do tempo pode revelar-se insuficiente para acautelar devidamente o superior interesse da criança, se bem que, nesse caso, sempre seria possível solucionar o problema por apelo a mecanismos de direito civil¹⁵⁴, nomeadamente mediante a instauração de um processo cível com fundamento no art. 1915.º, n.º 1 do CC. Em sentido inverso, pode acontecer que, ainda no decurso da inibição, revele ser do superior interesse da criança o restabelecimento do convívio, tal como, o restabelecimento do exercício das responsabilidades parentais em relação ao progenitor inibido de as exercer. Elisabete Ferreira esclarece este aspeto mediante a seguinte hipótese prática: a situação em que o progenitor toxicod dependente terá infligido maus tratos físicos ao filho nos seus primeiros meses de vida e o tribunal terá vindo a determinar a aplicação de uma pena de prisão efetiva de 2 anos, que corresponde ao mínimo da moldura legal do n.º 2 do tipo legal do art. 152.º do CP, e a inibição do exercício das responsabilidades parentais por 4 anos¹⁵⁵. Muito embora se encontre ainda inibido do exercício das responsabilidades parentais, é manifesto que o progenitor se encontra reabilitado a 100%, e que a reunião familiar se revela, nesse momento, benéfica para o desenvolvimento da criança, supondo, logicamente, que esta não tem quaisquer memórias dos episódios violentos. Neste caso, nos termos da lei penal, nada se poderia fazer, salvo aguardar pelo término da inibição pois, enquanto pena acessória a inibição terá de ser integralmente cumprida¹⁵⁶. Repare-se que, seguindo de perto o entendimento de Elisabete Ferreira, nesta situação, “nada mais se estará a fazer do que negar à criança o convívio com o progenitor e o contributo positivo que ainda podia trazer para o desenvolvimento harmonioso e integral da

¹⁵² Ferreira (2018), p. 10.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 9.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 8.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*.

mesma”¹⁵⁷. Ao invés, como já tivemos oportunidade de estudar, no domínio do Direito da Família a questão resolve-se recorrendo ao regime previsto no art. 1916.º do CC, uma vez que, a inibição do exercício das responsabilidades parentais é levantada assim que seja de considerar que os factos que serviram de fundamento para a decisão deixaram de subsistir. Quer-nos parecer que, para lá da evidente incongruência legal existente entre ambos os regimes legais versados, para a qual não se desvenda aparente justificação, se revela necessário equacionar se, no domínio penal, nos encontramos perante uma inconstitucionalidade dos arts. 69.º C, n.º 3 e 152.º, n.º 6 do CP, por violação dos n.os 5 e 6 do art. 36.º da CRP que concede e proclama, respetivamente, o direito à educação e manutenção dos filhos e o princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais¹⁵⁸. Notemos que, a questão da inconstitucionalidade dos preceitos citados somente se coloca na parte em que o levantamento da inibição, enquanto pena acessória, não seja possível mesmo que, eventualmente, já tenham cessado os factos que determinaram a aplicação da mesma.

III. 3. Solução jurídica para o problema da impossibilidade de levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada como pena acessória

Como vimos, os fundamentos jurídicos que sustentam, no âmbito do Direito Penal, a inibição do exercício das responsabilidades parentais decorrem do disposto no n.º 3 do art. 69.º C e no n.º 6 do art. 152.º do CP. Pese embora a lei penal não declare expressamente, da mesma maneira que o faz para o n.º 3 do art. 69.º C do CP, que o n.º 6 do art. 152.º do CP se trata de uma verdadeira pena acessória, reputámos ser essa a sua natureza. Contudo, o nosso estudo permitiu-nos concluir que a classificação da inibição do exercício das responsabilidades parentais enquanto pena acessória levanta um problema jurídico. Constituindo, portanto, uma pena acessória, ainda que tenham já cessado os factos que, outrora, ditaram a sua aplicação, a inibição tem de ser cabalmente cumprida. Sendo assim, sempre teremos de concluir que a lei penal, nos precisos termos estabelecidos¹⁵⁹, esbarra com os direitos Fundamentais à educação e manutenção do filho

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 9.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 9 e 10.

¹⁵⁹ Cfr. n.º 3 do art. 69.º C e n.º 6 do art. 152.º do CP.

e à inseparabilidade deste dos seus pais¹⁶⁰. De forma a ultrapassar esta questão, no sentido de permitir o levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada no âmbito de um processo penal, portanto, decretada como pena acessória, deslindamos, ao abrigo do direito constituído, duas soluções possíveis. A primeira, a nosso ver mais duvidosa, consiste, conforme indica Elisabete Ferreira, na aplicação analógica do disposto no art. 1916.º do CC, contudo, segundo a autora citada, esta hipótese encontra manifestas contrariedades¹⁶¹. A segunda hipótese, duvidosa, mas porventura mais defensável, segundo entende Elisabete Ferreira, traduz-se na aplicação analógica do disposto no art. 103.º do CP¹⁶². Na verdade, a proibição da analogia em direito penal somente diz respeito à responsabilização ou ao agravamento da responsabilização penal, não operando quando se vise favorecer o infrator, como sucede no caso vertente, na medida em que, está em causa permitir o levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais. Diremos, ser esta última hipótese cogitada aquela que se nos prefigura como a mais adequada.

Assim, seguimos de perto o entendimento de Elisabete Ferreira, segundo o qual, é proposto de *iure condendo* que a letra dos arts. 69.º C, n.º 3 e 152.º, n.º 6 do CP passem a adotar a seguinte redação: “É correspondentemente aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no art. 103.º”¹⁶³. Isto porque, nos termos do art. 103.º do CP¹⁶⁴, o legislador prevê que, a requerimento do interdito, e na circunstância de se verificar que os pressupostos da aplicação das medidas deixaram de subsistir, o tribunal declare extintas as medidas que haja decretado. Veja-se que, este preceito legal alude à extinção de medidas de segurança não privativas da liberdade decretadas, como bem sabemos, em função da perigosidade do infrator considerado inimputável. Convém, por isso, lembrar que, conforme sustenta a autora citada, “subjacente à inibição do exercício das responsabilidades parentais está a preocupação do legislador com a reiteração de comportamentos passíveis de colocar em risco a criança, afirmando-se, assim, uma lógica

¹⁶⁰ Cfr. n.os 5 e 6 do art. 36.º da CRP, respetivamente.

¹⁶¹ *Vide*, Ferreira (2016), p. 289 e 290.

¹⁶² Ferreira (2016), p.291.

¹⁶³ Ferreira (2018), p. 10.

¹⁶⁴ Incluído no capítulo VII, relativo às medidas de segurança, especificamente, na secção IV onde se encontram elencadas as medidas de segurança não privativas da liberdade.

de perigosidade”¹⁶⁵. Na verdade, se a lei atribuir ao progenitor inibido do exercício das responsabilidades parentais a faculdade de requerer ao tribunal que declare extinta a inibição, enquanto pena acessória, findas as causas que determinaram o decretamento da mesma, para lá de afastar a questão da inconstitucionalidade dos arts. 69.º C, n.º 3 e 152.º, n.º 6 do CP, por desrespeito às normas Fundamentais consagradas nos n.os 5 e 6 do art. 36.º, vem igualmente assegurar a salvaguarda do superior interesse da criança nesta matéria.

¹⁶⁵ Ferreira (2018), p. 9.

Conclusão

Aqui chegados cumpre fazer uma reflexão sobre o estudo desenvolvido que recairá, somente, sobre os aspetos que consideramos ser mais significativos, sobre as questões jurídicas levantadas, sobre as críticas e propostas legais apontadas.

A família, considerada célula fundamental da sociedade, constitui, à partida, o meio ambiente de excelência para o pleno desenvolvimento da criança, hoje indubitavelmente encarada como um verdadeiro sujeito de direitos. Com efeito, o nosso ordenamento jurídico, sabedor da especial importância que os pais têm na vida dos filhos, distingue, de forma inequívoca, essa mesma relação jurídica e, como tal, reconhece aos pais o exercício das responsabilidades parentais. Gomes Canotilho e Vital Moreira definem, a nosso ver de forma exímia, as responsabilidades parentais como uma “constelação de direitos e deveres, dos pais e dos filhos, e não um simples direito subjetivo dos pais perante o Estado e os filhos”¹⁶⁶. Atualmente, dúvidas não restam que é no afeto e no cuidado parental diário que reside o âmago basilar da relação pais-filhos. Constituem princípios Fundamentais, no domínio das relações jurídicas de filiação, o princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais e o direito do filho a ser educado e acompanhado pelos mesmos. O direito da criança à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, tem, igualmente, decorrência direta da nossa Lei Fundamental (art. 69.º). Será, portanto, de considerar legítima a intervenção Estadual na esfera jurídica da família quando seja manifesta a existência de lacunas sérias na estrutura familiar, reveladoras de uma atmosfera em crise, que, mediata ou imediatamente, lesam o desenvolvimento harmonioso da criança. Se aquele a quem a lei incumbiu o exercício das responsabilidades parentais demonstra cometer erros graves para com o filho, em desrespeito ao dever constitucionalmente imposto de o proteger, não restará alternativa diversa da de concluirmos pela incapacidade do progenitor, pelo menos nesse momento, em desempenhar devidamente as responsabilidades parentais. Por essa razão, muito embora se reconheça a primazia dos pais no que concerne à tarefa de educação e manutenção dos filhos, o Estado vê-se forçado a atuar em conformidade e, como tal, inibe o progenitor, do exercício das responsabilidades parentais, conforme os termos legalmente estabelecidos. A inibição do exercício das responsabilidades parentais representa, assim,

¹⁶⁶ Canotilho e Moreira (2007), p. 565.

uma manifestação clara de que, em situações limite, a lei faz prevalecer o superior interesse da criança sobre os interesses dos pais. O decretamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais pode resultar, como vimos, tanto da aplicação de normas relativas ao Direito da Família como da aplicação de normas penais. O regime civil prevê o levantamento da inibição (art. 1916.º do CC), decretada em função do incumprimento dos deveres fundamentais dos pais para com os filhos (art. 1915.º do CC), quando se considere que os factos determinantes para a decisão de inibir entretanto cessaram. Por sua vez, o regime penal, omissivo quanto à possibilidade de levantamento da inibição decretada pelo tribunal, carece de idêntica solução. Neste domínio, a inibição do exercício das responsabilidades parentais, enquanto pena acessória, procede ou da condenação do progenitor pela prática de um crime de cariz sexual (art. 69.º C, n.º 3 do CP), ou da condenação deste pela prática de um crime de violência doméstica (art. 152.º, n.º 6 do CP). Quer a inibição decorra da aplicação do n.º 3 do art. 69.º C, quer decorra da aplicação do n.º 6 do art. 152.º do CP, jamais poderá ser levantada pois, inexistente norma penal que preveja o seu levantamento, por um lado, por outro, enquanto pena acessória, sempre terá de ser integralmente cumprida. Daí que se imponha ponderar se, os exatos termos propostos pela lei penal padecem de inconstitucionalidade, visto que colidem com o superior interesse dos filhos a conviverem e serem educados pelos pais e com o princípio elementar da inseparabilidade dos filhos dos pais.

Urge, assim, de forma a ser assegurada uma tutela efetiva do superior interesse da criança, reconsiderar a articulação da inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada como pena acessória, com aquela que resulta de um processo de natureza cível. Subscrevemos, por essa razão, a proposta de Elisabete Ferreira no sentido de que o n.º 3 do art. 69.º C e o n.º 6 do art. 152.º do CP, por recurso à aplicação analógica do art. 103.º do CP, passem a conceder ao progenitor a possibilidade de requerer o levantamento da inibição, desde que seja possível afirmar que as causas que determinaram o seu decretamento já não subsistem¹⁶⁷. Em última análise, esta solução sempre permitiria garantir que o direito da criança à reunião familiar, quando considerada benéfica à luz do seu superior interesse, não se encontra vedado. É, igualmente, conveniente que o legislador penal venha diminuir o mínimo da moldura legal prevista

¹⁶⁷ Ferreira (2018), p. 10.

para pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, quando decretada em razão da aplicação do n.º 3 do art. 69.º C do CP, bem como afastar a automaticidade da mesma, para que a lei penal esteja, nesta matéria, em perfeita harmonia com os ditames Fundamentais.

Terminamos o nosso estudo com a sensação de que muito foi já o caminho percorrido na procura de um mundo mais justo para a criança, mas com o sentimento de que muito há ainda a fazer.

Jurisprudência citada

Todos os acórdãos estão disponíveis para consulta na página <http://pgdilisboa.pt/> e/ou <http://dgsi.pt/>

Ac. do TC n.º 181/97, processo n.º 402/96, relatado por Luís Nunes de Almeida;

Ac. do TC n.º 470/99, processo n.º 535/98, relatado por Alberto Tavares da Costa;

Ac. do TC n.º 617/07, processo n.º 997/2006, relatado por Maria Lúcia Amaral;

Ac. do TC n.º 569/08, processo n.º 580/2007, relatado por Maria Lúcia Amaral;

Ac. do TRC de 17 de Maio de 2016, processo n.º 3001/09.0TBFIG-B.C1, relatado por Moreira do Carmo;

Ac. do TRL de 12 de Janeiro de 2017, processo n.º 1204/09.6TMLSB, relatado por Ondina Carmo Alves;

Ac. do STJ de 04/02/2010, processo n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relatado por Oliveira Vasconcelos;

Referências bibliográficas

Autores e artigos

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira – *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados, (Doutrina e Jurisprudência)*, Porto: Legis, 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2018.

ANTUNES, Maria João – *Comentário do Artigo 179.º do Código Penal, in Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo 1*, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, Jorge, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ANTUNES, Maria João – *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de – *Violência sexual intrafamiliar: É possível proteger a criança?*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOLIEIRO, Helena, e GUERRA, Paulo – *A Criança e a Família – uma questão de direito(s), Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição revista e atualizada, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2012.

CAMPOS, Diogo Leite de, e CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*, 3ª edição revista e atualizada, Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CLEMENTE, Rosa – *Inovação e Modernidade no Direito de Menores. A Perspectiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COELHO, Francisco Pereira – Casamento e família no direito português, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 1-29.

COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª edição reformulada e atualizada, Coimbra: Almedina, 2012.

D'AGOSTINO, Francesco – Família e direitos dos menores, *in Léxico da Família*, Cascais: Principia, 2010.

FERREIRA, Maria Elisabete – *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

LEANDRO, Armando – Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 111-164.

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MACHADO, Carla, e GONÇALVES, Rui Abrunhosa – *Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. II – crianças, 2ª edição, Lisboa: Quarteto, 2003.

MARTINS, Rosa – Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais, *Lex Familiae*, ano 5, n.º 10, 2008.

MELO, Helena Gomes de, *et al.* – *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição revista, atualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010.

MIRANDA, Jorge – Sobre o Poder Paternal, *in Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril: Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTEIRO, António Pinto, e PINTO, Paulo Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de – *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte – *O direito da Família Contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte – *O direito da Família Contemporâneo*, 6.^a edição, 1.^a reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2019.

ROCHA, Gelásio – Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 31-66.

SANI, Ana Isabel – *As crianças e a violência: Narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*, Coimbra: Quarteto, 2002.

Silva, Gomes da – *Curso de Direito da família*, Lisboa, 1966-1967.

SOTTOMAYOR, Maria Clara ¹ – *Exercício do poder paternal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara ² – *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, *in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juizes Sociais – Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.^a edição revista, aumentada e atualizada, Coimbra: Almedina, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Código Civil Anotado, Livro V, Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 2020.

XAVIER, Rita Lobo – Responsabilidades parentais no séc. XXI, *Lex Familiae*, ano 5, n.º 10, 2008.

XAVIER, Rita Lobo – Família, direito e lei, in *Léxico da Família*, Cascais: Principia, 2010.

XAVIER, Rita Lobo – Questões atuais de Direito da Família, in *Família: Essência e Multidisciplinariedade*, Cap. V, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

Xavier, Rita Lobo – *O casamento: conceito de casamento e sistema matrimonial* - não publicado -, 2018.

Webgrafia

Autores e artigos

ALFAIATE, Ana Rita – A tutela cível do superior interesse da criança – as providências tutelares cíveis tradicionais, *in* e-book sobre *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Revista do CEJ, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf, consult. a 06/Jan/2020.

Comité dos Direitos da Criança – Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da Criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração, disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx>, consult. a 05/Dez/2019.

DIAS, Cristina Araújo – *A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção*, Julgar, n.º 4, 2008, disponível em <http://julgar.pt/-Cristina-Dias-poder-correção.pdf>, consult. a 19/Nov/2019.

FERREIRA, Maria Elisabete – *As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança*, Julgar Online, 2018, disponível em <http://julgar.pt/author/maria-elisabete-ferreira/>, consult. a 17/Jan/2020.

FIALHO, António José – Responsabilidades Parentais, *in* e-book sobre *Divórcio e Responsabilidades Parentais, Guia Prático*, 2.ª edição, Revista do CEJ, 2013, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/ParentalidadeFiliacao.pdf>, consult. a 11/Nov/2019.

MESQUITA, Margarida – Parentalidade e filiação – os tempos modernos, *in* e-book sobre *Parentalidade e Filiação*, Revista do CEJ, 2018, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/ParentalidadeFiliacao.pdf>, consult. a 23/Out/2019.

Procuradoria-Geral Distrital do Porto (PGDP), disponível em <https://www.pgdporto.pt/penas/acessorias/>, consult. a 30/Jan/2020.