

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito  
Mestrado em Direito Privado



**Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar:  
A relação entre o Processo de Regulação das  
Responsabilidades Parentais e o Processo Crime.**

Dissertação de Mestrado em Direito Privado,  
Sob a Orientação de Clara Sottomayor

Francisca Monteiro Carriço  
Porto, 2014

## ÍNDICE

1.	Prolegómenos .....	1
2.	Crime de Abuso Sexual de Crianças	
	2.1. Processo Penal (PP) e Processo Tutelar Cível (PTC) .....	2
	a) O Princípio da Presunção de Inocência .....	3
	b) Finalidades do PP e do PTC .....	6
	c) Prejudicialidade .....	11
	c.a.) Suspensão da Instância .....	12
	d) Superior Interesse da Criança .....	13
	e) Processos de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (PPCJP).....	15
	2.2. Processo Penal	
	2.2.a) Pendência do Processo Crime de Abuso Sexual de Crianças .....	16
	2.2.1. Inquérito .....	17
	a) Entrevista .....	18
	b) Declarações para Memória Futura .....	20
	c) Despacho de Arquivamento.....	22
	d) Decisão de Acusação .....	29
	2.2.2. Instrução .....	30
	2.2.3. Julgamento.....	31
	a) Absolvição .....	31
	b) Condenação .....	32
3.	Conclusão .....	33

## 1. Prolegómenos

Com este trabalho, inserido no âmbito do abuso sexual intrafamiliar de crianças, em contexto de divórcio, propomo-nos alertar para a necessidade de avançar com *princípios e critérios decisórios* que venham, depois, a ser efetivamente observados e *uniformemente* aplicados no campo da prática judiciária. Pretende-se, em último termo, afastar a discricionariedade na determinação do destino das crianças, às quais são reconhecidos interesses *superiores* aos interesses dos adultos.

Mas sabemos que, para tal, certas crenças e preconceitos enraizados precisam de sucumbir. E que essa mudança deve suceder a par da implementação de uma consciencialização geral tendente a clarificar que o que está realmente em causa é tão-somente a defesa e a promoção do *real e superior* interesse da criança envolvida em processo judicial. A desacreditação da criança, enquanto manobra de diversão relativamente à realidade, urge ser substituída. Dê-se lugar à sua *voz!*

No decorrer deste trabalho, analisaremos a relação entre o processo tutelar cível destinado à regulação das responsabilidades parentais após o divórcio e o processo crime contra um dos progenitores, por facto ilícito criminal contra a criança.

Será, neste âmbito, o princípio da presunção de inocência privativo do processo penal, na medida em que encontra acolhimento no âmbito das garantias constitucionais? Ou, estando consagrado no art. 11º/1 da DUDH, no art. 6º/2 da Convenção do Conselho da Europa para proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, assim como no art. 14º/2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, verá a sua eficácia estendida a outros processos? Referimo-nos especificamente àqueles processos respeitantes às crianças, e aos quais subjaz, portanto, o respeito pelo seu melhor interesse. Assim, se, num dos lados, temos um direito fundamental à liberdade individual de cada um<sup>1</sup>, enquanto pilar de um Estado que se quer de direito e democrático; no outro, está patente o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, em ordem ao seu desenvolvimento equilibrado e integral; direito que é também ele *fundamental*.

Perguntamo-nos se, no seio de um processo tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, será de permitir ao progenitor contra o qual esteja a correr

---

<sup>1</sup> O direito à liberdade individual implica especiais exigências de prova, no sentido de uma fundamentação adequada das condenações.

uma ação penal por suspeita de abuso sexual da criança, o exercício irrestrito do direito-dever de visita<sup>2</sup>, um exercício vigiado ou a suspensão do mesmo.

A resposta a esta questão deve assentar, exclusivamente, no interesse da criança, tendo-se em conta, nos processos tutelares cíveis, os perigos ou riscos gerados pela suspeita que deu origem à abertura do processo penal? Ou deverão os processos cíveis e penais ser encarados como compartimentos estanques, fazendo-se «tábua rasa» da pendência do processo penal, por força do princípio da presunção de inocência? Na verdade, a concessão do exercício de tal direito (direito de visita), em termos irrestritos, significa a transposição da eficácia irradiante do princípio da presunção de inocência<sup>3</sup> para o seio do processo tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais.

O problema torna-se ainda mais complicado nas hipóteses de arquivamento do processo penal, de despacho de não pronúncia do arguido ou de sentença de absolvição. Recuperará o progenitor o direito de visita em termos irrestritos? Ou poder-se-á fazer prova no processo cível da prática de factos sexualmente abusivos suscetíveis de fundamentar a restrição ou suspensão do referido direito? Dever-se-á ter em conta o fundamento do arquivamento, da não pronúncia ou da absolvição para aferir do grau de certeza ou segurança do julgador relativamente à probabilidade de verificação, ou não, dos factos? Ou a presunção de inocência produz efeitos para fora do processo penal e tudo se passa como se o risco de abuso sexual tivesse desaparecido *ex tunc*, não podendo sequer ser tomado como um elemento, entre outros, na decisão de regulação das responsabilidades parentais?

## **2. Crime de Abuso Sexual de Crianças**

### **2.1. Processo Penal (PP) e Processo Tutelar Cível (PTC)**

Quanto aos processos tutelares cíveis tendentes à aplicação de uma medida de proteção da criança em perigo, basta, para legitimar a intervenção do Estado na família, a *probabilidade de verificação do dano*, não se exigindo a sua consumação. Desinteressa-se, assim, a LPCJP, quer da intenção do agente, quer da sua culpa jurídico-criminal [art. 3º, nº2, al. b)]. Por outro lado, esse dano deverá ser aferido do ponto de vista da criança, a quem é reconhecido o direito à salvaguarda da sua intimidade e integridade.

---

<sup>2</sup> Direito-dever por se tratar de um direito a ser exercido no interesse da criança, pelo que não é absoluto.

<sup>3</sup> Na sua vertente *in dubio pro reo*.

O ónus da prova é, no processo penal, mais exigente do que no processo civil, atendendo à possibilidade de este vir a projetar-se na realização do *ius puniendi* do Estado e a culminar na aplicação das medidas mais gravosas previstas no nosso ordenamento jurídico, no que aos direitos fundamentais concerne, especialmente no que toca à liberdade<sup>4</sup>. Enquanto em processo civil se decidirá sobre a existência ou inexistência de um facto que permaneça incerto, em processo penal, estando em causa interesses fundamentais da sociedade, não pode prescindir-se de uma averiguação total do objeto do processo<sup>5</sup>.

Consideramos que, ainda que determinado facto não resulte provado em processo penal, poderá vir a sê-lo em sede de processo cível, pelo que não deve retirar-se de um arquivamento, sem mais, a não verificação do facto que foi objeto do processo crime. Citando EDUARDO CORREIA, deve sempre ter-se em conta que «a absolvição criminal pode ter sido ditada por exigências particulares de natureza criminal que não têm de intervir em decisões que não sejam da mesma natureza»<sup>6</sup>.

E aquele campo em que nos movemos no âmbito desta nossa reflexão não é exclusivamente jurídico, mas interdisciplinar, já que o abuso sexual de crianças é «um problema humano [que engloba várias dimensões, e que reclama] (...) sensibilidade, respeito e amor pelas vítimas»<sup>7</sup>.

#### **a) Princípio da Presunção de Inocência**

Como refere CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, se, por um lado, o princípio da presunção de inocência dispensa o arguido de provar que está inocente; por outro, o princípio de acordo com o qual *in dubio pro reo*, enquanto ramificação do primeiro, «destina-se a dar solução ao problema da falta de convicção suficiente do julgador relativamente à matéria de facto, objeto da prova»<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Pretende-se que qualquer limitação à liberdade do arguido, «contenção», «suspensão» ou «negação» dos direitos deste, anterior à sua condenação transitada em julgado, se afigure como «[a estritamente] necessária e comunitariamente suportável face à possibilidade de se estar a reagir contra um inocente». Cfr., JORGE CASTRO, *Ainda a presunção de inocência*, Scientia Iuridica – Tomo LVIII, n.º 319, (2009), p. 538 e 539.

<sup>5</sup> Cfr., MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa, 1986, p. 214-215.

<sup>6</sup> EDUARDO CORREIA, *Processo Criminal, lições de 1954-1955 (1956)*, p. 246 e ss.

<sup>7</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juizes sociais - Atas do Encontro, Almedina, 2003, p. 20.

<sup>8</sup> Cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de imputáveis e «in dubio pro reo»*, Boletim da FDUC, n.º24, Coimbra Ed., 1997, p. 65.

Relativamente à questão de saber se ao princípio da presunção de inocência do arguido (até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, art. 32º, nº 2, da CRP) deve ser reconhecido um campo mais alargado do que o do processo penal, expressa-se MARIA DO CARMO SILVA DIAS<sup>9</sup> em sentido negativo.

Já GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>10</sup> admite que o «direito a ser presumido inocente» produza *efeitos extraprocessuais*; qual cabeça de *Janu* que, em processo penal, se desdobra no «direito a receber o tratamento e consideração de não responsável criminalmente, enquanto não for condenado», tal como na exigência de que «a decisão condenatória [seja sempre] precedida de uma suficiente atividade probatória». Também RUI PATRÍCIO<sup>11</sup> o concebe como o direito a ser tratado como inocente, tanto *fora* como *dentro* do processo penal.

Na aceção de SOUTO DE MOURA<sup>12</sup>, tal princípio congloba um «expediente prático» apto a conferir ao arguido o maior número de direitos possível, no seio do processo a que nos reportamos. Segundo o Autor, o princípio de presunção de inocência pode surgir, em algumas situações, designadamente no ramo laboral e no desempenho de funções da Administração Pública. No mesmo sentido, ALEXANDRA VILELA, na linha da doutrina espanhola, e embora ressalvando ser o processo penal o «campo que lhe é destinado por força da sua própria natureza», defende a extensão da operabilidade do referido princípio, nomeadamente, ao ramo do direito laboral na sua vertente sancionatória<sup>13</sup>.

Contudo, a jurisprudência, no Acórdão do STJ, de 4/06/2008, entendeu não ser o comportamento relevante para efeitos criminais aquele que importa ter em consideração para se aferir do cumprimento pelo trabalhador, ao caso, do dever de assiduidade, tratando-se, realmente, de qualificações jurídicas diversas que terão correspondentes juízos de censura distintos<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr., MARIA DO CARMO DA SILVA DIAS, *Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*, Revista do CEJ, Lisboa, nº 3, sem. 2º (2005), p. 176.

<sup>10</sup> Cfr., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Verbo, 5ª ed., 2008, p. 152.

<sup>11</sup> Cfr., RUI PATRÍCIO, *O direito fundamental à presunção de inocência*, Direito e Cidadania, nº22, 2005, p. 38.

<sup>12</sup> Cfr., JOSÉ SOUTO DE MOURA, *A questão da presunção de inocência do arguido*, Revista do MP, ano 11º, nº42 (Abr./Jun.1990), p. 35 e 40.

<sup>13</sup> ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Ed., 2000, p. 12.

<sup>14</sup> SOUSA PEIXOTO votou vencido, considerando extensível ao âmbito da questão a eficácia da presunção de inocência; com o argumento de que a conduta em que a «desconsideração» pelo trabalhador assentou foi dada como provada em processo crime, à data do despedimento, ainda sem decisão transitada em julgado.

Destaque-se a decisão da Relação de Lisboa, datada de 30/6/2009, em que, num processo judicial de promoção e proteção, uma criança foi confiada judicialmente para adoção contra a vontade do progenitor que, acusado de abuso sexual do filho acabou por ser absolvido, no processo crime, por insuficiência de prova. No sentido da proteção do menor, o Tribunal considerou como não aplicável o princípio da presunção de inocência. Tendo em conta o princípio da prevalência da família como não absoluto, e *apesar da ausência de suporte probatório suficiente no campo criminal*, a Relação negou idoneidade ao progenitor para cuidar da criança, considerando-o um «perigo eminente para o filho», «demonstrada a sua situação de abusador sexual de menores e outros comportamentos sexuais desviantes, cuja recuperação não se provou»<sup>15</sup>. Ou seja, a decisão invocada foi motivada com recurso aos conhecidos antecedentes criminais do arguido, *relevantes* ao caso, em prol da proteção da criança; e em desconsideração do princípio da presunção de inocência.

Ora, independentemente de existirem ou não tais antecedentes, em processos respeitantes às crianças, não deverá valer o princípio da presunção de inocência. Assim, ainda que determinado facto não reúna prova no seio do processo penal, deverá ser considerado no âmbito daqueles outros processos em que seja de atender ao *superior* interesse da criança, e em que o ónus da prova é diferente daquele que vale no primeiro, nomeadamente, no campo dos processos de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo ou nos processos de regulação das responsabilidades parentais.

Em sentido contrário, a mesma Relação, em decisão datada de 26/1/2010<sup>16</sup>, aplicou o princípio da presunção de inocência no seio de um processo tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, perante uma suspeita não demonstrada, no processo crime, que foi arquivado, de abuso sexual por parte do pai da criança. E, perante a atitude, por parte da mãe, de *afastamento* da mesma relativamente ao progenitor sem a guarda, o Tribunal em questão *transferiu* para o pai, presumível inocente, a guarda da criança.

---

<sup>15</sup> Cfr., sumário do Ac. do TRL, de 30/6/2009, Processo nº 6611/06-7.

<sup>16</sup> Diz-se no sumário do respetivo Ac., Processo nº 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, que «a quebra procurada da relação com um dos progenitores importa necessariamente um empobrecimento, nas múltiplas áreas da vida da criança, (...), também podendo gerar, face à presença ou a possibilidade de aproximação do progenitor não guardador, reações de ansiedade e angústia, em si igualmente patológicas», o que se traduzirá num «desajuste ou desequilíbrio que possa afetar o normal desenvolvimento da criança»; bem como que «o apartamento de um progenitor, sem justificação que o imponha por razões, desde logo, de segurança do menor (...) não pode deixar de ser algo que deve ser prevenido, mas sobretudo combatido, e necessariamente ponderado, em conjunto com as respetivas competências parentais, na intervenção do tribunal, com vista à alteração do regime de regulação do poder parental antes definido».

Esta tomada de posição remete-nos para o ponto de vista dos progenitores e da sua satisfação pessoal, e não para o da criança: o da sua real proteção, relacionada com a necessária adoção de uma atitude de prevenção. Na verdade, um progenitor, enquanto adulto, decerto que será sempre mais capaz de saber lidar com as suas frustrações, e com eventuais injustiças, do que a criança, que, rejeitando o progenitor com o qual é forçada a lidar, é deixada à mercê do seu sofrimento e impotente perante ele.

Indiscutível é que, nas palavras de JORGE CASTRO<sup>17</sup>, tem sido reconhecido ao princípio da presunção de inocência «um âmbito de incidência um pouco mais vasto»<sup>18</sup>. O Autor refere-se, a título exemplificativo, ao «domínio dos meios de comunicação social», ao «domínio geral da vida política e da criação legislativa em particular», bem como ao «domínio penitenciário», enquanto planos em que o princípio da presunção de inocência terá reflexos.

A doutrina que defende um âmbito de aplicação mais vasto para a presunção de inocência não invalida, todavia, como veremos, que, nos processos tutelares cíveis relativos à guarda de crianças, prevaleçam outros valores: o interesse da criança e os seus direitos fundamentais, face aos direitos dos progenitores.

## **b) Finalidades do PP e do PTC**

Da constatação de que a cada um dos diferentes ramos do processo presidem fins materiais distintos decorre a inferência lógica de que os mesmos são norteados por princípios também eles, em grande medida, não coincidentes<sup>19</sup>. Importa confrontar, quanto a este ponto, os processos penal e tutelar cível.

São finalidades<sup>20</sup> dialógicas e conflituantes do processo penal, carecidas de uma específica tarefa de concordância prática<sup>21</sup>, a realização da justiça e a descoberta da verdade material, bem como a proteção dos direitos fundamentais perante o poder

---

<sup>17</sup> JORGE CASTRO, *ob. cit.*, p. 531.

<sup>18</sup> Cfr., JORGE CASTRO, *ob. cit.*, p. 531.

<sup>19</sup> Cfr., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I, Noções gerais, elementos do processo penal*, Verbo, 6ª ed., 2008, p. 30.

<sup>20</sup> MARA LOPES diz que «nenhuma [das finalidades do processo penal assume] a característica de inviolabilidade, a menos que esteja presente a questão ou o valor da dignidade da pessoa humana (...)), pois é esse o «fundamento axiológico de toda a ordenação que se queira justa e que se radique numa exigência de humanidade». Cfr., *Princípio da presunção de inocência em fase de recurso no processo penal português*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à FDUC, p. 45-46. E lembre-se, com JOSÉ SOUTO DE MOURA, que «o pior dos criminosos, pelo facto de o ser, nunca perde a dignidade inerente à pessoa humana». Cfr., *A proteção dos direitos fundamentais no processo penal*, I Congresso de Processo Penal, Almedina.

<sup>21</sup> Tarefa que deverá ser cumprida através da mobilização de um critério de otimização de ganhos e minimização de perdas axiológicas e funcionais. Cfr., MARA LOPES, *ob. cit.*, p. 47-48.

punitivo do Estado que, «protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício»<sup>22</sup>. Já a função de restabelecimento da paz jurídica<sup>23</sup> passa tanto pela condenação dos culpados como pela absolvição dos inocentes.

Citando CAVALEIRO DE FERREIRA, «em processo penal, a justiça, perante a impossibilidade de uma certeza, encontra-se na alternativa de aceitar, com base em uma probabilidade ou possibilidade, o risco de absolver um culpado e o risco de condenar um inocente»<sup>24</sup>. Assim, «num Estado de direito que dê primazia ao direito à liberdade, entre o risco de condenar um inocente e o de absolver um culpado, impõe-se a opção pelo segundo»<sup>25</sup>.

Já os processos de regulação das responsabilidades parentais dizem, inquestionavelmente, respeito à *criança-ser* (em desenvolvimento). O que se pretende é que sejam conferidas à criança as condições necessárias a um desenvolvimento harmonioso e condigno; para que, então um dia, a mesma possa vir a ser uma cidadã adulta *verdadeiramente livre*.

Por força da remissão estabelecida pelo 147º da OTM, estes processos são regidos pelos mesmos princípios que norteiam os processos de promoção e proteção das crianças em perigo. Nos processos tutelares cíveis, o superior interesse da criança, consagrado nos arts. 4º, al. a) da LPCJP e art. 3º da CEDC, é o critério fundamental e único das decisões judiciais, nos termos do qual «todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o superior interesse da criança». Este, de acordo com REMÉDIO MARQUES, único interesse em risco<sup>26</sup>, ou, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE<sup>27</sup>, único «interesse a regular». Não estão em causa quaisquer pretensões conflituantes, ou um qualquer conflito de partes<sup>28</sup>; conquanto MANUEL DE ANDRADE admita que, no seio dos processos de jurisdição voluntária, possa «haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse»<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Ed., 1974, p. 64-65.

<sup>23</sup> Paz posta em causa pelo cometimento de um crime ou pela suspeita da sua prática.

<sup>24</sup> Cfr., MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, p. 216.

<sup>25</sup> JORGE CASTRO, *ob. cit.*, p. 511.

<sup>26</sup> V., no mesmo sentido, o Ac. da Rel. do Porto de 26/9/96.

<sup>27</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Ed., 1976, p. 71 e ss., cit. p. 71.

<sup>28</sup> REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Ed., 2ª ed. 2009, p. 108.

<sup>29</sup> MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, 1976, p. 71 e ss..

Tal é contrariado, de certo modo, pela jurisprudência quando considera estar, também, particularmente em risco, num contexto de pós-divórcio, o interesse de autorrealização daquele progenitor ao qual não seja atribuída a guarda do menor ou, ainda, um direito subjetivo dos pais de terem os filhos consigo<sup>30</sup>. Partilhando da opinião de ANTUNES VARELA, na linha de CASTRO MENDES, consideramos tratar-se de interesses que, enquanto interesses dos pais, *só em segundo plano* deverão ser atendíveis<sup>31</sup>.

CASTRO MENDES vai mais longe, ao remeter o específico tipo de situação que abordamos para um grupo de casos de «desarmonia de interesses»; no contexto de uma classificação por si desenvolvida, relativa a três grandes grupos principais de situações anómalas, justificativas da criação de um processo de jurisdição voluntária, apto a resolvê-las. E fá-lo, na medida em que, no tipo de casos a que nos reportamos, «se entrecruzam interesses contrapostos, mas não no mesmo plano». De tal modo que, um desses interesses, ao caso o (*superior*) interesse da criança, assumirá «necessariamente [uma] posição de primazia».

Para LEBRE DE FREITAS, «*todo* o processo civil tem na sua base um conflito de interesses<sup>32</sup> e visa a sua [justa] composição»<sup>33</sup>, mediante a tutela, pelos tribunais, na qualidade de órgãos heterocompositivos imparciais, dos litígios que lhes sejam submetidos. No entanto, importa contextualizar tal afirmação, situando-a no seio do processo civil em geral, enquanto jurisdição contenciosa, e não dos processos de jurisdição voluntária em especial.

Constatam ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA que, enquanto nos «processos de jurisdição *contenciosa*, que constituem a regra, há um conflito de interesses entre as partes (...) que ao tribunal incumbe *dirimir*, nos processos de jurisdição *voluntária* há um interesse *fundamental* tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos

---

<sup>30</sup> Lê-se no Ac. de 10/04/2008, do TRL que «o poder paternal não visa unicamente tutelar o interesse da menor, mas também o interesse da autorrealização dos pais enquanto pais», particularmente em perigo após o divórcio.

<sup>31</sup> Cfr., CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. I, Almedina, 1969, p. 34; ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Ed., 2ª ed., p. 70, nota 2.

<sup>32</sup> De acordo com CASTANHEIRA NEVES, a propósito do processo civil, interesses com a «mesma índole jurídica (interesses privados) e (...), como tal, (...) juridicamente equiparáveis»; do que decorre que os sujeitos da lide, embora em posições antagónicas no que toca às suas pretensões, «não poderiam (...) deixar de ser tratadas em perfeito plano de igualdade processual». Cfr., *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra, p. 14.

<sup>33</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*, Coimbra Editora, 2ª ed., 2009, p.37.

*mais convenientes*»<sup>34/35</sup>. Na verdade, o facto de os processos de jurisdição voluntária, marcados pela sua natureza específica, serem caracterizados por normalmente neles haver um único interesse a regular, vem acarretar uma exigência de «modelação prática de certos princípios e regras processuais»<sup>36</sup>. Denota-se forte a presença do inquisitório sobre o dispositivo, no que respeita ao objeto do processo<sup>37</sup>, sendo o julgador livre de investigar os factos alegados pelas partes, coligir as provas, ordenar os inquéritos e proceder à recolha das informações que entenda pertinentes, quanto ao apuramento da verdade material acerca dos factos<sup>38</sup> (art. 1409º/2 do CPC). Não estará, então, o julgador «limitado em regra aos factos articulados pelas partes, como [sucede] em processo contencioso (art. 664º)»<sup>39</sup>. Citando ALBERTO DOS REIS, «vê-se, pois, que, de um modo geral, o juiz goza na jurisdição voluntária, em matéria de facto, de poderes mais extensos do que na jurisdição contenciosa». E, «se, na colheita dos factos, o juiz dispõe de largo poder de iniciativa, [não estando confinado àqueles que sejam trazidos pelas partes para o processo], o mesmo sucede quanto aos meios de prova e de informação»<sup>40</sup>.

De volta ao processo penal, como denota CASTANHEIRA NEVES, está em causa um processo que realiza uma intencionalidade que lhe é própria, que é a sua, sendo diferente da realizada pelo processo civil (em geral), o que implica uma demarcação entre os referidos processos, em termos normativos e em termos estruturais<sup>41</sup>. Sendo o processo penal marcado pela indisponibilidade do objeto e do conteúdo processual<sup>42</sup>, assim como pela inevitabilidade<sup>43</sup> da ação penal, com o fito de

---

<sup>34</sup> Cfr., ANTUNES VARELA, *et al.*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Ed., 2ª ed., 1985, p. 69-70.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, citando CASTRO MENDES, «a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária assenta neste ponto: a jurisdição contenciosa tem por fim a justa composição de *litígios*; a graciosa tem por fim a regulamentação de situações anómalas de interesses *mas que não são litígios*»; podendo haver ou não haver lugar à verificação de *controvérsia* num ou no outro caso». Assim, no que concerne especificamente às providências relativas aos filhos, o Autor afirma que, na falta de acordo ou controvérsia, «o juiz resolve de harmonia com os interesses do menor (...) e só *dele*», conforme o estabelecido no art. 180º da OTM. *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, 2012, p. 52-53.

<sup>36</sup> REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>37</sup> Ou, com mais rigor terminológico, do princípio da «investigação» ou «instrutório». Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Ed., 1974, p.72.

<sup>38</sup> REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>39</sup> Cfr., CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>40</sup> Cfr., ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. II, Coimbra Ed., 1956, p. 399-400.

<sup>41</sup> CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>42</sup> A propósito dos processos de jurisdição voluntária, «em consequência do seu específico critério de decisão, não vigora o princípio da disponibilidade das partes sobre o objeto, porque o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar inquéritos, recolher as informações convenientes e recusar as provas consideradas desnecessárias (art. 1409º, nº2)», não se cingindo aos factos alegados e ao carreado pelas partes para o processo. Cfr. *Introdução ao Processo Civil*, cit. p. 39 e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.71.

descoberta da verdade material, que se quer também processualmente válida<sup>44</sup>, é permitido ao juiz que, *ex officio*, extravase a esfera traçada pelas partes, «criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão»<sup>45</sup>; posto que não se descure o princípio do dispositivo e o direito das partes a serem ouvidas, reconhecendo-se-lhes, de resto, uma «participação constitutiva na declaração do direito do caso»<sup>46</sup>.

Pode, por sua vez, o julgador, ainda quanto aos processos de jurisdição voluntária, na medida em que não está sujeito a critérios de legalidade estrita<sup>47</sup>, fazer-se pautar, conforme as circunstâncias de cada caso concreto, por critérios de *equidade*. Permite-se que as decisões sejam tomadas com base em razões de conveniência e oportunidade, fundando-se em critérios não normativos, assentes na discricionariedade judiciária<sup>48</sup> (1410º do CPC, de acordo com o qual «nas providências a tomar o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna»). O julgador deverá, então, debruçado sobre o caso, «procurar descobrir a solução que melhor [sirva] os interesses em causa»<sup>49</sup>, em termos de justiça do caso concreto. O aludido implica que não haja lugar à admissibilidade de recurso para o STJ das decisões proferidas nos moldes referidos (art. 1411º, nº2)<sup>50</sup>, bem como que as decisões adotadas por esta via sejam livremente revogáveis, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus* (art. 1411º, nº1). Veja-se, *verbi gratia*, o art. 182º da OTM e os arts. 666º, 671º/1 e 673º do CPC.

Segundo CLARA SOTTOMAYOR<sup>51</sup>, não se trata aqui de «condenar penalmente o progenitor mas sim [de] proteger a criança», cujo fado será decidido pelos adultos, tendo em conta aquilo que, em determinado momento, tomem como o seu superior interesse, conceito indeterminado, vago e genérico, confiado ao «bom senso dos juízes», devendo ser por eles alvo de concretização «de acordo com as orientações

---

<sup>43</sup> Citando CASTANHEIRA NEVES, «deverá o MP promover obrigatoriamente e sempre o processo criminal, uma vez verificados os pressupostos factuais e jurídicos da incriminação e acusação». Cfr., *ob. cit.*, p. 18.

<sup>44</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p.72.

<sup>45</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p.72.

<sup>46</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p.72.

<sup>47</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 71 e ss.

<sup>48</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA faz aqui residir a «distinção entre os processos de jurisdição voluntária e os demais processos declarativos». Cfr., *Introdução ao Processo Civil*, Lisboa, Lex., 2ª ed., 2000, p. 38.

<sup>49</sup> Cfr., ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p 400-401.

<sup>50</sup> Cfr., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 39.

<sup>51</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina, 5ª ed., 2011, p. 44 e 176.

legais sobre o conteúdo das responsabilidades parentais» (1878º-b), 1878º/1-c), 1878º/2, 1901º/1).

Em tais processos deverá «prevaler uma lógica de proteção da criança», que nunca poderá ser obrigada a relacionar-se, a honrar e mesmo a amar alguém que rejeita, o que se traduziria, para si, em danos psíquicos, emocionais, e até físicos, irremediáveis.

### c) Prejudicialidade

Pode suceder que uma questão jurídico-concreta esteja intimamente relacionada com uma outra que seja apta a constituir objeto próprio de um outro processo (*autónomo*); surgindo premente, em termos de subordinação lógica, para a resolução da primeira, dar, desde logo, resposta à segunda<sup>52</sup>. Isto é, mostra-se a questão prejudicial como questão substantiva absolutamente *necessária*, do ponto de vista *lógico*<sup>53</sup>, para decidir da questão cujo julgamento condiciona<sup>54</sup>, como «antecedente [lógico-jurídico] da resolução da questão prejudicada»<sup>55</sup>. São, assim, apontadas por FOSCHINI, enquanto características da prejudicialidade, a antecedência lógico-jurídica, a autonomia e a necessidade<sup>56</sup>.

Reportando-nos ao nosso objeto de estudo, consideramos a questão criminal, levantada no seio do processo penal, como *prejudicial* relativamente à questão da regulação das responsabilidades parentais, objeto do processo tutelar cível; visto que, naquele processo, está em causa uma alegação de crime de abuso sexual por um dos pais da criança cuja guarda se discute neste último. A decisão penal será, por força da *proteção da criança e do seu superior interesse*, prejudicial em relação à decisão final no processo tutelar cível, no sentido em que, durante a pendência do processo crime, o pedido de visitas ou de guarda do progenitor suspeito não pode ser apreciado enquanto não houver decisão no processo crime.

Tal não significa que o processo tutelar cível fique parado. A tutela do interesse da criança exige que sejam tomadas medidas de proteção: as visitas do progenitor suspeito deverão ser suspensas ou vigiadas por terceiros e a guarda não lhe pode ser atribuída. A pendência do processo crime será um elemento *forçosamente* integrante do juízo

---

<sup>52</sup> Cfr., MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, III, Lisboa, 1958, p.73.

<sup>53</sup> Não está em causa um critério de antecedência cronológica, já que nos referimos a questões *prejudiciais* e não a questões *prévias*. Cfr., acerca da distinção, nomeadamente, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa, 1986, p. 128.

<sup>54</sup> Cfr., MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, p.73.

<sup>55</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, I, Verbo, 5ª ed., 2008, p. 114-115.

<sup>56</sup> *Apud* MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, p.73.

relativo a qualquer decisão tomada no processo cível. Estes dois processos não podem ser vistos como compartimentos estanques.

### **c.a.) Suspensão da Instância**

«(...) A pendência de uma causa prejudicial não determina *necessariamente* a suspensão da instância na ação cuja decisão depende do julgamento dela»<sup>57</sup>.

Falamos, no âmbito da *situação-tipo* de que tratamos, de uma prejudicialidade que, além de substantiva (é-o sempre no nosso sistema jurídico), será processual<sup>58</sup>, na medida em que deverá *necessariamente* haver lugar a uma suspensão do processo tutelar cível enquanto não seja decidida a questão prejudicial (que, como tal, é própria), em sede penal (art. 97º, nº2, do CPC). Significa isto que, logo que seja resolvida a questão criminal (prejudicial), o julgador estará em condições para, *em sede própria*, dar resposta à questão cível, tendo em consideração a solução avançada para aquela outra questão (prévia).

Atendendo a uma lógica de *proteção* da criança-vítima, e tendo em conta que a proximidade relacional com o abusador representa, para si, um fator intensificador do trauma sofrido, durante a pendência do processo crime, devem ser tomadas medidas de proteção da criança, como a suspensão da visita, ou a retirada da guarda ao progenitor indiciado. Em face da gravidade da suspeita relativamente a um dos progenitores, este deve ver os seus direitos parentais restringidos; restrição que deverá ser imediata, logo após a apresentação da queixa, desde que não sejam reunidos fortes indícios no sentido de a mesma ser manifestamente infundada. Pode mesmo aplicar-se o estatuto de vítima fixado no art. 14.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro para as vítimas de violência doméstica, particularmente no que toca ao direito à proteção consagrado no seu art. 20º.

Esta solução *ad hoc* reconduz-se a uma suspensão *parcial* da instância, já que se reporta apenas aos pedidos por parte do progenitor suspeito de abuso, como seja o *pedido de visitas ou de guarda*. De facto, não se nos mostra coerente que, em sede de processo cível, sejam permitidas visitas pelo progenitor sobre o qual recaiam fortes indícios da prática de crime de abuso sexual de crianças, ou que lhe seja confiada a guarda, tendo-lhe sido aplicada, no âmbito do processo crime, medida de coação de

---

<sup>57</sup> Cfr., ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão de 6 de março de 1980*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra Ed., 1981, p. 329.

<sup>58</sup> Citando MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, «à prejudicialidade de natureza substantiva não corresponderá sempre uma prejudicialidade processual». *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa, 1986, p. 130.

proibição de permanência e de contactos com a criança (art. 200º do CPP). Mesmo que não tenha sido aplicada qualquer medida de coação, a solução deve ser a mesma, dada a gravidade da suspeita. O contrário será olhar para o Processo espartilhado, esquecendo-se a Criança abusada enquanto ponto de contacto entre os diversos processos que, em simultâneo, reclamam resposta. A solução defendida mostra-se, desde logo, necessária por uma exigência de *coerência e integração do sistema jurídico*; alcançável mediante uma eficaz comunicabilidade entre os vários ramos do direito.

Acresce a consideração do interesse da criança *enquanto interesse preponderante*; pelo que, também avocando um argumento de *igualdade de tratamento da criança pelo Direito*, a decisão de suspensão da instância não poderá ser relegada para o campo de discricionariedade de cada julgador (ainda que exercida de modo criterioso e fundamentado, desde logo atendendo ao condicionalismo imposto pela lei; *vide* art. 272º do CPC); não havendo aqui lugar a um qualquer *juízo concreto de ponderação* entre as «vantagens e os inconvenientes (...) da paragem temporária do processo dependente»<sup>59</sup>. É urgente que, nestes casos, a suspensão passe a resultar de disposição expressa da lei e não de determinação do tribunal.

#### **d) Superior Interesse da Criança**

Citando CLARA SOTTOMAYOR, o conceito de superior interesse da criança, na medida em que comporta uma «pluralidade de sentidos», carece de ser preenchido casuisticamente pelo julgador<sup>60</sup>, que frequentemente se vê num «excesso de poder [quanto à] valoração dos factos». 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>61</sup>.

Para RUI EPIFÂNIO e ANTÓNIO FARIA trata-se de uma «noção *cultural*, intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas *necessidades*, as condições

---

<sup>59</sup> Cfr., ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 329-330.

<sup>60</sup> Ac. do TRC, de 16/3/04, na parte em que indica que a quem cabe, em cada caso, definir o sentido dos conceitos legais intencionalmente vagos é ao tribunal, de acordo com os arts. 8º, nº3 e 9º do CC.

<sup>61</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal, relativamente à pessoa do filho, após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Universidade Católica, 2ª ed., 2003, p. 42 e 85. Sublinhados nossos.

adequadas ao seu bom *desenvolvimento* e ao seu *bem-estar material e moral*»<sup>62</sup>; concorrendo para a sua definição, nas palavras de ARMANDO LEANDRO, «considerações complexas de vária ordem (...)»<sup>63</sup>.

Certo é que tal conceito, citando REIS MONTEIRO, não se reconduz a «um albergue espanhol onde cada um encontra apenas aquilo que leva consigo»<sup>64</sup>, já que, como escreve CLARA SOTTOMAYOR, «apesar da sua aparente subjetividade», não se trata de um «conceito multiforme, [apto a tornar] todos os discursos equivalentes, porque *formalmente* justificados pelo mesmo interesse»<sup>65</sup>.

A tarefa da sua concretização, ainda que encetada mediante o recurso a *valorações objetivas*, não deixará de ser remetida para os adultos, inevitavelmente influenciados pela sua particular apreensão do mundo, pelas suas «fantasias sobre aquilo que é ser criança»<sup>66</sup>; apesar de, como adverte CLARA SOTTOMAYOR, tal conceito «não [remeter] o julgador para os seus critérios e sentimentos pessoais», mas antes para a «dimensão interdisciplinar do direito, [bem como para a] moral social»<sup>67</sup>.

Para além do recurso a critérios normativos (como o art. 69º da CRP e os arts. 1878º, nº1 e 1885º, nº1 do CC) enquanto referentes para a concretização casuística do conceito de interesse da criança, da análise jurisprudencial tem brotado uma série de sub-critérios ou fatores relativos, quer à criança, quer aos pais, concorrentes para a determinação concreta do superior interesse da mesma. Introduce-se, assim, «uma zona de consenso, dentro do conceito de interesse da criança, para evitar o subjetivismo judiciário e limita a discricionariedade judicial»<sup>68</sup>. Contudo, tais critérios continuarão sempre a ser interpretados e valorados distintamente pelos diferentes juízes<sup>69</sup>, apesar de preferível ser a adoção de uma visão de conjunto e de igual medida das diversas circunstâncias do caso e dos vários critérios e sub-critérios a considerar. Trata-se de

---

<sup>62</sup> *In Organização Tutelar de Menores Anotada*, Almedina, 1987, p. 326. Sublinhados nossos.

<sup>63</sup> *Apud* RUI AMORIM, *O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças*, Revista do CEJ, nº 12, 2º semestre, de 2009, p. 90.

<sup>64</sup> REIS MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, Almedina, 2010, p. 80.

<sup>65</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, Coimbra Ed., 2008, (FDUC-Centro de Direito da Família, 12), p. 49.

<sup>66</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor JORGE MIRANDA, FDUL, 2012, p. 531.

<sup>67</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 43.

<sup>68</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva* (...), p. 49.

<sup>69</sup> *Cfr.*, CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 46 e ss.

uma matéria «eminente jurisprudencial, no sentido de que o momento mais relevante é o (...) da apreciação dos factos, do conhecimento da realidade do caso»<sup>70</sup>.

Com um intuito normalizador da concretização casuística do conceito de superior interesse da criança, e no sentido de se permitir «a continuidade na relação psicológica principal da criança», CLARA SOTTOMAYOR<sup>71</sup> entende o critério da figura primária de referência como «o critério mais correto e conforme ao interesse da criança», na medida em que esta seja confiada à pessoa que dela cuida no dia-a-dia, a quem criança estará mais ligada em termos emocionais.

Ideal será que, embora sempre de forma crítica, não deixe nunca, neste campo, de se atender à «lógica do coração»<sup>72</sup>.

#### **e) Processos de Promoção e Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (PPCJP)**

Atendendo a uma exigência de coerência do sistema jurídico, importa estabelecer comunicabilidade entre os processos a que nos temos vindo a referir; à semelhança do determinado pelo Despacho nº 3/12 de 08/02/2012, relativo às *boas práticas para intervenção articulada no âmbito do abuso sexual de menores*, emitido pela Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, quanto aos processos criminal e de *promoção e proteção*. Citando a referida ordem de serviço, «o magistrado que seja responsável pelo inquérito criminal deve verificar se já foi instaurado processo de promoção e proteção, assim como o magistrado responsável pelo processo de promoção e proteção deve verificar se já foi, quando pertinente, instaurado inquérito criminal (...)».

Tal diploma, que ambiciona a potenciação da eficiência dos procedimentos a que se refere mediante o aproveitamento de atos processuais praticados nos diferentes processos, dispõe no sentido de evitar a vitimização secundária da criança, como aquela que resulta da duplicação de diligências. De resto, perante a particularidade das situações referidas na al. e), do nº2, da norma i.e., em que o suspeito da prática de comportamentos aptos a afetar com gravidade a segurança, bem como o desenvolvimento integral e equilibrado da criança, com esta coabite, mantenha uma convivência frequente ou com ela partilhe uma relação familiar próxima, o MP, em

---

<sup>70</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”*, Revista Portuguesa de Direito da Família, 2011, nº 16, p.5.

<sup>71</sup> Cfr. CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 57 e ss.

<sup>72</sup> Cfr. CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 42 e ss.

nome da promoção e defesa dos direitos das crianças em perigo, deverá providenciar pela instauração de processo judicial de promoção e proteção<sup>73</sup>. Deverá também *retirar-se a criança da situação concreta de perigo em que se encontra*, de modo a que os fatores que a tenham colocado nessa mesma condição sejam eliminados.

Por força da remissão estabelecida pelo art. 147º da OTM, valem nos *processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais* os mesmos princípios que norteiam os *processos de promoção e proteção das crianças em perigo*, o que nos permite estabelecer uma relação analógica entre eles. Ora, sempre que as «constitutivas intenções de juridicidade [sejam] no fundo as mesmas ou afins», prevalecendo a semelhança sobre a diferença, a solução dada pelo direito deve ser idêntica<sup>74</sup>.

## **2.2. Processo Penal**

### **2.2.a) Pendência do Processo Crime de Abuso Sexual de Crianças**

Face a situações de eventual perigo para a criança, deve adotar-se a solução da suspensão ou mesmo a de exclusão do exercício do direito de visita, numa atitude prudente a favor da criança.

Enquanto ser em desenvolvimento, à criança importa que lhe seja garantida uma base de apoio sã e estruturada em valores e princípios morais; imprescindível ao seu crescimento e desenvolvimento social normais. Não deverá ser-lhe imposto lidar com aquele em quem deveria ter podido confiar, e face ao qual apresenta uma profunda aversão; considerando que a «ligação entre a vítima e o autor torna mais doloroso e traumatizante o abuso, por significar uma traição de alguém de quem a criança esperava amor e em quem confiava»<sup>75</sup>. A ter existido um abuso sexual ou outro mau-trato, a imposição de contactos traduzir-se-ia num fator de intensificação do trauma dele resultante, contribuindo para a «severidade e extensão do impacto do abuso sexual [ou outro mal trato]»<sup>76</sup>; e podendo culminar numa situação de danos irreversíveis para a criança, de aquisições sucessivas de más práticas, de «modelos de vida perturbados»,

---

<sup>73</sup> PPCJP que pode correr por apenso ao processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 148º, nº3 da OTM).

<sup>74</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, Coimbra Ed., 1993, p. 261.

<sup>75</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, Cuidar da justiça de crianças e jovens..., 2003, p. 35.

<sup>76</sup> CELINA MANITA, *Quando as portas do medo se abrem...*, Cuidar da justiça de crianças e jovens..., 2003, p. 237.

pois o futuro da família depende do futuro que soubermos preparar para os afetos<sup>77</sup>. Vemos como arriscado o contacto da criança com o progenitor suspeito de abuso, embora não condenado, através de um regime de visitas vigiado por terceiros<sup>78</sup>. As visitas, ainda quando vigiadas, permitem que esse progenitor tenha oportunidades para seduzir/amedrontar a criança e conseguir alterar o seu depoimento, ou para que a criança, não se sentindo protegida pelo sistema, acabe por se aliar ao progenitor que dela abusou<sup>79</sup>.

Apesar do direito constitucional por parte da criança à proteção da sociedade e do Estado (art. 69º, nº1), contra uma conceção extremista de família-fortaleza, de acordo com a qual a criança, «apagada da sua qualidade de cidadã», seria tida como *objeto, propriedade* dos pais; muitas das vezes, a criança é desacreditada no seio da própria família. A família tem vindo «paulatinamente a deixar de ser idealizada como local de proteção incondicional», antes se sabendo hoje, citando GUILHERME DE OLIVEIRA, que «é dentro de casa, em cenário familiar, lugar privilegiado de violência, que os maus tratos são mais frequentes e perigosos». Tal sucede, quer por medo, já que é frequente estarem associadas outras formas de violência; quer pela dificuldade em acreditar que alguém da família pudesse algum dia vir a cometer tamanha barbárie. Por outro lado, é frequente o encobrimento, e até a conivência, por parte da família, da realidade de abuso.

Então, avançamos como eventual solução, embora insatisfatória, o acompanhamento das visitas por profissionais, e não já por familiares.

### 2.2.1. Inquérito

Consta do nº1 do art. 262º do CPP, enquanto finalidade do inquérito<sup>80</sup>, como complexo de atos, a *investigação* dirigida à verificação da existência de um crime; à determinação dos seus agentes, bem como da respetiva responsabilidade; e à descoberta

---

<sup>77</sup> JOÃO SEABRA DINIZ, *Família lugar dos afetos*, Estudos de homenagem a Rui Epifânio, Almedina, 2010, p. 150.

<sup>78</sup> Cfr., GUILHERME DE OLIVEIRA, *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, *Lex Familiae*, ano 5, nº 10, 2008, p. 5-16, p. 10; RUI DO CARMO, *Para recomendar a leitura de A criança na justiça*, de CATARINA RIBEIRO, *Revista do MP*, out./dez. de 2009, nº 120, p. 275; MARIA REGINA AZAMBUJA, *Violência sexual intrafamiliar: É possível proteger a criança?*, Livraria do Advogado, 2004, p. 118; e ANA NUNES DE ALMEIDA, *et al.*, *Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família*, *Revista Análise Social da Universidade de Lisboa*, nº 150, vol. XXXIV, outono, de 1999.

<sup>79</sup> Cfr., LENORE WALKER, *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome and Its Admissibility in the Family Court*, *Journal of Child Custody*, 2004, p. 55 e JOAN ZORZA, *Child Custody Cases, Incest Allegations and Domestic Violence: Expert Insights and Practical Wisdom*, *Commission on Domestic Violence*, in *Quarterly E-Newsletter*, vol. 4, July 2006, p. 5.

<sup>80</sup> Fase processual de natureza inquisitória.

e recolha das provas necessárias à sustentação da acusação. Isto, tendo em conta a necessidade estrutural de elementos aptos a fundamentar o juízo de prognose relativo à existência de indícios suficientes. Será partindo de uma *prévia decisão de mérito*, acerca da existência ou não de indícios suficientes do crime, do seu agente e respetiva responsabilidade, que o MP, entidade que dirige o inquérito (art. 263º do CPP e art. 219º da CRP), proferirá a sua decisão de encerramento do mesmo.

Estando em causa um crime cuja natureza pública é determinada pelo art. 178.º, al. a), do CP, o MP, na qualidade de defensor do superior interesse da criança, prosseguirá com a ação penal, independentemente do exercício do direito de queixa pelo respetivo titular (art. 113º do CP).

Se entender que não há indícios da prática de crime, dará o inquérito por terminado, mediante despacho, ordenando o arquivamento do inquérito, ou deduzirá acusação, se entender que há indícios do crime. Tem ainda a possibilidade de requerer ao juiz de instrução a suspensão provisória do processo, caso se verifiquem os requisitos do art. 281.º do CPP<sup>81</sup>, possibilidade que na prática é pouco usada e que é contraditória com a natureza pública do crime, bem como com a extrema gravidade deste.

#### **a) Entrevista**

A entrevista forense assume um papel fundamental, sobretudo nos casos em que não são encontradas evidências do abuso, físicas e laboratoriais<sup>82</sup>.

Referindo-nos à entrevista de crianças, «a sexualidade constitui uma problemática que a criança domina mal e que afeta o seu pudor e intimidade»<sup>83</sup> e as crianças «evidenciam algumas limitações de desenvolvimento que poderão dificultar a sua capacidade em descrever acontecimentos por si vividos»<sup>84</sup>; devendo ser tidos em conta certos aspetos relacionados com o testemunho da criança (art. 20º da Diretiva

---

<sup>81</sup> Mediante certos requisitos legais, apesar de o MP, durante o inquérito, ter recolhido indícios suficientes no que toca à verificação do crime e de quem foi o seu agente, aqui, não se vai para julgamento. Em vez disso, o MP, com o juízo e a anuência do juiz de instrução, imporá ao arguido certas injunções e regras de conduta, que condicionem a sua normal atividade, no sentido do arquivamento do processo. Cfr., SÓNIA FIDALGO, *O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, nºs 2 e 3, abril/setembro 2008, p. 279-280; e ANTÓNIO DOMINGOS PIRES ROBALO, *Noções elementares de tramitação do processo penal*, Almedina, 2004, p. 123.

<sup>82</sup> Cfr., CARLOS EDUARDO PEIXOTO, *et al.*, *O protocolo de entrevista forense do NICHD: contributo na obtenção do testemunho da criança no contexto português*, Revista do MP nº 134, abril/junho 2013, p. 163.

<sup>83</sup> CLARA SOTTOMAYOR, «O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança», 2003, p. 23.

<sup>84</sup> CARLOS EDUARDO PEIXOTO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 151.

2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; e Lei de Proteção de Testemunhas: nº 93/99, de 14 de julho, designadamente, art. 26º e ss.), de forma a uma correta recolha e valoração da prova e a evitar uma eventual vitimização secundária. Aquelas limitações «poderão ser superadas [recorrendo] a técnicas e protocolos de entrevista que tenham em conta as especificidades do desenvolvimento da criança»<sup>85</sup>.

Terão de ser tidos em conta todos os sinais de alerta revelados pela criança ouvida; não esquecendo que «imprecisões ou contradições no seu discurso não podem ser consideradas sinais de mentira e que a erosão das lembranças e as dificuldades em estabelecer a sequência cronológica dos factos são normais em crianças vítimas de abusos sexuais, sobretudo, se se tratar de abusos repetidos»<sup>86</sup>. Seguimos RUI DO CARMO, quando defende a importância de técnicos auxiliares dos juízes, especialmente habilitados, em termos de formação específica; no sentido do art. 35º, nº 1, al. c) da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, que encarrega os Estados signatários da tomada de medidas positivas no sentido de que «as audições das crianças sejam efetuadas por profissionais com formação adequada a esse fim»<sup>87</sup>. Tal formação, de acordo com o protocolo de entrevista forense do National Institute of Child Health and Human Development (NICHD), deverá ser contínua. Não esqueçamos que «a qualidade dos relatos das crianças depende da competência do entrevistador (...)»<sup>88</sup>.

Em Portugal apenas circulam linhas gerais, não vinculativas, de como se deve entrevistar uma criança-vítima de abuso sexual (APAV, 2002); o que, ao permitir uma multiplicidade de técnicas em campo<sup>89</sup>, atenta contra o princípio da igualdade.

A nível internacional, destaque-se o protocolo de entrevista forense do NICHD, pela sua fundamentação científica e experimentação prática, no sentido de «melhorar a qualidade e quantidade de informação relatada pela criança», potenciando a obtenção de informações relevantes do ponto de vista forense<sup>90</sup> e afastando «informações

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>86</sup> CLARA SOTTOMAYOR, «O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança», 2003, p. 24.

<sup>87</sup> Cfr., RUI DO CARMO, Declarações para memória futura, Revista do MP nº 134, p. 138.

<sup>88</sup> RUI DO CARMO, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>89</sup> CARLOS EDUARDO PEIXOTO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 165.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 152-153.

contaminadas pelo efeito da sugestionabilidade interrogativa do entrevistador»<sup>91</sup>. Mais, a obrigatoriedade de registo vídeo para as declarações proferidas pelas crianças é já uma realidade na maioria dos países europeus, nos EUA, Canadá e Austrália. Assim se «permite a gravação fiel das declarações (...) e das questões (...) colocadas», «[tornando-se o] processo de obtenção do relato mais célere; [possibilitando-se] a análise do conteúdo das declarações e uma avaliação da qualidade das informações obtidas; torna-se possível o registo da comunicação não-verbal (...); [permite-se] que as informações obtidas sejam utilizadas em momentos ulteriores do processo judicial, sem que seja solicitada à criança nova inquirição»<sup>92</sup>.

No sentido da fidedignidade do testemunho da criança, não podemos descurar a importância do método utilizado na entrevista, de quem a conduz, e o ambiente (de confiança e proteção) em que deve decorrer. O entendimento generalizado é o de que se deve convidar a criança a uma evocação *livre* dos factos, evitando-se que seja, de alguma forma, sugestionada. Deve a entrevista ser sempre adequada à sua idade, bem como à peculiaridade de si mesma e à singularidade característica de se ter sido vítima de abuso sexual intrafamiliar. Tal só será alcançável mediante a implementação de uma formação técnica especializada, quer dos magistrados, quer dos restantes profissionais implicados.

#### **b) Declarações para Memória Futura**

Assumem especial relevo, nestes processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual do *menor*, as declarações para memória futura; o que aqui se traduz numa diligência legalmente obrigatória (art. 120º, nº2, al. a), do CPP)<sup>93</sup> a realizar pelo juiz de instrução na fase de inquérito (art. 271º, nºs 2 e 4, do CPP); não se reconduzindo a um meio de obtenção antecipada de prova passível de ser valorada em sede de audiência de discussão e julgamento, e dependente de iniciativa de um dos sujeitos processuais.

Possibilita-se, assim, que a prova produzida no inquérito seja considerada na audiência de julgamento sem nova audição, apesar de o respetivo regime, na prática, a permitir (art. 271, nº8, do CPP), tal como «a reinquirição no quadro do mesmo processo, [e] a reinquirição no quadro doutros processos e a conseqüente produção dos

---

<sup>91</sup> Estudos vieram demonstrar que a utilização do referido protocolo está associada a um maior número de condenações. *Ibidem*, p. 161 e 162.

<sup>92</sup> CARLOS EDUARDO PEIXOTO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 164.

<sup>93</sup> Salvo se, aquando da sua realização, a vítima for já maior. Cfr., RUI DO CARMO, *ob. cit.*, p. 125.

efeitos nefastos [de vitimização secundária] que (...) se pretendem evitar»<sup>94</sup>. A repetição de inquirições nesta sede deverá ter sempre caráter de exceção, como resulta, tanto da recomendação Rec (2001) 16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a proteção das crianças, como da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da UE, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

Estando em causa a proteção da criança, deverá ocorrer no mais curto tempo possível após o conhecimento dos factos, devendo eventuais novas declarações a prestar pela criança-vítima ter lugar apenas quando se mostrem absolutamente necessárias para o apuramento de circunstâncias ou factos novos, ou para efeito de esclarecimentos; devendo ser efetuadas pelas mesmas pessoas. Tem-se entendido ser desnecessário aguardar pela identificação do suspeito ou pela constituição de arguido para proceder à inquirição para memória futura, desde que se nomeie defensor para assegurar a defesa daquele a quem se atribui a prática do crime<sup>95</sup>.

Pretende-se evitar a desnecessária repetição da audição da criança. Todavia, não tem sido esta a realidade da prática, continuando as crianças, e «sem que lhes seja conferido um papel ativo no processo»<sup>96</sup>, a ser inquiridas várias vezes e por diferentes pessoas, mesmo em processos onde existem vestígios físicos e biológicos de abuso sexual, com riscos de «contaminação da narrativa» e de vitimização secundária da criança<sup>97</sup>, levada a «reexperenciar de forma intensa e desgastante uma experiência traumática»<sup>98</sup>. Os resultados de estudos empíricos evidenciam que as crianças vítimas de abusos intrafamiliares são ouvidas em média 8 vezes e que, ainda naqueles casos em que existem sinais físicos e biológicos do abuso, as crianças são ouvidas entre 4 a 9 vezes no que toca aos mesmos factos, o que interfere com a qualidade do testemunho das mesmas<sup>99</sup>.

Para que a criança não seja também «vítima do processo»<sup>100</sup>, é necessário a direção efetiva do processo pelo MP, incumbido da defesa e promoção do superior interesse da criança. Por outro lado, na medida em que são desencadeadas «intervenções

---

<sup>94</sup> JOÃO CONDE CORREIA, *O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*, Julgar, nº12 (especial), 2010, p. 176.

<sup>95</sup> Cfr., CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2014, p. 278 e Ac. do STJ, de 07/11/2007 e de 25/03/2009).

<sup>96</sup> Cfr., RUI DO CARMO, *Para recomendar a leitura de A Criança na Justiça*, de CATARINA RIBEIRO, Revista do MP, ano 30, Out./Dez., de 2009, nº 120, p. 273-282, p. 277-278.

<sup>97</sup> CARLOS EDUARDO PEIXOTO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 163 e 164.

<sup>98</sup> CATARINA RIBEIRO, *A Criança na Justiça - Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina, 2009, p. 177.

<sup>99</sup> Cfr., CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2014, p. 279.

<sup>100</sup> RUI DO CARMO, *ob. cit.*, 2009, p. 281.

diversas, a vários níveis, de várias entidades, [que prosseguem objetivos diversos], sem uniformidade de critérios de avaliação nem uniformidade de procedimentos»<sup>101</sup>, importa estabelecer uma articulação real entre todas as entidades que participam, quer no mesmo processo, quer no âmbito dos processos cível e penal. Quer-se estabelecer a comunicabilidade, uma coordenação, entre os diversos processos, harmonizando-se os procedimentos, os critérios de avaliação mobilizados e as decisões que neles vão sendo tomadas; tal como a possibilidade de se fazer valer no processo cível os factos provados no processo crime, evitando-se formalidades desnecessárias.

### **c) Despacho de Arquivamento**

O arquivamento do inquérito (arts. 277º-281º do CPP) «significa que o Ministério Público quer pôr termo ao processo», prescindindo da indagação, pelo tribunal, acerca da responsabilidade penal<sup>102</sup>; tendo concluído pela existência de prova bastante no sentido da não verificação do crime ou de que o arguido não o praticou; ou pela não existência de indícios suficientes (art. 97º, nº4, do CPP).

Sendo motivado (formalmente) pela ausência de elementos probatórios *suficientes* para a elaboração pelo juiz da sua convicção (nº2, do art. 277º do CPP)<sup>103</sup>, o arquivamento não engloba um qualquer esforço (no sentido positivo) de fundamentação do respetivo despacho. Este arquivamento, motivado por razões de facto<sup>104</sup>, acarreta, assim, a dúvida da comunidade acerca da condução da investigação, do empenho empreendido nessa busca, da realização ou não de certas diligências, na medida em que é possível ao arguido escapar-se à realização das mesmas.

Citando RUI PATRÍCIO, «o princípio da presunção de inocência do arguido isenta-o do ónus de provar a sua inocência, a qual aparece imposta (ou ficcionada, ...) pela lei»<sup>105</sup>, o que tem influência direta na grande percentagem de arquivamentos geralmente verificada nos casos de abuso sexual de crianças. De resto, conforme resulta

---

<sup>101</sup> RUI DO CARMO, *ob. cit.*, 2009, p. 280.

<sup>102</sup> Cfr., RUI CASTRO, *Processo penal – inquérito*, Quid Juris, 2011, p. 148.

<sup>103</sup> Em caso de mera insuficiência de indícios recolhidos, perante a dúvida persistente quanto à prova da questão de facto, é manifesta a preferência do CPP pela sentença de absolvição face ao arquivamento do processo (arts. 376º e 280º), sob pena de estigmatização do arguido.

<sup>104</sup> Na medida em que «não é possível, sequer, provar a ocorrência do facto». Cfr., JOÃO CONDE CORREIA, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007, p. 31.

<sup>105</sup> «O que carece de prova é o contrário, ou seja, a culpa do arguido, culpa essa que cabe ao Ministério Público – e ao tribunal, por via do princípio da investigação – provar». Estes, (...), se não lograrem tal prova, «não sofrerão qualquer consequência desfavorável». Cfr., RUI PATRÍCIO, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no atual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, AADL, 2000, p. 27.

de um estudo realizado por PATRÍCIA JARDIM<sup>106</sup>, relativo ao abuso sexual na criança, segundo a perspetiva da intervenção médico-legal e forense, verifica-se uma relação significativa entre as condenações e a idade da vítima, no sentido de a baixa idade ser, para além da insuficiência ou ausência de prova, um dos fatores mais associados ao arquivamento processual (nos casos de crimes contra crianças, mais de 60%), tendo em conta, designadamente, a maior dificuldade das crianças mais pequenas em revelar e/ou testemunhar o abuso, ou, acrescentamos, a maior dificuldade dos adultos em entender e/ou valorizar tais testemunhos.

Acresce que da prática do abuso, geralmente, não resultam vestígios biológicos ou lesões traumáticas; o que não invalida a possibilidade de o abuso sexual ter ocorrido<sup>107</sup>. Deve ser conferida particular relevância à prova testemunhal<sup>108</sup>; apesar de, como refere CLARA SOTTOMAYOR, ser «mais fácil para os Tribunais acreditar que a mãe mente, e presumir que as declarações das crianças são o produto de manipulações ou falsas memórias, em vez de aceitar que um indivíduo socialmente inserido e educado possa abusar de crianças»<sup>109</sup>. A raiz da desvalorização do testemunho das crianças reside na discriminação histórica das crianças, em sociedades adultocêntricas; sendo a discriminação das crianças e das mulheres propiciada por contextos de poderio social e domínio económico pelos homens.

Urge contrariar uma realidade de violência, enquanto exercício abusivo da autoridade<sup>110</sup>, e a sua legitimação como método socialmente aceite de resolução de conflitos. Importa erradicar os resquícios de uma família patriarcal e da ideologia

---

<sup>106</sup> Estudo realizado no âmbito do Mestrado em Ciências Forenses, na Universidade do Porto, 2011, p. 20, 26 e 39.

<sup>107</sup> Cfr., PATRÍCIA JARDIM, *O abuso sexual na criança*, Dissertação de Mestrado em Ciências Forenses, Universidade do Porto, 2011, p. 19.

<sup>108</sup> Cfr., TILMAN FURNISS, *Abuso sexual da criança – Uma abordagem multidisciplinar*, Porto Alegre, 1993, p. 29 e ss. De acordo com o Autor, «a falta de evidência médica e da prova Forense requer a acusação verbal».

<sup>109</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 175 e 176.

<sup>110</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *A criança maltratada*, Temas de Direito da Família, Coimbra Ed., 2ª ed., 2001, p. 215-216. Citando ROSA CÂNDIDO MARTINS, «o modelo “autoritário” da completa submissão dos filhos ao pai, “chefe de família”, foi substituído», acrescentamos, pelo menos, num plano ideal, pelo modelo “democrático”, pressuposto pela CEDC (arts. 5º, 18º e 29º), e que é vocacionado para o *progressivo* envolvimento dos filhos, sujeitos de direitos, nos processos de tomada de decisão relativos a questões respeitantes aos assuntos da vida familiar, bem como no que toca ao «processo de concretização do seu interesse». (*Poder paternal vs Autonomia da criança e do adolescente*, *Lex Familiae* ano 1, nº1, 2004, p. 65-74 e 65 e *Responsabilidades parentais no séc. XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae*, ano 5, nº 10, 2008, p. 25-40 e 38 e ss.). Cfr., *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Centro de Direito da Família, FDUC, Coimbra Ed., 2008, nº 13, p. 227 e ss. Conforme observa RITA LOBO XAVIER, «a vida real das mulheres portuguesas continua a ser marcada por desigualdades que nada têm a ver com a diferenciação entre os sexos, antes constituem verdadeiras discriminações atestadas por resultados estatísticos». Cfr., *Responsabilidades parentais no séc. XXI*, *Lex Familiae*, ano 5, nº 10, 2008, p. 20.

sexista, presente na análise das questões da família, do divórcio e da guarda de crianças<sup>111</sup>. Desde logo, aquela noção de devaneios relacionados com a ideia Freudiana de *desejo incestuoso*, enquanto representação dos complexos de Édipo e de Electra<sup>112</sup>, não tendo base científica, deve também ser questionada. Segundo a mesma, a criança surgiria, já num plano racional, eroticamente fixada a um dos pais, pretendendo seduzi-lo. Ao mesmo tempo, desenvolveria hostilidade relativamente ao outro que, contudo, não deixava de amar; o que para si se traduziria em sentimentos contraditórios.

Daqui decorre o perigo de serem remetidas para as crianças perversidades próprias dos adultos; lançando-se as sementes de uma linha argumentativa capaz de ser *habilmente* aproveitada pelo abusador a seu favor<sup>113</sup>.

Assim fez GARDNER que, sem recurso a qualquer trave mestra, científica ou jurídica, desacreditou e ridicularizou as mulheres, bem como as crianças. Quanto às primeiras, vestiu-lhes a pele de seres altamente manipulativos e desequilibrados; já quanto às segundas, pintou-as como se de marionetas se tratassem, no seio de um movimento levado a cabo de forma maquiavélica e vingativa, pelas mães contra os pais, em contexto de divórcio.

---

<sup>111</sup> Este sexismo foi acentuado por GARDNER, que defendia que as mulheres, na altura do divórcio, padeciam de um conjunto de sintomas e sinais indiciadores da presença da síndrome de alienação parental; estando implicadas, nos casos mais graves, acusações falsas de abuso sexual. Cfr. RICHARD GARDNER, *Parental alienation syndrome vs. Parental alienation: wich diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?*, The American Journal of Family Therapy, 2002, p. 97. Tal traduzir-se-ia, assim, numa espécie de campanha sistemática, continuada e intencional de denegrição, conduzida pelas mulheres, com instrumentalização das crianças contra o pai; crianças também elas, então, doentes (*ibidem*, p. 8), em virtude de um abuso emocional perpetrado pela mãe conducente à «transformação de um vínculo positivo em negativo (amor em ódio)» (AVV, *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, Julgar, nº7, 2009, p. 202; RICHARD GARDNER, *Recent trends in divorce and custody litigation*, The Academy Forum, 1985, vol. 29, nº2, p. 3-7). A SAP foi descrita por GARDNER como «uma perturbação da infância que aparece quando a criança recusa relacionar-se com o progenitor sem a guarda, no contexto de divórcio e das disputas sobre guarda e visitas» (CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 158). Importa realçar o facto de a SAP não ser aceite como patologia pela OMS (organização mundial de saúde); nem tão-pouco reconhecida pela Associação Médica Americana nem pela APA (american psychological association; «the American Psychological Association (APA) believes that all mental health practitioners as well as law enforcement officials and the courts must take any reports of domestic violence in divorce and child custody cases seriously. An APA 1996 Presidential Task Force on Violence and the Family noted the **lack** of data to support so-called "parental alienation syndrome", and raised concern about the term's use. However, we have no official position on the purported syndrome»). Cfr., in <http://www.apa.org/news/press/releases/2008/01/pas-syndrome.aspx>; e PEDRO CINTRA, *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, Julgar, nº7, Jan./Abr., 2009, p. 198.

<sup>112</sup> Cfr., SIGMUND FREUD, *Psicologia da vida erótica*, tradução de MOYSÉS GIKOVATE, Guanabara Waissman-Koogan, Lda., 1934.

<sup>113</sup> Desmistificando a tese de FREUD do desejo sexual da criança pelo adulto e enquadrando-a na mentalidade da época, que negava que os adultos abusassem de crianças e que defendia o silêncio nestas questões, vide ALICE MILLER, *L'enfant sous terreur, L'ignorance de l'adulte et sin prix*, 1986, p. 129-141.

Para CLARA SOTTOMAYOR, alarmante é a constatação prática de que tais teorias têm mesmo «contribuído para branquear o fenómeno do abuso sexual de crianças (...) [funcionando] como um conselho aos juízes de que não devem levar a sério as alegações de abuso sexual, em processos de guarda de crianças (...)»<sup>114/115</sup>. Tais pré-concepções encontram entre nós campo fértil, por ser mais fácil adotar a crença da mãe-falsa acusadora, doente e vingativa, do que acreditar na hipótese de um progenitor abusar sexualmente de um filho<sup>116</sup>.

Mas a realidade carece de ser aceite, por mais horrorosa que seja. Este fenómeno pode bater à porta mais insuspeita e, na medida em que não existe nenhum «perfil de abusador sexual»<sup>117</sup>, move-se o criminoso entre nós, enquanto cidadão vulgar e aparentemente merecedor de respeito<sup>118</sup>.

Todo este processo de mudança deverá ser encetado também contra uma «cultura do silêncio»<sup>119</sup>, pois este se revela-se como a melhor arma de defesa para os abusadores.

Ainda que admitamos a possibilidade de denúncias falsas de abuso sexual, e até encetadas de má fé<sup>120</sup>, por um dos pais contra o outro, em contexto litigioso, a investigação diz-nos que tal terá de ser encarado como excecional, devendo todas as situações de alarme ser devidamente apreciadas<sup>121</sup>. Só se poderá falar em denúncias falsas quando quem acusa admite que acusou sem fundamento e de má fé, pois, do arquivamento de um processo crime, não se pode presumir a falsidade da acusação. Citando CLARA SOTTOMAYOR, baseada nos dados da investigação científica, «a probabilidade de a acusação ser verdadeira, em processos de regulação das

---

<sup>114</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 173.

<sup>115</sup> No Ac. do TRL de 26/1/2010, o Tribunal recorreu à noção de SAP, enquanto «distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e confiança da criança», para qualificar o comportamento da mãe da criança cuja guarda se discutia.

<sup>116</sup> MERRILYN MCDONALD, *The myth of epidemic false allegations of sexual abuse in divorce cases*, Court Review, Spring 1998, p. 19.

<sup>117</sup> Em sentido concordante com o texto, citando MARISALVA FÁVERO, «o certo é que só temos alguns indicadores que nos permitem deduzir que os agressores não têm qualquer característica social típica nem um comportamento público identificado». Cfr., *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, CLIMEPSI Ed., 2003, p. 119.

<sup>118</sup> Cfr., OLGA OLIVEIRA, *Crianças vítimas de abuso sexual – Reincidência dos abusadores sexuais*, Dissertação de Mestrado em Direito Penal, FDUC, 2009, p. 35 e ss.

<sup>119</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos das crianças*, Encontro Cuidar da justiça de crianças e jovens.... Porto, 11-12 out., 2002. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens...*, 2003, p. 18.

<sup>120</sup> Deve aqui a má fé reportar-se a uma atitude intencionalmente caluniosa, relacionada com aquelas alegações às quais não subjaza qualquer fundamento, reconduzido a um qualquer comportamento.

<sup>121</sup> Cfr., NANCY THONES *et al.*, *The extent, nature, and validity of sexual abuse allegations in custody/visitation disputes*, Child Abuse & Neglect., vol. 14, p. 151-163, 1990.

responsabilidades parentais, é igual às acusações feitas noutros contextos que nada têm que ver com custódias de crianças e divórcio»<sup>122</sup>. Por outro lado, o risco de processos falsos representa um risco mínimo, que não tem aqui significado maior do que em qualquer outro tipo legal de crime<sup>123</sup>. Mais, de acordo com os dados resultantes de um estudo norte-americano de 1990<sup>124</sup>, relativo, designadamente, à validade de alegações de abuso sexual em contextos de litígio, quanto à definição da guarda e das visitas, só numa pequena percentagem dos casos houve lugar a alegações de abuso sexual (2%), as acusações consideradas falsas apenas ficaram confinadas a uns 5% do total das queixas, valores semelhantes à taxa de acusações falsas noutros contextos e relativamente a outros crimes. Os dados apontados são demonstrativos de que não se verifica uma maior frequência dos casos de alegações falsas de abuso sexual, em contexto de divórcio. Veja-se ainda o resultado de um estudo espanhol realizado pelo Conselho Geral do Poder Judicial<sup>125</sup>, indicativo de que de entre as denúncias por violência de género estudadas (530), tão-só uma, equivalente a 0, 19% do total, poderia ser enquadrada no âmbito das denúncias falsas. Para MERRILYN MCDONALD, a tese das alegações falsas de abuso sexual consiste numa pré-conceção desprovida de qualquer suporte científico<sup>126</sup>, sendo alarmante a difusão que tem sido feita, no âmbito de cursos sobre divórcio para profissionais, de que 90% das acusações de abuso sexual em contexto de divórcio são falsas, quando tal informação se baseia em estudos referentes a amostras não representativas da população em geral e, assim, desprovidos de validade científica<sup>127</sup>.

Afastamos a proposta de SANDRA FEITOR, que defende que o momento, bem como as circunstâncias jurídicas em que a ação penal é deduzida (disputa pela guarda da criança) permitem legitimar desconfiança, logo à partida, por parte do Tribunal, acerca da veracidade da referida alegação<sup>128</sup>; o que se viria a traduzir numa *presunção de falsidade da acusação*.

---

<sup>122</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 171-172, p. 160-162.

<sup>123</sup> Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, 2003, p. 33.

<sup>124</sup> NANCY THOENNES *et al.*, *The extent, nature, and validity of sexual abuse allegations in custody/visitation disputes*, 1990, p. 153, 158 e 160-162.

<sup>125</sup> *Estudio sobre la aplicación de la Ley ítegral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, p. 88-89, *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 172.

<sup>126</sup> MERRILYN MCDONALD, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>127</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2014, p. 180-181.

<sup>128</sup> Perigosa é a afirmação da Autora segundo a qual deve o julgador «entregar a criança ao cuidado do progenitor que se [mostre] disponível para cumprir os acordos e as decisões judiciais», já que, muitas das vezes, os pais vêm-se obrigados a proteger, por si, os filhos do progenitor que sabem efetivamente

Citando CLARA SOTTOMAYOR, «se não se pode presumir o abuso sem provas, também não se pode presumir a mentira ou a manipulação de quem o alega»<sup>129</sup>. Neste sentido, o Estado francês chegou a ser condenado pelo TEDH, por desrespeito pela presunção de inocência, em virtude da condenação, por um tribunal francês, da senhora KLOUVI por crime de difamação contra o patrão, condenação que foi unicamente baseada num despacho de arquivamento de um processo de violação baseado numa queixa da trabalhadora contra o patrão<sup>130</sup>. No sentido de o arquivamento ou a absolvição não permitirem demonstrar a falsidade da acusação, diz-se no respetivo Acórdão que «a ausência de provas objetivas e as conclusões dos relatórios médico-psicológicos não permitiam que se forjasse uma certeza e que não existissem provas suficientes contra P, para a acusar no Tribunal Penal. Nestas condições foi proferido um despacho de arquivamento» (p.13, ponto 43).

Vemos, ainda, como falsa a questão levantada por JOSÉ FIALHO, segundo a qual o Tribunal, nestes casos, permitindo as visitas, poderá estar a abrir portas à continuidade de situações de abuso; enquanto, ao impedi-las, poderá estar a favorecer situações de falsa acusação de abuso<sup>131</sup>.

Subjaz ao direito de visita uma continuidade de eventuais vínculos gratificantes para a criança de afeto, carinho, respeito mútuo, que possam estar já estabelecidos entre pais e filhos, e que se revelam fulcrais para o desenvolvimento dos segundos; o que não sucederá nos casos em que a criança a isso se mostre avessa. Na ausência daqueles laços não há motivo para *impor o convívio* entre o progenitor e os filhos, como não o há em casos de recusa/falta de vontade de o reatar. Critérios fundamentais destas decisões judiciais são o interesse da criança e as suas particulares necessidades, havendo as mesmas de assentar nos direitos de audição e de participação das crianças (art. 12.º da CEDC e 4.º, al. i) da LPP).

---

ter abusado da criança, mas cuja prática não foi provada em juízo. Pode, inclusivamente vir-se a cair numa situação de crime de subtração de menor, quando o referido incumprimento seja repetido e (legalmente) *injustificado* (art. 249º, nº1, al. c) do CP). Cfr., SANDRA FEITOR, *ob. cit.*, p. 50 e ss. e p. 147. Perigoso é o regime das responsabilidades parentais, baseado na «complementaridade, cooperação, compromisso», diálogo e compreensão mútua, pois impõe, exceto nos casos em que haja decisão fundamentada em contrário (art. 1906º, nºs 1 e 2, do CC), um exercício em comum, por ambos os pais, das responsabilidades parentais, nos termos que vigoravam na constância do casamento, quanto às questões de particular importância. Isto sucede ainda que os mesmos não tenham acordado quanto a tal regime, o que se agudiza nos casos que tratamos de divórcio e especialmente quando estejam envolvidas acusações de abuso sexual do menor por parte de um dos pais ou violência doméstica. Tal acontece porque os Tribunais de Família, nos processos de regulação as responsabilidades parentais, tendem a desconsiderar como elemento relevante a pendência de processo crime contra o progenitor.

<sup>129</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 174.

<sup>130</sup> Decisão do TEDH, Ac. de 30/10/2011.

<sup>131</sup> *Apud* SANDRA FEITOR, *ob. cit.*, p. 78.

Terá de ser permitido à criança deslocar a sua figura paterna/materna para uma outra pessoa que lhe confira segurança, quando é hoje unânime que um contexto de estabilidade, tranquilidade e segurança irá ajudar a criança a «suportar e enfrentar dificuldades», «a ultrapassar com sucesso as etapas do seu desenvolvimento», transmitindo-lhe inspiração e ânimo para futuros relacionamentos<sup>132</sup>.

Num estudo prospetivo de cinco anos acerca da influência da pessoa de referência na recuperação da criança maltratada e na normalização da sua vida, para efeitos do qual se entendeu por pessoa de referência «um elemento da família<sup>133</sup> que, pela sua idoneidade e prestígio pudesse intervir na educação da criança, proporcionando-lhe maior segurança, atenção e afeto e lhe pudesse servir de modelo de vida», concluiu-se pela «eficácia da estratégia de apoio continuado, integrado e personalizado das crianças e das famílias e pelo papel [de relevo] da pessoa de referência na recuperação das crianças maltratadas»<sup>134</sup>.

É fulcral atribuir à criança, no âmbito de uma eventual violação ou perturbação do seu direito ao integral [e natural] desenvolvimento físico, intelectual e moral (arts. 25º, 26º, 64º, nº2, 67º, 68º, 69º, 36º, nº5 da CRP; arts. 1885º/1 e 1918º do CC), o direito a um espaço que lhe permita, a seu tempo, ao sabor do seu próprio ritmo, proceder à reavaliação da ideia de realidade que lhe foi brutalmente imposta, em virtude do acontecimento traumático; à reconstrução da imagem do mundo e de si própria; à crítica perante a experiência que foi obrigada a vivenciar<sup>135</sup>. Tal é imperativo já que a criança, em virtude do evento traumático, foi forçada a crescer anormal e abruptamente, tendo-se confrontado com a imprevisibilidade da vida dos adultos, que não podia ainda ser a sua, pois «temos todos duas vidas: a verdadeira que é a que sonhamos na infância [e] a que vivemos em conveniência com os outros, que é a prática, a útil, aquela em que acabam por nos meter num caixão»<sup>136</sup>. Crucial é a mudança de mentalidades, «uma profunda revolução cultural», embora, com MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, «saibamos que essas mudanças são sempre lentas e difíceis»<sup>137</sup>. Contudo, não nos podemos resignar

---

<sup>132</sup> NATÁLIA SOARES FRANCO *et al.*, *O direito fundamental à convivência familiar e guarda compartilhada*, Lex Familiae, ano 6º, nº 11, 2009, p. 21-30, p. 22; CLARA SOTTOMAYOR, *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, Direito e Justiça, p. 204.

<sup>133</sup> Não é forçoso que essa pessoa tenha laços de sangue com a criança para que por ela possa ser tida como de referência.

<sup>134</sup> JENI CANHA, Criança maltratada – o papel de uma pessoa de referência na sua recuperação – Estudos prospetivos de cinco anos, Quarteto, 2003, p. 205, 206, 207.

<sup>135</sup> Cfr., CELINA MANITA, *Quando as portas do medo se abrem...*, Cuidar da Justiça de crianças e jovens..., p. 251-252.

<sup>136</sup> FERNANDO PESSOA (Álvaro de Campos), in “*Datilografia*”.

<sup>137</sup> Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, ..., p. 192).

perante a lentidão da evolução cultural, sob pena de deixarmos gerações de crianças em grande abandono e sofrimento. Como diz CLARA SOTTOMAYOR, é preciso pressionar os Estados e o poder político a assumirem as suas obrigações perante as crianças e a procederem à necessária adjudicação de recursos económicos e humanos para o efeito<sup>138</sup>.

Os Tribunais de Família não devem proceder à transferência da guarda de um progenitor para o outro acusado de abuso, tendo terminado o processo crime com *arquivamento, não pronúncia ou absolvição*. Desde logo, o princípio da presunção de inocência deve valer também para o progenitor que acuse, não devendo este ser tratado como alguém que acusou falsamente, branqueando-se a hipótese de o abuso não provado ter realmente ocorrido<sup>139</sup>. Por outro lado, não pode negar-se liberdade e proteção (art. 69º da CRP) à criança. Assim, não sendo a alegação não provada necessariamente falsa, deve ser afastado o risco de a criança continuar a ser abusada. Mais, «a continuidade na relação psicológica principal da criança é essencial para o seu bem-estar» e deve ser preservada<sup>140</sup>, sobretudo em situações em que a sua estabilidade esteja comprometida e o seu interesse perturbado, sendo reclamada a recuperação de um equilíbrio perdido em virtude de acontecimentos negativos.

#### **d) Decisão de Acusação**

Trata-se de um ato processual de transição, da fase preparatória (inquérito) para a de julgamento; a pressupor a formulação de um «juízo de probabilidade de futura condenação»; juízo que «não é [ainda] apto a decidir com justiça a questão da responsabilidade penal», já que assenta, em grande medida, em provas recolhidas unilateralmente pelo MP e órgãos de polícia criminal<sup>141</sup>.

Segundo o nº1, do art. 283º, do CPP, «se durante o inquérito tiverem sido recolhidos *indícios suficientes*<sup>142</sup> de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o

---

<sup>138</sup> Cfr. CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direitos das Crianças*, Almedina, em vias de publicação.

<sup>139</sup> Cfr., CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de direito das crianças*, Almedina, 2014, p. 212.

<sup>140</sup> CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 58.

<sup>141</sup> Cfr., JORGE NORONHA, *ob. cit.*, p. 158-159 e 172.

<sup>142</sup> JORGE NORONHA constata que «a expressão de indícios suficientes carece (...) de ser esclarecida», devendo tal conceito ser preenchido tendo em conta a função que o mesmo desempenha na estrutura do processo penal. Indícios suficientes serão aqueles que justifiquem submeter alguém a julgamento, sempre que se verifique uma razoável possibilidade de condenação. Cfr., *ob. cit.*, p. 157 e 159.

Ministério Público (...) deduz acusação contra aquele»<sup>143</sup>; «chamando-o, [assim] à responsabilidade», acionando a jurisdição penal; muito embora desde que «quaisquer [eventuais] dúvidas razoáveis quanto à futura condenação do arguido [tenham sido] previamente afastadas»<sup>144</sup>.

«Só [será] legítimo ao Estado submeter uma pessoa a julgamento [penal] havendo comprovados motivos que o justifiquem». Isto sucede atendendo à «particular gravidade das consequências que podem advir [dessa mera] submissão (...)», em termos de restrição substancial de direitos fundamentais e de estigma social<sup>145</sup>, e traduz uma importante manifestação do princípio da presunção de inocência do arguido, que vale ao longo de todo o processo penal.

Já no âmbito do processo civil, as mais das vezes, bastará ao autor apresentar uma petição inicial que não padeça de erros formais graves, para que se avance até à fase de julgamento. Não lhe será, assim, exigível, antes da audiência final, a produção da prova dos factos que alegue.<sup>146</sup>

### 2.2.2. Instrução

Fase processual (facultativa, arts. 286º e 287º do CPP) de controlo jurisdicional (art. 32º, nº4 da CRP) da decisão, tomada pelo MP no termo do inquérito, de dedução de acusação ou de arquivamento do inquérito (arts. 286º, nº1 e 287º, nº1, als. a) e b) do CPP). Pode ser *requerida* pelo arguido ou pelo assistente.

Então, o juiz de instrução (arts. 17º, 286º e 288º do CPP), que (apenas) se encontra vinculado ao objeto do processo (art. 303º do CPP e art. 32º, nº5 da CRP)<sup>147</sup>, procederá *autonomamente*, ou a requerimento do MP, do assistente, ou do arguido, à averiguação e comprovação dos factos investigados na fase anterior (inquérito) e à recolha de provas, procedendo à prática de todos os atos que, para tal, entenda necessários.

A instrução, enquanto finalidade *garantística*, culminará na realização do debate instrutório<sup>148</sup>, oral e de natureza *contraditória*, acerca da suficiência ou insuficiência de indícios de facto e elementos de direito que justifiquem levar o arguido a julgamento; e

---

<sup>143</sup> Sublinhado nosso. Na ausência de *indícios suficientes*, deve ser proferido despacho de arquivamento do inquérito ou de não pronúncia; este pelo juiz de instrução (nº1, do art. 308º) e aquele pelo MP (nº2, do art. 277º). Cfr., JORGE NORONHA, *ob. cit.*, p. 155-158.

<sup>144</sup> Tendo em conta o princípio da presunção de inocência do arguido. Cfr., JORGE NORONHA, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>145</sup> Cfr., JORGE NORONHA, *ob. cit.*, p. 157-158.

<sup>146</sup> Cfr., JORGE NORONHA, *ob. cit.*, p. 157-158.

<sup>147</sup> Objeto fixado pela acusação ou pelo requerimento de abertura da instrução.

<sup>148</sup> Audiência rápida e informal, cuja disciplina, direção e organização cabe ao juiz.

no qual podem participar o MP, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado (arts. 283º, n.º2, 289º, 298º e 302º do CPP).

Subsequentemente, o juiz de instrução profirá a *decisão instrutória* através de despacho de pronúncia ou de não pronúncia (arts. 307º e 308º do CPP). Ora, enquanto o primeiro se destina à passagem do processo à fase de julgamento; o segundo, perante a constatação da ausência de indícios suficientes, determina que não se submeta o arguido a julgamento.

### 2.2.3. Julgamento

#### a) Absolvição

Atribuir a guarda ao progenitor que, em caso de *alegações de abuso sexual não provadas no processo crime*<sup>149</sup>, tenha sido absolvido em processo crime, será sacrificar o *real* superior interesse da criança em causa, em prol de uma visão idílica do mundo tida por adultos, num processo julgado por adultos, em favor dos adultos<sup>150</sup>, e em descrédito da criança e da sua capacidade de querer e de destrinçar o real do não real.

As mesmas considerações devem ser tecidas sempre que o julgador se pronuncie no sentido de que o arguido não deve ser sequer submetido a julgamento, com base na *ausência de indícios suficientes* aptos a tornar razoável a possibilidade de verificação, *in casu*, dos pressupostos de aplicação de uma pena (despacho de não pronúncia).

Na verdade, enquanto a absolvição se traduz numa convicção baseada na produção concentrada de provas na fase de julgamento, com respeito pelos princípios da publicidade, do contraditório, da oralidade e da imediação; já o despacho de não pronúncia, enquanto *juízo de probabilidade*, é proferido para que não se chegue a passar para essa fase processual, atendendo à ausência de uma «possibilidade razoável de que o *juízo de certeza*<sup>151</sup> venha a ser alcançado na fase de julgamento»<sup>152/153</sup>.

---

<sup>149</sup> Para VAZ SERRA, «se a prova se não fizer (...) a causa será decidida como se o facto não existisse», pois «tal *non liquet* nas questões de facto não pode conduzir a um *non liquet* nas questões de direito». Cfr., *Provas (direito probatório material)*, Lisboa, 1962, p. 57-58.

<sup>150</sup> Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SIVLA, em nome de um «ato de fé [que não se quer cega, aditamos,] no valor ético da pessoa». Cfr., *ob. cit.*, p. 82.

<sup>151</sup> Sublinhado nosso.

<sup>152</sup> PAULO DÁ MESQUITA diz que no encerramento do inquérito a decisão «envolve um juízo de prognose sobre as provas que podem vir a ser produzidas ou examinadas na fase de julgamento», bem como «juízos de prognose fundados na representação do desenvolvimento do procedimento à luz dos dados conhecidos e das específicas regras processuais para a comprovação de factos em processo penal». Cfr., *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Ed., 2003, p. 91-93.

## b) Condenação

Sempre que, atendendo aos factos alegados, àqueles que tenham resultado da prova produzida em audiência, bem como à respetiva valoração por parte do julgador (art. 339º, nº4, do CPP), se verificarem os factos que condicionam a aplicação do direito, haverá lugar à condenação.

A condenação definitiva do progenitor, conforme o estabelecido no art. 179º do CP, que diz que «quem for condenado por crime previsto nos artigos 163º a 176º pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente ser: a) inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela», acarreta a inibição do exercício das responsabilidades parentais, *pela via judicial*. Será, assim, necessário que a sentença de condenação consagre a inibição; tendo de ser interposta ação cível, com base no art. 1915º, naqueles casos em que o juiz do processo crime não decreta a inibição, como muitas das vezes sucede, devido à crença na recuperação do progenitor<sup>154</sup>.

Face a necessidade prevalecente de proteção da criança, tal *inibição judicial direta*<sup>155</sup> deverá passar, de *iure condendo*, a ter carácter *automático*, no processo crime, quando o arguido é condenado por sentença transitada em julgado<sup>156</sup>. A atribuição de poderes ao juiz para decretar ou não a inibição torna a sua aplicação dependente da sua valoração pessoal, o que desprotege a criança num crime tão grave e com o qual sempre existiu uma excessiva tolerância. O ponto de vista a adotar nesta sede deverá ser o do *superior interesse da criança*, relacionado com a sua proteção; e não o do arguido, este conducente a garantir que a condenação não comporte, aqui, para si, enquanto efeito

---

<sup>153</sup> Para JORGE NORONHA, «o que distingue (...) o juízo de probabilidade do juízo de certeza é a confiança que nele podemos depositar e não o grau de exigência que nele está pressuposta». Citando CASTANHEIRA NEVES, «na apreciação da suficiência dos indícios está contida a mesma exigência de verdade requerida pelo julgamento final», apenas não há ainda «os mesmos elementos probatórios e de esclarecimento e, portanto de convicção, que estarão ao dispor do juiz na fase de julgamento (...)». Cfr., JORGE NORONHA, *O conceito de indícios suficientes no processo penal português*, Separata da Obra “Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais”, Almedina, 2004, cit., p. 172 e 175; CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Processo Penal policopiadas*, p. 39.

<sup>154</sup> Cfr. CLARA SOTTOMAYOR, *O método da narrativa e a voz das vítimas de crimes sexuais*, disponível para consulta in <http://constitutio.tripod.com/id7.html>.

<sup>155</sup> Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, trata-se de um «daqueles casos em que os pais, ou um deles, são privados do exercício [das responsabilidades parentais], não por incorrerem numa das situações genérica ou abstratamente previstas na lei como determinantes de tal providência, mas porque o tribunal competente, ponderadas as circunstâncias concretas do caso, decretou por sentença a medida». Cfr., *Código Civil Anotado*, Coimbra Ed., 2010, vol. V, p. 420.

<sup>156</sup> Cfr., CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, 2011, p. 121.

necessário, a perda de direitos civis (art. 30º, nº4 do CP), proibição, de resto, aqui não aplicável<sup>157</sup>. Não se mostra aqui necessária «qualquer maleabilidade interpretativa relativamente à gravidade do facto e à conexão com a função exercida pelo agente para decidir acerca da necessidade para a segurança do menor da aplicação [da] medida»<sup>158</sup>. Depois, não se visando a punição do arguido através desta *medida de proteção cível enxertada em processo crime*, não está aqui em causa uma situação de inconstitucionalidade funcional.

Se não é necessário que os pais incorram em responsabilidade penal para que possam ser interditados do exercício das suas responsabilidades parentais, então, *ad minus ad maius, sempre* que haja lugar a uma condenação por abuso sexual de um filho menor, deverá ter lugar uma interdição automática de tal exercício, quanto ao progenitor abusador, pois é *manifesta e incontestável* a necessidade de proteção do filho abusado.

A *inibição judicial direta* do exercício das responsabilidades parentais é de uma *formalidade desnecessária* e que poderá acarretar efeitos nefastos; complicando o que é tão óbvio e tão simples, a implicar, quando o Tribunal Penal não aplica a medida, a prática pelo Tribunal Cível de um outro novo ato processual, remetida para os critérios pessoais de cada julgador; quando tal inibição poderia e deveria passar a ser *efeito da sentença de condenação*, ainda em sede de processo penal. Cai-se, assim, na iminência da concretização casuística das valorações pessoais dos julgadores, havendo o perigo da desigualdade infundada entre crianças que, ambas detentoras do seu interesse, veem o seu futuro depender de uma decisão discricionária alheia.

### 3. Conclusão

O ónus da prova é, em processo penal, mais exigente do que em processo civil. Certo é que a insuficiência de prova, no âmbito do primeiro, recai favoravelmente sobre o arguido, que beneficia do princípio da presunção de inocência; quando é sabido que da falta de prova não se pode deduzir a não ocorrência dos factos e que a probabilidade de não condenação reduz à medida que se avança no processo.

Os factos não provados em sede de processo penal deverão *ainda* poder ser considerados no âmbito do processo cível, admitindo-se a *prova do abuso sexual* para

---

<sup>157</sup> Cfr., no mesmo sentido, CLARA SOTTOMAYOR, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, 2003, p. 52.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 51.

efeitos civis de determinação da guarda ou das visitas ou a *prova de um perigo para a criança*.

Quanto ao conceito de perigo, muito embora a LPCJP não o tenha definido, posto é que, nos termos da al. c), do art. 5º, a propósito da «situação de urgência», o restringiu em termos de uma *atualidade e iminência* necessárias, para a *vida ou integridade física*. Nesse sentido, citando BEATRIZ MARQUES BORGES, «na situação de perigo a criança já se encontra perante um facto (causal) que pode determinar dano aos seus direitos (...)»<sup>159</sup>.

No entanto, nas palavras de TOMÉ RAMIÃO, «o perigo a que se reporta [o art. 3º da LPCJP] traduz a existência de uma situação de facto que ameace a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança ou do jovem, não se exigindo a verificação da efetiva lesão [dos referidos bens]». Basta, por isso, «a criação de um real ou muito provável perigo, ainda longe do dano sério» (art. 111º)<sup>160</sup>.

É precisamente essa lógica de prevenção, de *mal menor*, que subjaz ao entendimento segundo o qual, em casos de dúvida sobre a prática dos factos, mas de perigo para a criança ou de rejeição insanável desta, a alternativa da *perda do progenitor sobre o qual a suspeita recai* se revela como a menos prejudicial para a criança, perante a hipótese (não afastada pela falta de prova em processo penal) de *manutenção do contacto com um progenitor que dela tenha realmente abusado e que ela rejeita*. Só assim a prova da vontade da criança, a prova do seu real interesse, prevalecerá efetivamente sobre o interesse do adulto, dando-se expressão prática ao conceito de *superior* interesse da criança, na dupla vertente da proteção e da participação.

---

<sup>159</sup> BEATRIZ MARQUES BORGES, *Proteção de crianças e jovens em perigo, comentários e anotações à Lei nº 147/99 de 1 de setembro*, Almedina, 2ª ed., p. 31.

<sup>160</sup> TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *LPCJP anotada e comentada*, Quid Juris, 3ª ed., 2014, p. 26.

## BIBLIOGRAFIA

**ALMEIDA, ANA NUNES DE, et al.**, *Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família*, in Revista Análise Social da Universidade de Lisboa, nº 150, Vol. XXXIV, outono, de 1999.

**AMORIM, RUI**, *O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças*, in Revista do CEJ, nº 12, 2º semestre, de 2009.

**ANDRADE, MANUEL DE**, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976.

**AZAMBUJA, MARIA REGINA**, *Violência sexual intrafamiliar: É possível proteger a criança?*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2004.

**BORGES, BEATRIZ MARQUES**, *Proteção de crianças e jovens em perigo, comentários e anotações à Lei nº 147/99 de 1 de setembro*, Coimbra, Almedina, 2ª ed.

**CANHA, JENI**, *Criança maltratada – o papel de uma pessoa de referência na sua recuperação – Estudos prospetivos de cinco anos*, Coimbra, Quarteto, 2003.

**CARMO, RUI**, *Declarações para memória futura*, in Revista do Ministério Público, 134, p. 117-147.

**CARMO, RUI DO**, *Para recomendar a leitura de A criança na justiça*, de CATARINA RIBEIRO, in Revista do MP, Out./Dez. de 2009, nº 120.

**CASTANHEIRA NEVES, ANTÓNIO**, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra.

**CASTRO, JORGE**, *Ainda a presunção de inocência*, in Scientia Iuridica – Tomo LVIII, nº 319, (2009), p. 511-539.

**CASTRO, RUI**, *Processo penal – inquérito*, Lisboa, Quid Juris, 2011.

**CAVALEIRO DE FERREIRA, MANUEL**, *Curso de processo penal*, Vol. I, Lisboa, 1986.

**CAVALEIRO DE FERREIRA, MANUEL**, *Curso de processo penal*, Vol. I, Lisboa, 1986.

**CINTRA, PEDRO**, *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, in *Julgar*, nº7, Jan./Abr., 2009.

**CORREIA, EDUARDO**, *Processo Criminal, lições de 1954-1955 (1956)*.

**CORREIA, JOÃO CONDE**, *O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*, in *Julgar*, nº12 (especial), 2010, p. 163-181.

**CORREIA, JOÃO CONDE**, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007.

**CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO**, *Crimes sexuais contra crianças e jovens*, in *Cuidar da justiça de crianças e jovens – a função dos juízes sociais*, Atas do encontro, Fundação para o desenvolvimento social do Porto, UCP – Porto (FD), Coimbra, Almedina, 2003.

**DIAS, MARIA DO CARMO DA SILVA**, *Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*, *Revista do CEJ*, Lisboa, nº 3, sem. 2º (2005), p. 169-225.

**DINIZ, JOÃO SEABRA**, *Família lugar dos afetos*, in *Estudos de homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra, Almedina, 2010.

**DUARTE PINHEIRO, JORGE**, *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor JORGE MIRANDA*, Lisboa, FDUL, 2012.

**FÁVERO, MARISALVA**, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Lisboa, CLIMEPSI Ed., 2003.

**FIDALGO, SÓNIA**, *O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, nºs 2 e 3, abril/setembro 2008, p. 277-315.

**FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE**, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974.

**FRANCO, NATÁLIA SOARES, et al.**, *O direito fundamental à convivência familiar e guarda compartilhada*, in *Lex Familiae*, ano 6º, nº 11, 2009, p. 21-30.

**FREUD, SIGMUND**, *Psicologia da vida erótica*, tradução de MOYSÉS GIKOVATE, Guanabara Waissman-Koogan, Lda., 1934.

**FURNISS, TILMAN**, *Abuso sexual da criança – Uma abordagem multidisciplinar*, Porto Alegre, 1993.

**GARDNER, RICHARD**, *Parental alienation syndrome vs. Parental alienation: wich diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?*, in *The American Journal of Family Therapy*, 2002, Department of Child Psychiatry, College of Physicians and Surgeons Columbia University, New York, New York, USA, consultado em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>.

**GARDNER, RICHARD**, *Recent trends in divorce and custody litigation*, The Academy Forum, 1985, Vol. 29, nº2, p. 3-7, consultado em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>.

**JARDIM, PATRÍCIA**, *O abuso sexual na criança*, Dissertação de Mestrado em Ciências Forenses, Universidade do Porto, 2011.

**LEBRE DE FREITAS, JOSÉ**, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*, Coimbra Editora, 2ª ed., 2009.

**LOPES, MARA**, *Princípio da presunção de inocência em fase de recurso no processo penal português*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de José Francisco de Faria Costa.

**MANITA, CELINA**, *Quando as portas do medo se abrem...*, in *Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juízes sociais*, Coimbra, Almedina, 2003, p.229-253.

**MARTINS, ROSA CÂNDIDO**, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, in Centro de Direito da Família, FDUC, Coimbra Editora, 2008, p. 239-251.

**MARTINS, ROSA CÂNDIDO**, *Responsabilidades parentais no séc. XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, in *Lex Familiae*, ano 5, nº 10, 2008, p. 25-40.

**MARTINS, ROSA CÂNDIDO**, *Poder paternal vs Autonomia da criança e do adolescente*, in *Lex Familiae* ano 1, nº1, 2004, p. 65-74.

**MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO**, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2ª ed. 2009.

**MCDONALD, MERRYLIN**, *The myth of epidemic false allegations of sexual abuse in divorce cases*, in *Court Review*, Spring 1998, p. 12-19.

**MENDES, CASTRO**, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1969.

**MENDES, CASTRO**, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2012.

**MESQUITA, PAULO DÁ**, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003.

**MILLER, ALICE**, *L'enfant sous terreur, L'ignorance de l'adulte et sin prix*, tradução francesa, 1986.

**MOURA, JOSÉ SOUTO DE**, *A questão da presunção de inocência do arguido*, in Revista do MP, ano 11º, nº42 (Abr./Jun.1990), p. 31-47.

**MOURA, JOSÉ SOUTO DE**, *A proteção dos direitos fundamentais no processo penal*, in I Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina.

**NORONHA, JORGE**, *O conceito de indícios suficientes no processo penal português*, Separata da Obra “Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais”, Coimbra, Almedina, 2004, p. 155-181.

**OLIVEIRA, GUILHERME DE**, *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, in Lex Familiae, ano 5, nº 10, 2008, p.5-16.

**OLIVEIRA, GUILHERME DE**, *A criança maltratada*, in Temas de Direito da Família, Coimbra Editora, 2ª ed., 2001, p. 215-216.

**OLIVEIRA, OLGA**, *Crianças vítimas de abuso sexual – Reincidência dos abusadores sexuais*, Dissertação de Mestrado em Direito Penal, FDUC, 2009.

**PATRÍCIO, RUI**, *O direito fundamental à presunção de inocência*, in Direito e Cidadania, nº22, 2005, p. 9-25.

**PATRÍCIO, RUI**, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no atual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, Lisboa, AADL, 2000.

**PIRES ROBALO, ANTÓNIO DOMINGOS**, *Noções elementares de tramitação do processo penal*, Coimbra, Almedina, 2004.

**REIS, ALBERTO DOS, PATRÍCIO, RUI**, *O direito fundamental à presunção de inocência*, in Direito e Cidadania, nº22, 2005.

**REIS, MONTEIRO ANTÓNIO**, *Direitos da criança: era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010.

**RIBEIRO, CATARINA**, *A Criança na Justiça - Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Coimbra, Almedina, 2009.

**PATRCÍCIO, RUI**, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no atual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, Lisboa, AADL, 2000.

**PEIXOTO, CARLOS EDUARDO, et al.**, *O protocolo de entrevista forense do NICHHD: contributo na obtenção do testemunho da criança no contexto português*, in *Revista do Ministério Público* nº 134, abril/junho 2013, p. 149-187.

**RAMIÃO, TOMÉ D'ALMEIDA**, *LPCJP anotada e comentada*, Lisboa, Quid Juris, 3ª ed. revista e atualizada, 2014.

**SILVA, GERMANO MARQUES DA**, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Lisboa, Editorial Verbo, 5ª ed, 2008.

**SILVA, GERMANO MARQUES DA**, *Curso de Processo Penal I, Noções gerais, elementos do processo penal*, Lisboa, Editorial Verbo, 6ª ed., 2008, p. 30.

**SILVA, GERMANO MARQUES DA**, *Curso de processo penal*, I, Lisboa, Editorial Verbo, 5ª ed. revista e atualizada, 2008.

**SOUSA, MIGUEL TEIXERA DE**, *Introdução ao Processo Civil*, Lisboa, Lex., 2ª ed., 2000.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *Exercício do poder paternal, relativamente à pessoa do filho, após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Universidade Católica, 2ª ed., 2003.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos das crianças*, in *Encontro Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juízes sociais*. Porto, 11-12 outubro, 2002. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens - A Função dos Juízes Sociais - Atas do Encontro*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 9-63.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra, Almedina, 5ª ed., 2011.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação "Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Centro de Direito da Família; 12), p. 23-60.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in *Direito e Justiça*, p. 191-241.

**SOTTOMAYOR, MARIA CLARA**, *Temas de Direitos das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

**VARELA, ANTUNES**, *Anotação ao Acórdão de 6 de março de 1980*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 1981.

**VARELA, ANTUNES et al.**, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, 2010.

**VARELA, ANTUNES**, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2ª ed.

**VARELA, ANTUNES, et al.**, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2ª ed., 1985.

**VILELA, ALEXANDRA**, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, 2000.

**VAA.**, *Organização Tutelar de Menores Anotada*, Coimbra, Almedina, 1987.

**VAA.**, *The extent, nature, and validity of sexual abuse allegations in custody/visitation disputes*, in *Child Abuse & Neglect.*, 1990, Vol. 14, p. 151-163.

**VAZ SERRA, ADRIANO**, *Provas (direito probatório material)*, Lisboa, 1962.

**WALKER, LENORE**, *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome and Its Admissibility in the Family Court*, in *Journal of Child Custody*, 2004.

**XAVIER, RITA LOBO**, «Responsabilidades parentais no séc. XXI», *Lex Familiae*, ano 5, nº 10, 2008, p. 17-23.

**ZORZA, JOAN**, *Child Custody Cases, Incest Allegations and Domestic Violence: Expert Insights and Practical Wisdom, Commission on Domestic Violence*, in *Quarterly E-Newsletter*, Vol. 4, July 2006, p. 5, consultado em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/cdvenewsletter/custodyandinc est.authcheckdam.pdf>.