



# CATÓLICA PORTO

## **O ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E O PROCESSO DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

**Francisca Hewitt Garcia Carrapato**

**Faculdade de Direito | Escola do Porto**

**Porto, outubro de 2018**



# CATÓLICA PORTO

## **O ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E O PROCESSO DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

**Francisca Hewitt Garcia Carrapato**

Dissertação da Tese de Mestrado em Direito Privado  
apresentada à Universidade Católica Portuguesa

Trabalho realizado sob a orientação da Mestre Ana Raquel Pessoa

**Faculdade de Direito | Escola do Porto**

**Porto, outubro de 2018**

*“Os únicos limites das nossas realizações de amanhã são as nossas  
dívidas e hesitações de hoje”.*

*- Franklin Roosevelt.*

## AGRADECIMENTOS

*Findo todo este percurso de muito estudo e empenho, não podia deixar de agradecer às pessoas que foram um apoio imprescindível e fundamental na realização de mais um sonho.*

*Por isso, expresso nalgumas palavras o meu obrigada a todas elas.*

*Primeiramente agradeço à minha família, que sempre acreditou em mim e a quem devo tudo o que sou. A eles dedico este trabalho.*

*Um especial agradecimento à minha orientadora, a Mestre Ana Raquel Pessoa pela orientação exemplar, disponibilidade e apoio que sempre demonstrou. Um sincero muito obrigada.*

*A todos os professores da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto que contribuíram para a minha formação e fascínio pela área do Direito.*

*Ao meu querido pai, pelo melhor exemplo que podia ter, pelo apoio incondicional e pelos ensinamentos preciosos que levarei comigo para a vida.*

*À minha querida mãe, pelo carinho e conforto insubstituível a cada passo do caminho e por todo o orgulho demonstrado.*

*À minha irmã gémea e melhor amiga Elizabeth, por partilhar comigo todo este percurso e por caminhar sempre ao meu lado. Por toda a compreensão, apoio e amor imprescindível. Contigo partilho a alegria desta etapa concluída.*

*Ao meu namorado, por toda a paciência, amor, companheirismo e incentivo em ir sempre mais longe.*

*Aos meus amigos de sempre, pela verdadeira amizade e apoio que demonstraram ao longo de todo este período.*

*A todos, a minha sincera gratidão!*

## RESUMO

O abuso sexual de menores é um crime hediondo de consequências imediatas e a longo prazo, frequentemente de proporções catastróficas e irreversíveis. Lamentavelmente, a grande maioria destes crimes são praticados por alguém próximo da criança.

A presente dissertação visa demonstrar o crescente reconhecimento da criança no plano jurídico como sujeito de direitos e, outrossim, evidenciar o seu superior interesse como princípio base de todas as decisões judiciais que envolvam menores.

Ademais, pretende-se analisar o conteúdo das responsabilidades parentais como conjunto de poderes-deveres/poderes-funcionais que são atribuídos pela ordem jurídica aos progenitores no interesse dos filhos.

Será desse estudo que se procederá à análise do crime de abuso sexual de crianças e as suas consequências legais nos processos de regulação das responsabilidades parentais.

No âmbito desta dissertação propõe-se, também, destacar a correlação entre o processo crime e o processo tutelar cível enquanto processos distintos e com objetivos diferentes.

**Palavras-Chave: Abuso sexual de menores; Responsabilidades Parentais; Superior Interesse da Criança.**

## **ABSTRACT**

Sexual abuse of minors is a physical and an emotional crime against children of enormous, immediate and long-lasting consequences, often of irreparable proportions. Yet, these crimes are, frequently, committed by those supposed to protect and defend them - parents or their close acquaintances.

This dissertation sets out to demonstrate the increasing recognition of the rights of the Child in the legal framework and, at the same time, to illustrate the supreme importance of the child's superior interest as the foundation for all judicial decisions involving minors.

Analysis is also undertaken to the extent of parental responsibilities as a series of rights- responsibilities/functional-rights, attributed by law to the parents in the interest of the children.

This study goes on to consider the crime of sexual abuse of children and looks at the legal consequences in parental responsibility regulatory processes.

Given the differing objectives, a correlation is drawn between the independent criminal and civil processes.

**Keywords: Child Sexual Abuse; Parental Responsibilities; Superior Interest of the Child.**

## ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS .....	8
I - INTRODUÇÃO.....	9
II - A NOÇÃO JURÍDICA E AS FUNÇÕES DA FAMÍLIA.....	11
III - AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS COMO UM DOS EFEITOS DA FILIAÇÃO .....	13
III.I - A NATUREZA JURÍDICA DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	14
III. II - O CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS .....	16
IV - O ASC COMO TIPO LEGAL DE CRIME.....	17
V – AS CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL NO PROCESSO TUTELAR CÍVEL.....	20
V.I – O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO .....	20
V.II – NOS CASOS DE DIVÓRCIO E OUTRAS SITUAÇÕES ANÁLOGAS.....	22
V.III – O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	25
V.IV – A FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA .....	26
V.IV.I – CRITÉRIOS LEGAIS .....	26
V.IV.II – O CRITÉRIO JURISPRUDENCIAL DA FIGURA PRIMÁRIA DE REFERÊNCIA.....	27
V.V – A RESIDÊNCIA ALTERNADA.....	29
VI – O REGIME DE VISITA COMO PODER-DEVER E A POSSIBILIDADE DA SUA NEGAÇÃO.....	32
VII - A LEI Nº 24/2017 E AS SUAS ALTERAÇÕES .....	34
VIII- LIMITAÇÕES E INIBIÇÕES AO EXERCÍCIO DAS RP .....	36
IX – CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL A NÍVEL DA LPCJP .....	38
IX.I - MEDIDAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO .....	40
X- A RELAÇÃO ENTRE OS PROCESSOS TUTELARES CÍVEIS E O PROCESSO PENAL.....	42
XI - A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL NA JUSTIÇA .....	45
XII – JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA .....	46
XII.I - DECISÃO DO TRIBUNAL SUPREMO DE MADRID,.....	46
CÂMARA CIVIL DE 13-01-2017 .....	46
XIII - CONCLUSÃO .....	49
BIBLIOGRAFIA .....	50

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC. – Acórdão  
AL. – Alínea  
ART. /ARTS. – Artigo/artigos  
ASC – Abuso sexual de crianças  
CC – Código Civil  
CDC – Convenção dos Direitos da Criança  
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem  
CFR. – Confronte  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
CRC – Código de Registo Civil  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
DL – Decreto-Lei  
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem  
IBIDEM – Da mesma obra  
JIC – Juiz de Instrução Criminal  
LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo  
MC – Medida de Coação  
MP – Ministério Público  
OMS – Organização Mundial da Saúde  
P.P – Previsto e Punido  
PROC. – Processo  
REC – Recomendação  
RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível  
RP – Responsabilidades Parentais  
SS. – Seguintes  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
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

## I - INTRODUÇÃO

*“O lar é o lugar mais perigoso nas sociedades modernas<sup>1</sup>.”*

GIDDENS

Partindo desta afirmação, o ASC é, de facto, um fenómeno universal que atinge todas as classes sociais e que tem vindo a causar grande impacto quer a nível nacional como internacional.

Continua a subsistir na opinião pública a ideia, ou o mito, de que o abuso sexual acontece sobretudo fora da família, que o abusador é uma pessoa estranha à criança e um doente mental. Porém, a realidade e as investigações demonstram que na maioria dos casos é perpetrado por alguém próximo da criança, como os pais, padrastos, avós, ou outros elementos próximos<sup>2</sup>.

Devido à crescente consciencialização e preocupação face às situações de ASC, tornou-se imperiosa a imposição de um sistema que garantisse a proteção, a promoção do bem-estar e desenvolvimento das crianças vítimas deste tipo de crime.

No plano jurídico surge um novo ramo de direito, o Direito das Crianças, que revela a preocupação do Estado e da Sociedade com as mesmas, fazendo emergir no mundo jurídico um novo sujeito de direitos<sup>3</sup>.

A autonomização deste ramo de direito, centrado na pessoa da criança, como indivíduo, simboliza o aumento da importância e valorização dada às crianças. A criança passa, assim, a ser o novo sujeito destes direitos.

A CDC - adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 1989<sup>4</sup> - no seu art. 1º define criança 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 criança aparece aqui sobre uma dupla perspetiva: como titular de direitos e liberdades fundamentais<sup>5</sup>, e como ser humano necessitado de uma proteção especial.

---

<sup>1</sup>GIDDENS, “Sociology (Polity Press, 1989)”.

<sup>2</sup>RIBEIRO CATARINA/MANITA CELINA, *Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*, Revista do Ministério Público, Ano 28, nº 11, 2007, p. 49-50.

<sup>3</sup>CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2014 p.21.

<sup>4</sup>A CDC foi ratificada por Portugal em 1990.

<sup>5</sup>E.g., o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito. O art. 12º da CDC consagra este direito. Este princípio foi adotado por Portugal aquando da Reforma de 1977 nos arts. 1878º, nº 2 e 1901º e no art. 12º do RGPTC.

A família deve constituir, desde logo, a primeira linha de proteção na vida de uma criança. É no seu seio que deve ser experienciado o amor incondicional e onde, em princípio, as crianças desenvolvem as suas primeiras competências ao nível da autonomia, da segurança e sentimento de pertença. Todas as crianças devem ter o direito de crescer num ambiente familiar saudável, em clima de felicidade, amor e compreensão, por forma a garantir o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Tendo consciência do preocupante número de casos de ASC que ocorrem na esfera privada da família e que têm vindo a ser denunciados às autoridades competentes, cumpre analisar o crime de abuso sexual de crianças, abordar o modo como são decididos os casos de regulação do exercício das RP perante uma situação de violência em contexto familiar e a correlação entre os processos tutelares cíveis e os processos-crime em Portugal.

## II - A NOÇÃO JURÍDICA E AS FUNÇÕES DA FAMÍLIA

A família, em sentido jurídico, é composta pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção (art. 1576º do CC).

Sendo o direito da família um ramo de direito civil, permeável às modificações das estruturas políticas, sociais, económicas e culturais, interessa compreender a família como uma instituição em constante transformação.

Como grupo social, a noção de família nas sociedades modernas é a “pequena família” (*família-nuclear*), constituída, normalmente, pelos cônjuges e pelos filhos (menores ou maiores) e, nalguns casos, devido ao aumento da esperança de vida, pelos avós<sup>6</sup>.

No Direito Romano, à família pertencia uma função política, assente numa ideia de subordinação ou sujeição de todos os seus membros ao *pater familias* de todos os seus membros, uma função educativa, de assistência e de segurança, que posteriormente, deixaram de ser exercidas unicamente pela família, passando a ser exercidas também pelo Estado e outras instituições<sup>7</sup>.

Tradicionalmente, a família assentava numa estrutura vertical. Efetivamente, era o pai que exercia o poder paternal, sendo o papel da mãe de mera orientação na educação dos filhos e de mediação nos conflitos entre pais e filhos.

A *patria potestas* (poder paternal) no Direito Romano era um direito absoluto do pai sobre os filhos, mas também sobre a mulher, os escravos e o seu património.

Hodiernamente, a estrutura familiar está ligada às suas funções atuais, apresentando uma estrutura horizontal, baseada em princípios como a igualdade dos cônjuges e o princípio da igualdade na relação com os filhos<sup>8</sup>.

O CC de 1966, no seu art. 1884º, reconhecia aos pais um poder de correção relativamente aos filhos, permitindo-lhes aplicar castigos corporais moderados. Todavia, uma nova forma de olhar o poder paternal, implicou a transformação do poder de correção num poder de educação da criança e, para isso, contribuiu a nova conceção da criança como verdadeiro sujeito de direitos, dotado de um certo grau de autonomia.

---

<sup>6</sup>COELHO PEREIRA E OLIVEIRA GUILHERME, *Curso de Direito da Família, Vol. I, Introdução Direito Matrimonial* 5ª Ed., 2016, p. 118 e 119.

<sup>7</sup>*Ibidem* p. 99-100

<sup>8</sup>Cfr art. 36º, nº 3 da CRP.

As crianças passam a ser vistas como sujeitos de direitos e não apenas um mero objeto de autoridade dos pais, pelo que o poder de correção, como integrante do poder paternal, sofre necessariamente uma alteração.

A família, como célula básica da sociedade, tem sido objeto de preocupações por parte de instrumentos internacionais. A DUDH<sup>9</sup> reconhece o direito à sua proteção por parte da sociedade e do Estado. No mesmo sentido, a CDC declara igualmente, o respeito dado à família enquanto meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, devendo receber a proteção e assistência necessárias para desempenhar o seu papel na comunidade.

Apurando-se um exercício abusivo ou uma violação dos direitos das crianças, o Estado e a sociedade devem intervir para a defesa dos mesmos direitos.

A intervenção Estadual na família deve, contudo, ser subsidiária, garantindo à criança os cuidados adequados, somente quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela, não tenham capacidade para o fazer. Esta ideia resultava já da DUDH, que proibia intromissões na vida privada e na família, bem como da CEDH que consagra o princípio do respeito pela vida privada e familiar<sup>10</sup>. No entanto, verificando-se situações de violação da integridade física e moral das pessoas, justifica-se a intervenção judicial. A própria CRP, no seu art. 9º, prevê como uma das tarefas fundamentais do Estado, a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, decorrendo assim, o dever do Estado de proteger entre outros, a vida e a integridade pessoal das pessoas.

---

<sup>9</sup> Cfr. art. 16º, nº3 DUDH

<sup>10</sup>Cfr. Os arts. 12º da DUDH e 8º da CEDH.

### III - AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS COMO UM DOS EFEITOS DA FILIAÇÃO

A filiação é uma das relações de parentesco, definindo-se como “a relação juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriaram e aquelas que foram geradas”<sup>11</sup>.

Resulta do art. 1797º, nº 1 do CC que a filiação para produzir efeitos tem de se encontrar legalmente constituída e registada<sup>12</sup>, *i.e.*, a maternidade e a paternidade, sendo factos biológicos, não têm por si só, relevância jurídica, sendo necessário transportar a relação biológica para o plano jurídico, para que esta possa tornar-se numa relação jurídica, suscetível de produzir direitos e obrigações<sup>13</sup>.

Os efeitos gerais da filiação encontram consagração legal no art. 1874º do CC que contém os deveres de pais e filhos. Estes deveres, que não se confundem com as RP, perduram ao longo de toda a relação de filiação, não cessando com a maioridade ou com a emancipação.

Um dos efeitos mais importantes da filiação diz respeito às RP. Estas surgem para a Teoria Geral do Direito Civil, como um meio de suprimento da incapacidade de exercício dos menores de 18 anos, não emancipados<sup>14</sup>.

De facto, conforme resulta do art. 123º do CC, a criança por si só, não tem capacidade para praticar certos atos e negócios jurídicos, carecendo de ser representada pelos seus pais, na qualidade de titulares das responsabilidades parentais (art. 124º do CC).

Não obstante, considerar o poder de representação como o principal conteúdo das RP é uma visão redutora. Estas consistem em muito mais do que um meio de suprimento da incapacidade dos menores, previsto no art. 1881º, englobando situações jurídicas como o poder-dever de guarda, o poder-dever de prover ao sustento e o poder-dever de dirigir a educação.

Por força da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro<sup>15</sup>, procedeu-se a uma alteração terminológica, substituindo-se a expressão “*poder paternal*” por “*responsabilidades parentais*”. Ao substituir uma designação por outra, o centro das atenções passa a estar

---

<sup>11</sup>PINHEIRO DUARTE JORGE, *O Direito da Família Contemporânea*, 2016, 5ª ed. p.89

<sup>12</sup>A filiação é um facto sujeito a registo (cfr. art. 1º a) e b) e 2º do CRC).

<sup>13</sup> LOBO XAVIER RITA “*O Sistema de Estabelecimento da Filiação*”, 2018, p. 1

<sup>14</sup>*Ibidem.*, p.218-219

<sup>15</sup>A Lei nº 61/2008 alterou o regime do divórcio.

naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, nas crianças, e não naquele que detém o “poder” (o adulto)<sup>16</sup>.

A opção por esta terminologia é mais adequada, considerando a estrutura familiar atual, a família participativa e democrática, baseada na igualdade entre os seus membros e em deveres mútuos de colaboração. Mais, reconhecendo os filhos como sujeitos de direitos, denotam-se a preocupação e o espírito altruísta do instituto, realçando que o superior interesse a ter em conta deve ser o da criança.

Tais RP têm uma finalidade protetora, que pode estar relacionada com a pessoa do filho (art. 1878º, nº 1, *ab initio*), ou com o seu património (nº 1 *in fine*), visando igualmente uma promoção da sua autonomia pessoal e independência, para que os filhos possam, posteriormente, ingressar na vida adulta, capazes de regerem a sua vida sozinhos.

Ao contrário do que sucede com a relação entre pais e filhos que perdura a vida inteira, as RP têm um caráter temporário, terminando, em princípio, com a maioridade ou com a emancipação<sup>17</sup>.

### III.I - A NATUREZA JURÍDICA DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

No que concerne à natureza jurídica das RP, a doutrina não é unânime, subsistindo dúvidas na sua classificação como *direitos subjetivos* ou como *poderes funcionais/poderes-deveres*<sup>18</sup>.

Os direitos subjetivos, segundo HÖRSTER, consistem numa “*faculdade subjetiva que resultam do direito objetivo para o indivíduo*”<sup>19</sup>. Vigorando na ordem jurídica portuguesa o princípio da autonomia privada, o titular do direito subjetivo tem uma ampla liberdade para exercer ou não o seu direito, podendo exercê-lo da forma que entender, “*em vista da satisfação de qualquer interesse seu, por mais diverso que seja do interesse que a ordem jurídica quis tutelar quando lhe atribuiu o direito*”<sup>20</sup>. Exemplos de direitos subjetivos são os direitos de crédito, em que o seu titular tem, *e.g.*, a liberdade de perdoar ou não uma

---

<sup>16</sup>Cfr. Projeto-Lei 509/X, p. 8.

<sup>17</sup>Cfr. art. 1877º do CC. Se o filho, entretanto não tiver completado a sua formação profissional, manter-se-á na medida do razoável, a obrigação dos pais de prover ao seu sustento e de assumir as despesas relativas à saúde e educação - arts. 1879º, 1880º e 1905º, nº 2, todos do CC.

<sup>18</sup>A maioria da doutrina (PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA) defende a tese do poder funcional. A doutrina minoritária (GOMES DA SILVA e LEITE DE CAMPOS) considera as RP verdadeiros direitos subjetivos.

<sup>19</sup>HENRICHE HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, ed., de 1992, p. 45.

<sup>20</sup>COELHO PEREIRA, OLIVEIRA GUILHERME, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª ed., 2008, p. 152.

dívida ao seu devedor. Nestes direitos, a ordem jurídica apenas intervém quando se verifica um contraste flagrante entre o exercício dos mesmos e a sua função<sup>21/22</sup>.

Quanto aos poderes funcionais/poderes-deveres, ANTUNES VARELA refere que, dentro dos direitos pessoais familiares, alguns inserem-se nos chamados poderes funcionais. Tal designação pretende significar que “visando a tutela de interesses de outrem que não do titular do direito, os poderes funcionais correspondem ao exercício de uma função social”<sup>23</sup>.

Assim, “por poder funcional ou poder-dever, entende-se o poder que é atribuído por lei a uma pessoa, cujo exercício se encontra vinculado ao interesse de uma outra, não podendo ser exercido se, quando e como o seu titular quiser. Pelo contrário, deve ser exercido pelo modo exigido pela sua função<sup>24</sup>”, a qual, segundo CLARA SOTTOMAYOR, “consiste na promoção do desenvolvimento das crianças e na realização das suas necessidades emocionais, materiais, físicas e intelectuais.”<sup>25</sup>

Como afirma ROSA MARTINS, “as responsabilidades parentais são um feixe de poderes funcionais atribuído pela ordem jurídica aos pais para que eles possam desempenhar a sua função de cuidar dos filhos, protegendo-os e promovendo a sua autonomia e independência.”<sup>26</sup>. Nas palavras de Cristina Dias “a auto-realização dos pais pelo cuidado parental não assume um carácter autoritário e individualista, como nas concepções tradicionais de poder paternal, mas um cariz altruístico, concretizado na relação e na comunicação com o filho, no respeito pela sua personalidade”<sup>27</sup>.

Porém, este entendimento não é universal, havendo autores como GOMES DA SILVA e LEITE DE CAMPOS que conceituam as RP como direitos subjetivos, uma vez que há também interesses dos pais em causa, *e.g.*, o interesse da realização da sua personalidade<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup>SOTTOMAYOR CLARA, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, 2014, 6<sup>a</sup> Ed. p. 24.

<sup>22</sup>O art. 334<sup>o</sup> do CC (“abuso do direito”) estatui que é “ilegítimo o exercício de um direito, quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

<sup>23</sup>VARELA ANTUNES, *Direito da Família*, Livraria Petrony, 1982, p. 55.

<sup>24</sup>MARTINS ROSA, *Menoridade (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, 2008, p. 189.

<sup>25</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “Regulação (...)” *Ob. Cit.* p.24.

<sup>26</sup>*Ibidem* p. 189.

<sup>27</sup>DIAS CRISTINA “A Criança como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção”, *Revista Julgar*, nº 4, 2008, p. 89.

<sup>28</sup>RODRIGUES LEITE HUGO, “questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais”, Coimbra Editora, 2011, p. 39.

Como o interesse a prosseguir reside sempre no superior interesse da criança, é pela classificação das RP como verdadeiros poderes-funcionais que se justifica um controlo do seu exercício e que se justificam as soluções legais previstas para as situações, entre outras, de abuso sexual por parte de um dos progenitores, como a inibição ou limitação do exercício das mesmas.

Em face do exposto, inclinamo-nos a concordar com a posição dominante, que insere as RP na categoria de verdadeiros poderes-deveres ou direitos-deveres. Efetivamente, as RP são, como o próprio nome indica, responsabilidades, que os pais têm para com os seus filhos. São deveres que não estão na livre disponibilidade do seu titular, não podendo ser exercidos quando e como estes entendem. O seu exercício é obrigatório e no exclusivo interesse da criança, sendo o seu carácter altruísta que as insere na categoria de poderes-deveres ou poderes funcionais.

### **III. II - O CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

Da leitura do art. 1878º do CC, é possível identificar alguns poderes-deveres dos pais em relação aos filhos<sup>29</sup>. Tais poderes-deveres são legalmente atribuídos aos pais para que estes, ao exercê-los, cuidem da pessoa e do património dos filhos.

O poder-dever de guarda tem expressão na própria CRP (art. 36º, nº 3) e no CC, nos arts. 1887º, 1673º e 85º. Este, compreende o direito de manter o filho junto dos pais ou no local que estes indicarem. Abrange, igualmente, a vigilância das ações do filho e a regulação das relações deste com outrem que não os pais. O poder de guarda impõe ainda aos pais o dever de velar pela saúde dos seus filhos.

Outro poder-dever que cabe aos pais é o de manutenção dos filhos que se traduz no seu sustento (art. 36º, nº 5 da CRP), e que compreende a habitação, o vestuário, a alimentação e todas as prestações conexas com as várias situações jurídicas em que se desdobram as responsabilidades parentais.

No que concerne ao poder-dever de educação (art. 1885º do CC), os pais devem preparar os filhos para a vida, para se tornarem adultos, seres autónomos e independentes e o Estado dispõe-se a cooperar com os progenitores neste dever de educação.

---

<sup>29</sup>Os poderes/deveres referidos no art. 1878º não são taxativos, podendo ser indicados outros, *e.g.*, o nascimento do da criança na conservatória do registo civil (art. 97º do CRC); dar um nome à criança (art. 1875º do CC), etc.

Quanto ao património do filho, distingue-se o poder-dever de representação do poder-dever de administração.

Aos pais, incumbe um poder de representação geral dos filhos menores ainda que nascituros, dentro de certos limites<sup>30</sup>. Aos progenitores compete igualmente a administração dos bens dos filhos menores, com exceção dos mencionados no art. 1888º, nº 1 do CC.

Ainda que o legislador constitucional, no art. 36º, nº 5 da CRP, preveja por um lado, o direito à educação e manutenção dos filhos como um poder-dever dos pais em relação aos filhos, prevê por outro, a possibilidade de restrição deste direito, admitindo que nos casos de violação destes deveres, mediante decisão judicial, os filhos possam ser afastados dos seus progenitores (nº 6).

Correspondendo as RP a verdadeiros poderes-deveres que não podem ser exercidos de qualquer maneira, havendo um mau exercício dos mesmos, pode haver uma limitação ou mesmo, nos casos mais graves, uma inibição destas responsabilidades (cfr. arts. 1913º e ss do CC).

O art. 36º, nº 6 da CRP admite que os filhos sejam separados dos seus progenitores nos casos em que há uma especial justificação para tal – o não cumprimento pelos pais dos deveres fundamentais para com os filhos.

Este artigo conflitua com o preceituado no art. 26º, nº 1 da CRP, relativo à reserva da intimidade da vida privada e familiar, devendo entender-se, assim, que o art. 36º, nº 6 não impede a separação dos filhos dos seus progenitores, quando imposta pela salvaguarda de outros direitos ou interesses, constitucionalmente protegidos<sup>31</sup>.

#### **IV - O ASC COMO TIPO LEGAL DE CRIME**

O ASC é ainda hoje muitas vezes difícil de identificar “devido à chamada «síndrome do segredo», em que o abusador silencia a criança e esta, por medo que ninguém acredite nela, não denuncia a situação. Há um elevado número de casos de abuso sexual de crianças que nunca chegam a ser denunciadas ao sistema, o que é fruto de uma

---

<sup>30</sup>O poder-dever de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais (e.g., *perfilhação*), aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente (*atos do art. 127º, nº1 do CC*), e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais (*art. 1888º do CC*).

<sup>31</sup>Cfr. FERREIRA ELISABETE, “*Violência Parental e Intervenção do Estado, A questão à luz do direito português*”, Universidade Católica Editora Porto, 2016, p., 319.

discriminação histórica, vigente durante cerca de cinco mil anos de patriarcado, em que os homens tinham o direito de agredir as mulheres e as crianças”<sup>32</sup>.

Não existindo uma definição consensual, tem-se enquadrado o ASC no conceito de mau trato infantil, tal como o mau trato físico e psicológico, a negligência e a síndrome de Munchausen by proxy<sup>33</sup>, entre outros<sup>34</sup>.

Acompanhando a definição do National Center of Child Abuse and Neglect e da OMS, podemos definir o abuso sexual como “o envolvimento da criança em práticas que visam a gratificação e satisfação sexual do adulto ou jovem mais velho, que se encontra numa posição de poder ou de autoridade sobre aquele. Trata-se de práticas que o menor, dado o seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para as quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado.”

Segundo CATARINA RIBEIRO, a classificação mais frequente de ASC é a diferenciação entre abuso sexual intrafamiliar (perpetrado por um elemento da família) e extrafamiliar (quando o abusador é um elemento exterior à família).

Desde cedo que a justiça jurídico-penal criminalizou a violência contra crianças, todavia, não atribuía qualquer estatuto jurídico específico às crianças e os crimes contra elas não beneficiavam de uma moldura penal própria<sup>35</sup>.

O crime de ASC surgiu pela primeira vez com a Reforma do CP de 1995 que deu lugar a uma tutela penal dos menores até aos 14 anos na área sexual, sendo que os arts. 163º a 170º do CP, protegem a liberdade e a autodeterminação sexual de todas as pessoas, não fazendo distinção consoante a idade da vítima. Por sua vez, os arts. 171º e ss., do CP são crimes contra a autodeterminação sexual de menores em que a menoridade constitui elemento do tipo legal de crime.

Esta secção confere uma proteção especial a crianças e jovens, pois o que está em causa não é o consentimento ou a falta deste, mas sim a incapacidade desenvolvimental da criança em se autodeterminar para situações desta natureza.

O art. 171º do CP determina que “quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um

---

<sup>32</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “*A Alienação parental Como estratégia defensiva de agressores sexuais de crianças*”, p. 19 e 21 - Jurisdição da família e das crianças, 2018, CEJ.

<sup>33</sup>Esta síndrome foi descrita em 1977 pelo Pediatra Roy Meadow, como uma forma de mau trato infantil em que o progenitor simulava uma doença na criança com o intuito de chamar a atenção sobre si próprio, distinguindo-se, assim, dos maus tratos habituais devido à intenção premeditada.

<sup>34</sup>RIBEIRO CATARINA, *A criança na justiça, Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina, 2009, p. 47.

<sup>35</sup>*Ibidem* p. 77.

a oito anos.” Acrescenta o nº 2 desta norma que “se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos”.

O bem jurídico aqui protegido é, conforme intitulado na epígrafe da secção a que pertence, a autodeterminação sexual, mas sob uma forma particular, *i.e.*, “face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima podem prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual<sup>36</sup>”.

A nossa lei penal não contém uma definição de abuso sexual, fazendo apenas menção a “*ato sexual de relevo*”. Ora, novamente, defrontamo-nos com um conceito aberto e indeterminado, um “conceito de geometria variável”<sup>37</sup>.

Porém, segundo a jurisprudência, tal ato comporta um elemento objetivo e subjetivo. Há atos que podem parecer neutros no plano sexual, mas quando praticados com intenção de obter gratificação sexual, adquirem um carácter sexual que permite a sua inclusão dentro da categoria de ato sexual de relevo. O elemento subjetivo prende-se com a ideia de que, devido à intenção com que tais atos são praticados, eles assumem um carácter lesivo da dignidade humana da criança, da sua autonomia e integridade psicológica e sexual<sup>38</sup>.

No sumário do Ac. TRC de 24-04-2013 (Proc. Nº 441/11.8JALRA.C1), perante uma situação de abuso sexual de uma menor por parte do seu progenitor, determinou-se que “o crime, recortado para o ato sexual de relevo, fica consumado ainda que não haja cópula e, consubstancia a prática de um ato sexual de relevo a conduta do pai que, entrando no quarto da filha, entra na cama desta e tirando-lhe as calças do pijama, começa a apalpar os seios, as nádegas e a vagina enquanto perguntava – “Queres?” e tentava introduzir o pénis na sua vagina, o que não conseguiu porque a ofendida disse repetidamente que não, fez força e conseguiu fugir”. Neste caso, devido a tal comportamento, o progenitor foi condenado a 13 anos de prisão, em cúmulo jurídico.

Já o TRP (Proc. Nº 0610510), entendeu que beijos na boca e carícias entre um homem de 24 anos, amigo de família, e uma menor de 13, não consubstanciava um ato sexual de relevo. Os juízes desembargadores entenderam que “provando-se apenas que houve

---

<sup>36</sup>Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, 2º Ed., dirigido por FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, maio 2012, p. 834

<sup>37</sup>Expressão proferida pelo juiz desembargador Simas Santos em 2005.

<sup>38</sup>SOTTOMAYOR CLARA “*Temas (...)*” *Ob. Cit.*, p. 253.

beijos na boca e carícias não concretizados, não se sabendo se os beijos eram curtos ou prolongados, se se limitaram a mero toque dos lábios ou foram acompanhados de contacto das línguas e se as carícias foram em algumas partes erógenas do corpo ou se ficaram por simples toques nas costas, não se está perante ato sexual de relevo”. Consideraram existir “ato sexual de relevo” apenas quando se verificar uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito no domínio da sexualidade.

Quanto à natureza jurídica do crime, com a Reforma de 2007, devido aos mediáticos casos de ASC (nomeadamente o caso *Casa Pia*), o legislador optou por atribuir natureza pública à generalidade dos crimes sexuais contra menores.

Facilmente se compreende que a vítima sinta uma especial vulnerabilidade e um sentimento de isolamento e de insegurança, devido à natureza da sua relação com o ofensor e que tenha receio das consequências da sua denúncia.

Cumprе mencionar que, sendo o progenitor condenado num crime de abuso sexual contra o filho, e tendo a decisão transitado em julgado, por forma a proteger a criança, determina o art. 69º-C, nº 3 do CP que o mesmo é condenado na pena acessória de inibição do exercício das RP por um período fixado entre 5 e 20 anos.

## **V – AS CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL NO PROCESSO TUTELAR CÍVEL**

### **V.I – O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÓNIO**

Perante uma situação de violência parental, em que um, ou ambos os progenitores, são violentos com a criança, a forma como o Tribunal decide o processo de regulação das RP assume um especial relevo.

De acordo com o estatuído no art. 1901º do CC, durante a constância do matrimónio, o exercício das RP pertence a ambos os pais. Em Portugal, este exercício conjunto encontra apoio no art. 36º da CRP, que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges.

Destarte, sendo os progenitores casados, se vivem juntos ou se coabitam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se o regime do exercício conjunto das RP<sup>39/40</sup>. Ou seja, ambos decidem de comum acordo sobre todas as questões da vida do filho e não apenas as questões de particular importância.

---

<sup>39</sup>PINHEIRO DUARTE JORGE, *Direito da Família Contemporâneo*, 5º ed. Almedina, 2016. p. 238

<sup>40</sup>Cfr. Arts. 1901º, 1902º e 1911º, todos do CC.

Não estando os progenitores de acordo sobre as questões de particular importância na vida do filho, nos termos do art. 1901º, nºs 2 e 3 do CC e art. 44º do RGPTC, qualquer um deles pode requerer ao tribunal a resolução do diferendo e, não sendo possível obter a necessária conciliação, o tribunal ouvirá obrigatoriamente a criança antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas desaconselham que assim o seja<sup>41/42</sup>.

Quando a filiação da criança nascida fora do matrimónio se encontra estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, o exercício das RP pertence exclusivamente a esse progenitor.

Definir o que são questões de particular importância ou questões da vida corrente do filho é confiado à Doutrina e à Jurisprudência. De facto, tal como refere o sumário do Ac. TRL, de 02-05-2017 (Proc. Nº 897/12.IT2AMD-F.L1-1)<sup>43</sup>, “A delimitação entre os dois tipos de atos é difícil de estabelecer em abstrato, existindo uma “ampla zona cinzenta” formada por atos intermédios que tanto podem ser qualificados como atos usuais ou de particular importância, conforme os costumes de cada família concreta e conforme os usos da sociedade num determinado momento histórico.”

Prossegue o mencionado Ac. por exemplificar algumas questões de particular importância e algumas questões da vida corrente, expondo que “devem considerar-se “questões de particular importância”, entre outras: intervenções cirúrgicas das quais podem resultar riscos acrescidos na saúde do menor; a prática de certas atividades desportivas; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado. Devem considerar-se “atos da vida corrente”, entre outros: as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contactos sociais; o ato de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina”.

Caso um dos progenitores tenha sido inibido do exercício das RP por decisão judicial, em consequência de uma condenação pelo crime de abuso sexual do filho, passará a ser

---

<sup>41</sup>Cfr. Art. 1901º, nº 3 do CC.

<sup>42</sup>A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse – cfr. art. 5º, nº 1 RGPTC. Atualmente a lei não faz qualquer referência à idade do menor para efeitos da sua audição.

<sup>43</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

o outro progenitor a assumir tal exercício nos termos do art. 1903º do CC. E, havendo uma inibição dos dois, então a sobredita norma elenca a ordem de pessoas a quem caberá esse mesmo exercício.

## V.II – NOS CASOS DE DIVÓRCIO E OUTRAS SITUAÇÕES ANÁLOGAS

Perante uma situação de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento ou em situações em que nunca houve casamento nem união de facto, as grandes alterações introduzidas pela Lei nº 61/2008 de 31 de outubro verificaram-se nos arts. 1905º e 1906º do CC<sup>44</sup>. Agora, conforme resulta do art. 1906º do CC, as RP relativas às questões de particular importância devem ser exercidas em conjunto por ambos os pais, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio (cfr. arts. 1901º, 1906º, 1911º e 1912º)<sup>45</sup>.

A expressão “exercício conjunto das RP” refere-se à questão jurídica de saber a quem compete a tomada de decisões relativas aos assuntos de particular importância, estipulando a lei no art. 1906º, nº 1 do CC, que os pais devem decidir de comum acordo estas questões, pois no que concerne aos atos da vida corrente, estas ficam a cargo do progenitor com quem o filho resida habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontre temporariamente. Porém, este último, ao exercer as suas RP, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor com quem o filho resida habitualmente (art. 1906º, nº 3 do CC).

Esta alteração ao regime das RP teve como principal objetivo promover uma maior participação de ambos os pais na vida do filho, evitando que o divórcio ou separação leve a um afastamento de um dos progenitores em relação ao filho, debilitando o respetivo relacionamento afetivo<sup>46</sup>.

Como resulta da exposição de motivos do Projeto-Lei 509/X, o legislador pretendeu aumentar o envolvimento e o protagonismo dos pais, homens, na prestação de cuidados e apoio aos seus filhos.

“A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais para as decisões de grande relevância da vida dos filhos decorre do respeito pelo princípio do superior

---

<sup>44</sup>LOBO XAVIER, RITA “*Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*”, Almedina, 2010, p. 64.

<sup>45</sup>No regime anterior à Lei nº 61/2008, apenas por acordo dos pais é que o exercício era conjunto.

<sup>46</sup>LOBO XAVIER, RITA, “*Recentes (...)*” Ob. Cit., p. 65.

interesse da criança. Esta alteração acompanha a experiência da jurisprudência e a legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para a guarda conjunta.<sup>47</sup>

Nestas situações, a regulação do exercício das RP visa resolver quatro questões essenciais: (i) o modo de exercício das RP; (ii) fixar a residência da criança; (iii) estabelecer o regime de visitas com o progenitor não residente e, (iv) determinar os alimentos devidos ao filho.

À partida, o tribunal determina a aplicação do exercício conjunto das RP no que concerne às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio.

Porém, situações há em que, atendendo ao superior interesse da criança, o juiz pode determinar, por juízo fundamentado, que esse exercício deve ser atribuído apenas a um dos progenitores (art. 1906º, nº 2), passando a haver um exercício unilateral das mesmas, ou ainda a um terceiro, nos casos em que os pais não possam, ou não consigam desempenhar da forma exigida os seus deveres, podendo, nessas situações haver lugar a uma limitação ou até mesmo uma inibição das responsabilidades parentais.

Existem, assim, exceções ao exercício conjunto. É o caso de existir um impedimento ou quando os pais não vivem juntos e o exercício em comum seja tido como contrário ao interesse da criança (arts. 1906º, nº 2; 1911º, nº 2, 1912º, nº 1)<sup>48</sup>.

Cumprе mencionar uma alteração importante introduzida pela Lei nº 24/2017 de 24 de maio, que alterou o CC em matéria de regulação das RP em situações de crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, criando mais uma exceção ao exercício conjunto das RP.

Com a entrada em vigor da referida Lei, foi aditado ao CC o art. 1906º-A, o qual dispõe: “considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se:

- a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou
- b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.”

---

<sup>47</sup>Exposição de motivos do Projeto-Lei 509/X, p. 9.

<sup>48</sup>DUARTE PINHEIRO JORGE, Ob. Cit., p. 237.

Note-se que precedentemente à introdução desta norma, a nossa lei já entendia que as situações de violência doméstica cabiam no art. 1906º, nº2 em que se julgava o exercício conjunto contrário ao interesse da criança, pelo que a inclusão do art. 1906º-A no CC apenas pretendeu dar uma maior visibilidade a estes casos, fortalecendo o que se considera ser contrário ao interesse do menor.

Neste contexto, o MP deve requerer no prazo máximo de 48 horas, após tomar conhecimento da situação de violência, a regulação ou a alteração da regulação das RP.

Cada vez mais, a violência doméstica é um problema social recorrente<sup>49</sup>. Não obstante as várias campanhas de prevenção e das diversas medidas implementadas, a realidade demonstra que é um fenómeno emergente, apresentando ano após ano números preocupantes. Inúmeros ambientes familiares são marcados por episódios de violência doméstica ou por abusos sexuais de crianças por um dos progenitores, pelo que é urgente proteger as crianças vítimas destas situações de violência.

No contexto de violência familiar, a existência de filhos menores torna os casos mais complexos, uma vez que estes acabam por ser também vítimas indiretas da violência familiar.

“Se não é razoável, nem justo, obrigar a vítima de violência doméstica a conviver estritamente com o agressor, pois pode existir perigo de voltar a ser agredida, a imposição de tal convívio é certamente contrária ao interesse dos filhos menores.”<sup>50</sup>

Assim, verificando-se uma situação de violência contra a criança, a relação desta com o abusador deve ser cortada e, tendo em conta o seu superior interesse, a introdução desta norma visa criar uma exceção ao exercício conjunto das RP, devendo o tribunal atribuir esse exercício apenas ao progenitor não abusador ou, eventualmente, no caso de ambos os pais serem violentos, a um terceiro.

Tal aditamento ao CC é, sem dúvida, um passo importante na necessidade urgente de proteger as famílias e vítimas destes crimes de violência, na medida em que cria um mecanismo de resposta rápida na proteção e garantia dos direitos em causa.

Acresce que está igualmente em harmonia com o art. 31º da Convenção de Istambul<sup>51</sup>, que exige aos Estados Partes a adoção de medidas legislativas que tenham em

---

<sup>49</sup>O relatório da União de Mulheres Alternativa e Resposta indica que, nos primeiros seis meses de 2018, foram assassinadas mais de 16 mulheres vítimas de violência doméstica.

<sup>50</sup>GOMES DE MELO HELENA, VASCONCELOS RAPOSO JOÃO, ET. AL., “*Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*”, 2ª Ed., p. 163.

<sup>51</sup>Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica.

consideração as situações de violência na tomada de decisões relativas à fixação de residência da criança e ao regime de visitas das mesmas.

### V.III – O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

O critério norteador em matéria de regulação das RP é o superior interesse da criança. Esta ideia é reforçada pelo art. 3º, nº 1 da CDC que dispõe: “todas as decisões relativas a crianças (...), terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”

Todavia, este critério apresenta-se como um conceito indeterminado, carecendo de preenchimento valorativo, chamando a atenção para a criança como pessoa e para os seus direitos.

O legislador utiliza os conceitos indeterminados recorrentemente no direito da família, precisamente porque “um texto legal não pode apreender o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade”, sendo impossível uma definição de interesse do menor que abranja todos os casos possíveis pois há tantos interesses da criança como crianças.”<sup>52</sup>

Sendo um conceito indeterminado, este não é um livre arbítrio, a que cada um atribui o significado que bem entende, sendo insuscetível de ser preenchido em abstrato para todos os casos, apenas adquirindo eficácia quando referido ao interesse de cada criança.

Nos ensinamentos de CLARA SOTTOMAYOR, “o conceito de interesse da criança comporta uma pluralidade de sentidos. Não só porque o seu conteúdo se altera de acordo com o espírito da época e com a evolução dos costumes, ou porque é diferente para cada família e para cada criança, mas também porque relativamente ao mesmo caso, é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação de facto.”<sup>53</sup>

A mesma autora<sup>54</sup> menciona ainda alguns subcritérios relevantes que devem ser tidos em consideração na determinação do interesse da criança, podendo estes ser divididos em fatores relativos à criança e fatores relativos aos pais.

Nos primeiros, podem ser apontadas as necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais, o sexo e a idade da criança, o seu grau de desenvolvimento físico e psíquico, a adaptação da criança a ambientes extrafamiliares de origem e os efeitos de uma mudança

---

<sup>52</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “Regulação (...)”, Ob.cit., p. 42

<sup>53</sup>Ac. TRG de 16-06-2016, Proc. Nº 253/10.6TMBRG-A.G1.

<sup>54</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “Regulação (...)”, Ob. Cit. p. 48.

de residência. Nos segundos, deve ter-se em conta, entre outras, a capacidade dos pais em satisfazer as necessidades do filho, o tempo disponível para cuidar deles, a sua saúde física e mental, o seu estilo de vida e comportamento moral, a estabilidade que cada um deles pode facultar ao filho.

#### **V.IV – A FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA**

##### **V.IV.I – CRITÉRIOS LEGAIS**

O divórcio dos pais não pode significar o divórcio dos filhos. Para um desenvolvimento harmonioso da criança, o ideal é que esta tenha um relacionamento equilibrado com ambos os progenitores.

A fixação da residência da criança consubstancia assim, um dos aspetos importantes a regular quando os progenitores não vivem juntos ou, nos casos em que não chegam a acordo em relação à vida dos filhos.

Perante uma situação de divórcio, separação de pessoas e bens, uma declaração de nulidade ou anulação do casamento, em consonância com outros instrumentos internacionais, o legislador português prevê que o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita por parte do progenitor não residente, de acordo com o interesse do filho, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro (art. 1906º, nº 5 do CC). Decidirá, também, sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles (nº 7).

Note-se, porém, que a fixação da residência da criança não se confunde com o exercício das RP, porquanto apesar de a criança passar a residir com um dos progenitores, conforme estabelece o art. 1906º, nº 1, as RP relativas às questões de particular importância na vida do filho são exercidas em comum por ambos, salvo se tal se demonstrar contrário ao interesse da criança (nº2).

Existem três modalidades do exercício conjunto: (i) exercício conjunto com a fixação da residência principal da criança com um dos progenitores; (ii) exercício conjunto com alternância da residência da criança, de acordo com um determinado ritmo temporal; (iii)

exercício conjunto com a permanência da criança na casa de morada de família, vivendo aí os pais alternadamente (Bird Nest Arrangement)<sup>55</sup>.

Da leitura do art. 1906º do CC, conclui-se que o legislador português adotou o modelo do exercício conjunto das RP quanto às questões de particular importância, com residência principal da criança junto de um dos pais e um regime de visitas em relação ao progenitor não residente.

Este processo de definir qual o melhor destino a dar à criança envolve uma avaliação e ponderação rigorosa de todas as circunstâncias do caso, que é único, antes da tomada de qualquer decisão e esta, deve atender não apenas aos factos passados, como também devem ser analisados os factos futuros.

Todas as decisões nesta matéria devem ser orientadas no superior interesse da criança. Assim, é fundamental que os juízes conheçam de todos os factos e que tenham um contacto próximo com todos os intervenientes. Implica, igualmente, a cooperação de profissionais de outras áreas, desde psicólogos a profissionais da área médica, que trabalham na recolha de informação junto da criança e que possa ter credibilidade na fundamentação da decisão do juiz.

Sendo a criança vítima de abuso sexual por um dos seus progenitores e tendo de ser decidido com qual dos progenitores passará a residir, tal acarreta uma tremenda responsabilidade por parte de todos os intervenientes por forma a assegurar o bem-estar físico e emocional do menor, não o colocando numa situação de perigo.

#### **V.IV.II – O CRITÉRIO JURISPRUDENCIAL DA FIGURA PRIMÁRIA DE REFERÊNCIA**

Durante largos anos, a tendência da jurisprudência, nos casos de regulação das RP, era a de dar preferência à progenitora relativamente à atribuição da guarda da criança - regra da preferência maternal.

Tal regra aplicava-se aos filhos menores até aos três anos de idade, orientação também seguida no domínio do CC de 1867. Foi apenas com a reforma de 1977 que passou a haver uma generalização da preferência maternal, sendo a questão da guarda dos filhos perspectivada à luz da maternidade e do carácter insubstituível da ação da mãe na educação do filho, sobretudo quando este é de tenra idade<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup>Este modelo foi utilizado maioritariamente nos EUA, sendo rara a sua aplicação, tendendo a aplicar-se durante as fases de transição. – Cfr. CLARA SOTTOMAYOR “Regulação (...)” Ob. Cit. p. 71.

<sup>56</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “Regulação (...)” Ob. Cit., p. 51.

No entanto, apesar de este critério continuar a ser aplicado na nossa jurisprudência (embora cada vez menos), a tendência foi-se alterando, acompanhando a ideologia que a sociedade e a própria lei constitucional têm acerca dos papéis de pai e mãe e a Lei nº 61/2008 veio também fortalecer o princípio da igualdade<sup>57</sup>.

Surgiu então o critério do “Primary Caretaker” (figura primária de referência), que foi definido pela primeira vez numa decisão do STJ de West Virginia (*Garska v. McCoy*) e que enumerou um conjunto de fatores determinantes para decidir a quem deve ser confiada a criança.

A figura primária de referência é atinente ao progenitor que realiza os atos diários na vida de uma criança, fundamentais para o seu cuidado e sustento, como por exemplo, aquele que prepara a alimentação e vestuário da criança, que trata da sua higiene, que compra os medicamentos e trata dos cuidados médicos, que deita e atende à criança a meio da noite, que a ensina as boas maneiras e os hábitos de cuidados pessoais, etc.

Em todo o caso, independentemente de essa pessoa ser a mãe ou o pai, o juiz deve decidir sempre em concordância com a preferência da criança, da relação afetiva que esta possui com os progenitores e a continuidade dessa relação. Não existindo qualquer distinção na intensidade dessa relação, deve ser atendida a vontade da criança, desde que esta tenha maturidade para se pronunciar e que o seu envolvimento no processo judicial não lhe cause perturbações psicológicas.

Veja-se, a este propósito o sumário do Ac. TRP de 20-02-2017 (Relator: Manuel Fernandes), “embora a figura primária de referência, seja tida como referente no meio jurídico e seguida pelos nossos tribunais, cremos ser insuficiente para estribar uma decisão sobre o projeto de vida de uma criança, pois que limita todo um manancial de experiências a um momento (aquele em que criança é mais dependente) e a uma única figura, desvalorizando outros aspetos vivenciais da criança que são fundamentais para que ela se desenvolva de forma harmoniosa e autónoma. A investigação científica tem posto em evidência a importância de a criança manter o relacionamento e os vínculos com ambos os progenitores, desde que estes revelem competências parentais adequadas, desmontando a ideia de que a figura que esteve mais presente nos primeiros meses/anos de vida é a única figura de vinculação importante para a criança ou a figura de vinculação exclusiva. Nas ações de regulação das responsabilidades parentais, a melhor decisão resultará sempre da análise séria e sensível dos elementos da matéria de facto, do

---

<sup>57</sup>LEITE RODRIGUES, HUGO, Ob. Cit., p. 75 e 80.

conhecimento imediato dos magistrados relativamente às pessoas envolvidas, e do empenho na procura da satisfação do melhor interesse da criança”.

#### **V.V – A RESIDÊNCIA ALTERNADA**

A residência da criança, pode ser fixada junto da mãe, junto do pai, ou junto de ambos – a denominada residência alternada.

Esta última consiste num modelo de coparentalidade onde existe o exercício conjunto das RP e um regime de convívio da criança com ambos os progenitores com tempos equilibrados.

Havendo uma residência alternada, tal implica que a criança resida durante um certo período de tempo com cada um dos progenitores, por exemplo, semanalmente ou mensalmente e que todas as questões da vida corrente do filho são tomadas pelo progenitor com quem a criança está naquele momento. Já as questões de particular importância têm de ser decididas em conjunto por ambos, a não ser que tal vá contra o interesse da criança (art. 1906º nº 2 do CC).

O art. 1906º do CC prevê, como modelo habitual, que a criança tenha uma residência fixa junto de um dos pais, podendo, todavia, haver estadias variáveis da criança junto do outro progenitor. A lei permite e promove esta solução na medida em que pretende que haja amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores e uma partilha de responsabilidades entre eles (nº7).

No entanto, tal modelo pode não ser o mais adequado para todas as crianças, devendo ser tidas em consideração todos os elementos do caso e as características das diferentes famílias.

No atual quadro legal nada impede que os progenitores, por acordo, e desde que satisfaça os superiores interesses do filho, estabeleçam a residência alternada no âmbito do exercício conjunto das RP, regime que pressupõe, e não pode prescindir, da existência de capacidade de diálogo, entendimento, cooperação e respeito mútuo por banda dos pais, da partilha de um projeto de vida e de educação comuns em relação ao filho, para além de residirem em área geográfica próxima, que não implique alteração constante do estabelecimento de ensino do filho, beneficiem ambos de adequadas condições

habitabilidade e que a criança manifeste opinião concordante, tendo em conta a sua idade e maturidade, entre outros elementos relevantes<sup>58</sup>.

Quanto ao interesse da criança, diversos profissionais como os psicólogos, médicos e especialistas em psiquiatria infantil, consideravam a residência alternada prejudicial para as crianças de tenra idade, na medida em que comprometia a estabilidade e o equilíbrio no estilo de vida do menor.

Contudo, devido ao aumento dos casos de divórcios, houve uma mudança de mentalidades e, cada vez mais, os pais divorciados que desejavam ter uma relação de maior proximidade com os filhos, consideravam que a residência alternada deveria ser o ponto de partida de qualquer decisão judicial ou acordo parental<sup>59</sup>.

CATARINA RIBEIRO considera que “é redutor pensar num «modelo único» para defender o interesse da criança e gerir a relação dos pais com os filhos. É preciso considerar as especificidades da cada família.” Mas, concorda que há consenso: “Quando as competências parentais estão asseguradas, o regime que pode ser mais favorável para a criança é o que lhe permite ter um contacto alargado com ambos os progenitores. Nesse sentido, o regime de residência alternada pode ser o que mais se aproxima de um modelo de convívio consistente.<sup>60</sup>”.

O sumário do Ac. TRC de 27-04-2017 (proc. nº. 4147/16.3T8PBL-A.C1), numa decisão relativa à residência alternada determinou: “É posição dominante na jurisprudência a admissibilidade da guarda partilhada (ou residência alternada), por acordo ou por imposição do tribunal, desde que haja uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores possam ser, de algum modo, amenizados. A guarda partilhada com residências alternadas configura-se atualmente como a solução “ideal”, embora nem sempre possível, como é o caso de famílias com histórico de violência doméstica, de grande conflitualidade entre os progenitores ou quando estes residem em diferentes localidades. Se, desde a separação do casal, a menor tem residido alternadamente com o pai e com a mãe, por acordo entre ambos, vivência da qual o relatório social dá uma imagem globalmente positiva, dele sobressaindo, e dos mais elementos dos autos, uma quase equivalência das condições oferecidas por cada um dos progenitores, o interesse da menor imporá a opção pela manutenção do regime da residência alternada”.

---

<sup>58</sup>Sumário do Ac. TRE de 22-03-2018, proc. nº 297/15.1T8PTM-C.E1 (Relator: Tomé Raimão).

<sup>59</sup>SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, *Temas (...)* Ob. Cit., p. 93.

<sup>60</sup>Disponível em <https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/residencia-alternada/>

Por forma a acautelar os direitos e interesses da criança, os tribunais têm o dever de investigar todos os elementos do caso, para que a homologação do acordo de residência alternada não coloque a criança em perigo e, havendo dúvidas sobre a sua adequação, a opinião desta deve ser tida em consideração nas decisões judiciais e na homologação do acordo (art. 1901º, nº 3 do CC).

Sendo um dos progenitores ou outro elemento da família negligente, agressivo ou abusador, permitir um regime de residência alternada é colocar a criança numa situação de perigo extremo e contínuo.

Enquanto decorre um processo-crime por suspeitas ou indícios de abuso sexual por parte de um dos progenitores, o facto de a criança continuar a residir alternadamente com o progenitor abusador é exponenciar o risco para a criança pois nada obstaculiza a que os abusos continuem.

A própria Resolução de 2015 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa determina que os Estados devem incluir nas suas leis o princípio da residência alternada após uma separação ou divórcio, excluindo os casos de abuso ou negligência da criança e em situações de violência doméstica.

A propósito desta questão, veja-se o Ac. do TRL de 07-06-2018 (proc., nº 7976/13.6TBCSC-E.L1-6) que alterou a residência alternada pelo regime da residência exclusiva, perante uma situação de abuso sexual de uma criança de 7 anos, pelo seu meio-irmão de 23 anos. Ficou a constar dos autos que o progenitor (AM) teve dois filhos de diferentes casamentos – DM e RM. DM nasceu em 1995 e RM em 2011.

Entre agosto de 2015 e fevereiro de 2016, o menor RM, costumava frequentar, em fins-de-semana alternados a casa do seu progenitor, onde também residia o seu irmão DM. Durante aquele período temporal, ficou provado que o arguido (DM), por diversas vezes, chamava o ofendido (RM) para o seu quarto, e, em pelo menos duas ocasiões, deitou-o na sua cama, puxando-o para junto de si e, após baixar as suas cuecas, obrigou o ofendido a introduzir o seu pénis ereto na boca. O arguido sabia que o seu irmão era menor de idade e agiu de forma livre, deliberada e consciente, com o propósito de praticar os aludidos atos sexuais com um menor de 14 anos de idade, abusando da sua inexperiência e bem sabendo que punha em causa o livre desenvolvimento da sua personalidade do menor na esfera sexual.

Esta recente decisão do tribunal confirmou que “(...) sendo certo que a separação dos progenitores não implica o afastamento da criança de qualquer deles, antes impondo o esforço de manutenção dos seus laços afetivos com ambos, equidistante dos problemas e

conflitos que estiveram na origem da separação dos progenitores. No caso sub judice, os autos nada revelam em desabono do pai do RM, contudo o local onde terão ocorrido os alegados abusos é a residência do progenitor, pelo que, obrigar o RM a frequentar tal espaço poderá ter no menor o efeito de estar constantemente a reviver toda a situação, o que, como é evidente, pode ser absolutamente nefasto para o equilíbrio psíquico da criança. Assim, enquanto perdurar a pendência dos autos crime e até ao seu desfecho final, pensamos que os superiores interesses do RM - físico, intelectual, moral e social – ficarão mais acautelados com vista a não comprometer o seu normal e saudável crescimento colocando o menor a residir com a mãe, atribuindo-se-lhe a guarda exclusiva, embora assistindo ao pai o direito a ter consigo o filho RM, todos os sábados ou domingos (...).”

A respeito da residência alternada, cumpre aludir à petição entregue na AR pela Associação Portuguesa pela Igualdade Parental e os Direitos dos Filhos em junho do presente ano, a favor da presunção da residência alternada da criança como regra em caso de divórcio dos pais.

Aqueles que defendem esta alteração pretendem “aprofundar o processo de igualdade de género na sociedade portuguesa”<sup>61</sup>.

É verdade que as crianças beneficiam sempre de um relacionamento equilibrado com ambos os pais. Em situações de dissociação familiar, quando os progenitores têm uma boa capacidade de colaboração e reunindo-se as condições necessárias para garantir uma estabilidade física e emocional da criança, o acordo de homologação de residência alternada pode ser favorável.

Não obstante, atendendo ao quadro atual dos casos de violência doméstica e de abusos sexuais que ocorrem no seio familiar, definir logo à partida que a residência da criança seja alternada, significa colocar as crianças vítimas numa situação de perigo.

## **VI – O REGIME DE VISITA COMO PODER-DEVER E A POSSIBILIDADE DA SUA NEGAÇÃO**

No que ao convívio do progenitor não residente com o filho diz respeito, o direito de visita impõe a salvaguarda do interesse do próprio menor em manter com aquele

---

<sup>61</sup>Ana Marques *in* Jornal Observador disponível em <https://observador.pt/2018/07/16/residencia-alternada-peticao-a-ser-entregue-na-assembleia-enfrenta-oposicao-de-23-associacoes/>.

progenitor uma relação de proximidade a que se alude, no nosso ordenamento jurídico, no art. 1906º nº 7 do CC<sup>62</sup>.

Este direito é considerado um verdadeiro poder-dever, dado que deve ser exercido essencialmente no interesse do menor e não apenas no interesse do progenitor não residente. “O direito de visita do progenitor não guardião não representa uma faculdade, um direito subjetivo do parente do menor, mas antes um direito a que estão associados deveres, nomeadamente, o dever de se relacionar com os filhos com regularidade, em ordem a promover o seu desenvolvimento, físico e psíquico, e o dever de colaborar com o progenitor guardião no cuidado dos filhos e na assistência aos mesmos prestada, sendo, nas situações de fracionamento do poder paternal, a janela ainda aberta para um espaço de realização pessoal do menor que importa, sobremaneira, preservar.”<sup>63</sup>

No entanto, este direito ao convívio pode ser negado em casos devidamente fundamentados e sempre que o superior interesse da criança desaconselhe o seu exercício, como é o caso de o progenitor assumir comportamentos violentos como maus tratos ou abusos sexuais com a criança.

Nos processos de regulação das RP em que há suspeitas de abuso sexual em relação a um dos pais, os tribunais, no exercício do seu dever de protecção de crianças e jovens devem suspender as visitas, quando estas se mostrem incompatíveis com o interesse da criança, e proceder a investigações dos factos, no exercício do poder inquisitório de que dispõem.

O art. 40º, nºs 2 e 3 do RGPTC prevê que no interesse da criança e sempre que se justifique, o juiz pode determinar que os contactos sejam supervisionados por uma equipa multidisciplinar de acessoria técnica e que, excecionalmente, pelo tempo que se revele estritamente necessário, pode ser ordenado a suspensão do regime de visitas.

HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA entendem que a negação do direito de visita só tem razão de ser quando ocorra alguma das circunstâncias que originou o decretamento de uma medida limitativa do exercício das RP ou de uma medida inibitória das mesmas, ou nos casos em que o progenitor prescindia do convívio com a criança<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup>Sumário do Ac. do TRL de 26-01-2017, Processo nº 776/12.2TMLSb, 8ª secção.

<sup>63</sup>Sumário do Ac. TRC de 31-01-2006, proc. Nº 4027/05 (Relator: Hélder Roque).

<sup>64</sup>BOLIEIRO HELENA e GUERRA JORGE, “*A criança e a família, uma questão de direitos*”, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2014, p. 216.

Havendo provas de ter havido um abuso sexual ou mesmo nos casos em que tal não tenha ficado provado, mas a criança mostra aversão ao progenitor não residente<sup>65</sup>, o tribunal de família deve decretar a exclusão ou a suspensão do direito de visita numa atitude prudente a favor da criança. O tribunal tem o dever de investigar todos os factos quando há alegações de abuso sexual por forma a proteger a criança.

Conforme decidiu o Ac. TRC de 16-11-2010<sup>66</sup> “A indicição de uma situação de abuso sexual de uma menor, temporal e situacionalmente associada ao regime de visitas ao progenitor não guardião, consubstancia um elevado perigo para a menor, justificando amplamente a restrição desse direito de visitas até ao ponto de estar totalmente garantido o afastamento desse perigo”. No caso, num processo de regulação das RP, a residência da menor foi fixada junto da sua progenitora, tendo sido estabelecido um regime de visitas ao pai sem restrições, podendo inclusivamente a menor ficar em sua casa durante os fins-de-semana. Após suspeitas de que a menor havia sido molestada sexualmente pelo seu progenitor, a progenitora requereu ao tribunal a alteração do regime de visitas, o qual foi concedido, passando o pai a visitar a menor na presença de outro elemento da família.

Citando CLARA SOTTOMAYOR, “não se compreende que os tribunais e os profissionais que coadjuvam a função judiciária, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, encarem as alegações de abuso sexual com ligeireza e facilitismo, e estipulem um regime de visitas da criança ao progenitor, durante a pendência de um processo-crime por abuso sexual de crianças, ou entreguem a sua guarda ao progenitor suspeito de abuso sexual (...)”<sup>67</sup>.

## VII - A LEI Nº 24/2017 E AS SUAS ALTERAÇÕES

Atendendo a que a realidade de inúmeras famílias é marcada por episódios de violência doméstica e outras formas de violência em contexto familiar, há muito urgência a necessidade urgente de proteger as vítimas.

Surgiu assim, a 24 de maio de 2017, fruto do Projeto de Lei 345/XIII, a Lei nº 24/2017 que promove a regulação urgente das RP em casos de violência familiar.

A convenção de Istambul, no seu art. 31º, reconhece que “as Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que os incidentes

---

<sup>65</sup>Cfr. art. 249º do CP. A conduta punível agora abrange formas de incumprimento do regime estabelecido na regulação do exercício das RP – LOBO XAVIER RITA, “*Recentes (...)*” Ob. Cit., p. 71.

<sup>66</sup>Proc. Nº 2134/09.7TBCTB.C1.

<sup>67</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “*A alienação (...)*” Ob. Cit. p., 20.

de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção sejam tidos em conta na tomada de decisões relativas à guarda das crianças e sobre o direito de visita das mesmas. Bem como deverão também adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que o exercício de um qualquer direito de visita ou de um qualquer direito de guarda não prejudique os direitos e a segurança da vítima ou das crianças.”

Além da já mencionada alteração ao CC com o aditamento do art. 1906º-A, no mesmo sentido de proteger as crianças esta lei alterou igualmente a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro – que estabelece o regime aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas -, introduzindo o art. 31º, nº 4. Agora, constatando-se uma situação de violência doméstica, o MP do tribunal criminal, deve comunicar ao MP do tribunal de família o estatuto de vítima da mulher e da criança, qual a MC que foi aplicada ao agressor, a fim de ser instaurado, num prazo máximo de 48 horas, um processo de regulação urgente das RP, para decidir a residência da criança, o regime de visitas e a obrigação de alimentos.

O art. 200º do CPP (*imposição de condutas*), também sofreu uma alteração, com a introdução do nº 4, prevendo-se agora que, após a constituição de arguido pela prática do crime de violência doméstica, caso seja decretada uma MC ou pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, estas medidas sejam imediatamente comunicadas ao representante do MP, para efeitos de instauração, com carácter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das RP.

Cumprir destacar, igualmente, as alterações produzidas por este diploma ao RGPTC, ao qual foram aditados os arts. 24º-A e 44º-A. Prevê-se agora que, sendo decretada uma MC ou uma pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou se estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou ASC, não é admitido o recurso à audição técnica especializada e à mediação entre as partes.

De acordo com o art. 40, nºs 2 e 3, ao juiz é ainda permitido suspender o direito de visita ao progenitor contra quem está a correr um processo-crime por violência doméstica ou outras formas de violência em contexto familiar.

Refira-se, ainda, outra alteração importante: as declarações para memória futura prestadas pela criança no processo-criminal, são agora valoradas como meio de prova nos processos tutelares cíveis, constituindo mais uma forma de articular os dois processos e evitando que a criança seja ouvida várias vezes.

Nos casos de abuso sexual, os tribunais e os profissionais das diversas áreas que coadjuvam os juizes na tomada de decisões, devem orientar-se sempre no sentido de proteger a criança. Ora, tendo a criança sido abusada sexualmente por um dos seus progenitores, ou havendo apenas uma suspeita de que ocorreu um abuso, a criança deve ser imediatamente retirada do seio onde ocorrem os abusos por forma a garantir a sua segurança e bem-estar

Assim, todas estas alterações são mais um passo importante na proteção e garantia dos direitos das crianças vítimas direitas ou indiretas de violência em contexto familiar, visto que visam reforçar a comunicação entre os tribunais criminais e os tribunais de família e menores, bem como, pretendem tornar estas situações céleres, conferindo-lhes carácter de urgência.

### **VIII- LIMITAÇÕES E INIBIÇÕES AO EXERCÍCIO DAS RP**

O exercício das RP pode ser objeto de limitações (quanto à pessoa do filho<sup>68</sup>, ou quanto ao seu património) e, nos casos mais graves, de inibições.

Provando-se uma situação de perigo para a criança, definido no art. 3º da LPCJP como uma situação que coloque em perigo a sua segurança, saúde, formação moral ou educação, a requerimento do MP ou de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda esteja confiada, e não sendo um caso de tal maneira grave que justifique uma inibição do exercício das RP, o tribunal pode limitar esse exercício.

Como refere PAIS DE AMARAL<sup>69</sup>, “embora a situação não seja de molde a justificar a inibição do exercício das responsabilidades parentais, o Estado não pode ficar indiferente à atuação perniciososa dos progenitores e pela via dos tribunais, deve decretar as providencias que no caso se impõem”.

Sendo ambos os progenitores abusivos, feita essa limitação, são posteriormente decretadas as providências adequadas, *maxime*, confiando a criança a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência. Nestes casos, não obstante os progenitores conservarem a titularidade das RP, havendo uma limitação das mesmas, eles deixam de as poder exercer normalmente.

Quando só um dos progenitores tem comportamentos graves para com a criança, e nas situações de dissociação familiar, o tribunal pode estipular um exercício unilateral das RP

---

<sup>68</sup>Cfr. Arts. 1907º, 1918º e 1919º do CC.

<sup>69</sup>AMARAL PAIS “*Direito da Família e das Sucessões*”, 4ª Ed., Almedina, p. 250.

ao outro progenitor. Caso os progenitores vivam juntos, através do art. 1918º, atribui-se esse exercício ao outro progenitor, não violento.

No que concerne à inibição das RP, nas palavras de HELENA BOLIEIRO e JORGE GUERRA “quando os pais adotam comportamentos e, atitudes para com os filhos, de tal forma graves e muitas vezes irreversíveis, o Direito inibe-os do exercício das responsabilidades parentais”<sup>70</sup>.

O CC prevê a inibição de pleno direito (arts. 1913º e 1914º) e a inibição decretada pelo tribunal (arts. 1915º e 1916º).

A inibição de pleno direito prevê os casos de condenação criminal, incapacidade civil e de ausência. A lei determina automaticamente que os pais, em certas circunstâncias, ficam inibidos do exercício das RP<sup>71</sup>. Destarte a alínea a) do nº 1 do art. 1913º do CC parece colocar um paradoxo, porquanto de acordo com o art. 30º, nº 4 da CRP, “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”.

Porém, como já mencionado, sendo um dos progenitores condenado pelo crime de abuso sexual e, tendo a sentença transitado em julgado, o art. 69º-C do CP prevê como pena acessória a inibição do exercício das RP por um período fixado entre 5 e 20 anos.

De facto, perante a prática de um crime de ASC desencadeado pelos pais, ou sobre outras pessoas que têm os mesmos deveres, nos termos do art. 1915º do CC, deve ser instaurada uma providência de inibição do exercício das RP. Essa inibição deve igualmente prever a suspensão do direito de visitas por parte do progenitor abusador, pois nada impedirá que a criança continue a ser abusada sexualmente durante o regime de visitas.

Um progenitor que abusa sexualmente do seu filho viola grosseiramente todos os seus deveres para com o filho, legitimando-se, assim, a separação dos filhos dos pais nos termos do art. 32º, nº 6 da CRP e a conseqüente limitação ou inibição do exercício das RP.

---

<sup>70</sup>BOLIEIRO HELENA e GUERRA JORGE, Ob. Cit., p. 303.

<sup>71</sup>Art. 1913º do CC.

## IX – CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL A NÍVEL DA LPCJP

A necessidade de proteger as crianças encontra enunciação expressa em vários diplomas legais, em especial na Lei nº 147/99 de 1 de setembro que aprovou a LPCJP.

O âmbito de aplicação da LPCJP exige três requisitos: que se trate de uma criança ou jovem; que se encontre numa situação de perigo; que resida ou se encontre em território nacional.

O art. 3º, nº 2, alínea b) da LPCJP, considera que a criança ou jovem está em perigo quando “sofre maus tratos físicos, psíquicos ou é vítima de abuso sexual”, estando sujeitas à aplicação de uma das medidas de promoção e proteção previstas no art. 35º do mesmo diploma legal.

Em ordem a que seja aplicada uma medida de proteção e promoção, a LPCJP, ao contrário do processo penal, não exige a prova da intenção do agente, nem a sua culpa jurídico-criminal, contendo, assim, um conceito mais amplo de abuso sexual.

Esta intervenção e promoção com crianças e jovens em perigo, encontra o seu fundamento na nossa Lei Fundamental, no art. 69º da CRP, que confere à sociedade e ao Estado o dever de proteger a criança contra todas as formas de abandono, de discriminação e opressão e o exercício abusivo da autoridade, bem como no artigo 19º da CDC.

Conforme referido no sumário do Ac. do TRL de 16-11-2016<sup>72</sup>:“(…) o conteúdo dos poderes/deveres parentais faz impender sobre os progenitores diversas obrigações que têm fundamentalmente em vista o crescimento harmonioso dos seus filhos, perspetivando toda a sua atuação para a defesa dos interesses destes últimos. (...) Prosseguindo essa mesma filosofia, surgiu a atual LPCJP, destinada a auxiliar e encaminhar o menor em situações de rutura. A intervenção do tribunal deverá surgir como último reduto para encaminhamento dos menores de harmonia com os princípios de intervenção preventiva e precoce, da intervenção mínima e da proporcionalidade, necessidade e da atualidade - artigos 4º, alíneas a), c), e), g) e 34º, alíneas a) e b) da LPCJP”.

Os princípios orientadores desta intervenção encontram menção expressa no art. 4º da LPCJP. São eles: interesse da criança; privacidade; intervenção precoce; intervenção mínima; proporcionalidade e atualidade; responsabilidade parental; primado da

---

<sup>72</sup>Proc., nº 16633/16.0T8LSB-C.L1-7.

continuidade das relações psicológicas profundas; obrigatoriedade de informação; prevalência da família; audição obrigatória e participação; subsidiariedade.

É, de facto, o interesse da criança o princípio base que legitima toda e qualquer intervenção de proteção e promoção, bem como o critério fundamental de todas as decisões judiciais.

A LPCJP defende uma ideia de proximidade, no sentido de a comunidade, onde a criança ou jovem se insere, reconhecer as situações de perigo, intervindo sempre que possível. Isto é, a lei parte do pressuposto de que quem se encontra em melhores condições para ajudar a criança é a sua comunidade, devendo o recurso aos tribunais ser o fim de linha<sup>73</sup>.

Prevê-se uma intervenção por patamares, começando por atribuir competências nos processos de promoção e proteção às entidades com competência em matéria de infância e juventude, como é o caso das autarquias, misericórdias, associações de pais, associações desportivas, culturais ou recreativas, a emergência infantil, Instituto de Apoio à Criança, lares e centros de acolhimento. É dada primazia a estas entidades devido à relação de proximidade que têm com a realidade social e com todo o envolvimento da comunidade, podendo atuar e prevenir situações de perigo<sup>74</sup>. Estas entidades não têm competência para aplicar medidas, apenas tendo legitimidade as comissões de proteção e os tribunais (art. 38º LPCJP).

Em segundo lugar, têm competência as comissões de proteção de crianças e jovens. Estas atuam quando as primeiras não conseguem atuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo em que se encontra a criança ou o jovem (art. 8º LPCJP). As comissões foram criadas pela Lei nº 181/91 de 17 de maio, com o objetivo de evitar o contacto desnecessário das crianças com os tribunais, na medida em que são instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral (art. 12º LPCJP). A intervenção das comissões depende do consentimento expresso e prestado por escrito dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto (art. 9º LPCJP).

Nas situações de maus tratos, negligência grave e abusos sexuais, a CPCJ deve de imediato e em simultâneo: efetuar a correspondente comunicação criminal, nos termos do

---

<sup>73</sup>Cfr. FERREIRA ELISABETE, Ob. Cit., p. 326.

<sup>74</sup>*Ibidem*, p. 326 e 327.

artigo 70º da LPCJP ao MP competente para o inquérito-crime e; comunicar ao magistrado interlocutor a instauração do processo de promoção e proteção, prestando informação sobre os elementos já recolhidos<sup>75</sup>.

Por último, a intervenção será judicial. Os tribunais intervêm, entre outras situações, quando as comissões não têm competência, quando o consentimento necessário não seja dado, ou quando a pessoa que deva prestar o consentimento haja sido indiciada pela prática de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual que vitime a criança ou o jovem carecido de proteção, ou quando contra aquela tenha sido deduzida queixa pela prática de qualquer dos referidos crimes. A intervenção judicial tem, também, lugar quando dada a gravidade da situação de perigo e a relação da criança com quem a provocou, o MP, oficiosamente ou sob proposta da comissão, entenda justificadamente, que não se mostra adequada a intervenção da comissão.

Enquanto a intervenção judicial não é possível, as autoridades policiais retiram a criança ou jovem da situação de perigo em que se encontra e asseguram a sua proteção urgente em casas de acolhimento temporário ou noutra local seguro, dando imediato conhecimento da situação ao MP.

MARIA ELISABETE FERREIRA, citando ROSA CLEMENTE, refere que ao estabelecer um sistema de intervenção de entidades não judiciárias e dos Tribunais, por patamares sucessivos, tendo como centralidade a intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, o legislador opera a grande mudança do Direito de Menores Português, isto é, a desjudicialização da intervenção relativa às crianças e jovens com necessidades de proteção<sup>76</sup>.

### **IX.I - MEDIDAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO**

Nos casos de ASC intrafamiliar é premente proteger a criança e, frequentemente, tal é conseguido através da retirada da criança de sua casa.

As medidas de promoção e proteção dividem-se em dois grupos – as medidas a executar em meio natural de vida<sup>77</sup>, e as medidas de colocação<sup>78</sup>.

Sendo necessário aplicar uma das medidas previstas no art. 35º da LPCJP, estas têm uma graduação, uma hierarquia, devendo ser privilegiadas as medidas menos invasivas.

---

<sup>75</sup>Ponto 3.3 da Diretiva conjunta da PGR e da CNPCJP.

<sup>76</sup>FERREIRA ELISABETE, Ob. Cit., p. 307

<sup>77</sup>Alíneas a) a d) do art. 35º.

<sup>78</sup>Alíneas e) a g) do art. 35º.

Todavia, cada caso é um caso e, atendendo às circunstâncias concretas, poderá ser necessário aplicar de imediato a medida mais gravosa de todas – a confiança com vista à adoção<sup>79</sup>.

As medidas no meio natural de vida procuram remover a criança ou jovem da situação de perigo, permitindo que mantenham os seus relacionamentos familiares e afetivos, ao passo que as medidas de colocação, como o próprio termo indica, não obstante assegurarem todas as necessidades da criança ou jovem, acabam por colocá-lo fora do seu contexto sociofamiliar natural<sup>80</sup>.

O legislador dá prioridade às medidas de promoção junto da família, seja a família biológica ou afetiva, devendo a medida de institucionalização ser a última opção.

A criança necessita da sua família, de se sentir protegida, segura e amada pelos seus. Colocar uma criança numa instituição, sobretudo após ter sido vítima de uma situação de abuso sexual, é colocá-la num ambiente onde a mesma se sentirá isolada, insegura e com um sentimento de abandono, implicando muitas das vezes que a criança tenha receio de denunciar os abusos por medo de ser retirada da sua família.

Perante uma suspeita ou a prática de um crime de abuso sexual por parte de um dos progenitores cabe determinar qual a medida que respeita os princípios orientadores da LPCJP e principalmente, que vá de encontro ao superior interesse da criança.

Sendo apenas um dos progenitores violento ou abusivo, parece que a medida de apoio junto dos pais (al. a) do art. 35º e art. 39º) poderá fazer sentido, no pressuposto de que o progenitor violento seja afastado da criança e que esta passe a residir unicamente com o outro progenitor. Quando os dois progenitores tenham comportamentos abusivos com a criança, então a medida de apoio junto de outro familiar (al. b) do art. 35º e art. 40º), consubstancia uma solução ideal, permitindo que a criança continue a manter os seus laços familiares e afetivos no seio da sua família biológica.

Não havendo nenhum familiar biológico a quem a criança possa ser entregue, deve tentar-se a entrega da criança a pessoa idónea (al. c) do art. 35º e art. 45º) com quem esta tenha desenvolvido laços de afetividade e com quem possua uma relação de segurança.

Não sendo possível nenhuma destas medidas, procede-se ao acolhimento familiar (al. e) do art. 35º e art. 46º ou ao processo de adoção (al. g) do art. 35º e art. 62º-A), procurando que a institucionalização seja o último recurso.

---

<sup>79</sup>Cfr. Arts., 35º, nº 1, g) e 62º-A da LPCJP.

<sup>80</sup>CLEMENTE ROSA, *“Inovação e Modernidade no Direito de Menores, A perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo”*, Coimbra Editora, 2009, p. 89.

Efetivamente, recorrer à institucionalização poderá representar um “duplo castigo” para a criança. Não obstante concordarmos com as palavras de CLARA SOTTOMAYOR “*para uma criança, mais grave do que crescer sem pai é, seguramente, crescer junto de um pai que abusa sexualmente de si*”<sup>81</sup>, o facto de uma criança ter sido vítima de um progenitor, que a sujeitou a uma das mais graves e insidiosas formas de maus tratos, institucionalizá-la poderá ser interpretada como uma punição dirigida a si (FURNISS,1992), podendo emergir nela sentimentos de abandono e isolamento.

## **X- A RELAÇÃO ENTRE OS PROCESSOS TUTELARES CÍVEIS E O PROCESSO PENAL**

Os processos tutelares cíveis não visam punir penalmente o progenitor que abusou sexualmente da criança, mas antes proteger esta, de acordo com o seu interesse e/ou aplicar medidas de proteção contra um perigo.

O ónus da prova no processo civil é menos exigente do que no processo penal onde vigora o princípio *in dubio pro reu*. Este princípio implica que não sendo provada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação.

O processo criminal visa a realização da justiça e a descoberta da verdade material, ao mesmo tempo que visa assegurar os direitos fundamentais perante o poder punitivo do Estado. Destarte, a produção da prova é mais exigente, de forma a fundamentar uma condenação.

Nas situações de abuso sexual a prova pericial de natureza médico-legal assume um meio probatório importante. O exame médico-legal pretende “a obtenção de uma prova científica através de evidências físicas e biológicas”<sup>82</sup>. Porém, inexistindo, na maioria dos casos, evidências físicas do abuso sexual, o relato e o testemunho da criança são o principal método de obtenção de prova daquilo que realmente aconteceu<sup>83</sup>.

Por sua vez, os processos de regulação das RP dizem respeito à criança, pretendendo que lhe sejam asseguradas as condições necessárias para que esta tenha um desenvolvimento harmonioso e com dignidade.

O direito da família e o direito penal são, pois, dois ramos do direito distintos, com objetivos diferentes.

---

<sup>81</sup>SOTTOMAYOR CLARA, “*Temas (...)*” Ob. Cit., p.216.

<sup>82</sup>RIBEIRO CATARINA/MANITA CELINA, citando MAGALHÃES E VIEIRA 2003, Ob. Cit. p. 57.

<sup>83</sup>*Ibidem*, p., 59.

Enquanto decorre um processo-crime por suspeitas da prática de um crime de abuso sexual contra o filho, sendo o progenitor constituído arguido, pode-lhe ser aplicada uma MC de proibição de contacto com a vítima, e, simultaneamente pode haver lugar à aplicação de uma medida de promoção e proteção à criança, ao abrigo da LPCJP.

Porém, tendo um progenitor abusado sexualmente do seu filho, o facto de lhe ser aplicada uma medida alternativa à prisão ou medidas de segurança em regime aberto acaba por se revelar inútil, especialmente quando o agressor é um membro da família, como é regra nestes crimes<sup>84</sup>. Nestas situações, enquanto decorre a investigação, a MC de prisão preventiva deve ser privilegiada e, caso haja uma condenação, deve ser aplicada a pena de prisão efetiva.

Efetivamente, como refere MARIA ELISABETE FERREIRA, no fim de um processo penal pode haver a condenação do progenitor violento e o seu afastamento da criança durante um certo período de tempo. No entanto, a ligação entre eles é indissolúvel, pelo que, o problema de fundo, a não ser que se verifique um fundamento para ser decretada a inibição do exercício das responsabilidades parentais, permanece<sup>85</sup>.

Por esse motivo, conforme já referido, a Convenção de Istambul, no seu art. 31º, prevê que *“as Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que os incidentes de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção sejam tidos em conta na tomada de decisões relativas à guarda das crianças e sobre o direito de visita das mesmas. Deverão também adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que o exercício de um qualquer direito de visita ou de um qualquer direito de guarda não prejudique os direitos e a segurança da vítima ou das crianças”*.

Os processos de regulação do exercício das RP são considerados processos de jurisdição voluntária, nos termos do art. 12º do RGPTC.

Segundo ANTUNES VARELA, “enquanto nos processos de jurisdição contenciosa, que constituem a regra, há um conflito de interesses entre as partes, que ao Tribunal cabe dirimir, nos processos de jurisdição voluntária, há um interesse fundamental tutelado pelo direito, que ao juiz cabe regular nos termos mais convenientes”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup>SOTTOMAYOR CLARA “Temas (...)” Ob. Cit., p.300.

<sup>85</sup>Cfr. FERREIRA ELISABETE, *ob. Cit.p.*, 310

<sup>86</sup>Cfr. VARELA ANTUNES, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Ed., 2ª ed., 1985, p. 69-70

De facto, nestes processos de jurisdição voluntária, o juiz tem amplos poderes inquisitórios, sendo livre de averiguar os factos e realizar as diligências que entenda necessários e pertinentes, não se encontrando vinculado e limitado aos factos alegados pelas partes, como acontece no processo contencioso<sup>87</sup>. Acresce que nestes processos, as decisões podem posteriormente vir a ser alterados.

Os princípios que regem estes processos encontram-se plasmados no art. 4º e o processo propriamente dito encontra-se regido nos arts. 34º a 40º do RGPTC, tendo sempre como objetivo a regulação do exercício das RP no superior interesse da criança.

De facto, cabe ao MP um papel essencial na comunicabilidade entre os diferentes tribunais, devido às suas múltiplas funções, relacionadas quer com a proteção, o bem-estar, e o projeto de vida da criança, quer com a investigação criminal e da titularidade do exercício da ação penal<sup>88</sup>.

Verificando-se uma situação que justifique uma regulação ou alteração do exercício das RP, uma inibição destas responsabilidades, a instauração da tutela ou a adoção de qualquer outra providência, é da competência das comissões de proteção comunicar tal situação ao MP.

Por forma a garantir uma coerência do sistema jurídico é essencial haver comunicabilidade entre os diferentes processos e a cooperação dos vários profissionais envolvidos.

A este respeito, tendemos a concordar com CLARA SOTTOMAYOR que refere “a solução para o problema da visão do direito da família e do direito penal como compartimentos estanques na prática judiciária, seria melhor encontrada num modelo semelhante ao sueco, através da criação de tribunais de competência especializada mista, penal e família, em que a regulação das responsabilidades parentais e o processo crime seriam decididos pelo mesmo juiz/a, de preferência pelos juízes da secção penal, com especial vocação para a proteção dos bens jurídicos essenciais à sobrevivência da comunidade e à proteção da dignidade da pessoa humana”<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup>Cfr. MENDES CASTRO, *Direito Processual Civil*, vol. I, Almedina, 1969, p. 34;

<sup>88</sup>Cfr. CARMO RUI, 2003, p. 142-143

<sup>89</sup>Cfr. SOTTOMAYOR CLARA, “A “Alienação parental” (...) Ob. Cit., p. 34.

## XI - A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL NA JUSTIÇA

Qualquer intervenção no âmbito de ASC importa necessariamente uma abordagem multidisciplinar, envolvendo vários profissionais de diferentes áreas, que assumem papéis distintos nos vários momentos do processo. É mister que haja uma correta abordagem dos diferentes participantes no processo, como as figuras de referência para as crianças, os profissionais de saúde, as comissões de promoção e proteção, os tribunais de família, os juristas, a polícia e a magistratura<sup>90</sup>.

Envolver crianças nos processos judiciais, constitui uma experiência traumática e emocionalmente exigente levando, por vezes, a que se agrave o impacto do abuso ou mesmo a que haja um efeito traumático mais acentuado do que a vitimação primária<sup>91</sup>.

Refere-se, a este propósito, uma dupla vitimização, distinguindo-se entre a vitimação primária (a criminal), “*first insult*”, e a vitimação secundária (participação no sistema judicial), “*second insult*”<sup>92</sup>.

Devido à dificuldade na obtenção de evidências físicas na perícia médica, surgiu no Direito Europeu, uma tendência para se valorizar o testemunho das crianças, visto ser esta, muitas vezes, o único meio de prova contra o abusador<sup>93</sup>. CATARINA RIBEIRO e CELINA MANITA chamam a atenção para o facto de as crianças serem consideradas testemunhas vulneráveis, sendo, porém, na maioria dos casos, as únicas testemunhas de um crime público que ocorre num meio extremamente privado<sup>94</sup>.

Ocorrendo em simultâneo diversos processos, por forma a evitar as sucessivas audições da criança por várias entidades, as declarações para memória futura<sup>95</sup> que são recolhidas no processo-criminal, devem ser utilizadas e valorizadas no processo de promoção e proteção.

---

<sup>90</sup>“*Linhas de orientação para atuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens*”, Casa Pia de Lisboa, maio 2010, p. 23

<sup>91</sup>CHENEVIÈRE et al., 1997; DAVIS & SMITH, 2000; FURNISS, 1992.

<sup>92</sup>DOERNER & LAB, 1998

<sup>93</sup>Cfr. SOTTOMAYOR CLARA “*Temas (...)*” Ob. Cit. p. 282.

<sup>94</sup>RIBEIRO CATARINA/MANITA CELINA, Ob. Cit., p. 58

<sup>95</sup>Nestes processos as declarações para memória futura são uma diligência legalmente obrigatória (art. 120º, nº2 a) do CPP);

A criança deve ser questionada o menor número de vezes, de preferência sempre pelos mesmos profissionais e a entrevista deve ser adequada à sua idade e às suas características<sup>96</sup>, devendo ser evitado também a repetição da inquirição<sup>97</sup>.

O relato dos acontecimentos deve ser livre, através da própria memória da criança sobre os acontecimentos, não devendo ser feitas perguntas sugestivas. Estas, devem ser colocadas por profissionais com formação especializada, que saibam lidar com crianças vítimas de abuso sexual, com uma sensibilidade diferente da maioria dos juízes, devendo essa inquirição ser realizada na presença do juiz, do MP e do advogado das partes<sup>98</sup>. Tal permite que a criança possa relatar os factos, sem medos, hesitações e constrangimentos.

Segundo PATRÍCIA JARDIM, é aos erros na apreciação da prova, à falta de formação especializada dos profissionais que ouvem a criança e ao quadro intrafamiliar em que ocorre o abuso, que se deve a maioria dos arquivamentos das denúncias de abuso sexual de crianças<sup>99</sup>.

## **XII – JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA**

### **XIII - DECISÃO DO TRIBUNAL SUPREMO DE MADRID, CÂMARA CIVIL DE 13-01-2017<sup>100</sup>**

O estudo do direito não deve ser circunscrito a uma única ordem jurídica. Devem ser analisados diferentes ordenamentos, abordando as diferenças e as semelhanças com o nosso, pois os problemas jurídicos são comuns sendo as soluções que variam de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico.

Este caso reporta a uma situação de abuso sexual pelo companheiro da progenitora em relação à filha menor desta.

Dos factos provados lê-se que, em datas não concretamente apuradas, mas entre 2006 e 2007, o arguido A, manteve um relacionamento amoroso com F.

---

<sup>96</sup>SOTTOMAYOR CLARA, *Temas (...)*, Ob. Cit, p. 282-283.

<sup>97</sup>Rec (2001) 16 do Comité de Ministros do CE sobre a proteção das crianças e Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001.

<sup>98</sup>SOTTOMAYOR CLARA, citando RUIDO CARMO, «*Declaraciones para memoria futura. Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*», Revista do Ministério Público, n.º 134, 2013, p. 142.

<sup>99</sup>Cf. JARDIM PATRÍCIA, “*O abuso sexual na criança. Contributo para a sua caracterização na perspetiva da intervenção médico-legal e forense*, 2011.

<sup>100</sup>Disponível

em:  
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7913247&links=abuso%20sexual%20menores%20responsabilidades%20padres&optimize=20170119&publicinterface=true>.

Na habitação do casal, residiam ainda dois filhos de F - C e D -, menores de idade, fruto de uma anterior relação, bem como o filho em comum do casal, B.

Desde o início da relação, A, aproveitando-se da sua relação com F e por forma a satisfazer os seus desejos libidinosos, aproximou-se por várias ocasiões junto da menor C, sujeitando a mesma a diversos atos sexuais. Entre muitos outros factos, A, por repetidas vezes, levava a menor para o seu quarto e, baixando-lhe a roupa interior tocava nos seus órgãos genitais ao mesmo tempo que esfregava o seu pénis na menor.

O arguido foi condenado pela prática do crime de abuso sexual numa pena de prisão de 5 anos e 6 meses, tendo-lhe sido também imposto a pena acessória de proibição de contacto com a vítima por um período de 10 anos.

O Ac., afirma a violação do art. 154º do CC espanhol que se refere ao conteúdo das RP, aplicando, conseqüentemente, o art. 170º, o qual prevê as hipóteses de privação do exercício das RP. Foi afirmado, igualmente, a violação do art. 39º, nº 3 e 4 da Constituição Espanhola (*deveres de assistência e de proteção dos menores*), em relação ao art. 3º, nº 1 e 9º, nº1 da CDC, e do art. 3º, nº 1 da Lei Orgânica 1/1996 de 15 de janeiro que prevê a garantia dos direitos dos menores em consonância com a Constituição e os Tratados Internacionais de que Espanha faz parte.

É mencionado no Ac. que, perante a violação de um dos deveres inerentes às RP, o art. 170º prevê a possibilidade de os progenitores serem total ou parcialmente privados do exercício das RP.

Continua o Ac., por referir que as RP são um “*officium*” dos pais que devem ser exercidas no exclusivo interesse da criança, pelo que, recordando o STS 183/1998, de 5 de março, na aplicação do art. 170º, deve ser concedido ao juiz um amplo poder discricionário na avaliação dos factos de cada caso, por forma a que seja assegurado o superior interesse da criança.

O tribunal decidiu que quem tiver cometido um crime de abuso sexual em relação à filha da companheira, coloca igualmente em sério risco o próprio filho. Na decisão é referido também que, em ordem a ser decretada a privação das RP, não é necessário que as agressões tenham como vítima direta o próprio filho, podendo estas ser cometidas contra a mãe, ou, como neste caso, contra uma irmã.

Por fim, o tribunal concluiu que o arguido não detinha as características de um bom pai de família e que tal comprometia seriamente o interesse do próprio filho, pelo que o progenitor foi inibido do exercício das RP, nos termos do art. 170º do CC espanhol.

Esta decisão merece total concordância. Não obstante os abusos não terem sido cometidos contra o seu filho biológico, não inibir este progenitor das suas RP seria colocar a criança numa situação de perigo.

Refira-se que em matéria de regulação das RP, o ordenamento espanhol não acrescenta dados de especial relevância, *i.e.*, perante uma dissociação familiar, a regra é a do exercício conjunto das RP sobre as questões de particular importância por ambos os progenitores, salvo se circunstâncias ponderosas justificam o exercício unilateral das mesmas por parte de um dos progenitores ou por uma terceira pessoa, como são os casos de abuso sexual, podendo, nestes casos, haver uma inibição do exercício das RP do progenitor abusador.

É também privilegiada a fixação da residência da criança junto de um dos progenitores e a residência alternada deve ser requerida ao tribunal, a qual apenas é concedida quando haja acordo dos pais.

### XIII - CONCLUSÃO

Em todo o mundo, cerca de 15 milhões de adolescentes do sexo feminino, entre os 15 e os 19 anos, foram vítimas de relações sexuais ou outros atos sexuais forçados e, nos 28 países com dados disponíveis, em média 90% disseram que o perpetrador era um conhecido<sup>101</sup>.

São números inquietantes e que logram a atenção e atuação dos profissionais das diversas áreas que atuam com e para crianças vítimas de abuso sexual.

Os pais, enquanto defensores naturais dos filhos, são responsáveis pelo seu desenvolvimento digno e harmonioso, sendo-lhes atribuído pela ordem jurídica um conjunto de poderes-deveres que devem ser exercidos no exclusivo interesse dos filhos.

Não obstante a consagração em vários instrumentos legais do respeito pela vida privada e familiar, um mau exercício das RP legitima uma intervenção subsidiária por parte do Estado, como forma de proteger os DLG'S das crianças. De facto, é pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso destas RP que se justificam as situações de limitação ou inibição do exercício das RP.

As situações de ASC, pela sua gravidade e por consistirem numa violação grave dos direitos fundamentais da criança, exigem uma articulação eficaz entre os diferentes processos, bem como a coadjuvação dos vários intervenientes processuais por forma a salvaguardar o superior interesse da criança.

Estes crimes provocam danos irreversíveis e impõem uma urgente regulação das RP, devendo o progenitor abusador ser imediatamente afastado da criança vítima que, desejavelmente, verá a sua residência ser fixada junto do progenitor não abusador e a consequente suspensão ou negação do direito de visitas por parte do abusador.

Porém, há vezes em que os interesses dos menores não são suficientemente acautelados, pelo que estamos em crer que as várias alterações introduzidas pela Lei nº 24/2017 vieram contribuir para uma melhor comunicação entre os tribunais criminais e os tribunais de família e menores nos casos em que corre o respetivo processo penal e o processo de regulação das RP.

Sendo vítimas de abuso sexual, é extremamente importante que os menores tenham uma voz ativa em todo o processo, e é crucial a celeridade processual, bem como uma abordagem adequada dos diversos profissionais com as crianças.

---

<sup>101</sup>Relatório da Unicef - [www.unicef.pt](http://www.unicef.pt).

## BIBLIOGRAFIA

### AUTORES E ARTIGOS

AMARAL, PAIS - *“Direito da Família e das Sucessões”*, 4ª Edição, Almedina, 2017.

BOLIEIRO HELENA e GUERRA JORGE - *“A criança e a família, uma questão de direitos”*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

CARMO RUI – *“Declarações para memória futura. Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, Revista do Ministério Público, n.º 134, 2013.

CHENEVIÈRE *et al.*, 1997.

CLEMENTE ROSA - *“Inovação e Modernidade no Direito de Menores, A perspectiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo”*, Coimbra Editora, 2009.

COELHO PEREIRA E OLIVEIRA GUILHERME – *“Curso de Direito da Família”*, Vol. I, 4ª edição, 2008.

COELHO PEREIRA E OLIVEIRA GUILHERME – *“Curso de Direito da Família”*, Vol. I, *Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, 2016.

*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, 2º Edição dirigido por FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, maio 2012.

DAVIS & SMITH, 2000.

DIAS CRISTINA - *“A Criança como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção”*, Revista Julgar, nº 4, 2008.

Diretiva conjunta entre a Procuradoria Geral da República e a Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

DOERNER & LAB, 1998.

FERREIRA ELISABETE - *“Violência Parental e Intervenção do Estado, A questão à luz do direito português”*, Universidade Católica Editora Porto, 2016.

FURNISS, 1992.

GIDDENS - *“Sociology”*, Polity Press, 1989.

GOMES DE MELO HELENA, VASCONCELOS RAPOSO JOÃO, ET. AL., *“Poder Paternal e Responsabilidades Parentais”*, 2ª Edição, (revista, atualizada e aumentada), 2010.

HÖRSTER HENRICHE - *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão da edição de 1992.

JARDIM PATRÍCIA - *“O abuso sexual na criança. Contributo para a sua caracterização na perspectiva da intervenção médico-legal e forense”*, 2011.

*“Linhas de orientação para atuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens”* Casa Pia de Lisboa, maio 2010.

LOBO XAVIER RITA - *“O Sistema de Estabelecimento da Filiação”*, 2018.

**LOBO XAVIER, RITA** - “*Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*”, Almedina, 2010.

**MARTINS ROSA** – “*Menoridade (in)capacidade e cuidado parental*”, Coimbra Editora, 2008.

**MENDES CASTRO** – “*Direito Processual Civil*, vol. I”, Almedina, 1969.

**PINHEIRO DUARTE JORGE** – “*O Direito da Família Contemporânea*”, 5ª edição, Almedina, 2016.

Relatório da União de Mulheres Alternativa e Resposta – ano de 2018.

Relatório da Unicef, disponível em [www.unicef.pt](http://www.unicef.pt).

Recomendação (2001) 16 do Comité de Ministros do CE sobre a proteção das crianças e Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001.

**RIBEIRO CATARINA** – “*A criança na justiça, Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, Almedina, 2009.

**RIBEIRO CATARINA/MANITA CELINA** – “*Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*”, Revista do Ministério Público, Ano 28, nº 11, 2007.

**RODRIGUES LEITE HUGO** - “*questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*”, Coimbra Editora, 2011.

**SOTTOMAYOR CLARA** - “*A “Alienação parental” Como estratégia defensiva de agressores sexuais de crianças*”, Jurisdição da família e das crianças, 2018, CEJ.

**SOTTOMAYOR CLARA** – “*Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*”, 6ª Edição Revista e Atualizada, 2014, Almedina.

**SOTTOMAYOR CLARA** – “*Temas de Direito das Crianças*”, Almedina, 2014.

**VARELA ANTUNES** – “*Direito da Família*”, Livraria Petrony, 1982.

**VARELA ANTUNES** – “*Manual de Processo Civil*”, Coimbra Editora, 2ª edição, 1985.

## **JURISPRUDÊNCIA CITADA**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-04-2013, Processo nº 441/11.8JALRA.C1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31-01-2006, processo nº 4027/05, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-11-2010 Processo nº 2134/09.7TBCTB.C1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22-03-2018, Processo nº 297/15.1T8PTM-C.E1 (Relator: Tomé Raimão), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16-06-2016, Processo nº 253/10.6TMBRG-A.G1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02-05-2017 Processo nº 897/12.1T2AMD-F.L1-1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-06-2018 processo nº 7976/13.6TBCSC-E.L1-6, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-01-2017, Processo nº 776/12.2TMLSB, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-11-2016 Processo nº 16633/16.0T8LSB-C.L1-7, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-06-2006, Processo nº 0610510, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20-02-2017 (Relator: Manuel Fernandes), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Decisão do Tribunal Supremo de Madrid Câmara Civil de 13-01-2017, disponível para consulta em

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7913247&links=abuso%20sexual%20menores%20responsabilidades%20padres&optimize=20170119&publicinterface=true>.