



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Os castigos corporais como violação dos direitos das crianças:
As formas de intervenção estadual**

NÁDIA SOUSA VASCONCELOS SILVA

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Os castigos corporais como violação dos direitos das crianças:
As formas de intervenção estadual**

NÁDIA SOUSA VASCONCELOS SILVA

Dissertação de Mestrado em Direito Privado,
elaborada sob orientação científica da Exma.
Doutora Maria Elisabete Ferreira

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

À minha Mãe, Célia, e à minha irmã, Inês

“A relação entre pais e filhos deve ser de uma sabedoria, de um equilíbrio tão grande. Filhos, obedçam aos pais, isso agrada a Deus. E vocês, pais, não irritem os filhos, pedindo-lhes coisas que não podem fazer. E isso é necessário ser feito para que os filhos cresçam na responsabilidade de si e dos outros.”

Apóstolo S.Paulo aos Colossenses (Cl 3, 20-21)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a quem sei que tudo devo. Os meus modelos de amor, carregados de uma crença infinita em mim. Vivo com o intuito de os orgulhar e na esperança de um dia conseguir retribuir todos os sacrifícios, que lhes reconheço terem feito, em meu nome.

À minha irmã, principal responsável pela escolha deste percurso académico. A trissomia 21 nunca a definiu, mas num mundo cruel não quis que dependesse de ninguém além de mim. Agradeço a Deus a bênção que é tê-la como irmã. É luz nos dias mais sombrios e amor incondicional em todos os momentos da minha vida. Quero que saiba que nunca foi só por mim, foi sempre por nós.

Ao Rui, exemplo de companheirismo. Foi o meu Norte quando eu já não sabia que direção tomar.

Às minhas amigas, que nunca me soltaram a mão.

À Doutora Elisabete, minha orientadora, pela inestimável partilha de conhecimentos.

A todos reitero, pois, o meu mais profundo obrigada.

RESUMO

Desde a modernidade, com o contributo de autores como Locke e Rosseau, a concepção de criança anteriormente aceite, que a entendia como um adulto inacabado, incompleto, foi paulatinamente sendo alterada. A partir de contributos filosóficos e científicos, a sociedade passou a encará-la como um ser com características e especificidades próprias, nomeadamente detentora de uma fragilidade que torna imperativa a sua proteção legal adicional.

Para essa reconstrução social da criança foi fulcral a Convenção dos Direitos das Crianças, datada de 1989, que lhe atribuiu o estatuto de sujeito de direitos, e que a define, nos termos do seu art. 1º, como “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

A partir de então, o desafio foi conciliar a nova visão da criança com o exercício das responsabilidades parentais que, embora já não tenham a conotação da anterior designação (poder paternal), contêm ainda resquícios enraizados na nossa comunidade daquilo que ela espelhou, mormente quanto ao conteúdo do poder-dever de educação dos progenitores em relação aos filhos.

Propomo-nos a indagar se os castigos corporais são ainda admissíveis no âmbito desse poder-dever, ou não, na medida em que a linha que os separa de uma possível colisão com os direitos das crianças, hoje já reconhecidos, é muito ténue.

Ademais, caso se verifique a violação destes direitos, tentaremos aferir de que forma poderá o Estado intervir.

PALAVRAS-CHAVE: : direitos das crianças; responsabilidades parentais; poder-dever de educação; castigos corporais; estado;

ABSTRACT

Since modernity, with the contribution of authors such as Locke and Rosseau, the previously accepted conception of the child, who was understood as an unfinished, incomplete adult, has been gradually changing. From philosophical and scientific contributions, society came to regard children as a human being with its own characteristics and specificities, namely endowed with a fragility that makes their additional legal protection imperative.

For this social reconstruction of the child was crucial the Convention on the Rights of the Children, dated from 1989, which gave them the status of subject of rights, and which defines it, under the terms of its art. 1º, as “every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”

From then on, the challenge is to reconcile the new vision of the child with the exercise of parental responsibilities, which although no longer have the connotation of the previous designation (parental power), we still find remnants rooted in our community of what it once mirrored, particularly regarding the content of the educational duty-power of the parents regarding to their children.

We propose to consider whether corporal punishment is still permissible under this power-duty, or not, as the line that separates it from a possible collision with the rights of children, already recognized, is very thin.

In addition, if we came to the conclusion that is occurring the violation of those rights, we will try to asses how the state may intervene.

KEYWORDS: children rights; parental responsibilities; power-duty of education; physical punishment;state

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – A SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA DO PASSADO AO PRESENTE E AS CORRESPONDENTES REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES PATERNO-MATERNO/FILIAIS...15	
1. NOTAS SOBRE A HISTÓRIA DA CRIANÇA: DA AUSÊNCIA DE DIREITOS À ASCENSÃO A SUJEITO IGUAL E PRIVILEGIADO	15
2. DO PODER PARENTAL ÀS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	19
CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DE FILIAÇÃO NA CRP E NO CC	23
1. Art. 36º CRP: ENQUADRAMENTO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA ..	23
2. AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	25
2.1 CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	26
2.2 Art. 1885º do CC : PODER-DEVER DE EDUCAÇÃO OU DIREITO DE CORREÇÃO? ..	26
CAPÍTULO III –DIREITOS DAS CRIANÇAS	30
1. NA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA	30
2. NA CRP	32
CAPÍTULO IV- DA INTERVENÇÃO ESTADUAL CONTRA Os CASTIGOS CORPORAIS APLICADOS ÀS CRIANÇAS PELOS SEUS PROGENITORES	34
1. FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL: ARTS. 3º/2 CDC E 69º CRP	34
2. A PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTADUAL: ARTS. 8º/2 CEDH E 18º CRP	35
3. INTERVENÇÃO DE NATUREZA PENAL.....	37
4. INTERVENÇÃO CIVIL.....	41
5. REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE AS FORMAS COMO O ESTADO INTERVÉM NO PROBLEMA DA APLICAÇÃO DE CASTIGOS CORPORAIS ÀS CRIANÇAS PELOS SEUS PrOGENITORES	46
CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA	49
JURISPRUDÊNCIA	55

ABREVIATURAS

Ac./Acs. – Acórdão(s)

Art./Arts.–artigo(s)

CC – Código Civil

CDC – Convenção dos Direitos das Crianças

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf–confrontar

Col. – Coleção

CP – Código Penal

CPCJ- Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CRC- Convention on the Rights of the Child

CRP – Constituição da República Portuguesa

DDC- Declaração dos Direitos da Criança

DLG- Direitos, Liberdades e Garantias

DUDH- Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. – edição

I.e. – isto é (do latim, *id est*)

LPCJP- Lei de Proteção de Crianças e Jovens Em Perigo

N.º/n.ºs – número(s)

Op. cit. – obra citada (do latim, *opus citatum*)

Ex. – por exemplo

P./pp. – páginas(s)

Proc. – Processo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRE- Tribunal da Relação de Évora

TRG- Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa TRP – Tribunal da Relação do Porto *vd.* – *vide*

vol. – volume

INTRODUÇÃO

No âmbito do nosso estudo, serão objeto de reflexão as relações de filiação, enquanto vínculo jurídico que une os pais aos filhos e, conseqüentemente, o conjunto de poderes-deveres dos progenitores relativamente aos menores que daí advêm: as responsabilidades parentais.

O mesmo é dizer que abordaremos a “pequena família”¹ ou a “família contemporânea”², i.e, aquela constituída pelos pais e pelos filhos, agora enquanto espaço privado, na medida em que a família deixou de ser um instrumento da ordem pública, aberto à interferência da comunidade em geral³, para dar lugar a um domínio reservado. Por esse motivo, habita dentro dela uma ordenação íntima, complexa e difícil de racionalizar⁴, onde a lei do Estado dificilmente entra⁵.

Esta instituição foi “regalada para o âmbito do subjetivo, do que acontece dentro de portas”⁶. Foram, aliás, longos os períodos da história em que aquela se deixou reger pela figura paterna. Era a vontade do pai que determinava a “lei a cada momento”⁷.

É justamente nessa duradoura tradição que radica o fenómeno da violência praticada sobre os filhos: enquanto que ao pai sempre foi reconhecida autoridade –absoluta e arbitrária- aos filhos pouca importância era atribuída, traduzindo-se na consequência nefasta de não se lhes reconhecerem direitos⁸.

Todavia, se a família é o retrato das alterações políticas, sociais, económicas e culturais num determinado tempo e espaço, não é possível conceber que os papéis desempenhados pelos seus membros, no seio da mesma, não o sejam também.

Por esse motivo, equacionar, hoje, que os castigos corporais aplicados pelos progenitores, no exercício das respetivas responsabilidades parentais, possam violar os direitos das crianças só é possível em virtude de lhes ter sido reconhecido o estatuto de sujeito de direitos.

Este tema é, portanto, produto de uma nova realidade que remonta ao século XX, mais concretamente ao ano de 1989, altura em que surge a CDC: foi este este o Tratado Internacional que veio trazer alterações significativas à condição jurídica da criança.

¹ PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA (2016:119)

² CAMPOS (2016:407)

³ CAMPOS (2016:199)

⁴ PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA (2016:171)

⁵ CAMPOS (2016:87)

⁶ CARDEAL MÜLLER (2014:14), defende que essa evidente privatização é o motivo do fracasso das famílias.

⁷ PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA (2016: 82)

⁸ FERREIRA (2016:79)

Assistimos, desde então, a uma mudança na forma como esta é perspectivada, e vivemos uma nova cultura da infância. As crianças são, atualmente, “sujeito igual e privilegiado”⁹, dotadas não só de direitos de proteção, mas também de liberdade e autonomia.

Contudo, essa alteração que se refletiu inevitavelmente na redefinição e no equilíbrio da relação da criança com os pais, trouxe consigo questões jurídicas controversas, nomeadamente no que toca ao conteúdo das responsabilidades parentais. Isto porque, apesar da reforma de 1977 do CC ter excluído o direito dos pais corrigirem moderadamente os filhos¹⁰, nunca estabeleceu nenhuma proibição expressa.

Nesta medida, indagaremos se subsistirá, no âmbito do poder-dever de educação, a legitimidade parental para a aplicação de castigos físicos –aqueles nos quais a força física é usada contra a criança enquanto instrumento educativo –, no contexto dos novos direitos de que as crianças são titulares. Em caso de resposta negativa, i.e, se o exercício das responsabilidades parentais se revelar abusivo, tentaremos perceber se é justificável ou não que o Estado intervenha no meio familiar, e de que modo poderá eventualmente fazê-lo.

Assentes estas premissas, atentaremos no processo que levou a que à criança fosse conferido o estatuto de sujeito de direitos, com as repercussões acarretadas, no âmbito das relações paterno e materno-filiais, na legislação portuguesa.

Partiremos depois para a análise dos direitos que a CRP confere à família, como um todo, *maxime*, quando o ser humano ocupa as posições de pai/mãe e filho.

Enunciaremos ainda, no capítulo III, os direitos individuais das crianças passíveis de serem violados, caso se verifique a infligência de castigos corporais pelos progenitores.

Finalmente, abordaremos a problemática da intervenção estadual nesta esfera tão privada, que é a família.

⁹ MARTINS (2008:30)

¹⁰ A reforma de 1977 revogou o art. 1884º do CC de 1966, que concedia aos progenitores permissão legal para a aplicação de castigos físicos ao abrigo do direito de correção.

CAPÍTULO I – A SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA DO PASSADO AO PRESENTE E AS CORRESPONDENTES REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES PATERNO-MATERNAL/FILIAIS

1. NOTAS SOBRE A HISTÓRIA DA CRIANÇA: DA AUSÊNCIA DE DIREITOS À ASCENSÃO A SUJEITO IGUAL E PRIVILEGIADO

O direito da família, assim como as relações entre os seus membros são permeáveis às inúmeras alterações políticas, económicas, sociais e culturais que se verificam ao longo dos séculos.

A representação da criança, conforme a encontramos nos nossos dias, enquanto ser livre e igual, evidencia o culminar de um processo lento, para o qual foi imprescindível romper com os valores da hierarquia e dominação que assombraram a maioria das épocas históricas.

No direito romano, fonte do nosso direito antigo, o marido-pai assumia as rédeas da vida familiar. Por conseguinte, era ao pai a quem cabia a guarda e o poder paternal¹¹.

Este lugar de comando assentava em duas premissas: em virtude da semelhança que lhe era reconhecida com o Divino, assim como Deus governa as criaturas, também ao homem cabia governar a sua família; e, por outro lado, por ser o exclusivo titular das responsabilidades políticas, económicas e jurídicas¹².

Detinha, portanto, o poder absoluto quer sobre a mulher, quer sobre os filhos de forma tal que o direito à vida destes últimos dependia da sua decisão – *jus vita ac necis*. Consequentemente, o infanticídio, nesta altura, encontrava causa de justificação na ideia de que os filhos eram propriedade do pai¹³.

As crianças estavam, desta forma, perpetuamente sujeitas à *patria potestas* pois note-se que, mesmo atingida a maioridade, o poder do *paterfamilias*¹⁴ não cessava, mas antes permanecia intacto¹⁵. Nesta medida, os filhos ver-se-iam sempre na dependência do soberano da família que lhes podia aplicar sanções, “que iam desde a privação de recursos materiais até às mais severas punições físicas e morais.”¹⁶

¹¹ SOTTOMAYOR (2004:81)

¹² BADINTER (1980:27-28)

¹³ FERREIRA (2016:71)

¹⁴ Esta designação significa “senhor ou soberano da família” e não “pai da família” in MONTEIRO (2002:18)

¹⁵ DIAS (2008:89)

¹⁶ CAMPOS (2016:859)

Na Idade Média, o filho continuava sujeito ao poder ilimitado do pai, e era inexistente a consciência da particularidade infantil¹⁷: a criança era representada socialmente como um mini-adulto¹⁸, sem que lhe fosse dado qualquer tratamento especial durante esta fase de crucial de desenvolvimento, que é a infância.

Talvez por esse motivo (a indiferença que prevalecia face ao estágio próprio das crianças) este foi período em que a aplicação de castigos físicos pelo pai ganhou força enquanto prática banal, recorrente e sempre justificada¹⁹. O progenitor só seria alvo de punição quando dessa prática derivasse a morte da criança. Assim o impunha a lei “se se açoita uma criança até fazer sangue, a criança recordar-se-á, mas se se açoita até causar-lhe a morte, aplicar-se-á a lei.”²⁰

É só no século XVIII que se desbrava caminho em direção ao até então desconhecido sentimento da infância, i.e a consciência da especificidade que distingue a criança do adulto²¹, ainda que não como sujeito de direitos, mas como ser frágil que necessita de proteção.

Para que se atingisse este patamar, foi cabal o contributo de Locke. Segundo este pensador, que baseava no ideal da igualdade todas as suas convicções, as crianças não eram nem mais nem menos do que os pais. Eram seres iguais e, por esse motivo teriam de ser, também elas, titulares dos mesmos direitos que os adultos.

Essa concepção inovadora viria a implicar alterações. O poder paternal até então absoluto seria amenizado ao encontrar limites, com a meta de que a criança pudesse vir a ser um adulto livre. Em função disso, o pai não deveria “(...) interferir a sua autoridade absoluta por meio de regras peremptórias relativas a atos infantis ou sem importância, nos quais o filho deve ter liberdade(....)”²².

O poder paternal, nesta altura, assenta no pressuposto de que a criança é um ser humano débil e frágil e, portanto, precisaria, durante a menoridade, de ser preparada para a liberdade e autonomia. Por esse motivo caberia ao pai, somente, durante esse período temporal suprir a “ausência de razão do filho, não no seu próprio interesse, mas no

¹⁷ MONTEIRO (2002:20)

¹⁸ (...) Os pintores, quando figuravam crianças, desenhavam corpos pequenos com cara de adulto” *in* OLIVEIRA (2001:216)

¹⁹ “Sempre eram merecidos, e a vergonha só caía sobre aqueles que eram objeto deles por se presumir, sem possibilidade de refutação, que deles legitimamente careciam.” *in* MONTEIRO (2002:20)

²⁰ *Idem*

²¹ MARTINS (2008:27)

²² MAYER (1976:297)

interesse do filho”²³.

Contudo, pela primeira vez se reconhece que, em ordem a conseguir singrar nessa função educativa²⁴, não seria necessário recorrer sistemática e arbitrariamente a castigos físicos, o que revela uma rutura com as épocas anteriores. Defende-se antes uma nova forma de educar: se o pai fosse judicioso e conduzisse a educação do filho como devia ser conduzida, haveria muito poucas ocasiões para se usar esse método disciplinar²⁵.

Já o século XIX²⁶ foi a fase que impulsionou as regras jurídicas protecionistas da criança, que viriam a surgir mais tarde. Apesar de firmada a consciencialização de que a criança era um ser num estado de evolução diferente e, por isso, ainda vulnerável para ser considerada de imediato companheira dos adultos, ou uma miniatura deles, a verdade é que tal não se refletia na prática. Muito pelo contrário: com a revolução industrial a brutalidade e exploração exercida sobre as crianças²⁷ foi tal que despertou repulsa na opinião pública.

Assim, urgiu a necessidade de intervenção do Estado na família, despontando neste contexto “o movimento dos direitos das crianças”²⁸.

Chegados ao século XX este foi designado por ELLEN KEY²⁹ de “o século da criança”: aqui se estabeleceu o ponto de viragem na sua situação jurídica e são dados os primeiros passos na transformação das relações familiares em direção ao que encontramos nos dias de hoje: “[assiste-se] à aliança entre a família e o indivíduo, a substituir-se à da família-sociedade.”³⁰

A partir de então, ainda que de forma paulatina, começa a descortinar-se uma “nova forma de olhar, estudar, educar e cuidar a criança.”³¹ Para tal contribuíram as normas protecionistas do direito internacional, de que a criança começa a ser destinatária.

²³ MARTINS (2008:27)

²⁴ A função educativa cabia exclusivamente ao pai. A mãe encontrava-se incumbida do papel de mera orientação e de mediação nos conflitos entre pais e filhos. Cf. DIAS (2008:90)

²⁵ MAYER (1976:297)

²⁶ Note-se que os movimentos feministas no século XIX permitiram à mãe, pela primeira vez, desempenhar um papel mais ativo na educação dos filhos, culminando no direito de os castigar até então exclusivo do pai e dos professores. Porém, essa conquista foi abafada pela hegemonia do sistema patriarcal que “classificou (...) a função maternal, como um trabalho inferior, para fomentar a dependência económica das mulheres e para as afastar do espaço público.” in SOTTOMAYOR (2004:81)

²⁷ A criança trabalhava “dezasseis horas por dia, como qualquer adulto, em condições humanas e degradantes e desumanas na fábrica, na mina ou no campo.” in MARTINS (2008:29)

²⁸ *Idem*

²⁹ KEY (1990)

³⁰ CAMPOS (2016:86)

³¹ MARTINS (2008:30)

Este é o século em que a sua defesa e proteção começam a ser valoradas e, por conseguinte, se estabelecem as regras jurídicas em consonância com esse novo interesse.

Em 1924 surge o primeiro diploma, a Declaração de Genebra, que reconhece a necessidade de proporcionar à criança um normal desenvolvimento, alimentação, cuidados de saúde, proteção contra a exploração e a educação num espírito de solidariedade para com os outros. Apesar de a expressão “direitos das crianças” emergir desta declaração, o certo é que nenhum direito lhes foi reconhecido. Os cinco ideais nela consagrados visavam garantir o bem-estar da criança, que é ainda apreendida como objeto de proteção.

Em seguida, perante o rescaldo tenebroso da II Grande Guerra tornou-se imperioso atentar novamente sobre o tema da proteção da criança. Neste contexto, nasce, em 1959, a DDC composta por dez princípios que têm como mote transversal a necessidade de aquela merecer tratamento diferenciado dos adultos, em virtude da sua vulnerabilidade.

A diferença face à anterior Declaração não reside tanto na forma de concetualizar a criança, mesmo porque continuam-lhe a ser concedidos apenas direitos-proteção, como no progresso patenteado, na medida em que “transpôs os direitos da criança do título para o corpo do texto.”³² Todavia, faltava-lhe força vinculativa.

O marco revolucionário na vida dos menores de dezoito anos³³ só viria a suceder em 1989, quando a Convenção sobre os Direitos da Criança é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Antes de mais a CDC, destaca-se face aos documentos anteriores por trazer consigo a força vinculativa que lhes faltava, i.e: os Estados que a ratificam são partes juridicamente responsáveis pela concretização dos direitos das crianças, ao passo que a DDC impunha “simplesmente obrigações de natureza moral que se reconduziram a princípios de conduta para as nações.”³⁴ Não foi, porém, essa a sua única vantagem.

Este instrumento internacional ocupa um lugar de destaque³⁵ porquanto traçou a viragem na conceção dos direitos das crianças: a sua preocupação maior não se quedou

³² *Idem*. A título exemplificativo foram-lhes reconhecido o direito à educação gratuita e o direito a brincar; o direito a ser socorrida em primeiro lugar em caso de catástrofes e o direito a ser protegida contra o abandono e contra a exploração no trabalho.

³³ Nos termos do art. 1º da CDC são titulares dos direitos consagrados no seu corpo os menores de dezoito anos.

³⁴ BOLIEIRO | GUERRA (2014:15)

³⁵ Para ELISABETE FERREIRA (2016:87) este é o instrumento internacional de tutela dos direitos das crianças “mais completo e perfeito”.

pela já abordada nas anteriores –mostrar que a criança necessita de uma proteção legal que vai além da conferida aos adultos-, mas a modernizou ao conceder-lhe, paralelamente aos direitos de proteção, direitos de autonomia³⁶.

Este é, inegavelmente, o berço de uma nova visão da criança, que aparece aqui sobre uma dupla perspectiva: se, por um lado, a CDC mantém o entendimento de que se trata de um ser humano vulnerável que necessita de proteção, por outro inova quando lhe reconhece uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto³⁷.

Desta forma a criança ascende não só ao estatuto de sujeito autónomo de direitos, isto é, passa a ser encarada como titular de direitos e liberdades fundamentais, mas também à categoria de sujeito igual e privilegiado.

Dado o longo caminho percorrido até alcançarmos esta conceção da criança, o grande desafio do século XXI é o de conseguir adequar as responsabilidades parentais ao novo *status* que lhe foi reconhecido³⁸.

2. DO PODER PARENTAL ÀS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

O Direito é o espelho da realidade social que se vai vivendo num determinado período. Por essa razão, nunca um texto legal é uma página encerrada, sem necessidade de atualização; antes pelo contrário, vive constante adaptação e mutação.

Assim o demonstrou o movimento moderno de codificação português: em consonância com a mentalidade da época, manteve a estrutura hierárquica da família e a concetualização do poder paternal como o poder de domínio do pai até à reforma do CC na década de 70 do século XX. Só nessa altura se começaram a denotar os primeiros sinais de uma sensibilidade social mais apurada. O texto legal tornou-se, por isso, desadequado face aos novos valores que a sociedade ia acolhendo, dando luz à reforma de 1977, que abriu caminho para a conceção (ainda que não a nomenclatura) de responsabilidades parentais, tal como a encontramos hoje.

É, deste modo, irrefutável a reciprocidade entre a evolução social e o direito da família, sendo que aquela impõe alterações neste, como verificaremos adiante.

Nos primórdios do direito civil, o Código de Seabra, alicerçado na visão

³⁶ “São patentes os objetivos de a salvaguardar de situações de exploração, de violência (...) a par do direito à liberdade de expressão, à informação e ao respeito entre outros.” in AMARAL (2010:165)

³⁷ MARTINS (2008:33)

³⁸ MARTINS (2008:25)

paternalista de família, embora atribuísse formalmente, no seu art. 137º, a titularidade do poder paternal a ambos os pais, na realidade o regime do seu exercício era desigual: o art. 138º estipulava que, apesar de as mães poderem participar no exercício do poder paternal e devessem ser ouvidas em tudo o que dizia respeito aos interesses dos filhos, era ao pai que competia dirigir, representar e defender os filhos menores. Portanto, a função da mãe na educação dos filhos seria meramente consultiva, enquanto que ao pai cabia o papel decisivo³⁹.

No que concerne ao direito de correção dos pais em relação aos filhos menores, questionamos se este código já o permitia. De acordo com FÁTIMA ABRANTES⁴⁰ este não aparecia expressamente consagrado em 1867. Porém, explica esta autora, a doutrina retirava-o do art. 243º/3⁴¹ por meio de interpretação extensiva. Efetivamente, partindo desse facto, torna-se claro que não se nega, nesta fase, o direito de correção aos pais; mas compreenderá este os castigos corporais? Em sentido afirmativo encontramos a opinião de CUNHA GONÇALVES argumentando que “boa sova paterna é de efeito tão salutar, que nunca os filhos dela se esquecerão e acabam por agradecer-la, quando por sua vez são pais”.⁴²

Um século depois, o CC de 1966 não veio destoar da orientação subjacente ao diploma de 1867, mantendo os papéis desiguais dos pais na educação dos filhos: a mãe mantinha as competências consultivas, só podendo exercer as funções do pai quando este estivesse, por algum motivo, incapacitado.

Neste plano, não se verificaram mudanças significativas em virtude dos valores vigentes na sociedade se manterem, durante este período. Estava, portanto, enraizada a estrutura hierarquizada no seio familiar: esta não só deveria existir, como deveria ser seguida e respeitada. É o pai na qualidade de chefe de família que trabalha, provê ao sustento e, portanto, cabe-lhe dirigir a vida dos filhos.⁴³

As alterações operadas referiram-se tão só ao enquadramento sistemático do poder paternal. Enquanto que, para o seu antecessor normativo, esta figura era um meio para atingir um fim, i.e um meio de suprir a incapacidade dos menores, agora o poder paternal é um dos mais importantes efeitos da filiação, visando o “cuidado da pessoa do filho no

³⁹ SOTTOMAYOR (1998:177)

⁴⁰ DUARTE (1994:23)

⁴¹ Este art. legitimava ao tutor repreender e corrigir moderadamente o menor.

⁴² CUNHA GONÇALVES (1930:370)

⁴³ MELO (2010:28)

sentido da sua proteção e promoção do seu desenvolvimento integral.”⁴⁴

Por isso, em conformidade com a centralidade que passa a atribuir-se a este instituto no âmbito das relações paterno/materno-filiais⁴⁵, este código veio conceder expressamente aos pais, no seu art. 1884º, um poder de correção moderado sobre os filhos, consistindo este num direito dos pais de os castigar e de lhes bater⁴⁶.

Só onze anos mais tarde, com a reforma de 1977, se afloraram significativas transformações na estrutura da família⁴⁷, transformações essas que foram o culminar da concretização “ao nível ordinário, do princípio da igualdade no seio da família que fora estatuído pelo art. 36º da CRP”⁴⁸, no ano anterior. Com a consagração deste princípio, tanto o filho como a mãe deixam de estar sujeitos ao poder paternal e marital, respetivamente.

O primeiro deixa de ser encarado como objeto passivo da autoridade e domínio do pai⁴⁹ pelo que ao CC coube institucionalizar “(...) a faceta funcional do chamado “poder paternal” tendo passado de poder (direito) a função (dever)”⁵⁰. Com esta reforma o poder paternal deixa de ser, por isso, um direito subjetivo para se converter num poder funcional dirigido a promover o bem-estar e desenvolvimento das crianças.

No concernente à mãe, foi colocado termo ao poder paternal enquanto poder exclusivo do pai passando esse a ser exercido conjuntamente pelos dois progenitores: a função educativa compete, pela primeira vez, em termos igualitários a ambos⁵¹.

Por colocar em posição de igualdade as figuras pertencentes ao triângulo familiar (mãe, pai e filho) não se estranha que, neste código, tenhamos assistido, ainda, à revogação do art. 1884º do CC de 1966, que permitia um direito de correção moderado dos pais sobre os filhos, substituindo-o pelo poder-dever de educar.

⁴⁴ MARTINS (2008:167)

⁴⁵ No CC de 1867 o poder paternal era concebido somente como um meio de suprimento da incapacidade de exercício dos filhos. Assim, a sua finalidade reduzia-se a permitir a realização de uma vertente jurídico-negocial, vedada aos filhos em razão da incapacidade. Agora, o CC de 1966 assume a preponderância do poder paternal enquanto instituto necessário à vida quotidiana das crianças: porque escolhem ser pais, têm interesse em se projetarem no futuro através dos filhos, e por isso são-lhes atribuídos direitos por forma a executarem a função educativa que lhes cabe.

⁴⁶ DIAS (2008:92)

⁴⁷ A estrutura da família altera de hierarquizada e assente na autoridade do marido-pai para uma família igualitária e participativa, assente na reciprocidade de sentimentos entre os seus membros. Cf. SOTTOMAYOR (1998:179)

⁴⁸ MELO (2010:30)

⁴⁹ O filho passa a ter direitos, nomeadamente os que se encontravam consagrados nos arts. 1874º/1, 1878º/2 e 1901º/2.

⁵⁰ BOLIEIRO | GUERRA (2014:185)

⁵¹ “Os ideais da democratização da família libertaram a mulher do estatuto desigual que assumia no modelo anterior” *in* DIAS (2008:92)

Porém, ao contrário de outras legislações que estipularam proibição expressa de aplicação de castigos corporais, Portugal não o fez, o que leva a que subsista a dúvida sobre se esse poder de correção se mantém, cabendo nele a legitimidade dos pais para a aplicação desses castigos, ou se, pelo contrário, se erradicou.

A verdade é que, décadas decorridas sobre esta reforma, pese embora seja consensual que o poder paternal deixou de ser um direito subjetivo para se tornar um poder funcional dos pais, o que na prática representa um deslocamento do eixo do conceito da vertente das faculdades para a vertente das obrigações, a sua designação continuava a mesma⁵².

É a Lei nº61/2008 de 31-10 que procede a alterações naquilo que se designou muitos anos por “poder paternal”. Esta lei veio propor, no art. 3º/2, uma substituição nominal de conceitos: “responsabilidades parentais”⁵³ em detrimento da referida nomenclatura.

A razão na base dessa mudança seria atualizar a legislação (já desadequada), de acordo com a nova realidade: se a criança tinha sido reconhecida como sujeito de direitos, não fazia sentido ter um termo (poder) denotativo de um modelo familiar que aponta para o sentido de posse e subordinação⁵⁴.

No âmbito deste novo paradigma, pretendia-se realçar que o centro da atenção deixava de estar no pai, o antigo detentor do poder, e passava a estar nas crianças, que são aquelas cujos direitos se querem proteger⁵⁵. Ao mesmo tempo, reconhece-se, com a expressão “parentais” (em vez de “paternal”), que este é um dever exercido conjuntamente e em termos igualitários por ambos os pais.

Dá-se, neste sentido, preferência à nova designação em virtude de esta plasmar a ideia de compromisso diário dos pais com as necessidades dos filhos⁵⁶.

⁵² MELO (2010:13)

⁵³ Essa designação já tinha sido internacionalmente adotada, nomeadamente no Princípio 1 do Anexo à Recomendação nºR(84) 4, de 28-02-1984.

⁵⁴ SOTTOMAYOR (2004:133)

⁵⁵ BOLIEIRO | GUERRA (2014:186) e Ponto 2 do Projeto de Lei em sede de exposição dos motivos.

⁵⁶ SOTTOMAYOR (2004:134)

CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DE FILIAÇÃO NA CRP E NO CC

1. Art. 36º CRP: ENQUADRAMENTO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

Foram necessários vários séculos até que a família se conseguisse libertar da estrutura severamente funcionalizada, autoritária e hierarquizada por que se pautara⁵⁷.

Porém, uma vez rejeitados estes valores -rejeição essa que coincidiu com o afloramento do princípio da paridade e da aceitação da criança como sujeito de direitos- os membros desta instituição começaram a reivindicar, no seio da família, ideais como a autonomia, a independência e o individualismo.⁵⁸

Se anteriormente encontrávamos indivíduos desligados “da sua condição concreta e da inserção em qualquer substrato social”⁵⁹, agora emerge, ao invés, a “necessidade da consideração da pessoa também na sua dimensão familiar”⁶⁰.

Assim, e porque o direito estadual tem vindo a reconhecer o conteúdo das exigências perpetuadas pelo direito interno da família⁶¹, encontramos positivado na CRP o art. 36º: no seu corpo cabem direitos vários, atinentes ao ser humano, inserido numa unidade familiar. São, por isso, direitos da família, como um todo, isto é, direitos que se lhes reconhecem quando ocupam a posição pais-filhos, não se confundindo com os direitos individuais de cada um dos seus membros⁶².

O nº1, além do direito a procriar⁶³, admite o direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade⁶⁴ e da maternidade⁶⁵, ou seja, “um direito a converter a filiação biológica em filiação jurídica mediante o estabelecimento das correspondentes

⁵⁷ XAVIER (2010:367)

⁵⁸ *Idem*, 367-368

⁵⁹ MIRANDA (2013:50)

⁶⁰ XAVIER (2010:366)

⁶¹ CAMPOS (2016:118)

⁶² XAVIER (2010:368)

⁶³ Note-se que a liberdade de procriar não está desprendida de limites, mormente do limite intrínseco que impõe que o interesse que prevaleça nesta relação seja o da criança *in* PINHEIRO (2016:100)

⁶⁴ Será pai, para efeitos jurídicos, aquele está casado com a mãe quando o filho nasce ou é concebido, pelo que dessa forma a paternidade estabelece-se através de presunção legal (art. 1826º/1 do CC). Porém, nos casos em que o nascimento ou a concepção ocorrem fora do casamento, o reconhecimento da paternidade far-se-á por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação (art. 1848º/1 do CC).

⁶⁵ Será mãe, para efeitos jurídicos, aquela que dá à luz. Assim, o estabelecimento da maternidade efetua-se através da menção desta no registo de nascimento do filho (art. 1803º do CC). Contudo, nos casos em que o registo seja omissivo, poderá estabelecer-se por declaração de maternidade (art. 1806º do CC) ou reconhecimento judicial (art. 1814º do CC)

relações de maternidade e paternidade.”⁶⁶

O art. 36º/3 consagra o princípio da igualdade dos cônjuges na educação dos filhos⁶⁷. Este princípio tem grande importância no que tange ao direito da filiação. Como vimos anteriormente foram largos os anos em que o poder paternal era exercido em regime de exclusividade pelo pai. Atualmente, não só a mulher deixou de estar subordinada ao poder marital como as responsabilidades parentais passam a ser exercidas por ambos⁶⁸.

No art. 36º/5 assegura-se aos pais o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. Tanto a educação como a manutenção daqueles não são apenas deveres, mas também um direito fundamental dos pais, contribuindo para a sua plena realização pessoal⁶⁹.

Quanto ao dever-direito de educação este trata-se, em primeira linha, de um poder dos pais relativo aos filhos: os filhos, enquanto crianças⁷⁰, verão a sua educação ser dirigida pelos progenitores.

Todavia, é simultaneamente um poder dos progenitores em relação ao Estado. Tal implica que este não poderá, portanto, programar a educação segundo qualquer diretrizes filosóficas, estéticas políticas, ideológicas ou religiosas, mas antes cooperar com os pais na tarefa educativa⁷¹.

A partir deste número nº5 se depreende, desde logo, a importância nuclear que é reconhecida pela CRP à família na incumbência educativa da criança, estando por isso excluída qualquer ingerência de terceiros. A família é, por excelência, o “lugar privilegiado de trocas afetivas e de transmissão de valores indispensáveis à formação de uma personalidade”⁷², devendo inculcar à criança as ferramentas necessárias para que se torne num adulto saudável e autónomo.

Já no que se refere ao dever-direito dos pais à manutenção dos filhos este estabelece que cabe aos progenitores prover ao sustento dos filhos, dentro das suas capacidades económicas, até que eles tenham condições ou a obrigação de assumirem

⁶⁶ PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA (2016: 86-87; 55-60; 118-120) *apud* MIRANDA e MEDEIROS (2005:814)

⁶⁷ Este princípio é uma especificação da aplicação do princípio geral do art. 13º da CRP, i.e o legislador constitucional concretiza, no âmbito do casamento e da filiação, o princípio da igualdade.

⁶⁸ Cf. arts. 1901º/1, 1911º e 1912º do CC.

⁶⁹ MIRANDA e MEDEIROS (2005:814)

⁷⁰ O conceito de criança consagrado no art. 1º da CDC coincide com o de menor para efeitos da nossa legislação (art 122º do CC)

⁷¹ Cf. art. 43 da CRP.

⁷² LEANDRO (2004:110)

esses encargos⁷³.

Por fim, o art. 36º/6 espelha o princípio da inseparabilidade, i.e de que os filhos não podem, regra geral, ser separados dos pais. Estudiosos como G.CANOTILHO e V. MOREIRA retiram desta garantia de não privação dos filhos um direito subjetivo dos pais.⁷⁴

Essa separação só se encontrará legitimada⁷⁵ quando os pais não cumpram os deveres que preenchem o conteúdo das responsabilidades parentais, falhando naquilo que são os seus deveres fundamentais para com aqueles, e mediante decisão judicial⁷⁶.

Estas exigências tão apertadas para que, a intervenção pública na família possa desenrolar-se, resultam do papel insubstituível que se reconhece aos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos.⁷⁷

2. AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Idealmente, a criança vem ao mundo no contexto de um relacionamento interpessoal de comunhão entre os pais, gerando-se uma comunidade de pessoas, que é a família⁷⁸.

A instituição família já é, em si mesma, dotada de juridicidade constitutiva, ainda esta esteja a ser “posta em causa pelas próprias leis sobre a família.”⁷⁹ Partindo da premissa de que todo o ser humano tem natureza própria, que deve respeitar, porque comporta uma dimensão normativa, como princípio de orientação ao bem deste ser, é possível concluir que os pais cuidam dos filhos pequenos porque esse cuidado é próprio da natureza humana, e não porque resulta da lei⁸⁰.

Por conseguinte, as normas reguladoras desta matéria seriam dispensáveis⁸¹ dado

⁷³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007:565) e Ac. do TC nº 181/87. Nesse sentido *vd.* também o Ac. do TC nº 470/99, que acrescenta que o princípio consagrado no art. 36º/6 não se reconduz somente a um direito subjetivo dos pais a não serem privados dos filhos, mas é também um direito subjetivo dos filhos a não serem separados dos seus progenitores.

⁷⁴ MIRANDA e MEDEIROS (2005:566)

⁷⁵ Recordemos o caso Pontes Contra Portugal, em que o TEDH considerou que “a decisão de encaminhar o menor P. para adoção não se fundou em razões pertinentes e suficientes” *in* FERREIRA (2016:458)

⁷⁶ “Assim, os filhos podem ser separados dos pais, por decisão judicial, sempre que se verifique o condicionalismo previsto no art. 1915º, nº1, CCiv (...)” *Vd.* PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA(2016:150)

⁷⁷ MIRANDA e MEDEIROS (2005:828)

⁷⁸ XAVIER (2013:83)

⁷⁹ XAVIER (2013: 84)

⁸⁰ XAVIER (2013: 85)

⁸¹ “La famille ne pourrait-elle se passer de droit?” *in* CARNONNIER (2004:766) *apud* FERREIRA (2016:35)

que “faz parte da natureza de ser pai e de ser mãe cuidar do filho pequeno.”⁸² e, portanto, “a validade da lei positiva que regula a relação materno/paterno-filial procede do respeito por este pressuposto.”⁸³

Tendo presentes estes considerandos, não deixa de ser verdade que, uma vez corporizada, na pessoa dos filhos, a vontade dos pais em procriar, a lei acolhe essa relação de filiação (aquela juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriam e aquelas que foram geradas⁸⁴)- trasladando-a na correspondente relação jurídica, que atribui aos pais a titularidade das responsabilidades parentais (arts. 1877º e ss)^{85 86}.

2.1 CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

É possível retirar da leitura do art. 1878º/1 o conteúdo das responsabilidades parentais, ou seja, o conjunto de poderes-deveres que impendem sobre os pais e cujo exercício deverá ser limitado ao interesse dos filhos.

Dispõe o mesmo que compete aos pais “velar pela segurança e saúde dos filhos prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representa-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Destarte, podemos concluir pela existência de poderes-deveres relativos à pessoa dos filhos e poderes-deveres relativos aos bens do filho.

Em relação aos primeiros, que se traduzem nas responsabilidades parentais num plano pessoal, referimo-nos aos poderes-deveres de guarda (que integram os poderes-deveres de vigilância, auxílio e assistência) e ao poder-dever educação. Já o conteúdo das responsabilidades parentais num plano patrimonial compreende o poder-dever representação e o poder-dever de administração dos bens do menor⁸⁷.

2.2 Art. 1885º do CC : PODER-DEVER DE EDUCAÇÃO OU DIREITO DE CORREÇÃO?

A educação de um filho menor é, para os pais, concomitantemente um direito constitucionalmente consagrado (36º/5 da CRP) e um dever irrenunciável⁸⁸, conforme o

⁸² XAVIER (2013: 85)

⁸³ *Idem*

⁸⁴ PINHEIRO (2016:119)

⁸⁵ MARTINS (2008:37)

⁸⁶ As responsabilidades parentais são tão só a contrapartida da procriação. Contrapartida essa imposta por lei. “Basta ter filhos para exerce-[las]” in MONTEIRO (2001:24)

⁸⁷ *Vd.* MARTINS (2008:64) e BOLIEIRO| GUERRA (2014:182-183)

⁸⁸ *Cf.* Art. 1882º do CC

reconhece implicitamente o art. 1878º/1⁸⁹.

Este direito-dever encontra-se estipulado no art. 1885º do CC e incumbe os pais de educar, que se traduz no dever de garantir que os filhos adquirirem as atitudes, normas de comportamento, capacidades e conhecimentos indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento.⁹⁰

Por esse motivo, podemos defini-lo como o “poder dos poderes”⁹¹, na medida em que é aquele que possibilita a educabilidade humana: permite aos indivíduos estruturarem-se e incita à evolução das sociedades⁹². Assim o perspectiva ROSA MARTINS, para quem o direito à educação se assume como a linha de força principal das responsabilidades parentais, precisamente por, no seu entender, constituir a base para o desenvolvimento dos restantes, que se expressam em manifestações da realização da função educativa.⁹³

Todavia, conforme o exposto no capítulo I, foram mais os séculos em que educar significou bater, em razão de subsistir a crença na sua aptidão educativa. Para tal, os pais contavam com a cooperação dos poderes públicos, que além de autorizarem também o incentivavam.

A aplicação de castigos físicos foi, portanto, uma prática que se enraizou como uma forma necessária de disciplina⁹⁴.

Apesar da reforma de 1977 do CC, entre nós, ter revogado o art. 1884º que concedia aos pais o poder de correção moderado dos filhos nas suas faltas⁹⁵, a verdade é que o nosso legislador nunca estabeleceu nenhuma norma de direito civil que proíba taxativamente a aplicação de castigos corporais.

Efetivamente, saber que conteúdo assume hoje o poder-dever de educar ainda se revela atual, na medida em que, quanto a este tema, permanece uma certa tolerância social⁹⁶.

⁸⁹ DUARTE (1994:69)

⁹⁰ LEANDRO (1986:125). Neste sentido *vd.* também RODRIGUES (1997:355) “Educar é algo mais do que ensinar. Ensinar, em sentido estrito, é comunicar a alguém conhecimentos (...). Educar é, para além disso, formar, isto é, desenvolver harmonicamente a personalidade, as faculdade físicas, psíquicas, morais e intelectuais.”

⁹¹ MONTEIRO (2001:24)

⁹² “Socialmente, a educação é o sistema que permite a uma comunidade passar para as novas gerações conhecimentos e uma cultura, preparando-as para adquirirem e assimilarem com proveito futuras técnicas e conhecimentos.” *in* RODRIGUES (1997:355)

⁹³ ROSA MARTINS (2008:209) defende que a Constituição atribui à função educativa o relevo de principal vetor das responsabilidades parentais.

⁹⁴ “São muitos os defensores de que a disciplina educativa tem por base o adágio bíblico “Prescinde do castigo e criarás mal o teu filho!” *in* MONTEIRO (2002:27)

⁹⁵ Assim, face a comportamentos desobedientes dos filhos ou que não estivessem de acordo com os padrões exigidos pelos pais era permitido aplicar-lhes castigos corporais.

⁹⁶ “Frequentemente nem a criança nem o autor dos abusos veem qualquer mal no facto da criança ser vítima de violência” *in* ALBUQUERQUE (2006:57)

Os castigos corporais são vistos muitas vezes como factos lícitos em virtude de se considerarem aplicados ao abrigo do direito de correção dos pais i.e, do direito (que alguma doutrina entende) que os pais possuem de corrigirem as infrações dos filhos mediante o uso da força física e com o objetivo de promoverem a sua boa educação⁹⁷.

Com efeito, se é verdade que a jurisprudência diverge, também é verdade que não se reúne o consenso da doutrina quanto a descortinar se o direito de correção faz parte do conteúdo das responsabilidades parentais, contido no poder-dever de educar.

ARMANDO LEANDRO, no âmbito da sua abordagem ao direito de correção, define-o como um poder de segundo plano que, ao contrário do que sucedia antes da reforma de 1977, não tem autonomia face ao poder-dever de educar.

Assim, apesar de continuar a existir, ao abrigo do poder-dever de educação, não reveste carácter punitivo, devendo, pelo contrário, ser exercido dentro dos limites da autoridade amiga, sem abusos, e no interesse dos filhos⁹⁸.

CLARA SOTTOMAYOR adere, em parte, ao entendimento do autor supracitado. Ainda que, em rigor, defenda uma posição que recusa a violência nas relações de filiação, fá-lo porquanto é sua percepção que o direito de correção dos pais extinguiu-se com a reforma de 1977. Para tal apoia-se em argumentos históricos e literais, a saber: se o legislador revogou o art.º 1884º do CC de 1966, que previa o poder de correção moderado dos pais sobre os filhos menores, então parece lógico que tenha sido vontade daquele que o mesmo deixasse de existir. Do mesmo modo, se a CRP e o CC substituíram a expressão “correção” pela de “direito-dever” tal significará que os pais são, por lei, obrigados a suprir o uso de castigos físicos, optando por outros meios educativos⁹⁹.

No mesmo paradigma doutrinal, encontramos FILIPE MONTEIRO, que defende que a aplicação de castigos corporais pelos pais aos filhos é uma forma de violência e não de educação. Por isso, despreza a ideia da existência de um direito de correção. De resto, chega a propor a alteração terminológica de “direito de correção” para “direito de castigo” para abordar esta temática, na medida em que considera que o tradicionalmente designado direito de correção corresponde sempre, na verdade, a castigos que abrangem ofensas ao corpo dos filhos, e não a condutas impostas com o fim de corrigir o comportamento do

⁹⁷ MONTEIRO (2002:56)

⁹⁸ MONTEIRO (2002:126-127)

⁹⁹ SOTTOMAYOR (2007:119-120)

menor. Por conseguinte, é apologista de que só a partir do diálogo com as crianças se alcançará a interiorização da correção, e a correlativa alteração do comportamento, e não através do sofrimento que se lhes infere com os castigos corporais¹⁰⁰.

PAULA FARIA, por seu turno, demarca-se desta linha de pensamento. Para esta autora, o direito de correção integra o conteúdo das responsabilidades parentais, ao abrigo do poder-dever de educação, considerando-o necessário em nome da “educação e formação do menor”¹⁰¹. Assim, admite a inflicção, pelos progenitores, de castigos moderados aos filhos, desde que aplicados com finalidade educativa e tomando em consideração alguns critérios como “a idade do menor e o grau de autonomia que este merece na organização da sua própria vida”.¹⁰²

Na senda desta perspetiva, deparamo-nos, ainda, na doutrina, com ELISABETE FERREIRA que, na sua tese de doutoramento, entende subsistir, na esfera de titularidade dos progenitores, o direito de correção em relação aos filhos. Deste modo, admite a aplicação de castigos sobre crianças, ainda que não de forma indiscriminada: os castigos só serão admissíveis verificando-se determinados pressupostos, como a aplicação não reiterada, a adequação e proporcionalidade à finalidade educativa dos menores e em última *ratio*, isto é, quando outros meios educativos não tenham surtido efeito na alteração das condutas.¹⁰³

¹⁰⁰ MONTEIRO (2002: 27-28)

¹⁰¹ FARIA (1998:913)

¹⁰² FARIA (2005:595)

¹⁰³ FERREIRA (2016:233)

CAPÍTULO III – DIREITOS DAS CRIANÇAS

Neste capítulo pretendemos enunciar os direitos das crianças em perigo de serem ameaçados ou violados em virtude da aplicação de castigos corporais pelos progenitores.

Para tal analisaremos dois importantes grupos de direitos: primeiramente os direitos da criança consagrados na CDC e, por fim, os direitos fundamentais estipulados na CRP.

A este respeito, antecipamos que os direitos da criança tanto encontram previsão em fontes internacionais, como internas.

Importará, neste momento, deixar uma nota que se requer imperativa: os direitos das crianças “não podem ficar à porta da casa de morada de família.”¹⁰⁴

1. NA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

A CDC foi o primeiro instrumento internacional alusivo às crianças dotado de força vinculativa¹⁰⁵.

Por essa razão, quando Portugal a ratificou, em 12 de Setembro de 1990, as suas normas, de acordo com o art. 8º da CRP, passaram a fazer parte integrante do direito interno português. Desde então, o Estado assumiu a responsabilidade jurídica, conforme o art. 19º da CDC, de tomar “as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física (...) enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles (...)”. No mesmo sentido, o art. 37º alínea a) da CDC impõe que Portugal, enquanto Estado-Parte, garanta que “nenhuma criança seja submetida a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Da leitura destes arts. retiram-se duas conclusões que se intercecionam entre si: “o castigo físico e outras formas cruéis ou degradantes de castigo são expressões de violência”¹⁰⁶ e ainda que a “violence in the form of corporal punishment is unacceptable

¹⁰⁴ FERREIRA (2016:120)

¹⁰⁵ Embora a DUDH se aplique também à criança, uma vez que esta é um ser humano, faltava um diploma que a reconhecesse explicitamente como “a [autonomous] rights holder”. Contudo, “we should not lose sight of the fact that the children’s right are just not a separate category of rights but are the human rights of the children”. Todavia, este diploma internacional ultrapassou as expectativas e “developed into a project that went far beyond the initial expectations and resulted in the adoption of a very comprehensive convention: the CRC.” Assim, a CDC foi a oportunidade ideal para a “introduction of innovations specifically relevant to children.” DOEK (2019:12) No horizonte destas afirmações encontramos o Ac. do TRL de 05-06-2019: “os direitos da criança mais não são do que direitos humanos adaptados à sua especial condição criança, verdadeiro sujeito de direitos.”

¹⁰⁶ Comité dos Direitos da Criança, Comentário Geral nº8 (2006), ponto 18

under the convention”¹⁰⁷. Por isso, exige-se que o Estado adapte o seu corpo legislativo às normas jurídicas da CDC¹⁰⁸ i.e, que adeque o Direito Nacional aos princípios e normas da Convenção¹⁰⁹, repudiando a violência exercida por aqueles que deveriam fazer as crianças sentirem-se mais seguras e protegidas: os seus pais.

No que respeita ao risco de ameaça ou violação decorrentes da aplicação de castigos corporais pelos progenitores, encontramos vários dos direitos integrantes no elenco deste diploma que remonta a 1989, nomeadamente o direito à vida e à sobrevivência (art. 6º)¹¹⁰, o direito à saúde (art. 24º)¹¹¹ e o direito ao desenvolvimento saudável (art. 27º)¹¹². Portanto, os castigos corporais reconduzem-se a uma situação que possui um “multi-dimensional impact on children’s lives and consequently affects more than one right”¹¹³.

Compreendemos, conciliando com o exposto, que estes direitos relacionam-se com o estatuto das crianças e que estão sob a mesma alçada dos DLG previstos na CRP, seguindo os arts. 16º/1 e 17º da CRP.

O art. 16º/1 da lei fundamental consagra o princípio da cláusula aberta, isto é, admite a existência de outros direitos fundamentais que resultem de normas internacionais. Logo, os direitos contidos na CDC são direitos fundamentais extraconstitucionais. Não obstante, tal não significa, por si só, que estes adquirem de imediato a mesma dignidade dos previstos na CRP. De acordo com o art. 17º do mesmo diploma só é possível admitir a constitucionalização se esses direitos previstos, *in casu* na CDC, tiverem natureza análoga aos DLG. Como assim é, o elenco dos direitos previstos nesse instrumento internacional são equiparados a direitos fundamentais constitucionais¹¹⁴, beneficiando então de um regime constitucional idêntico¹¹⁵.

¹⁰⁷ SANDBERG (2019:196)

¹⁰⁸ Podendo, por esse motivo, afirmar-se que “a implementação da CDC é um processo exigente para o setor público” *in* FERREIRA(2016:88)

¹⁰⁹ MARTINS (2008:32)

¹¹⁰ “The right to survival requires tackling preventable causes of child deaths” Os castigos corporais podem levar à morte da criança e nesse sentido consistem uma ameaça para as suas vidas. Assim o considera Noam Peleg ao afirmar que “violence, in all of its forms, is such a threat.” Cf. PELEG (2019: 145-146)

¹¹¹ “Harmful practices can also undermine children’s right to health.” A aplicação de castigos corporais é uma das práticas que põe a saúde da criança em risco. Cf. PELEG (2019:145)

¹¹² A aplicação dos castigos corporais nas crianças é um dos “traumas [that] can have negative impact on children’s development” PELEG (2019:145). O emprego do termo “desenvolvimento” destina-se a visar não só o impacto que os castigos possam ter no desenvolvimento físico, isto é, na saúde, mas também no emocional e cognitivo da criança, que pode acabar igualmente afetado. Cf. ALBUQUERQUE (2006:34)

¹¹³ PELEG (2019:146)

¹¹⁴ ANDRADE (2012: 73-75)

¹¹⁵ Lembramos que os direitos previstos na CDC ao terem natureza análoga aos DLG beneficiam do regime próprio daqueles. Assim, encontram-se providos de aplicabilidade direta. Quer isto dizer que as disposições da CDC não são “*norma[s] normarum*” mas antes “*norma[s] normata*” Cf. CANOTILHO (2002:429-430)

2. NA CRP

O Estado atribui aos respetivos cidadãos variados direitos, que lhes são garantidos espaço-temporalmente¹¹⁶.

Dentro dessa panóplia de direitos, encontramos os direitos fundamentais, consagrados na CRP, que podem definir-se como uma “situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos” e são, por isso, situações jurídicas fundamentais a que o Estado está vinculado, ficando obrigado à sua proteção¹¹⁷.

Ora a este respeito convém recordar que as crianças, enquanto cidadãs, têm plena titularidade no que se refere aos direitos atribuídos, antes de mais. Por essa razão, está o Estado obrigado não só ao seu reconhecimento, mas também incumbido de assegurar que aqueles são respeitados.

Deste modo, quando se conexionam matérias como os direitos fundamentais das crianças e a prática de castigos físicos sobre elas é inevitável a emergência da problemática sobre saber onde posicionar a fronteira entre o respeito por esses direitos e a sua violação. São alguns os direitos fundamentais perigados de desrespeito no que releva para esta matéria, uma vez que, como já observámos, a admissibilidade de aplicação de castigos físicos sobre os filhos menores acarreta ingerências na esfera dos direitos de que estes são titulares.

O art. 25º concede às crianças, na sua epígrafe, o direito à sua integridade pessoal. Este é um direito que, pelo seu conteúdo, se destina a impedir a prática, pelos pais, de castigos, quando estes “impliquem agressão ao corpo ou ofensas à integridade física da vítima, isto é, à sua saúde física”¹¹⁸

Por um lado, o n.º 1 reconhece que a sua integridade física é inviolável, o que, na prática, expressa-se no direito das crianças a não serem agredidas ou ofendidas corporalmente por quaisquer meios. O respeito pelo mesmo impõe-se quer a entidades públicas, quer a pessoas particulares, estando neste caso aqui inseridos os pais.¹¹⁹

Já o nº2 constitui o “núcleo de proteção absoluta do direito fundamental à integridade física”¹²⁰ ao conceder o direito de não poderem ser submetidas a tortura, nem a tratos degradantes e desumanos, que naturalmente lhes causaria sofrimento físico. Quer da mesma forma este número impedir formas de punição (como castigos corporais) que “impliquem agressão ao corpo ou ofensa da integridade física, independentemente da

¹¹⁶ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (2007:387)

¹¹⁷ ALEXANDRINO (2017:11)

¹¹⁸ MIRANDA e MEDEIROS (2010:579)

¹¹⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2010:556)

¹²⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2010:568)

intensidade ou da duração.”¹²¹

Além deste, o art. 26º consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade, que adquire uma enorme importância quando estão em causa crianças, que são seres humanos num estágio evolutivo. Aqui entronca o patenteado no ac. do TRE de 06-12-2007: os pais “têm uma influência decisiva na organização do Eu da criança. E quem exerce as funções parentais deve prestar os cuidados e os afetos com vista à estruturação harmoniosa da personalidade da criança.”

Realçamos, por isso, a importância vital que ocupam os progenitores para a maturação dos processos afetivos e cognitivos dos filhos¹²². Assim, dado que os menores se encontraram numa faixa etária onde se inicia e, progressivamente, se consolida a formação da sua personalidade¹²³, a aplicação de castigos corporais pelos progenitores pode constranger esse espaço que deveria ser liberto de perturbações.

As agressões sofridas durante esta fase crucial arriscam-se a ditar negativamente a vida adulta: a criança poderá vir a transformar-se num adulto que acredita que a violência é um tipo de linguagem, um modo de estar¹²⁴, e provavelmente não o seria no caso dos progenitores se terem absterido de desrespeitar o direito consagrado no art.º 26º

No mesmo sentido, PATMALAR AMBIKAPATHY alerta para as consequências a curto/longo prazo que o uso excessivo de castigos corporais exercidos pelos progenitores acarretam para o amadurecer das crianças. Esta autora considera-as “um grupo vulnerável que está em risco de desenvolver distúrbios comportamentais e ou de cometer crimes mais tarde.”¹²⁵

¹²¹ MIRANDA e MEDEIROS (2010:584)

¹²² Do instrumentum laboris para o Sínodo dos Bispos sobre a família, setembro-outubro, nº354 (2014:25)

¹²³ A formação da personalidade é o bem tutelado pelo direito ao desenvolvimento da personalidade. Cf. “Em termos literais a expressão portuguesa “desenvolvimento da personalidade” parece ligada à ideia de “formação de personalidade” MIRANDA e MEDEIROS (2010: 613)

¹²⁴ O Ac. do TRL de 23-04-2019 aponta a problemática da infligência de castigos corporais nas crianças como um “problema tão disseminado” exatamente por conduzir à “transmissão geracional desses comportamentos”.

¹²⁵ AMBIKAPATHY (2004:87)

CAPÍTULO IV- DA INTERVENÇÃO ESTADUAL CONTRA OS CASTIGOS CORPORAIS APLICADOS ÀS CRIANÇAS PELOS SEUS PROGENITORES

1. FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL: ARTS. 3º/2 CDC E 69º CRP

Quando os pais extravasarem os poderes que lhes são conferidos ao abrigo das responsabilidades parentais, violando direitos fundamentais das crianças, incorrem no exercício abusivo da sua autoridade.

Será um exercício abusivo, na medida em que o art. 1885º do CC, que integra o conteúdo das responsabilidades parentais, não confere o poder-dever de educação nos moldes por eles exercidos, ou seja, não é possível fundamentar nesse direito-dever de educação o facto de se violentarem as crianças.

Por esse motivo, ainda que se reconheça que a família é o meio natural onde as crianças devem crescer¹²⁶, no caso de os seus progenitores não lhes proporcionarem um ambiente que permita o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, em clima de amor e felicidade, o Estado deve intervir para a proteger¹²⁷.

Assim o estabelece a nossa lei fundamental no art. 69º, sob a epigrafe infância, afirma que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (...) contra o exercício abusivo da autoridade na família (...)”.

Esta especial proteção que lhes é devida fundamenta-se no facto de as crianças serem, por excelência, humanos que nesta faixa etária carecem de maturidade física e intelectual suficiente para pudessem defender-se por si próprias, ou seja, neste momento das suas vidas não conseguem ainda opor-se a uma situação que conduza à violação dos seus direitos¹²⁸. Neste esteira, impõem-se “os corresponsáveis deveres de prestação ou atividade ao Estado e à sociedade”¹²⁹, a quem cabe garantir que a criança não seja objeto de violência.

No âmbito teórico do art. anterior encontramos o art. 3º/2 da CDC, que visa o

¹²⁶ Cf. art. 36º/6 da CRP, em virtude do papel insubstituível que reconhece aos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos estabelece, em consonância, o princípio da inseparabilidade dos mesmos. *Vid.* igualmente o Preâmbulo da CDC.

¹²⁷ A lei ao permitir que o Estado intervenha na família retira-se a premissa de que, embora sejam os pais as pessoas a quem a criança reconhece como figura de autoridade em virtude do poder-dever de educação que estes detém sobre elas, não beneficiam por parte da lei de uma tolerância mais alargada para praticarem qualquer abuso. Cf. FONSECA (2002:10)

¹²⁸ GUERRA (2015:26)

¹²⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007:869)

mesmo propósito, na medida em que exige aos Estados-Parte que garantam a proteção necessária ao bem-estar da criança, quando os pais não sejam aptos a fazê-lo.

Daqui decorre, portanto, o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado na vida familiar. Primeiramente, deverão respeitar-se os direitos e deveres dos pais, não se intrometendo na educação administrada por aqueles que são, regra geral, os principais cuidadores¹³⁰. Apenas nos casos em que os direitos da criança sejam postos em risco, i.e se encontrem ameaçados, ou tenham sido já violados, quer por negligência quer por abuso no exercício dos seus poderes-deveres, caberá ao Estado intervir ocupando a posição de cuidador de segundo nível, restabelecendo os direitos violados, por forma a garantir-lhes um crescimento harmonioso.

Sumarizando, é verosímil que concluamos que este é, por isso, um terreno movediço que exige a maior cautela pois o Estado estará a invadir aquela que é considerada “as the most private of “private” spheres”¹³¹.

2. A PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTADUAL: ARTS. 8º/2 CEDH E 18º CRP

O movimento regulativo encara hoje um dilema: deverá respeitar-se a autorregulação da família, enquanto grupo fechado, ou, pelo contrário, dar-se-á prevalência aos direitos individuais das crianças?¹³²

Em consonância com os instrumentos internacionais e com a própria CRP será seguro responder que, no que toca às responsabilidades parentais, o elemento público sobrepõe-se ao privado¹³³.

A tónica é, precisamente, empregue nos direitos da criança: “a preponderância da posição do menor na concepção das responsabilidades parentais justifica o controlo estatal do respetivo exercício”¹³⁴.

Por isso, nos casos em que o bem-estar da criança é colocado em perigo no seio familiar, o Estado tem legitimidade a intervir, com o objetivo de garantir a sua proteção. De resto, não só se lhe é concedida essa prerrogativa como é um direito da criança que ele efetivamente intervenha, assegurando e defendendo os seus direitos consagrados.

¹³⁰ Aliás, é com esse conteúdo que o art. 8º/1 da CEDH consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar e no seu nº2 o princípio da não ingerência do Estado nos assuntos familiares.

¹³¹ PINHEIRO (2006:12)

¹³² XAVIER (2008:17)

¹³³ *Idem*, 18

¹³⁴ PINHEIRO (2016:284)

Porém, do exposto não resulta que qualquer situação demande a sua interferência, tal como postula o art. 8º/2 da CEDH, que proíbe a ingerência daquele na vida familiar a não ser quando esta esteja prevista na lei e constitua providência necessária à proteção de direitos¹³⁵.

Consolidada essa ideia, a legitimidade para a intervenção do Estado deverá ser ainda avaliada num segundo plano dado que aquela poderá implicar a restrição dos direitos fundamentais dos pais, nomeadamente o direito à educação dos filhos, e, no limite, o direito à inseparabilidade das crianças.

Assim sendo, “o problema da intervenção estadual [na família] não pode subtrair-se ao exame dos pressupostos de que depende a sua legitimação constitucional.”¹³⁶

É justamente a este propósito que deve intervir a ponderação exigida pelo princípio da proporcionalidade consagrado no art. 18º/2 da CRP e que determina que “a lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na CRP, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”¹³⁷ Impõe a lei fundamental que este princípio se desdobre em três critérios que terão de ser analisados autonomamente: adequação (ou idoneidade) ; necessidade (ou indispensabilidade); e proporcionalidade em sentido estrito (ou racionalidade)¹³⁸.

Para que o critério da adequação seja cumprido, exige-se a “existência de uma relação de causalidade positiva entre o meio e o fim, isto é, o reconhecimento de grau sensível de capacidade do meio (...) no sentido de alcançar o fim proposto.”¹³⁹. Quer isto dizer que a intervenção estadual deve ser o meio mais capaz de salvaguardar os direitos das crianças já violados, ou em risco de o virem a ser.

Quanto ao subprincípio da necessidade, para que este seja preenchido é imprescindível que, no confronto entre as possíveis soluções abstratamente disponíveis para acautelar os direitos das crianças –que é “o fim almejado pelo legislador”– a intervenção do Estado seja a medida a menos intensa, menos agressiva ou onerosa para os direitos fundamentais em causa¹⁴⁰. Assim, a necessidade da intervenção é o culminar da

¹³⁵ Assim o impõe, de igual modo, o art. 12º da DUDH ao consagrar que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família (...). Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”

¹³⁶ Cf. 1º Relatório da Comissão para a Reforma de Execução de Penas e Medidas (1996: 2-3)

¹³⁷ Lembremos o caso Pontes Contra Portugal, em que o TEDH entendeu não estarem reunidos “os requisitos de admissibilidade de intervenção do Estado, em particular os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade da intervenção” FERREIRA (2016:458)

¹³⁸ MIRANDA e MEDEIROS (2010:373)

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ MIRANDA e MEDEIROS (2010: 375)

“análise custo-benefício de cada um dos meios à disposição do legislador.”¹⁴¹

Por fim, no que concerne ao vetor da proporcionalidade em sentido estrito, para que este se encontre verificado, é exigido que a intervenção estadual não vá além da justa medida, ou seja, uma vez preenchidos os critérios quer da adequação quer da necessidade da intervenção do Estado, ela não poderá ficar aquém ou exceder o indispensável para acautelar as direitos fundamentais das crianças¹⁴².

Ultrapassado o exame criterioso patente no art.º 18º e estando, por isso, a ingerência do Estado no espaço privado da família legitimada são dois os tipos de intervenção possível: uma intervenção de natureza penal e uma de natureza civil.

3. INTERVENÇÃO DE NATUREZA PENAL

Como tivemos já oportunidade de observar no ponto 2.3 do Capítulo II, Portugal não enveredou pelo caminho prosseguido, por exemplo, pela Suécia, que optou pela proibição dos castigos corporais no seio da família, instituindo para tal uma norma de direito civil, no *Parental Code*¹⁴³, que estipula que “Children are intitled to care, security and good upbringing. They shall be treated with respect for their person and their distinctive character and may not be subjected to corporal punishment any other humiliating treatment.” Entre nós, o legislador deixou em aberto, na letra do CC, aquele que deveria ser o conteúdo do poder-dever de educação dos pais em relação aos filhos, o que naturalmente abre caminho para as mais diversas posições doutrinárias e jurisprudências sobre se, ao seu abrigo, (in)existe um direito dos pais aplicarem castigos físicos aos filhos.

Como vemos não vigora, no nosso país, qualquer proibição de aplicação de castigos corporais no âmbito civil. O Estado antes preferiu cumprir –ainda que de forma incompleta- os compromissos internacionais a que estava adstrito pela CDC¹⁴⁴, pela via penal, ao criminalizar os castigos corporais, nos arts. 152º e 152º-A do CP¹⁴⁵.

¹⁴¹ *Idem*

¹⁴² FERREIRA (2016: 378)

¹⁴³ Chapter 6, Section 1.

¹⁴⁴ Designadamente o de repudiar a violência exercida sobre as crianças, por via legal, administrativa, social e educativa, conforme o impõe os seus arts. 19º e 37º. Lembramos igualmente que, na sequência da queixa apresentada contra o Estado Português, a propósito da decisão proferida no Ac. do STJ de 5-04-2006, o Comité Europeu dos Direitos Sociais entendeu que, Portugal para estar em conformidade com o art. 17º da CSE, teria de proteger as crianças de todas as formas de violência exercidas sobre elas, criminalizando os comportamentos susceptíveis de comprometer o seu direito a crescer num ambiente favorável e ao desenvolvimento das suas aptidões físicas e mentais, como é o caso dos castigos corporais.

¹⁴⁵ A reforma de 2007 autonomizou os crimes de violência doméstica (art. 152º), maus tratos (art. 152º-A) e violação de regras de segurança (art. 152º-B)

A *ratio* desta incriminação, segundo TAIPA DE CARVALHO¹⁴⁶ visa, em geral, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e, em especial, a saúde, sendo abarcadas, no tipo objetivo destes artigos condutas que as lesam, como é o caso dos castigos corporais.

Já no entender de ELISABETE FERREIRA¹⁴⁷ o bem jurídico tutelado transcende a dignidade humana e a integridade física. Este seu entendimento baseia-se no facto de que as condutas que preenchem o tipo já merecerem, por si só, tutela penal num outro tipo legal¹⁴⁸. Por essa razão, defende que o bem jurídico protegido terá de estar conexionado com a natureza dos laços (de parentesco, familiaridade ou de convivência próxima) que une as pessoas envolvidas.

Assim conclui que, a *ratio* destes arts. tutela, além da pessoa individual e da dignidade humana, a “pacífica convivência familiar e doméstica.”¹⁴⁹, o que remete irremediavelmente para o reconhecimento de que os castigos corporais, aplicados no seio destas relações, acarretam outro tipo de consequências danosas, que justificam a criação destes tipos legais autónomos.

Ressalvamos que, embora os castigos corporais encontrem previsão expressa em ambos os artigos enquanto conduta passível de preencher o tipo, e por isso, os bens jurídicos tutelados coincidam, tem maior relevância prática para o nosso estudo o art. 152º, dado que, ao longo desta dissertação, abordamos esta temática partindo do pressuposto que não existe ruptura entre o casal.

Parece-nos pertinente esta clarificação uma vez que a “distinção entre o art. 152º e o art. 152º-A está no tipo de relações existentes entre o agente e a vítima”¹⁵⁰, ou seja, enquanto que o art. 152º/1 alínea d) para ser aplicado requer que a criança coabite e esteja numa relação de dependência para com os progenitores agressores, o art. 152º-A/1 alínea b) já pressupõe apenas que a criança esteja “ao cuidado, à guarda ou sob a responsabilidade da direção ou educação do agente”¹⁵¹.

Posto isto, estando assente, na teoria, a criminalização formal de todos os castigos corporais no CP, importa definir os contornos que estes devem revestir para que, na prática, possam ser subsumíveis ao art. 152º e, por isso, desencadear a intervenção estadual no seio da família.

Chegamos, em função disso, ao âmago da discussão no plano penal, que irá

¹⁴⁶ Cf. TAIPA DE CARVALHO (2012:512)

¹⁴⁷ FERREIRA (2016: 180-181)

¹⁴⁸ Lembramos que, *in casu*, os castigos corporais poderiam ser tutelados pelo art. 143º

¹⁴⁹ FERREIRA (2016: 180-182-186). Em sentido contrário cf. TAIPA DE CARVALHO (2012: 512) e BRANDÃO (2010:06)

¹⁵⁰ TAIPA DE CARVALHO (2012: 513 e 535)

¹⁵¹ TAIPA DE CARVALHO (2012:536)

determinar quando deve ocorrer a intervenção do Estado, por esta via: sempre que estejamos perante um castigo corporal aplicado pelos progenitores importa concluir se aquele será sempre ilegítimo e, portanto, se conduz irremediavelmente à punição dos pais.

Pelo exposto e nesta medida, torna-se relevante distinguir entre um possível castigo corporal legítimo do ilegítimo já que “quem cometer um facto previsto numa norma incriminadora, não comete necessariamente sempre um facto ilícito, pois pode haver alguma causa que *a priori* exclua a ilicitude desse facto”¹⁵²

As causas de exclusão da ilicitude encontram-se tipificadas no art. 31º/2 do CP e cingem-se à legítima defesa, ao exercício de um direito, ao cumprimento de um dever e, por fim, ao consentimento.

Quer isto dizer que, apesar de “todos os castigos se encontrarem formalmente a coberto da tipificação do art. 152º, nem todos se poderão considerar materialmente típicos”¹⁵³.

A jurisprudência tem considerado que os castigos corporais, aplicados com finalidade educativa, podem ser passíveis de justificação, uma vez praticados ao abrigo do exercício de um direito (31º/2 alínea b). Neste caso, do direito de correção dos pais, que a maioria da jurisprudência tende a aceitar que se mantém.

A alicerçar essa premissa encontramos o Ac. TRE de 24-10-2017, aventando a possibilidade de que, ao abrigo desse direito, “possam ser incluídos leves castigos corporais, desde que esses se mostrem adequados a atingir um determinado fim educativo e sejam aplicados com essa precisa intenção”. O ac. TRP de 18-02-2015 é mais gráfico, especificando que castigos corporais como uma “bofetada ou puxão de orelhas ocasional”, estarão dissociados de “uma conduta de cariz criminal.”

Na doutrina, TAIPA DE CARVALHO reconhece que o direito de correção, enquanto reflexo do poder-dever de educação dos progenitores, possa desencadear a justificação de uma lesão à integridade física leve. Porém, salienta que cada caso deve ser analisado individualmente, considerando as suas características próprias, e nele devem encontrar-se reunidos os quatro pressupostos indispensáveis para que o castigo seja legítimo: a necessidade, a adequação, a proporcionalidade, e a razoabilidade. Naturalmente, quando não seja possível afirmar a idoneidade das condições enunciadas, o castigo, ainda que aplicado com a alegada finalidade educativa, será qualificado como crime¹⁵⁴.

¹⁵² MONTEIRO (2002: 45)

¹⁵³ FERREIRA (2016: 252)

¹⁵⁴ TAIPA DE CARVALHO (2012:520- 521)

PAULA FARIA perfilha um entendimento semelhante, na medida em que admite que o poder-dever de educação dos pais abranja a possibilidade de estes infligirem castigos físicos, quando aplicados com finalidade educativa “o direito de correção deixa-se pois deduzir deste poder-dever funcionalizado”¹⁵⁵. De todo o modo, para aferir da legitimidade do castigo, e tendo presente que neste contexto há uma “certa ambivalência de valorações”¹⁵⁶, recorre à figura da adequação social: se, no caso concreto, estiverem verificarem determinados requisitos que o tornem numa conduta socialmente irrelevante conduzirá ao afastamento da punição dos pais.

Esta tese da adequação social da conduta afasta-se da defendida por TAIPA DE CARVALHO, dado que não opera como causa de justificação, mas antes, uma vez preenchidos uma série de requisitos, é passível de excluir o tipo do art.152º. Para tal, propõe um conjunto de pressupostos objetivos e subjetivos com vista a que a conduta que provoca à criança a lesão, leve e esporádica, do bem integridade física possa ser considerada legítima.

Aprofundando, no que respeita aos requisitos subjetivos, o castigo terá de ser aplicado por quem exerça as responsabilidades parentais, ou seja, por quem esteja encarregado de educar e, cumulativamente, será imprescindível que o castigo tenha finalidade educativa.

Já quanto aos pressupostos objetivos, importa que a conduta seja adequada ao fim pretendido, ou seja, volta a reforçar a essencialidade que ocupa o requisito da finalidade educativa do castigo, mas não só. Juntamente com este terá de sobrevir a “proporcionalidade do meio em relação à finalidade educativa visada”¹⁵⁷. A proporcionalidade do meio impõe que se atenda elementos como a intensidade do castigo, a gravidade e natureza do motivo que lhe deram causa, o local do corpo onde é aplicado, o espaço onde se procede à correção do menor, à sua idade, constituição física e maturidade¹⁵⁸.

Enfim, defende a autora que, se verificados todos estes critérios “poder-se-á ter o castigo aplicado ao menor como jurídico-penalmente irrelevante”¹⁵⁹ e, portanto, atípico. Ora, “se a conduta é socialmente adequada não existe tipo legal de crime.”¹⁶⁰

¹⁵⁵ FARIA (1998:913)

¹⁵⁶ FARIA (2005:595)

¹⁵⁷ FARIA (2006:336)

¹⁵⁸ FARIA (2012:323)

¹⁵⁹ FARIA (2003:629)

¹⁶⁰ FARIA (2005:170)

Em sentido oposto, encontramos a opinião de CLARA SOTTOMAYOR, defensora acérrima de um poder-dever de educação pertencente aos progenitores liberto do direito de correção. Para si o poder-dever de educação, consagrado no art. 1885º do CC, não abrange um poder de correção, e por isso, não contempla o direito dos pais agredirem os filhos. Logo, não exclui a ilicitude dos castigos corporais, que serão típicos tanto formal como materialmente.

Assim entendidos, os castigos corporais seriam sempre ilegítimos, conduzindo à responsabilização dos pais em sede penal, e provocando a intervenção estadual âmbito da família. No seu entendimento o recurso à força apenas é lícito quando “serve para proteger a criança contra si própria, como uma medida de preventiva de um perigo ou de um dano concreto, e desde que os pais tenham tentado outras medidas alternativas e expliquem à criança os motivos da sua atitude.”¹⁶¹

Ainda que este modo de olhar para a problemática não encontre concretização na jurisprudência que, como observámos, envereda pelo entendimento de que existe ainda um poder de correção dos pais em relação aos filhos, sempre que os comportamentos destes não se encontrem de acordo com os padrões por eles desejados, discutindo em sede posterior se esse castigo é legítimo ou não, vários são os acórdãos que têm reconhecido que “urge pôr o acento tónico no poder corretivo da persuasão, do exemplo e da palavra e na desnecessidade de causar dor física para corrigir”¹⁶².

4. INTERVENÇÃO CIVIL

Quando os pais negam às crianças os direitos de que estas são titulares e violam os deveres contidos nas responsabilidades parentais, nomeadamente através da infligção, sobre elas, de castigos corporais, entramos no domínio da criança em risco¹⁶³.

Perante esse cenário, a LPCJP consiste numa outra via pela qual o Estado é autorizado a intervir no meio familiar, que difere da supraexposta.

Esta intervenção deve ter lugar logo¹⁶⁴ que o perigo seja detetado, visando impedir que a violência se concretize ou, no caso de esta já se ter verificado, com o objetivo recolocar a criança na situação que lhe é devida num Estado de Direito: livre de perigo.

¹⁶¹ SOTTOMAYOR (2008:126)

¹⁶² Ac. do TRL de 23-04-2019 ; Ver Iguualmente o Ac. do TRL de 12-10-2016, que defende a necessidade de “criar uma cultura de não violência para com as crianças”

¹⁶³ GUERRA, (2015:26)

¹⁶⁴ Principio da intervenção precoce, consagrado no art 4º c).

Trata-se, pois, e conforme postula o Ac. do STJ 30-11-2004, de uma intervenção que se reclama urgente dado que “a personalidade da criança se constrói nos primeiros tempos de vida, revelando-se imprescindível para que a criança seja feliz e saudável [que] quem exerce as funções parentais preste os adequados cuidados e afeto.”

É, aliás, com esse intento, o de reassegurar às crianças e jovens¹⁶⁵ os seus direitos individuais, que a lei consagra um elenco de medidas suscetíveis de reporem o seu bem-estar e desenvolvimento integral¹⁶⁶.

Com efeito, este diploma assume-se como uma manifestação do disposto no arts. 69º da CRP e 19º da CDC : é sobre a alçada destes princípios constitucionais que a LPCJP “prevê a intervenção dos organismos adequados da comunidade (...) sobre a dinâmica funcional da família”¹⁶⁷.

A execução dessas medidas caberá, em primeira linha, às entidades previstas no seu art. 7º e quando não lhes seja possível interceder de forma adequada e suficiente, a atuação ficará ao cargo das CPCJ¹⁶⁸. Estas são “instituições oficiosas não judiciárias com autonomia funcional”¹⁶⁹, demonstrando assim o intuito deste diploma em se desviar da possibilidade de um “contacto desnecessário das crianças com os tribunais.”¹⁷⁰

Porém, não descarta por completo a possibilidade de intervenção judicial, que poderá ter lugar, ainda que como última preferência¹⁷¹, respeitando o princípio da subsidiariedade¹⁷² que a LPCJP impõe, nos casos previstos no art. 11º. É, por isso, uma intervenção sucessiva, por patamares.

A questão que inevitavelmente se coloca, chegados a este estágio da nossa análise, é a de saber quais as circunstâncias que conferem legitimidade de intervenção a estas entidades. O art. 3º/1 estipula os pressupostos necessários para que a sua intervenção possa ser desencadeada: é imprescindível que a criança se encontre numa situação de perigo para

¹⁶⁵ Note-se que a LPCJP no seu art. 5º a) não procede à distinção entre criança e jovem. Deste modo, para determinação do âmbito subjetivo desta lei, estes conceitos devem entender-se como sinónimos pelo que ela aplicar-se-á a pessoa até aos 18 anos de idade, estando em consonância com a definição de criança para efeitos da CDC.

¹⁶⁶ Art. 1º da LPCJP.

¹⁶⁷ Ac. do TRP de 06-05-2014.

¹⁶⁸ Art. 8º da LPCJP. Os pressupostos de que dependem a sua atuação encontram-se no art. seguinte. Da leitura do mesmo retiramos que a atuação das CPCJ caracteriza-se por ser uma intervenção consentida na medida em que depende de consentimento expresso dos pais e da não oposição da criança e do jovem com idade igual ou superior a 12 anos. Cf. GUERRA (2015: 35)

¹⁶⁹ FERREIRA (2016:327)

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ Ac. do TRC de 22-05-2007 “A intervenção judicial só tem lugar quando não esteja instalada a comissão de protecção de crianças e jovens com competência no município ou freguesia da área de residência do menor, não seja prestado ou seja retirado o consentimento necessário à intervenção da dita comissão, ou quando o jovem (com idade igual ou superior a 12 anos) se oponha à intervenção da comissão.”

¹⁷² Princípio orientador da intervenção de qualquer uma destas entidades, consagrado no art. 4 k)

a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento.

A este respeito, esclarece o Ac. do TRC de 22-05-2007, quando atesta que o vocábulo perigo “deve ser entendido como o risco atual ou iminente” capaz de por em causa esses direitos, não exigindo a lei um dano já gerado¹⁷³.

O nº2 exemplifica o leque de ocorrências que, no entender do legislador, preenchem o conceito de perigo, e que por isso, legitimam a intervenção estadual. O caso dos castigos corporais aplicados pelos progenitores aos filhos remete-nos a alínea b).

Legitimada a intervenção, essa deve obedecer aos princípios orientadores estipulados no art. 4º. Aqueles são, para TOME D’ALMEIDA RAMIÃO, princípios que refletem “um novo paradigma e uma nova concepção de proteção das crianças e jovens, baseado no respeito pelos seus direitos (...) fundamentalmente em consequência da ratificação por Portugal da Convenção sobre os Direitos da Criança, visto que adotou os direitos fundamentais desta Convenção como princípios orientadores de intervenção.”¹⁷⁴

Para o presente estudo adquirem particular relevo os princípios previstos nas alíneas d) e e).

O princípio da intervenção mínima, consagrado na alínea d), impõe que a ingerência destas entidades na família seja exercida por aquelas cuja ação se revele indispensável para a efetiva promoção dos direitos e para a proteção da criança e jovem em perigo.

Já o princípio da alínea e) determina que a intervenção deverá ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança se encontra e sempre adstrita à medida do necessário para afastar o perigo, “só podendo interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário para essa finalidade”¹⁷⁵.

A alínea f) institui o princípio da responsabilidade parental: a intervenção das entidades deve, em primeira linha, procurar que os pais assumam os seus deveres para com os filhos.

Este encontra-se intimamente conexionado com a alínea h), que implementa o princípio da prevalência da família¹⁷⁶. O Ac. do TRL de 24-01-2013, na sequência desta orientação, dispõe que “surge assim como ‘*ultima ratio*’ uma decisão judicial que ordene a separação dos filhos dos pais.” Logo, deve optar-se sempre que seja compatível com o superior interesse da criança, pelo decretamento de uma medida de promoção e proteção que a mantenha junto dos pais, em detrimento de outras que desfaçam o sentido de

¹⁷³ RAMIÃO (2017:31) e Ac. do TRG de 24-04-2008

¹⁷⁴ RAMIÃO (2017:39)

¹⁷⁵ Ac. TRL de 24-01-2012

¹⁷⁶ Em consonância com o art. 9º da CDC.

unidade familiar que a criança conheceu até então.

As medidas contempladas no art. 35º dividem-se em dois grupos: aquelas que podem ser executadas no meio natural de vida (apoio junto dos pais; apoio junto de outro familiar; confiança a pessoa idónea e apoio para a autonomia de vida) e as medidas de colocação (acolhimento familiar e acolhimento residencial).

Ressalvamos, contudo que por esta lei revestir natureza transitória “as medidas aplicadas ao abrigo da LPCJP têm expectativas de duração limitada”¹⁷⁷. Decorrido esse espaço temporal¹⁷⁸, mantendo-se a situação de perigo que já verificada quando a medida foi decretada e, desde que¹⁷⁹, se encontrem reunidos os pressupostos do art. 1978º do CC teremos de partir para uma solução que resolva o problema da criança em definitivo.

Nomeadamente, através da medida de confiança com vista a futura adoção, consagrada na alínea g) do art. 35º e que determinará “a quebra do vínculo materno/paterno-filial e o ingresso na família do adotante”¹⁸⁰.

Nesses casos, apesar de a LPCJP privilegiar soluções que viabilizem a permanência da criança e/ou do jovem na família, no caso da reiteração de comportamentos violentos para com a criança, o que atesta a falência ou degradação acentuada das relações materno-paterno filiais¹⁸¹, reclama-se a aplicação desta medida: em tais situações, em que o reequilíbrio da família biológica não é viável, ou pelo menos não o é em tempo útil para a criança, o caminho a seguir tem de ser o da adoção¹⁸². A sua aplicação “é uma forma constitucionalmente consagrada de proteção dos interesses das crianças privadas de um ambiente familiar normal”¹⁸³.

Ora perante a disfuncionalidade que apresenta a família biológica, ao infligir na criança castigos corporais que não são leves nem esporádicos, está comprometido “o estabelecimento de uma relação afetiva gratificante e securizante com a criança”¹⁸⁴.

Conquanto, visto que estas medidas se encontram tipificadas, respeitando uma

¹⁷⁷ FERREIRA (2016:311)

¹⁷⁸ As medidas a aplicar no meio natural de vida não terão nunca duração superior a dezoito meses e as de colocação têm a duração estabelecida no acordo de promoção e proteção ou na decisão do tribunal *in* (FERREIRA 2016: 311)

¹⁷⁹ A reiteração da aplicação de castigos corporais pelos progenitores às crianças não determina, por si só, o desencadeamento da medida da alínea g) do art. 35º. Para que possa ser efetivada, exige-se a simultaneidade da verificação dos pressupostos do art. 1978º do CC: a confiança com vista à futura adoção supõe que pela ocorrência de uma das situações das alíneas a) a e) se possa concluir a rutura dos vínculos afetivos. No caso da violência parental assume particular relevo a alínea d) do respetivo art. Importa não esquecer que a criança só pode ser adotada se à data do requerimento de adoção tiver menos de 15 anos (art. 1980º/2 do CC) Cf. FERREIRA (2016:398)

¹⁸⁰ FERREIRA (2016: 311)

¹⁸¹ (FERREIRA: 355 e 367)

¹⁸² Ac. do STJ de 30-11-2004

¹⁸³ Ac. do STJ de 16-03-2017

¹⁸⁴ Ac. do TRL de 06-12-2012

ordem de preferência e de prevalência, julgamos que, nos casos de castigos físicos leves e esporádicos, a medida que na teoria reveste caráter mais eficaz para afastar o perigo para a criança, respeitando os princípios supramencionados, é a medida de apoio junto dos pais.

Com a aplicação desta, pretende-se inteirar os pais, através de apoios psicopedagógicos e sociais, acerca do que deve ser um exercício das responsabilidades parentais responsável e adequado aos direitos de que as crianças são titulares¹⁸⁵. Com base nessa pretensão, podem os progenitores participar em programas de formação (art. 41º) que visarão sempre a “aquisição de competências nas dimensões da vida familiar que mais diretamente se relacionem com a educação das crianças, promovendo interações positivas entre pais e filhos”¹⁸⁶

Alertamos, pois, que apesar de esta medida permitir a manutenção dos laços entre pais e filhos, ao mesmo tempo que permite a continuidade destes no lar, esta tem de se revelar, para a criança, “a melhor maneira de obter o desenvolvimento saudável e harmonioso”¹⁸⁷

Deste modo, torna-se imperioso atender ao princípio do superior interesse da criança, aqui consagrado no art. 4 a) ¹⁸⁸, enquanto regra processual, para suportar cada decisão que lhe diga respeito.

Este é um conceito indeterminado que carece de preenchimento valorativo, caso a caso e, por isso, “deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança (...) tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades especiais.”¹⁸⁹ Não obstante, elucida, e bem, DULCE ROCHA que os julgadores devem tentar clarifica-lo, permitindo que as decisões não sejam tão díspares perante situações concretas e fáticas semelhantes.¹⁹⁰

Como sabemos, a prática de castigos corporais coloca num frente-a-frente direitos pertencentes aos pais e à criança pelo que este é o princípio que cria “balance between parental responsibilities and children’s rights, particularly in cases of conflicting interests

¹⁸⁵ RAMIÃO (2017:110)

¹⁸⁶ RAMIÃO (2017:116)

¹⁸⁷ Ac. TRL de 24-01-2012

¹⁸⁸ O comentário geral nº14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta, no ponto 6 esclarece que este é um conceito com natureza tripartida desdobrando-se um direito substantivo, um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e uma regra processual. Neste caso, aparece representado como uma regra processual dado que na ponderação de direitos dos pais vs direitos das crianças, a LPCJP impõe que a medida decretada seja o resultado de um “ processo de tomada de decisão [que] inclui uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) sobre a criança ou crianças envolvidas.”

¹⁸⁹ Comentário geral nº14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta, ponto 32

¹⁹⁰ ROCHA (2010:25)

between those parties.”¹⁹¹ Este princípio é uma ferramenta útil para, entrando os direitos dos pais em conflito com os direitos das crianças, equilibrar os direitos de todos os envolvidos.

Porém, não se mostrando possível, “os direitos das crianças prevalecem sempre sobre os direitos dos pais, sendo a decisão sempre tomada em favor daquela, conforme o seu interesse e não contra os pais.”¹⁹²

Podemos daqui concluir que, uma solução teórica pré-concebida da medida a decretar nos casos de inflição de castigos físicos é de rejeitar. Cabe ao tribunal ou à CPCJ, na aplicação das medidas, atender ao superior interesse da criança e agir em conformidade com o mesmo.

5. REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE AS FORMAS COMO O ESTADO INTERVÉM NO PROBLEMA DA APLICAÇÃO DE CASTIGOS CORPORAIS ÀS CRIANÇAS PELOS SEUS PROGENITORES

É consabido que o problema da aplicação de castigos corporais às crianças pelos seus progenitores se tem relevado, no seio da família, uma das questões mais periclitantes com que o Estado se tem vindo a debater.

Se, por um lado, cabe aos pais a tarefa educativa estando vedada a terceiros qualquer ingerência nessa função, por outro, é competência Direito garantir que os direitos das crianças não são colocados em perigo.

Enfatizando essa obrigação, ganha particular relevo o art. 19º da CDC que impõe que Portugal, enquanto Estado-Parte, tome todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física.

Consideramos que o nosso Estado cumpriu de forma incompleta com o disposto no art. supracitado, isto porque, apesar de ter criminalizado, em 2007, os castigos corporais protegendo as crianças pela via penal, essa tutela tem vindo a revelar-se insuficiente.

Sendo certo que a incriminação dos castigos corporais infligidos pelos progenitores aos filhos encontra previsão no CP, a verdade é que, porque ainda se entende, entre nós, que lesões à integridade física das crianças muito leves e esporádicas são passíveis de justificar-se ao abrigo de um direito de correção ou considerarem-se atípicas segundo a

¹⁹¹ KHAZOVA (2019:170)

¹⁹² GUERRA (2015:29)

tese da adequação social, os direitos dos filhos, que deveriam ser invioláveis, acabam expostos à violência.

Não nos parece despropositado, por essa razão, falar de um *deficit* na estatuição penal: nem na lei, nem na jurisprudência ou doutrina encontramos um critério unânime que ultime os contornos de um castigo legítimo ou ilegítimo e a principal vítima desta indefinição é a criança.

Destarte, parece-nos que é necessário uma coarticulação eficiente entre a intervenção penal e a intervenção civil.

O art. 152º/2 estatui a moldura penal para os pais infratores, situando-a no intervalo de dois a cinco anos. Porém, é desejável uma maior consciencialização jurídica no sentido de entender que, no caso dos castigos leves, esta pode não ser a melhor solução para o superior interesse da criança.

Ora, “a avaliação do custo/benefício no cumprimento da pena de prisão efetiva deverá ser feita de forma cuidada, recorrendo aos parâmetros gerais de determinação da pena concreta, mas neste caso em particular, também ao superior interesse da criança.”¹⁹³

A suspensão de execução de pena, em paralelo com o desencadeamento do processo de promoção e proteção – através da aplicação da medida de apoio junto dos pais, ou de outra que se mostre apta – pode, em concreto, revelar-se o melhor amparo para o interesse da criança¹⁹⁴.

Cremos, contudo, que é impostergável uma reforma legislativa no âmbito civil. Aí parece residir o cerne de toda discussão em torno desta problemática. Se, na reforma de 1977 do CC, o legislador, à semelhança do sueco, tivesse proibido expressamente os castigos corporais no seio da família, mormente das responsabilidades parentais, as dúvidas estariam dissipadas e esta dissertação não faria sentido.

Propomos, portanto, a reformulação do art. 1878º/3 do CC alterando-o para: “No cumprimento das responsabilidades educativas os pais devem respeitar os filhos, não os sujeitando a qualquer violência física”.¹⁹⁵

Só assim os direitos das crianças ficarão acautelados e erradicar-se-ão as querelas sobre a (in)admissão dos castigos físicos, ficando claro a opção por práticas de parentalidade positivas.

¹⁹³ FERREIRA (2018:05)

¹⁹⁴ FERREIRA (2018:06)

¹⁹⁵ Conclusões apresentadas pelo projeto internacional HANDS UP, disponível em www.handsupchildren.org

CONCLUSÃO

Foi moroso, difícil e conturbado o trilho percorrido até que criança se tornasse num sujeito de direitos.

Porém, uma vez aqui chegados, era de esperar que, se no papel, as crianças são já seres iguais aos adultos na titularidade dos direitos que lhes são reconhecidos, a prática jurídica agisse em conformidade.

Ora, repugna ao mais elementar sentido de justiça a diferença de tratamento que tem vindo a ser dada a duas situações idênticas: se a violência, quando praticada entre adultos, é apta a preencher o tipo incriminador como é que podemos aceitar, num Estado de Direito, que violência infligida pelos pais às crianças originando, do mesmo modo, lesões à integridade física dos menores, ainda que leves e esporádicas, já nos transporte para uma zona cinzenta, onde a dúvida impera.

Ainda subsistem divergências jurisprudências e doutrinárias sobre esta questão controvertida, no sentido de a catalogar como “crime”, “violência justificada ao abrigo do poder-dever de educação” ou ainda como “lesão da integridade física socialmente adequada”.

A chamada à colação do direito de correção dos pais em relação aos filhos, que alguns ainda entendem resistir às mudanças do tempo e da lei, tem bastado para que ainda permaneçam castigos corporais leves contra os filhos sem a correspondente punição. Por punição não se entenda que defendemos o encarceramento dos progenitores na pena principal do art. 152º/2 do CP, mas a condenação dos mesmos nas correspondentes penas acessórias, como a frequências de programas específicos de prevenção da violência doméstica, apreendendo práticas de parentalidade positivas. Deste modo seria possível precaver, desde cedo, o perigo da escalada de violência que existe, e jamais deveria ser escamoteado.

Contudo, é importante ir além da responsabilidade penal.

Para que, de facto, o Estado Português esteja em consonância com os compromissos internacionais assumidos, mormente, com a CDC, é potencialmente perigoso manter o silêncio do CC quanto à proibição, dos castigos corporais, no âmbito civil.

Reiteramos a necessidade de uma reformulação do art. 1878º/3. no sentido de proibir expressamente os castigos corporais, e relembramos que o silêncio da lei quanto a esta matéria não é, de facto, sinónimo de diferimento dos mesmos.

Esperamos que seja possível retirar desta dissertação algumas considerações num tema que continuará, de certo, polémico caso se mantenha inalterado, no plano jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

ALBUQUERQUE, Catarina de, *As Nações Unidas e a Proteção da Criança Contra a Violência*, Infância e Juventude, Abril-Junho 2006

AMARAL, Jorge Pais do, *A criança e os seus direitos*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, Coimbra, Almedina, 2010

AMBIKAPATHY, Patmalar, *Prevenção do Crime: Violência Familiar nos Castigos Físicos de Crianças*, Infância e Juventude, 04.3

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed, Coimbra, Almedina, 2012

BADINTER, Elisabeth, *O Amor Incerto: história do amor maternal*, Lisboa: Relógio D'Água, 1980

BRANDÃO, Nuno, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, Julgar Online, N°12, 2010

BOLIEIRO, Helena, & GUERRA, Paulo, *A criança e a família - Uma questão de direito(s)* 2ºed, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, 3ª ed, Coimbra, Almedina, 2016

COELHO Francisco , OLIVEIRA Guilherme, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5ª ed., Coimbra Editora, 2016

CUNHA, Luiz Gonçalves, *Tratado do Direito Civil Em Comentário ao Código Civil Português*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1930

DIAS, Cristina, *A criança como sujeito de direitos e o poder de correção*, in Revista Julgar, nº4, Janeiro-Abril, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1ª reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1989

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

FARIA, Paula Ribeiro de, “*O Castigo Físico dos menores no Direito Penal*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da Lei Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005

FARIA, Paula Ribeiro de, “*Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art. 152º do Código Penal*”, *Comentário ao Acórdão do STJ de 05-04-06*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, nº 2, Abril-Junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2006

FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário do artigo 143º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*, Tomo I, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012

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

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, Março, 2018

FONSECA, Carla, *A proteção das crianças e jovens: fatores de legitimação e objetivos*, Direito tutelar de menores: o sistema em mudança, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 5^a ed, Coimbra : Almedina, D.L. 2002.

GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4^o ed, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

KILKELLY, Ursula, *International human rights of children*, Singapore : Springer, cop. 2019

LEANDRO, Armando, *Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações*, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Almedina, 1986

LEANDRO, Armando Gomes, *Proteção dos Direitos da Criança em Portugal*, in Conferência Direitos da Criança em Portugal e no Mundo Globalizado, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

MAYER, Frederick, *História do Pensamento Educacional*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976

MARTINS, Rosa, “*Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?*”, in *Lex familiae: revista portuguesa de direito da família*, Centro de Direito da Família, Ano 1, Nº1,2004

MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MARTINS, Rosa, “*Responsabilidades Parentais no séc. XXI: A Tensão Entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais*”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MELO, Helena Gomes de, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2010

MIRANDA, Jorge, & MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa anotada* Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

MIRANDA, Jorge, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006

MIRANDA, *Sobre a relevância constitucional da família*, *Gaudium Sciendi* , Nº 4 , Julho, 2013

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2017

MONTEIRO, A. Reis, *O Novo Direito à Educação da Criança*, Conferência direitos da criança em Portugal e no Mundo Globalizado, Coimbra, 2001

MONTEIRO, Filipe Silva, *O Direito de Castigo ou O direito dos pais baterem nos filhos*, Braga, Livraria Minho, 2002

MÜLLER, Gerhrad-Ludwing, *A esperança da família: Diálogo com o Cardeal Gerhard-Ludwig Müller*, Prior Velho: Paulinas Editora, 2014

OLIVEIRA, Guilherme, *A criança maltratada*, in AAVV, *Temas de Direito da Família*, 2ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed, Coimbra, Almedina, 2016

PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Report of the independente expert for the United Nations study on violence against children A/61/299*, 2006, disponível em www.unviolencestudy.org.

RAMIÃO, Tomé D' Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo: Anotada e Comentada*, 8º ed, Lisboa, Quid Juris, 2017

ROCHA, Dulce, *Desjudicializou-se demasiado no caso das crianças*, in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 67, junho, 2010

RODRIGUES, Anabela Miranda, *in Repensar O Direito De Menores Em Portugal- Utopia ou Realidade?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1997, Ano 7

TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro*, Juris Et De Jure, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP-Porto, Porto, 1998

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “*A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos Após a Reforma de 1977*”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, 2004

SOTTOMAYOR Maria Clara ,“*Existe um Poder de Correção dos Pais?*”, *A propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-2006*”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 4, nº 7, janeiro-junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

XAVIER, Rita Lobo, *Responsabilidades Parentais No Séc. XXI*, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, Nº10, 2008

XAVIER, RITA LOBO, *Família, direito e lei*, in *Léxico da Família*, Cascais: Principia, 2010

XAVIER, RITA LOBO, *Juridicidade intrínseca do Casamento e da Família: A Dimensão Normativa e de Justiça do Amor Conjugal e Familiar, A Família e o Direito*, in *30 anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2013

JURISPRUDÊNCIA

Ac. nº 470/99 do TC, proc. nº 535/98, disponível no Diário da República nº 62/2000, Série II de 2000-03-14

Ac. do STJ, de 30-11-2004, publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XII, tomo III, pp. 129 e ss

Ac. do STJ, de 05-04-2006 (João Bernardo), proc. nº 06P468

Ac. do TRC, de 22-05-2007 (Garcia Calejo), proc. nº 289/07.4TBVNO.C1

Ac. do TRE, de 06-12-2007 (Pires Robalo), proc. nº 2256/07-3

Ac. do TRL, de 24-01-2012 (Ana Resende), proc. nº 3649/10.0TBBRR.L1-7

Ac. do TRL, de 06-12-2012 (Fátima Galante), proc. nº 56/08.8TBAGH.L1-6

Ac. do TRP, de 06-05-2014 (Rui Moreira), proc. nº 1928/10.5TBVFR-A.P1

Ac. do TRP, de 18-05-2015 (Raul Esteves), proc. nº156/13.2GCVFR.P1

Ac. do TRL, de 12-10-2016 (Ana Paramés), proc. nº413/15.3PFAMD.L1-3

Ac. do STJ, de 16-03-2017 (Maria Beleza), proc.nº 1203/12.0TMPRT-B.P1.S1

Ac. do TRE, de 24-10-2017 (Maria Leonor Botelho), proc. nº 442/14. 4 TATVR.E1

Ac. do TRL, de 23-04-2019 (Cid Geraldo) , proc. nº 1533/17.5T9SNT.L1-5

Ac. do TRP, de 05-06-2019 (Maria Perquilhas), proc. nº 600/18.2T9VFX.L1-3

TEDH, Ac. de Estrasburgo, 10-04-2012

As decisões jurisprudenciais citadas estão disponíveis em www.dgsi.pt, salvo indicação expressa em contrário.