



A fronteira entre castigos legítimos e maus tratos a crianças

O caso particular das crianças institucionalizadas

Ana Carlota Lopes Pereira Aguiar da Rocha

Porto

Maio de 2014

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

Escola de Direito

Mestrado em Direito Criminal



A fronteira entre castigos legítimos e maus tratos a crianças

O caso particular das crianças institucionalizadas

Ana Carlota Lopes Pereira Aguiar da Rocha

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Sob a orientação da Senhora Dra Maria Elisabete Ferreira

Porto, Maio de 2014

AGRADECIMENTOS

À Dra. Elisabete Ferreira, minha orientadora ao longo da elaboração desta dissertação, pelo apoio, disponibilidade e pela partilha de conhecimentos;

Aos meus avós, pelo orgulho desmedido;

Aos meus pais, pelo amor que sei ser incondicional;

Ao meu irmão, pela amizade de sempre e para sempre;

Aos meus primos Ana e Gabriel, de quem tanto gosto, pelo carinho;

Ao Tiago, pela preocupação, pelo encorajamento e por acreditar mais em mim do que eu própria;

À Ni, pela amizade e pela força;

À Rita e ao Zé, pelo apoio e companheirismo, ao longo desta caminhada;

E a todos os meus amigos e amigas, pelas palavras de incentivo.

RESUMO

A fronteira entre um castigo legítimo e uma conduta que consubstancia um comportamento abusivo e uma forma de maltrato contra as crianças é muito ténue e de difícil delimitação. Ao longo deste trabalho, refletiremos sobre quais os castigos que deverão ser considerados legítimos e aqueles que consubstanciam formas de abuso e maus tratos, indagando sobre os pressupostos que devem ser observados e os limites rigorosos a que este juízo deve estar sujeito. Refletiremos, ainda, sobre o respetivo enquadramento jurídico-penal, designadamente, sobre a possibilidade de em relação a certos castigos ser possível afirmar a sua atipicidade ou apenas a sua justificação. Dedicaremos algumas páginas do nosso estudo à questão da aplicação de castigos a crianças institucionalizadas.

ÍNDICE

Índice.....	6;
Lista de Abreviaturas e Siglas.....	7;
Introdução.....	9;

CAPÍTULO I: A FRONTEIRA ENTRE CASTIGOS LEGÍTIMOS E MAUS TRATOS A CRIANÇAS.....

13;

1. O Direito-Dever de Educação..... 13;
2. Bem jurídico protegido e condutas compreendidas nos artigos 152º e 152ºA do CP..... 16;
3. Enquadramento jurídico-penal da aplicação de castigos a crianças..... 19;
 - 3.1. Teoria da proibição absoluta da aplicação de castigos a crianças..... 20;
 - 3.2. Teoria da proibição relativa da aplicação de castigos a crianças..... 24;
 - 3.2.1. O direito de correção ou o direito-dever de educação como fundamento de justificação 25;
 - 3.2.2. A Teoria da adequação social como causa de exclusão da tipicidade da aplicação de determinados castigos a crianças..... 28;

CAPÍTULO II: A aplicação de castigos a crianças institucionalizadas.....

38;

1. Legitimidade ativa na aplicação de castigos a crianças..... 38;
2. O problema da aplicação de castigos a crianças institucionalizadas..... 43;
 - 2.1. O caso específico das crianças em Centros Educativos..... 47;

Conclusão..... 48;

Bibliografia..... 51;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AAVV – Autores vários;
- Ac. – acórdão;
- AG – Assembleia Geral;
- Al. – alínea;
- Art. – artigo;
- Arts. – artigos;
- Apud – em;
- CC – Código Civil;
- CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança;
- CEJ – Centro de Estudos Judiciários;
- Cfr.* – Confira;
- CP – Código Penal;
- CRP – Constituição da República Portuguesa;
- DDC – Declaração dos Direitos da Criança;
- Et al.* – entre outros;
- LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo;
- LTE – Lei Tutelar Educativa;
- n.º - número;
- NR – nota de rodapé;
- ONU – Organização das Nações Unidas;
- proc. – processo;

séc. – século;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

ss. – seguintes;

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;

TRE – Tribunal da Relação de Évora;

TRG- Tribunal da Relação de Guimarães;

TRL – Tribunal da relação de Lisboa;

TRP – Tribunal da Relação do Porto;

INTRODUÇÃO

A determinação da fronteira entre o que é um castigo leve, proporcional e com finalidade educativa aplicado às crianças e uma conduta violenta tem vindo a alterar-se, ao longo do tempo, na consciência da comunidade e da sociedade¹. “Criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”, como esclarece o art. 1º da CDC.

Estamos “perante uma área em constante e rápida evolução, em que a doutrina e jurisprudência não sedimentam com facilidade, obrigadas a seguir novos caminhos, resultado de tomadas de consciência coletivas, de compromissos internacionais e de constantes alterações legislativas”². A problemática da aplicação de castigos a crianças é, assim, determinada “pelas valorações sociais vigentes numa determinada sociedade e numa determinada época histórica”³.

Os castigos com finalidade educativa aplicados às crianças têm sido considerados, ao longo da História, legítimos e socialmente aceites, tendo como fundamento a própria lei⁴ ou o facto de não estarem criminalizados⁵. Basta lembrarmos alguns dizeres populares, como “*de pequenino de torce o pepino*” ou “*quem bem ama, bem castiga*”, para percebermos que os castigos físicos e psíquicos foram tidos, durante muitos anos, como condutas normais e indispensáveis à educação das crianças, sendo, por isso, uma prática generalizada e ainda muito enraizada na nossa cultura⁶. A valorização da infância tardou e as crianças só foram consideradas sujeitos de direito em 1959, com a promulgação da DDC.

Os direitos das crianças estão, agora, assegurados e tutelados em diversos diplomas legais. A CRP assume um papel importantíssimo no “reconhecimento da criança como sujeito autónomo de direito”⁷, consagrando, no seu art. 69º, que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, para que seja possível promover-se o seu desenvolvimento integral e evitar-se o abandono, a discriminação e o exercício abusivo da autoridade na família.

¹ SOTTOMAYOR (2007:112)

² Ac. do TRC, de 28-01-09

³ FARIA (2003:608)

⁴ O art. 1884º do CC de 1966, revogado pela Reforma de 1977, afirmava o poder de os pais corrigirem moderadamente os filhos nas suas faltas.

⁵ RIBEIRO *et al.* (2011:55)

⁶ *Idem*, 55

⁷ LEANDRO (2004:107)

Um documento internacional de extrema importância, que constitui um “marco de mudança”⁸ relativamente aos direitos das crianças é a CDC, adotada pela AG da ONU, em 20 de Novembro de 1989, e ratificada por Portugal a 21 de Setembro de 1990. Esta Convenção, que concede às crianças um conjunto de direitos civis e políticos, tem como objetivo garantir o seu desenvolvimento de forma harmoniosa e digna⁹. Destacamos o seu art. 19º/1, que estabelece que os Estados Parte devem tomar “todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada”; e, ainda, o art. 24º/3 que determina que os Estados Parte devem tomar “todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças”.

O séc. XXI, o *século da criança*¹⁰, trouxe uma nova visão sobre a infância, pelo que, hoje, as crianças são consideradas sujeitos de direitos e não uma coisa, propriedade dos pais¹¹, sendo, por isso, titulares de verdadeiros direitos fundamentais que devem ser respeitados pelos pais, família e, ainda, pela própria sociedade e Estado¹².

Destarte, a aplicação de castigos a crianças é, agora, vista de outra forma, começando a questionar-se quer a sua legitimidade, quer em que situações e circunstâncias é que não pode ser aceite por consubstanciar um abuso ou uma forma de mau trato¹³.

Há, assim, que distinguir castigos que se traduzem em comportamentos abusivos, daqueles que devem ser considerados não abusivos, revelando-se, contudo, esta diferenciação bastante difícil. É complicado determinar quando é que um castigo é leve, proporcional e aplicado com finalidade educativa e quando constitui uma forma de mau trato¹⁴. Trata-se de uma distinção que pode ser atentatória dos direitos

⁸ PAIS DO AMARAL (2010:165)

⁹ *Idem*, 165

¹⁰ SOTTOMAYOR (2007:117)

¹¹ SOTTOMAYOR (2011:205)

¹² MARTINS e TÁVORA VÍTOR (2010:61)

¹³ RIBEIRO *et al.* (2011:55)

¹⁴ *Cfr.* MONTEIRO, (2002:75). O autor afirma, a este respeito, que “um dos principais problemas que temos de enfrentar é precisamente o de estabelecer critérios para diferenciar quando a agressividade materializada no castigo, ou num facto similar,

das crianças, por assentar em critérios subjetivos¹⁵. Desta forma, em vários países, tem-se estabelecido uma série de medidas, numa tentativa de se limitar ou, até, proibir o uso de castigos, mesmo daqueles que aplicados com finalidade educativa, chegando-se a puni-los criminalmente¹⁶. A Suécia foi o primeiro país a proibir castigos físicos e psíquicos, em 1979, seguindo-se a Finlândia (1984), a Dinamarca (1986), a Noruega (1987), a Áustria (1989) e a Alemanha (2000).

Em Portugal, o CP prevê, nos arts. 152º e 152ºA, os crimes de Violência Doméstica e de Maus Tratos, punindo penalmente, respetivamente, “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade (...) a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade (...), que com ele coabite” e “quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, (...) e: lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos e psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade (...), ou a tratar cruelmente”¹⁷.

Neste trabalho refletiremos sobre quais os castigos que deverão ser considerados legítimos e aqueles que consubstanciam formas de abuso e maus tratos, indagando sobre os pressupostos que devem ser observados e os limites rigorosos a que este juízo deve estar sujeito, para que os direitos das crianças, a sua dignidade e o seu superior interesse estejam sempre assegurados. Refletiremos, ainda, sobre o respetivo enquadramento jurídico-penal, designadamente, sobre a possibilidade de, em relação a certos castigos, ser possível afirmar a sua atipicidade ou apenas a sua justificação, com fundamento na existência de um direito de correção.

O tema que nos propomos estudar é polémico, levantando “problemas de elevada sensibilidade humana e jurídica”¹⁸, já que estão em jogo direitos e liberdades fundamentais de pessoas mais frágeis e vulneráveis e que, por isso, carecem de uma maior tutela.

Após nos ocuparmos do problema da aplicação de castigos físicos e psíquicos às crianças, em geral, dedicaremos algumas páginas do nosso estudo ao caso

cumpra um fim estritamente educativo, ou quando constitui uma necessidade de expressão dos conflitos, tensões ou atitudes irracionais do próprio adulto”.

¹⁵ SOTTOMAYOR (2007:112)

¹⁶ RIBEIRO *et al.* (2011:55)

¹⁷ Em Portugal, é absolutamente proibida a aplicação de castigos físicos e psíquicos a alunos, nas escolas, como resulta da Lei n.º 30/2002, de 20-12.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

particular das crianças institucionalizadas. Os direitos e a dignidade das crianças, e em especial das crianças institucionalizadas, devido à sua maior fragilidade e vulnerabilidade, podem ser postos em causa por comportamentos abusivos dos adultos¹⁹.

¹⁹ SOTTOMAYOR (2007:111-129)

CAPÍTULO I

A FRONTEIRA ENTRE CASTIGOS LEGÍTIMOS E MAUS TRATOS A CRIANÇAS

1. O Direito-Dever de Educação

Aos pais, no exercício das responsabilidades parentais, são-lhes atribuídos um conjunto de direitos e deveres, que devem ser exercidos no interesse da criança e com respeito pelos seus direitos, liberdades e dignidade, isto é, tendo sempre em consideração a *perspetiva da criança e o seu superior interesse*²⁰, enquanto sujeito de direitos²¹. Estes direitos e deveres que integram as responsabilidades parentais não podem ser exercidos de forma abusiva e arbitrária, colocando em risco a dignidade da criança e o seu saudável desenvolvimento, consagrando o art. 69º/2 da CRP que as crianças devem ser protegidas relativamente ao exercício abusivo de autoridade na família, controlando-se o exercício destas responsabilidades²².

Entre os vários direitos e deveres que cabem aos pais, no exercício das suas responsabilidades parentais, destaca-se o direito-dever de educação, previsto nos arts. 1878º do CC e 36º/5 da CRP, que estabelecem, respetivamente, que “compete aos pais, no interesse dos filhos, (...) dirigir a sua educação” e que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”. Os pais têm, assim, o direito-dever de educar os filhos, respeitando a sua personalidade (arts. 1874º/1 e 1878º/2 do CC) e tendo em consideração os direitos da criança e a incompatibilidade desse direito-dever com quaisquer formas de violência. O dever de educação não significa e é contrário a um direito de ofender ou agredir a integridade física e psíquica da criança, como decorre da conjugação dos arts. 25º, 26º, 68º/1, 69º e 70º da CRP²³. “A nova conceção de família é uma família igualitária, participativa e democrática, em que as crianças têm o direito a exprimir a sua opinião (art. 1878º, n.º 2), em que o dever de obediência é temperado pelo dever de respeito dos pais pela autonomia dos filhos (art. 1878º, n.º

²⁰ *Idem*, 126

²¹ Fala-se de um poder funcional, já que, nas palavras de DIAS (2008:89), existe uma “funcionalização dos direitos dos pais ao interesse dos filhos”; Também PEREIRA COELHO e OLIVEIRA (2001:127 e ss.) evidenciam a funcionalização destes poderes-deveres.

²² *Cfr.* Ac. do TRC, de 07-10-09

²³ DIAS (2008: 95 e 101)

2) e em que os pais têm o dever de promover o livre desenvolvimento físico, psicológico e moral dos filhos (art. 1885º), assim como deveres de respeito, auxílio e assistência, estes últimos recíprocos, entre pais e filhos (art. 1874º)”²⁴.

Todavia, o CC de 1966, no seu art. 1884º, entretanto revogado pela Reforma de 1977, previa a faculdade de os pais corrigirem moderadamente os filhos nas suas faltas, existindo poder de correção dos pais em relação aos seus filhos, pelo que estes podiam aplicar castigos, desde que de forma moderada.

Coloca-se, então, a questão de saber se, com a Reforma de 1977, esse poder dos pais castigarem moderadamente os filhos foi completamente abolido. Importa perceber se os pais continuam a ter esse poder de correção, enquanto reflexo do exercício do direito-dever de educação. Com a revogação do teor do art. 1884º do CC de 1966 ter-se-á extinguido a possibilidade dos pais castigarem os filhos de forma moderada e com finalidade educativa?

CLARA SOTTOMAYOR considera que o poder de correção não faz parte das responsabilidades parentais, já que nos remete para o Antigo Regime, em que o marido era o chefe de família, devendo-lhes os filhos e a mulher obediência²⁵. Este é, segundo a autora, um poder desatualizado “em relação ao direito vigente e à consciência jurídica da sociedade”²⁶, pelo que entende que não existe poder de correção dos pais, nem o direito de estes castigarem os seus filhos²⁷. De acordo com a autora, não existe qualquer direito dos pais castigarem os filhos, mas antes o dever de os cuidarem e os amarem, já que considera que o legislador, ao revogar o art. 1884º do CC de 1966, demonstrou vontade em extinguir esse poder²⁸. A autora acrescenta que o CC, nos arts. 1884º e 1885º, e a CRP, no art. 36º/5, ao conterem a expressão *direito-dever de educação* e não *correção*, nos remetem para a necessidade de os pais utilizarem outros meios educativos, que não o recurso a castigos físicos e psíquicos²⁹.

Na verdade, nos últimos tempos, e tendo em consideração a crescente consciência coletiva relativamente aos direitos fundamentais da criança, têm-se verificado enormes alterações nos padrões de comportamento e na organização familiar, pelo que as responsabilidades parentais deixaram de ser fonte de

²⁴ SOTTOMAYOR (2007:118)

²⁵ *Idem*, 119

²⁶ *Idem*, 114

²⁷ *Idem*, 119

²⁸ *Idem*, 129

²⁹ *Idem*, 120

autoridade³⁰, para se transformarem num “poder de serviço, um poder-dever colocado na dependência do interesse do menor^{31»32}. Todas estas alterações têm-se refletido na tendência para se tornarem ilegítimas as medidas de correção, mesmo aquelas que aplicadas com finalidade educativa.

GUILHERME OLIVEIRA afirma que a reforma do CC de 1977 “mostrou pudor de manter a redação anterior do art. 1884^o”, pelo que, “hoje, o texto afirma discretamente que “os filhos devem obediência aos pais”, embora ninguém pretenda que os pais tenham realmente perdido aquela faculdade de correção, usando castigos corporais proporcionados e moderados”³³.

Partilhamos a opinião de ARMANDO LEANDRO que considera que o poder de correção dos pais continua a existir, porém não de forma autónoma relativamente ao direito-dever de educação e proteção e, ainda, condicionado a um exercício não abusivo, isto é, dentro de certos limites de autoridade³⁴. Entendemos que, apesar de considerarmos ainda existir, como reflexo do exercício do direito-dever de educação, a possibilidade de os pais castigarem os seus filhos, essa possibilidade é, hoje, dependente do preenchimento de uma série de pressupostos e de limites apertados, pelo que “parece interceder uma diferença de fundo entre um poder de correção legalmente consagrado e uma faculdade de correção condicionada às circunstâncias do caso concreto”³⁵. Consideramos que os pais continuam a poder aplicar castigos aos seus filhos, porém, agora, de uma forma muito mais limitada e leve, mediante o preenchimento de exigentes requisitos, com o intuito de garantir e tutelar, da melhor forma possível, os direitos e a dignidade das crianças³⁶.

Preferimos então colocar de lado a expressão *poder de correção*, falando de um *direito-dever de educação* que pode, ou não, dependendo das circunstâncias, integrar a faculdade de os pais aplicarem castigos leves aos filhos.

³⁰ Vide FARIA (2005:592) e MARTINS (2008:185). As autoras remetem-nos para o *patria potestas* do direito romano.

³¹ FARIA (2005:591 e 592)

³² Cfr. MONTEIRO (2002:51 e ss.)

³³ OLIVEIRA (1999:191)

³⁴ LEANDRO (1986:126 e 127)

³⁵ FARIA (2005:599)

³⁶ A nossa opinião vai de encontro à posição de ROXIN (1997:752), que relativamente à possibilidade de os pais aplicarem castigos leves aos filhos escreve: “é certo que a lei não diz expressamente que o direito à educação incluía o direito de um castigo físico moderado, e que seria pedagogicamente desejável que se renunciasse ao castigo corporal como meio de educação familiar; mas seria desconhecer a realidade da vida supor que nas condições sociais e psicológicas atualmente existentes todos os pais as iriam cumprir, prescindindo completamente do uso das mãos como método educativo. Se se quisesse mobilizar o direito penal por cada bofetada motivada por faltas graves, seriam mais as famílias destroçadas do que as pacificadas”.

2. Bem jurídico protegido e condutas compreendidas nos artigos 152º e 152ºA do CP

O nosso CP determina a incriminação de castigos que se traduzam em abusos e formas de maus tratos contra as crianças, isto é, de castigos que ponham em causa os direitos e dignidade da criança, lesando bens jurídicos fundamentais. Essa incriminação está estabelecida nos arts. 152º e 152ºA, que preveem os crimes de Violência Doméstica e Maus Tratos, respetivamente.

O crime de Violência Doméstica visa a “proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana”³⁷. O bem jurídico que se pretende tutelar é a saúde (física, psíquica e mental), no caso concreto, a saúde das crianças, afetada por condutas que prejudiquem “o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente”³⁸. Para que este crime se verifique é necessário que o agente tenha uma relação parental ou de coabitação com a criança, pelo que estamos perante um crime específico. Deste modo, o que faz com que determinados castigos aplicados às crianças sejam considerados crime de violência doméstica e não crime de maus tratos ou outro tipo de crime é esta relação especial existente entre a vítima e o agente³⁹.

Também o crime de Maus Tratos se distingue do crime de violência doméstica e de outros tipos legais de crime devido à relação existente entre a vítima e o agente, exigindo-se, aqui, uma relação de “subordinação da vítima face ao agente, seja no plano assistencial, educativo ou laboral”⁴⁰, pelo que estamos, novamente, mediante um crime específico. Este tipo legal de crime integra maus tratos verificados nas escolas, hospitais, creches, instituições, famílias de acolhimento de crianças e, ainda, aqueles que são praticados, por exemplo, por *baby-sitters* ou empregadas domésticas e por pessoas que se encarreguem, de forma gratuita e espontânea, de cuidar, neste caso, de crianças⁴¹. Os bens jurídicos que se pretendem tutelar são, tal como no crime de violência doméstica, a dignidade humana e a saúde (física, psíquica e mental)⁴².

Uma das questões que se discute relativamente a estes crimes é a da necessidade de existir reiteração das condutas, já que, antes das alterações

³⁷ TAIPA DE CARVALHO (2012:512)

³⁸ *Idem*, 512

³⁹ *Idem*, 513

⁴⁰ *Idem*, 535

⁴¹ *Idem*, 536

⁴² *Idem*, 535

introduzidas no CP pela Lei n.º 59/2007, de 04-09, a doutrina e a jurisprudência dividiam-se, havendo quem considerasse que o crime só se verificava se existisse reiteração⁴³; e quem entendesse ser possível que uma só conduta, se revestida de gravidade, pudesse dar lugar ao preenchimento dos tipos legais em análise⁴⁴. Atualmente, resulta da redação de ambos os arts. que essa reiteração é desnecessária para preenchimento do tipo, não sendo precisa a habitualidade do comportamento, bastando uma ação isolada grave⁴⁵. Na verdade, uma única ação pode, muitas vezes, ser considerada mais atentatória da saúde e da dignidade, do que certos casos de reiteração⁴⁶.

Em ambos os tipos legais, o legislador prevê que a aplicação de *castigos corporais* pode configurar crime. Parece-nos que a sua intenção terá sido a de esclarecer que existem castigos, que mesmo que aplicados com finalidade educativa, poderão responsabilizar penalmente o agente, tendo em conta as circunstâncias em que foram aplicados, por consubstanciarem ofensas corporais e por violarem os bens jurídicos que se pretendem tutelar. Consideramos, assim, que o intuito do legislador terá sido esclarecer que certos castigos configuram verdadeiros maus tratos às crianças e que, por isso, têm que ser considerados crime⁴⁷. Entendemos, deste modo, que o legislador, com a expressão *castigos corporais*, não teve pretensão de considerar todos os castigos formas de maus tratos, mas apenas aqueles que se revelem desproporcionados, imoderados e que não respeitem os pressupostos e limites necessários para que sejam considerados legítimos⁴⁸. Neste sentido, CONDE FERNANDES entende estarmos perante uma “clarificação normativa, ao nível da prevenção geral de pendor mais pedagógico (...) pois que, sendo o *ius corrigendi* socialmente aceite (...) e estando mesmo instalado na conceção ético-social dominante, a sua censura penal passaria por uma outra enunciação verbal, que o próprio sentido máximo das palavras, *maus-tratos*, não consente”⁴⁹.

Estamos perante dois tipos de crime que punem, de forma geral, maus tratos. O conceito de maus tratos não é um conceito neutro, pelo que implica a realização de

⁴³ Cfr. TAIPA DE CARVALHO (1999:334), MAIA GONÇALVES (2007:590), LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS (2008:301) e Ac. do TRP, de 31-01-01

⁴⁴ FERREIRA (2005:104-105), FARIA (2006:330) e Ac. do TRC, de 29-01-03

⁴⁵ Cfr. Ac. do TRL, de 17-06-09

⁴⁶ Cfr. Ac. do STJ, de 05-04-06

⁴⁷ TAIPA DE CARVALHO (2012:514)

⁴⁸ FERNANDES (2008:309)

⁴⁹ *Idem*, 309

um juízo de valor⁵⁰. Os maus tratos contra crianças configuram um enorme problema social e de saúde pública, “cuja complexidade em termos de abordagem e intervenção assenta na dificuldade de estabelecimento de uma definição clara desse conceito”⁵¹.

Podemos considerar maus tratos todos os comportamentos praticados no âmbito de uma relação de responsabilidade, cuidado e confiança entre crianças e adultos, podendo ser físicos e/ou psíquicos e praticados por ação e/ou omissão, afetando o desenvolvimento saudável e a dignidade das crianças⁵². Os maus tratos psíquicos (insultos, humilhações, negação de afeto, destruição de coisas com valor para a criança...) correspondem a ações intencionais que se refletem na “ausência ou falha, persistente ou significativa, ativa ou passiva, de suporte afetivo e de reconhecimento das necessidades emocionais da vítima”⁵³, diminuindo a sua autoestima e prejudicando a sua capacidade de relacionamento interpessoal e o seu saudável desenvolvimento⁵⁴. Quanto aos maus tratos físicos (bofetadas, puxões de orelhas, pontapés...), estes configuram atos praticados com intenção, que se traduzam ou possam traduzir em lesões corporais, podendo deixar, ou não, marcas visíveis, afetando a integridade física e a dignidade da criança⁵⁵. Os maus tratos podem, ainda, integrar situações de exploração de trabalho infantil, sendo a criança obrigada a sujeitar-se a trabalhos desapropriados para a sua idade, que põe em causa a sua saúde⁵⁶.

Estas agressões podem verificar-se em todas as classes sociais⁵⁷, sendo, contudo, uma prática de baixa visibilidade, pouco denunciada, já que a maior parte dos abusos ocorrem em ambiente familiar ou de grande privacidade, sendo, a maior parte das vezes, silenciados e ocultados⁵⁸.

⁵⁰ SOTTOMAYOR (2007:118)

⁵¹ MAGALHÃES (2003:175)

⁵² MAGALHÃES (2005:33)

⁵³ MAGALHÃES (2010:46)

⁵⁴ *Idem*, 46 e ss.

⁵⁵ *Idem*, 51 e ss.

⁵⁶ *Idem*, 55 e ss.

⁵⁷ SOTTOMAYOR (2007:118)

⁵⁸ MAGALHÃES (2010:58 e 59)

3. Enquadramento jurídico-penal da aplicação de castigos a crianças

A fronteira entre o que é um castigo legítimo, porque adequado, leve, proporcional e com finalidade educativa e uma conduta abusiva e atentatória dos direitos e dignidade das crianças é muito ténue, sendo, por isso, muito delicada a questão da determinação de critérios para aferirmos se certo castigo pode ser aplicado ou se, pelo contrário, consubstancia uma forma de mau trato.

Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência dividem-se, surgindo uma querela que se traduz, essencialmente, em duas posições distintas: por um lado, uma doutrina que defende a proibição absoluta de quaisquer castigos físicos e psíquicos, independentemente das circunstâncias em que são aplicados; e, por outro lado, outra parte da doutrina, que advoga uma posição intermédia, afirmando que a aplicação de determinados castigos pode ser considerada legítima, desde que preenchidos certos requisitos. Quanto a esta última, encontramos opiniões diferentes, sobretudo no que respeita à forma como fundamentam a não incriminação de determinados castigos. Há, assim, quem defenda a exclusão da tipicidade da conduta castigadora, com recurso à figura da adequação social; e quem exclua a ilicitude de determinados castigos, recorrendo à figura do poder de correção, enquanto causa de justificação.

Vamos, em seguida, analisar as diferentes posições, explicando os seus fundamentos, sem nunca olvidarmos que na educação das crianças devem prevalecer, como regra e primeiro recurso, os designados, no âmbito da pedagogia e da psicologia, métodos de disciplina positivos, assentes no exemplo e na palavra⁵⁹ e na ideia de estabelecimento de regras e limites através de orientação, atenção, afeto, empatia, tolerância e persistência⁶⁰, não querendo, contudo, com isto afirmar uma proibição absoluta de todos e quaisquer castigos.

⁵⁹ Cfr. Ac. do TRC, de 28-01-09

⁶⁰ VERÍSSIMO (2010:90 e ss.)

3.1. Teoria da proibição absoluta da aplicação de castigos a crianças

Defendendo a proibição absoluta de aplicação de castigos às crianças, destacamos, por todos, CLARA SOTTOMAYOR, que recusa o recurso às figuras da adequação social e do poder educação, rejeitando a exclusão, respetivamente, da tipicidade ou da ilicitude de determinados castigos⁶¹. Para a autora, a não incriminação da aplicação de castigos é “potencialmente perigosa para as crianças”, já que existe uma enorme “dificuldade em definir critérios para aferir o carácter moderado ou socialmente adequado dos castigos (...), fazendo com que estas sejam o único grupo, na sociedade, que pode ser agredido, sem punição contra os autores da agressão”⁶².

A autora critica a “tolerância social em relação aos castigos aplicados às crianças”, desde logo porque estas se encontram numa “situação de falta de poder (...) na família e na sociedade”⁶³, sendo pessoas mais frágeis e vulneráveis do que os adultos. CLARA SOTTOMAYOR entende que a afirmação do direito de correção como causa de justificação nos remete para o *patria potestas* do direito romano, onde as relações entre pais e filhos eram consideradas “relações de domínio”⁶⁴. Defende, assim, a inexistência, na ordem jurídica portuguesa, de qualquer poder de correção, enquanto conteúdo das responsabilidades parentais⁶⁵, considerando que a reforma de 77, ao revogar o poder de os pais corrigirem moderadamente os filhos e ao substituir a expressão *poder de correção* pela expressão *direito-dever de educação*, pretendeu proibir os castigos físicos e psíquicos como meios educativos, passando os pais a estar obrigados a “procurar meios educativos alternativos ao uso de castigos físicos e psíquicos”⁶⁶. A autora defende o amor e o exemplo como “as formas mais eficazes de educação”⁶⁷.

Segundo CLARA SOTTOMAYOR, considerarmos determinados castigos lícitos com fundamento num poder de correção, com finalidade educativa, significa aceitarmos o risco de se ultrapassarem limites e aceitarmos a possibilidade de

⁶¹ SOTTOMAYOR (2007:111-129)

⁶² *Idem*, 112

⁶³ *Idem*, 112

⁶⁴ *Idem*, 120

⁶⁵ *Idem*, 119

⁶⁶ *Idem*, 120

⁶⁷ *Idem*, 112

verificação de maus tratos⁶⁸. A autora relembra que existem normas internacionais, como a CDC, que “vinculam o Estado Português a promover uma *cultura de respeito* pela criança, como pessoa titular de direitos fundamentais”⁶⁹, destacando o seu art. 19º, que atribui às crianças a proteção do Estado contra quaisquer formas de violência.

Como forma de demonstrar o seu repúdio pelo recurso à adequação social e ao poder de correção como formas de exclusão de tipicidade ou de ilicitude de determinados castigos, a autora questiona se também “será adequado socialmente ou lícito, de um ponto de vista penal, um superior hierárquico dar uma bofetada a um funcionário, uma palmada ou um puxão de orelhas, porque ele chegou atrasado ao trabalho (...)?”; e, ainda, se “serão as crianças, em virtude da sua dependência ou fragilidade, cidadãs de segunda classe, que precisam da força física para serem, no futuro, boas cidadãs?”; e se “será que há alguma justificação para distinguir o desvalor da ação, de um adulto que bate noutra adulto, do desvalor da ação de um progenitor ou tutor que bate no filho ou no pupilo?”⁷⁰.

CLARA SOTTOMAYOR não admite que, por exemplo, um puxão de orelhas seja encarado como uma conduta que lesa um bem jurídico insignificante, rejeitando, em relação a esta e a outras condutas semelhantes, a possibilidade de aplicação do princípio da adequação social ou da exclusão da ilicitude, “devido à dor física e à humilhação que provocam”⁷¹. A autora afirma que o juízo de adequação social é perigoso, já que assenta em critérios imprecisos e subjetivos, podendo dar lugar à relativização dos maus tratos e à vulgarização e legitimação do recurso à violência⁷².

CLARA SOTTOMAYOR critica, ainda, o facto de os tribunais, quando estão em causa crimes de ofensa à integridade física, à liberdade ou à honra de pessoas adultas, não recorrerem a causas de exclusão de ilicitude; e, quando estamos perante crimes contra as crianças, invocarem, no âmbito do art. 31º/2, al. b) do CP, a existência de um poder de correção ou de um direito de castigo, que pode justificar a conduta dos pais. A autora considera esta justificação atentatória da dignidade das crianças e uma forma de discriminação das crianças relativamente aos adultos⁷³, defendendo, por isso, a necessidade de intervenção da lei, “emitindo aos pais uma mensagem clara

⁶⁸ *Idem*, 116

⁶⁹ *Idem*, 113

⁷⁰ *Idem*, 112

⁷¹ *Idem*, 124

⁷² *Idem*, 126

⁷³ *Idem*, 122

acerca da proibição dos castigos corporais e psíquicos humilhantes, para combater, no plano simbólico, este fenómeno, de inequívoco carácter danoso, para toda a sociedade”⁷⁴. Na verdade, entende que “é insuportável à consciência ético-jurídica dos tempos modernos a licitude de ofensas tradicionalmente consideradas irrelevantes ou justificadas”, afirmando não admitir “que a ilicitude penal se inicie, apenas, com a sova de cinto, de pau ou com a vergastada”⁷⁵.

Desta forma, para a autora, apenas é legítimo recorrer ao uso da força física “para proteger a criança contra si própria, por exemplo, porque se recusa a colocar o cinto de segurança no automóvel, se atira para o chão num centro comercial e recusa levantar-se, coloca os dedos na tomadas ou para evitar que caia de uma janela ou varanda”⁷⁶, sendo que a força física terá sempre que ser proporcional à necessidade de tirar a criança da situação de perigo em que se encontra.

CLARA SOTTOMAYOR considera imperativo o estabelecimento de uma lei proibitiva de castigos físicos e psíquicos, para que seja possível mudar-se mentalidades e, assim, findar com a violência contra crianças e com a ideia de inferiorização da infância que entende ainda persistir na nossa sociedade⁷⁷.

Destarte, apesar de compreender que possa ser uma solução muito rigorosa para os pais, defende que é indispensável a implementação de uma “medida legislativa específica que consagre uma proibição, precisa e direta, dos castigos”, já que, no que concerne aos direitos humanos, não podemos “ceder aos costumes ou à cultura da população”⁷⁸.

Entendemos os fundamentos e as preocupações da autora. Contudo, consideramos que esta é uma solução demasiado severa. Parece-nos desconforme à realidade social que uma mãe ou um pai tenham que responder penalmente por um castigo leve, aplicado com finalidade educativa e depois de esgotados os meios de disciplina positivos. Uma palmada aplicada a uma criança que todos os dias faz birra porque se recusa a tomar banho, não nos parece uma conduta que corresponda ao sentido que o legislador pretendeu dar aos tipos legais que temos vindo a analisar. Defendemos que determinados castigos, por serem leves, adequados e com finalidade educativa, e tendo em conta as circunstâncias e o contexto em que são aplicados,

⁷⁴ *Idem*, 116

⁷⁵ *Idem*, 123 e 124

⁷⁶ *Idem*, 124

⁷⁷ *Idem*, 127

⁷⁸ *Idem*, 127 e 128

devem ser considerados legítimos. Esta é uma questão que, a nosso ver, exige que se atenda à globalidade da conduta e às circunstâncias do caso concreto.

3.2. Teoria da proibição relativa da aplicação de castigos a crianças⁷⁹

É entendimento unânime na doutrina, que a disciplina positiva, assente no diálogo e na palavra, deve prevalecer relativamente à aplicação de castigos físicos e psicológicos⁸⁰. Todavia, parte da doutrina, com a qual melhor nos identificamos, continua a admitir a possibilidade de, em certas circunstâncias e preenchidos uma série de requisitos, determinados castigos não darem lugar a incriminação.

Em termos gerais, podemos afirmar que “poderá ser tida como legítima a aplicação de um castigo moderado, no desempenho da tarefa educativa, sempre que as circunstâncias do caso não apontem para uma violação da dignidade do menor”⁸¹.

Importa, contudo, não esquecermos, tendo em conta a realidade atual relativamente aos direitos das crianças, que há, cada vez mais, uma exclusão da legitimidade deste tipo de castigos, pelo que as situações em que estes são admitidos são cada vez mais em menor número e dependentes do preenchimento de exigentes pressupostos⁸².

Esta é uma questão que levanta “problemas delicadíssimos de fronteira. Há que saber até onde se pode ir considerando, conseqüentemente, insuscetível de preenchimento de qualquer ilícito criminal o que fica aquém. Sempre com a consciencialização de que estamos numa relação extremamente vulnerável e perigosa quanto a abusos”⁸³.

Passaremos, então, a analisar as duas orientações em que se subdivide esta posição doutrinal que sustenta a legitimidade da aplicação de determinados castigos.

Deparamo-nos, por um lado, com a teoria que exclui a tipicidade de determinados castigos, à luz de um juízo de adequação social; e, por outro lado, com a teoria que afasta a ilicitude da conduta castigadora, recorrendo ao poder de correção, enquanto causa de justificação.

⁷⁹ Proibição *relativa*, já que estamos perante uma doutrina que não defende uma proibição total e absoluta de todos e quaisquer castigos, entendendo que certos castigos, por serem leves, adequados e com finalidade educativa, e tendo em conta as circunstâncias e o contexto em que são aplicados, devem ser considerados legítimos.

⁸⁰ *Cfr.* Ac. do TRC, de 28-01-09

⁸¹ FARIA (2003:611)

⁸² *Idem*, 612

⁸³ Ac. do STJ, de 05-04-06

3.2.1. O direito de correção ou o direito-dever de educação como fundamento de justificação⁸⁴

O CC de 1966, no seu art. 1884º, previa a faculdade de os pais corrigirem moderadamente os filhos nas suas faltas, podendo aplicar castigos, desde que de forma moderada.

A reforma de 77 revogou esse art., pelo que hoje se discute se esse poder dos pais castigarem moderadamente os filhos continua a existir, isto é, se os pais continuam a ter esse poder de correção, enquanto reflexo do exercício do direito-dever de educação (atuais arts. 1884º e 1885º do CC).

Há quem considere que o poder de correção continua a fazer parte do conteúdo das responsabilidades parentais; e, por outro lado, quem entenda que a reforma de 77 veio extinguir esse direito.

Quanto a nós, consideramos que este direito de castigar pode, em determinadas situações, retirar-se do conteúdo das responsabilidades parentais, como reflexo do exercício do direito-dever de educação. Todavia, entendemos que essa possibilidade está, agora, dependente do preenchimento de um conjunto de exigentes pressupostos, tentando-se garantir, da melhor forma possível, os direitos e a dignidade das crianças. Falamos de um *direito-dever de educação* que pode, ou não, dependendo das circunstâncias, integrar a faculdade de os pais aplicarem castigos leves aos filhos.

Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, TAIPA DE CARVALHO e PINTO DE ALBUQUERQUE consideram que o poder de correção pode configurar, desde que preenchidos determinados requisitos, uma causa de exclusão de ilicitude de determinadas condutas castigadoras que, porque típicas, deveriam ser tidas como ilícitas⁸⁵.

De acordo com esta doutrina, caso se verifiquem os pressupostos necessários para que a aplicação de castigos seja considerada admitida, dever-se-á inserir a conduta castigadora no âmbito do art. 31º/2, al. b) do CP, que prevê que o facto não é ilícito quando praticado no exercício de um direito, neste caso, o direito de correção.

⁸⁴ Embora a exclusão da tipicidade preceda a exclusão da ilicitude, isto é, apesar de, como explica TAIPA DE CARVALHO (2008:257), “sob o ponto de vista dogmático e político-criminal (...) a primeira qualificação jurídico-penal da conduta” ser “a sua tipicidade”, optamos, por razões de facilidade de exposição, por abordar, primeiramente, a teoria que exclui a ilicitude e, só depois, a doutrina que defende a exclusão da tipicidade.

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS (2011:506), TAIPA DE CARVALHO (2012:520 e 521) e ALBUQUERQUE (2008:142)

Desta forma, FIGUEIREDO DIAS afirma que a questão da aplicação de castigos a crianças é “eminentemente *conflitual* e deve ser solucionada, por conseguinte, no domínio de uma eventual *justificação*”⁸⁶. Contudo, o autor explica que só deverá existir justificação caso se verifiquem determinados requisitos⁸⁷. Assim, em primeiro lugar, considera imprescindível que o castigador aja com *finalidade educativa* e nunca com o intuito de descarregar na criança as suas frustrações e, muito menos, pelo prazer de causar dor e tristeza ao dependente ou “para lograr aquilo que apeteceria chamar um efeito de “prevenção, geral ou especial, de intimidação””⁸⁸. Em segundo lugar, importa que o castigo seja aplicado de forma criteriosa e proporcional, devendo ser leve e não podendo “assumir um peso equiparado ao da falta cometida pelo educando, quando esta foi grave ou muito grave”⁸⁹. Por fim, o autor faz referência à necessidade de moderação na aplicação do castigo, pelo que este não pode, em caso algum, chegar ao limite de uma ofensa qualificada, nunca podendo pôr-se em causa os direitos e a dignidade da criança.

TAIPA DE CARVALHO evidencia a necessidade de verificação de certos pressupostos para que a aplicação de um castigo seja considerada legítima, já que “mesmo que tais castigos ou privações de liberdade sejam aplicados com o objetivo educativo (...), tal não impede que eles (...) possam ser qualificados como crime”⁹⁰. Para o autor, para que haja justificação de determinada conduta castigadora, com fundamento no exercício de um poder-dever de educação dos pais, é indispensável que se atenda à situação e às circunstâncias de cada caso concreto e que os castigos sejam “*necessários, adequados, proporcionais e razoáveis*”⁹¹, pelo que quaisquer castigos graves nunca poderão ser considerados justificados, ainda que tenham sido aplicados com alegada finalidade educativa.

PINTO DE ALBUQUERQUE é mais exigente relativamente aos pressupostos, estabelecendo limites mais apertados⁹². Para o autor, é necessário que estejamos mediante uma *ação voluntária* da criança, isto é, que a criança não tenha uma idade muito reduzida ou alguma debilidade mental, sendo necessário que a criança compreenda a asneira que praticou. Importa, também, que a asneira da criança seja

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS (2011:509)

⁸⁷ *Idem*, 506 e 507

⁸⁸ *Idem*, 506

⁸⁹ *Idem*, 506 e 507

⁹⁰ TAIPA DE CARVALHO (2012:521)

⁹¹ *Idem*, 521

⁹² ALBUQUERQUE (2008:143)

muito grave, de tal forma que pudesse dar lugar à responsabilidade penal, caso estivessemos perante um imputável. De acordo com o autor, sempre que a asneira não cause a lesão de bens jurídico-penais, não deverá ser permitida a aplicação de castigos à criança. Segundo o autor, a mera desobediência da criança aos pais não possibilita a aplicação de castigos. Contudo, algum palavrão que ofenda os pais ou uma terceira pessoa, já poderá ser considerado um ato que legitima a aplicação de algum castigo. O autor faz, ainda, referência à imprescindibilidade de uma enorme contenção na aplicação do castigo, considerando que “(a) o castigo deve ser exercido depois de prévia advertência do educando (...); (b) (...) ser sempre de natureza não física (...); (c) só diante da reiteração do comportamento do educando se pode excecionalmente recorrer à ofensa à integridade física simples”⁹³, nunca se justificando quaisquer ofensas graves à integridade física da criança.

Estes são os pressupostos que alguns autores, que defendem a teoria do poder de correção como causa de exclusão de ilicitude, exigem, para que a conduta castigadora possa ser considerada legítima⁹⁴.

De facto, cada caso é um caso e nem todos os castigos aplicados com finalidade educativa devem ser considerados admitidos, já que dependendo das circunstâncias concretas, poderão ser atentatórios dos direitos fundamentais das crianças. Concordamos, na generalidade, com os pressupostos exigidos pelos autores. Entendemos, contudo, que alguns requisitos apontados por PINTO DE ALBUQUERQUE, como o da necessidade da asneira praticada pela criança ser muito grave, de tal forma que pudesse dar lugar à responsabilidade penal, são demasiado rígidos.

⁹³ *Idem*, 143

⁹⁴ MONTEIRO (2002:74) refere que “as ofensas aos bens jurídicos dos seus educandos, em especial à integridade física, (...) desde que consistentes em ligeiríssimos castigos (...), que não provoquem um estado apreciável de dor, devem considerar-se justificadas, quando adequadas a um fim educativo (...) e se revestidas de proporcionalidade pedagógica e dos demais requisitos”. Para o autor, a causa de exclusão de ilicitude deverá ter como fundamento o disposto no art. 31º/1, do CP;

3.2.2. A teoria da adequação social como causa de exclusão da tipicidade da aplicação de determinados castigos a crianças

WELZEL, autor pioneiro relativamente à teoria da adequação social, explica que os tipos legais de crime devem ser interpretados como tendo uma cláusula restritiva (implícita) de inadequação social, pelo que serão sempre de excluir do tipo todas as condutas que, apesar de formalmente e contextualmente o preencherem, “não caem notoriamente fora da ordenação ético-social da comunidade”⁹⁵.

A Teoria da Adequação social remete-nos para a ideia de que há condutas socialmente adequadas, isto é, conformes às “valorações sociais vigentes num determinado momento histórico”, pelo que se revelam incapazes “de contrariar a regra de comportamento que a norma jurídica institui ou impõe”⁹⁶, por não corresponderem ao sentido que o legislador quis dar ao tipo legal. Nas palavras de WELZEL, “comportamentos que se mostrem de acordo com a ordenação ético-social vigente historicamente desenvolvida de uma determinada comunidade não podem constituir crime”⁹⁷.

A adequação social é, assim, “um ponto em constante mutação à medida que a sociedade (...) e os seus valores (...) se alteram e reciprocamente se adequam”⁹⁸.

Destarte, PAULA FARIA afirma que o tipo legal não pode ser “entendido e aplicado como uma fórmula vazia de significado, opaca ou fechada aos sentidos sociais a que se dirige”, já que os tipos legais de crime assentam na realidade social “e é com base na mesma realidade social que deve ser pensada a ação tipicamente relevante (...) sob pena de se perder a noção (...) do sentido social, e por que não dizê-lo, até por vezes o próprio sentido de justiça”⁹⁹.

Neste sentido, PAULA FARIA colocou de lado a sua teoria anterior, onde colocava a questão da aplicação dos castigos às crianças no plano da justificação da conduta castigadora, assente no exercício de um direito de correção, ao abrigo do disposto no art. 31º/2, al. b) do CP¹⁰⁰.

⁹⁵ WELZEL (1939:516 e ss. e 527 e ss.) *apud* FIGUEIREDO DIAS (2011:291)

⁹⁶ FARIA (2003:620)

⁹⁷ WELZEL (1939:516) *apud* FARIA (2003:620)

⁹⁸ FARIA (2005:43)

⁹⁹ *Idem*, 32 e 34

¹⁰⁰ FARIA (1998:901-929). A autora afirmava, na época, que “a não ser naquelas hipóteses em que a atuação do educador não atinge a integridade física do menor (...) (e aí não se pode afirmar a tipicidade da conduta), por princípio, (...) a aplicação de um castigo físico lesa o bem jurídico tal como este foi configurado pelo legislador penal”.

A autora apresenta, hoje, duas críticas à sua anterior posição: primeiro, considera que não parece correto “estruturar o ilícito penal em torno de um desvalor do resultado tal como se deixa depreender da afirmação segundo a qual o castigo do detentor do poder paternal lesa o bem jurídico tutelado pela norma penal”; acrescentando ser “duvidoso que a consideração de um direito de correção possa valer sem restrições como uma causa de justificação autónoma”¹⁰¹. Como explica a autora, “a verdadeira justificação não vem do reconhecimento de um direito, ou, se vem da existência desse direito, a sua afirmação depende de uma ponderação mais complexa, e que é a ponderação ou a valoração das circunstâncias em que ocorre a lesão dos bens jurídicos do menor”¹⁰².

PAULA FARIA entende, agora, que este tipo de situações podem dar lugar, verificados determinados pressupostos, à atipicidade da conduta, por consubstanciarem um comportamento socialmente adequado, à luz de um princípio de adequação social¹⁰³.

No plano da tipicidade podemos depararmo-nos com diferentes soluções. Por um lado, a solução bagatelar, que atende à gravidade da lesão e a um critério de quantidade ou de dimensão¹⁰⁴. Todavia, tal como PAULA FARIA, consideramos que esta tese não colhe, por se revelar insuficiente quando desacompanhada de um exame das particularidades de cada caso concreto¹⁰⁵ e por poder originar situações de perigo e comprometedoras dos direitos das crianças, pois remete-nos para a ideia de que “acima de determinado limite de ofensa toda a atuação seria ilegítima, abaixo desse limiar tudo seria permitido”¹⁰⁶. Entendemos que esta tese pode contribuir para soluções atentatórias dos direitos das crianças, já que determinados castigos, por mais leves que sejam, não devem ser considerados legítimos por não preencherem outros pressupostos necessários para a sua aplicação. Assim, este critério de quantidade não nos parece capaz de criar soluções justas e assentes num juízo cauteloso¹⁰⁷.

Partilhamos do entendimento de PAULA FARIA que, recorrendo à figura da adequação social, afasta a incriminação dos pais ou de outros educadores relativamente à aplicação de determinados castigos a crianças, excluindo a sua

¹⁰¹ FARIA (2003:619)

¹⁰² *Idem*, 619

¹⁰³ *Cfr.* FARIA (2003:607-645), FARIA (2005) e FARIA (2006:317-343)

¹⁰⁴ FARIA (2003:618)

¹⁰⁵ FARIA (2005:599)

¹⁰⁶ FARIA (2003:618)

¹⁰⁷ *Cfr.* No mesmo sentido, MONTEIRO (2002:59)

tipicidade, através de “uma valoração global da conduta, capaz de permitir afirmar que o sentido social que lhe preside e que a informa não coincide com o sentido social que conduziu o legislador à incriminação de determinada forma de comportamento”¹⁰⁸. Sempre que se possa considerar que determinada conduta é penalmente irrelevante, esta não poderá integrar nenhum tipo legal de crime¹⁰⁹.

Concordamos com a autora quando afirma que sempre que uma conduta é socialmente adequada, não deve ser tratada ao nível da justificação da ilicitude, pois, quando há irrelevância penal de determinado comportamento deve-se, antes, excluir a sua tipicidade, uma vez que só se deve falar de justificação quando a ação praticada corresponda “ao sentido de desvaliosidade social que o tipo legal de crime incorpora ou traduz”¹¹⁰. Quando um castigo é adequado socialmente, isto é, quando preenche uma série de requisitos que o tornam numa conduta socialmente irrelevante, não é de justificação que se trata, mas sim de uma conduta que não coincide com o sentido que o legislador pretendeu conferir à previsão normativa, pelo que se deverá excluir, desde logo, a sua tipicidade¹¹¹. A adequação social vem retirar a tipicidade a este tipo de condutas, uma vez que “o legislador não pode ter pensado o tipo legal para elas”¹¹².

Segundo a autora, todos os tipos legais possuem um certo sentido negativo, isto é, integram comportamentos socialmente e juridicamente desvaliosos¹¹³. Todavia, quando a conduta é adequada socialmente, esse desvalor passa a inexistir, ainda que o resultado típico se produza ou exista dolo, já que o preenchimento dos elementos formais não significa a verificação do sentido material do tipo¹¹⁴. Assim, quando não há *danosidade social* e a conduta se deva considerar aceite socialmente, não se pode falar numa conduta típica e punível¹¹⁵.

FIGUEIREDO DIAS tem dúvidas que de que possamos falar de atipicidade, já que, “de acordo com as conceções sociais hoje dominantes (...), toda a ação educativa deve processar-se através de condutas formalmente atípicas”, acrescentando que “as condutas formalmente típicas em causa atingem - salvo, nomeadamente, em caso de

¹⁰⁸ FARIA (2003:618)

¹⁰⁹ FARIA (2006:331)

¹¹⁰ FARIA (2003:621)

¹¹¹ *Idem*, 622

¹¹² FARIA (2006:331)

¹¹³ *Idem*, 331

¹¹⁴ *Idem*, 331

¹¹⁵ *Idem*, 332

intervenção da *cláusula de insignificância* - bens jurídicos do menor, nomeadamente, a sua integridade física, e não correm por isso no sentido da sua proteção ou realização”¹¹⁶. Assim, para o autor, a questão da aplicação de castigos a crianças “é eminentemente *confitual* e deve ser solucionada (...) no domínio de uma eventual *justificação*”¹¹⁷.

PAULA FARIA discorda da ideia de que apenas possam originar atipicidade as lesões bagatelares que não estejam dependentes de um critério de valoração social e que, a partir desse limite, a questão se coloque a nível da justificação¹¹⁸. Para a autora, o direito de correção permite excluir o tipo de uma forma mais alargada, do que o princípio bagatelar quando não acompanhado da análise das particularidades concretas de determinada situação. A autora explica que não se pode falar da exclusão do tipo no caso de ofensas à integridade física desproporcionais, imoderadas e graves, mesmo que com fundamento numa alegada finalidade educativa. Porém, salienta que se deve compreender que “uma ofensa à integridade física que não poderia ser tida como bagatelar se fosse praticada contra o vizinho (...), não comporta o significado típico que assiste à formulação do art. 143º quando levada a cabo num contexto educativo”¹¹⁹. Assim, para PAULA FARIA, “o direito de correção poderia ter autonomia em relação a um critério bagatelar, e significado efetivo enquanto causa de exclusão do tipo”¹²⁰, até porque considera que mediante lesões com alguma gravidade não se pode falar em eficácia justificativa.

Voltando à teoria da adequação social enquanto causa de exclusão da tipicidade de condutas castigadoras, sabemos que para aferir se uma conduta é socialmente adequada, precisamos de atender aos sentidos sociais que vigoram num determinado momento¹²¹. Acontece que o sentido social que predomina é, ainda, aquele que permite a aplicação de determinados castigos como método educacional, apesar de forma cada vez mais limitada e dependente do preenchimento de exigentes requisitos, já que “as representações sociais tendem cada vez mais a afastar-se deste tipo de castigos”¹²².

¹¹⁶ FIGUEIREDO DIAS (2011:509)

¹¹⁷ *Idem*, 509

¹¹⁸ FARIA (2012:325)

¹¹⁹ *Idem*, 325

¹²⁰ *Idem*, 325

¹²¹ FARIA (2003:622)

¹²² *Idem*, 612

Entendemos, partilhando a posição de PAULA FARIA, que desde que preenchidos determinados pressupostos, a aplicação de certos castigos pode, à luz da figura da adequação social, ser tida como atípica e não como simplesmente justificada¹²³. O preenchimento destes pressupostos e a análise do caso concreto são imprescindíveis, já que existem castigos que, à partida, por serem leves e aplicados com finalidade educativa, parecem não consubstanciar crime, porém, por serem praticados “de forma repetida, sem justiça, e com expressão de raiva, por parte do adulto, rebaixam a autoestima das crianças, impedem a sua sensação de ser amada e a auto-percepção da sua dignidade humana”¹²⁴.

Passaremos, então, a analisar os limites e pressupostos em que deve assentar este juízo de adequação social.

Na verdade, a aplicação de castigos físicos e psíquicos não pode ser considerada o método educativo regra, isto é, “não pode ser elevado a castigo-padrão”¹²⁵, pelo que, segundo PAULA FARIA, existem pressupostos subjetivos e objetivos que devem ser preenchidos para que determinada conduta castigadora possa ser considerada legítima¹²⁶.

A autora exige, como pressupostos subjetivos, que o castigo seja aplicado por quem tenha o poder de educar, isto é, por quem exerça as responsabilidades parentais e, ainda, que o agente aja com finalidade educativa. Quanto ao primeiro requisito, que nos remete para a questão da legitimidade, não o abordaremos já, analisando-o mais à frente, dedicando-lhe a merecida atenção. Em relação à condição de estarmos perante uma conduta que tem que ter uma finalidade educativa, importa referir que a autora não coloca de lado a hipótese de a conduta poder ter, também, como motivações “um certo sentimento de impotência, cansaço ou uma ideia de prevenção geral”¹²⁷. Contudo, PAULA FARIA entende que, mesmo que o educador aplique um castigo com finalidade educativa, se existir, subjacente a essa conduta, algum motivo sádico, a valoração global da conduta poderá, muito provavelmente, ser negativa¹²⁸.

No que concerne aos pressupostos objetivos, a autora fala, novamente, na necessidade de ter que existir um objetivo educativo, isto é, da conduta ser adequada

¹²³ FARIA (2005:417)

¹²⁴ SOTTOMAYOR (2007:124)

¹²⁵ FARIA (2006:338)

¹²⁶ *Cfr.* FARIA (2003:625 e ss.) e FARIA (2006:334 e ss.)

¹²⁷ FARIA (2003:627)

¹²⁸ *Idem*, 627

ao fim educativo pretendido¹²⁹, pelo que tem que haver “proporcionalidade do meio em relação à finalidade educativa visada”¹³⁰. Segundo a autora, a proporcionalidade do castigo deve estar relacionada com a finalidade educativa pretendida e não com a gravidade da asneira praticada pela criança. Existem, assim, formas de castigo que, mesmo que praticadas com uma alegada finalidade educativa, se devem considerar absolutamente proibidas, como é o caso de “sevícias, castigos com ferro quente, a utilização de paus ou pedras, ou de ramos de urtigas”¹³¹.

O requisito da proporcionalidade do castigo relativamente à finalidade educativa visada deve atender a um conjunto de fatores, nomeadamente “a intensidade do castigo, a gravidade e a natureza do motivo que lhe deram causa, o local do corpo onde ele é aplicado e o espaço onde se procede à correção do menor (espaço público ou privado, com pessoas a assistir ou no recolhimento de um quarto), a sua idade e constituição física bem como a sua maturidade”¹³². Quanto ao fator da idade, à medida que a idade da criança avança, mais limitada e restrita deve ser a aplicação de castigos, já que a maior capacidade de compreensão da criança, permite, com mais facilidade, o recurso ao diálogo e à palavra como meios educativos. De facto, deve ter-se em consideração o disposto no art. 1878º/2 do CC, que concede à criança uma autonomia progressiva na decisão de assuntos relacionados com ela, pelo que “o espaço de (...) correção dos pais cada vez se restringe mais à medida que avança a idade do menor”¹³³.

PAULA FARIA aponta, desta forma, “o princípio da dignidade da pessoa humana como limite inultrapassável de legitimidade do castigo”^{134 135}.

¹²⁹ FARIA (2006:336)

¹³⁰ FARIA (2003:627)

¹³¹ *Idem*, 628. A autora, a título de exemplo de castigos que devem ser considerados absolutamente proibidos, remete-nos para o caso do Ac. do TRE (proc. nº 678/96), que trata de um caso em que um pai de duas gémeas de 6 anos, por estas estarem a brincar com fósforos, levou-as para o quintal, despiu-as, deixando-as só de cuecas, e com um pau de vassoura deu-lhes pancadas pelo corpo. Depois de tudo isto, com um fio de electricidade, encostou-as a um poste de um estendal de roupa, de costas uma para a outra e amarrou-as pela cinta com o fio, para que não pudessem dali fugir.

¹³² FARIA (2012:323)

¹³³ FARIA (2003:629)

¹³⁴ *Idem*, 628. A autora aponta como absolutamente ilegítimos castigos “como o encarceramento em quarto escuro, ou a colocação de orelhas de burro ou de um letreiro à criança na escola a descrever a falta cometida”.

¹³⁵ *Cfr.* FARIA (2006:337). A autora dá exemplos de casos atentatórios da dignidade das crianças, remetendo-nos para a situação do Ac. do TRL, de 04-10-01, em que uma mãe de uma criança de 2 anos lhe bateu com uma tábua; e para o caso do Ac. do TRE, de 26-10-04, em que um pai de uma adolescente de 14 anos lhe bateu com paus, ferros e pontapés, alegando que a filha tinha mau comportamento na escola, subtraía coisas aos colegas e andava com rapazes. Da mesma forma, FARIA (2012:322) exemplifica, como contrárias ao princípio da dignidade humana, situações em que se obriga uma criança a comer até lhe provocar o vômito e em que se utilizam, por exemplo, cintos. Também SOTTOMAYOR (2007:116) refere, como exemplo de clara violação dos direitos e dignidade da criança, o caso do Ac. do TRE, de 12-10-99, em que um pai agrediu a filha, de 16 anos, por esta tomar a pilula e ir ao ginecologista.

Desta forma, já que cada caso é um caso e comporta particularidades específicas, não basta, para que determinada conduta castigadora seja considerada atípica, que se preencham os pressupostos necessários. Segundo PAULA FARIA é imprescindível que haja, por parte do juiz, uma indagação, em cada caso concreto, sobre se a razão de ser da norma se verifica, já que “a norma jurídica não é portadora de um significado único, absoluto, mas que apenas encontra o seu verdadeiro sentido face ao caso concreto, às circunstâncias do caso: o pensamento do juiz deve dirigir-se da norma para o caso concreto, e do caso concreto para a norma, para finalmente se estabelecer o alcance com que esta deva valer”¹³⁶.

Quanto à possibilidade de, na ponderação sobre a legitimidade ou ilegitimidade de determinado castigo, se atender ao critério do *bom pai de família*, a autora explica que este é um critério “impreciso e vago, e tanto pode conduzir à imagem de um bom educador, compreensivo e sensato, como à de um educador severo e intolerante”¹³⁷, pelo que, tal como a autora, temos dúvidas quanto ao recurso a esta figura.

Quanto a nós, relativamente aos pressupostos que devem estar preenchidos para que determinadas condutas castigadoras possam ser consideradas legítimas e atípicas, entendemos ser necessário que: (1) o castigo seja aplicado numa situação limite e pontual, isto é, em último recurso, depois de esgotadas outras vias alternativas e preferíveis, assentes numa disciplina positiva (como o diálogo) e nunca como regra ou primeira opção; pelo que a criança deve, sempre que possível, antes da aplicação do castigo, já ter sido chamada à atenção; (2) a conduta castigadora seja movida por uma finalidade educativa; (3) o castigo aplicado seja leve e muito moderado; (4) a conduta seja proporcional, isto é, que corresponda à finalidade educativa pretendida; (5) após o castigo se explique à criança o porquê da sua aplicação, fazendo-a perceber o seu erro¹³⁸; (6) se atenda a um conjunto de fatores como “a intensidade do castigo, a gravidade e a natureza do motivo que lhe deram causa, o local do corpo onde ele é aplicado e o espaço onde se procede à correção do menor (...), a sua idade e constituição física bem como a sua maturidade¹³⁹”; (7) relativamente ao fator idade, nas crianças mais crescidas, por já terem capacidade de compreensão e por se lhes dever conceder uma autonomia progressiva, se evite a

¹³⁶ FARIA (2003:620)

¹³⁷ FARIA (2006:337)

¹³⁸ VERÍSSIMO (2010:111)

¹³⁹ FARIA (2012:323)

aplicação de castigos físicos e psíquicos, devendo-se optar, sempre que possível, pelo diálogo como meio educativo; em relação a crianças mais pequeninas, os castigos físicos devem ser muito leves, tendo em consideração a sua maior fragilidade, devendo-se tolerar comportamentos que são inerentes à idade, como “cuspir” a sopa ou urinar na cama, pelo que se exige mais tolerância por parte dos educadores¹⁴⁰, sendo necessário que a criança entenda a asneira que praticou¹⁴¹; (8) o castigo não seja aplicado como forma de descarregar a frustração e o cansaço dos adultos e como forma de prevenção¹⁴², exigindo-se que o castigo seja posterior à asneira praticada pela criança, não podendo funcionar como uma aviso para uma futura e eventual asneira¹⁴³; devendo, também, ser “mais ou menos imediato, já que a criança vive no presente e tem uma noção de tempo diferente da do adulto, deixando pouco depois de se identificar com o seu ato anterior”¹⁴⁴; (9) se atenda sempre ao interesse e à perspectiva da criança¹⁴⁵; (10) o castigo nunca seja atentatório dos direitos e dignidade da criança.

Entendemos que o preenchimento destes pressupostos deve ser acompanhado de uma análise, por parte do juiz, das particularidades de cada caso concreto, já que só com a realização dessa indagação é que se pode decidir pela legitimidade ou ilegitimidade da aplicação de determinados castigos¹⁴⁶. Como explica PAULA FARIA, “as normas penais (...) não são regras absolutas, mas sentidos carecidos de definição no caso concreto”, pelo que o juiz deve sempre “proceder à definição do que é adequado, do que é justo face àquele caso concreto”¹⁴⁷.

Concluindo, não defendemos uma proibição absoluta da aplicação de castigos a crianças, já que consideramos que, verificados todos estes pressupostos e após a valoração global da conduta, “poder-se-á ter o castigo aplicado ao menor como jurídico-penalmente irrelevante”¹⁴⁸ e, portanto, a aplicação do castigo, porque

¹⁴⁰ *Cfr.* Ac. do TRG, de 15-01-07

¹⁴¹ ALBUQUERQUE (2008:143 e ss.)

¹⁴² FIGUEIREDOS DIAS (2011:506)

¹⁴³ *Cfr.* VERÍSSIMO (2010:110 e 111), onde se explica que o castigo deve ser contingente, isto é, aplicado imediatamente depois da asneira praticada pela criança, para que esta entenda “a lógica das consequências dos comportamentos”.

¹⁴⁴ LEANDRO (1988:64)

¹⁴⁵ SOTTOMAYOR (2007:126)

¹⁴⁶ FARIA (2003:620)

¹⁴⁷ FARIA (2005:202 e 203)

¹⁴⁸ FARIA (2003:629)

adequada socialmente e por não estar em conformidade com o sentido do tipo legal¹⁴⁹, deverá ser tida como atípica¹⁵⁰.

De facto, quer a teoria da adequação social, quer a teoria do direito-dever de educação, enquanto causa de justificação de condutas castigadoras, conduzem a resultados semelhantes, isto é, fazem com que a aplicação de castigos a crianças, possa, em determinadas circunstâncias e verificados certos pressupostos, ser considerada legítima¹⁵¹. Porém, as duas teorias atuam em âmbitos distintos: uma exclui a tipicidade; outra a ilicitude. Aderimos à doutrina de PAULA FARIA, já que nos parece mais correto excluir, desde logo, a tipicidade, através do recurso à figura da adequação social. De facto, “sob o ponto de vista dogmático e político-criminal, parece claro que a primeira qualificação jurídico-penal da conduta é a sua tipicidade”; também de acordo com o critério sistémico, “a tipicidade tem prioridade lógica e metodológica sobre a ilicitude”; e, no plano prático-processual, “a questão da (exclusão da) ilicitude do facto só é apreciada depois de se ter analisado e concluído pela tipicidade da conduta”¹⁵².

Não recusamos a possibilidade de o direito-dever de educação poder funcionar como causa de justificação, excluindo a ilicitude da conduta castigadora. Todavia, sempre que essa conduta possa ser considerada adequada socialmente e, portanto, desconforme ao sentido do tipo de crime, deve, desde logo, excluir-se a sua

¹⁴⁹ Entendemos que, por exemplo, no caso de uma criança, de 7 anos, que todos os dias faz birras e resiste para não tomar banho, depois de esgotadas todas as vias de disciplina positivas possíveis, como o diálogo, a aplicação de uma palmada deve ser considerada uma conduta socialmente adequada e, assim, atípica. FARIA (2003:613 e 614), com o intuito de demonstrar que há condutas que devem ser consideradas socialmente adequadas e, assim, atípicas, remete-nos para um caso em que um pai dava diariamente dinheiro ao filho para que este lhe comprasse tabaco, sendo que sempre que perguntava pelo troco, o filho respondia que não havia. Um dia, o pai foi à tabacaria e descobriu que o filho recebia sempre troco, guardando-o para si, pelo que lhe deu “um safanão”, ainda dentro da tabacaria. Segundo a autora, estamos perante um caso em que “a aplicação de uma pena ao pai não se deixa justificar (...) dado o contexto, a situação, a conjuntura em que o facto é praticado, o sentido global da conduta (...)”;

¹⁵⁰ Há mesmo quem afirme, como é o caso de MARJORIE GUNNOE, que as palmadas devem ser encaradas como uma ferramenta perigosa, pelo que devem ser evitadas. Porém, há alturas em que essas ferramentas se podem tornar úteis, nomeadamente em trabalhos complicados, de difícil resolução (MARJORIE GUNNOE *apud* DANIEL MARTIN (04-01-10)). Também ARIC SIGMAN refere que se uma palmada for aplicada de forma criteriosa, por pais que sejam afetivos e carinhosos com os filhos, não deve ser condenada (ARIC SIGMAN *apud* DANIEL MARTIN (04-01-10)). HAYLEY DIXON (18-04-13) faz referência a um estudo, onde se explica que se a aplicação da palmada preencher determinados pressupostos e, sobretudo, se for compensada pelo facto de a criança se sentir amada, não deverá ser encarada como algo negativo. LARZELERE *et al.* defendem que a aplicação de castigos físicos moderados, combinados com o recurso ao diálogo, a crianças dos 2 aos 6 anos, não lhes é, à partida, prejudicial (LARZELERE *et al.* (1996:35-37) *apud* WEBER *et al.* (2004:229)). Da mesma forma, BAUMRIND afirma que a aplicação de uma palmada pontual não traz consequências negativas para as crianças, desde que os pais sejam “competentes e equilibrados em níveis de exigência e responsividade” (BAUMRIND (2001) *apud* WEBER *et al.* (2004:235)). Podemos, assim, de acordo com estes artigos, entender que alguns especialistas das áreas da psicologia e da pedagogia consideram que, mais importante do que a forma que o castigo reveste, é o contexto e as circunstâncias em que ele é aplicado (*vide* BARROSO (2010:284 e 285)).

¹⁵¹ Segundo FREITAS (2012:1309), apesar da teoria do direito de correção como causa de justificação de condutas castigadoras ser a doutrina portuguesa maioritária, não podemos esquecer que esta “se sustenta (...) em pressupostos doutrinários e legais que (...) poderão, por força da reforma de 2007 do Código Penal, não ser completamente atuais e, por isso, devem ser apreciados com alguma cautela, sobretudo porque se pode levantar a questão se não se deve caminhar no sentido do afastamento desta causa de justificação ou, pelo menos, no da sua restrição”.

¹⁵² TAIPA DE CARVALHO (2008:257 e 258)

tipicidade, não sendo, sequer, necessário recorrer-se às causas de justificação. Destarte, “só depois de se analisar e concluir pela tipicidade da conduta é que tem sentido averiguar da eventual exclusão da ilicitude (...). A averiguação da causa de justificação só tem sentido depois da conclusão de que ação praticada é subsumível a um tipo legal de crime”¹⁵³. Sempre que as circunstâncias do caso nos levem a crer que há “distância do sentido material da conduta face ao tipo”, devemos considerá-la atípica e deixar “de falar aí de pontos de vista de justificação”¹⁵⁴. Como explica PAULA FARIA, “se a conduta é socialmente adequada, não existe tipo legal de crime, se não é socialmente adequada coloca-se o problema da justificação”¹⁵⁵. Entendemos, tal como a autora, que, se “a valoração da conduta se afasta de tal modo do sentido típico que não é possível tomar a conduta como típica, é o tipo que se nega (...), sendo possível dizer que todas as valorações que aqui pudessem ter relevância vão à conta desse juízo global (não é de justificação que se trata)”¹⁵⁶.

Resta-nos esclarecer que, se não estiverem verificados os pressupostos para que a conduta castigadora seja considerada legítima, o castigo deixa de ser socialmente adequado, preenchendo-se os “tipos legais de crime a que corresponde a lesão do bem jurídico”¹⁵⁷. Caso se preencham os requisitos necessários, então, a aplicação dos castigos a crianças pode ser considerada “atípica e não simplesmente justificada”^{158 159}.

¹⁵³ *Idem*, 258

¹⁵⁴ FARIA (2005:72)

¹⁵⁵ *Idem*, 170

¹⁵⁶ *Idem*, 470

¹⁵⁷ *Idem*, 610

¹⁵⁸ *Idem*, 611

¹⁵⁹ *Cfr.* FARIA (2003:629). A autora afirma que “a leitura do tipo legal de crime de acordo com as representações sociais vigentes e dominantes nesta matéria permite concluir que a palmada que é dada ao filho, como a sua privação de liberdade, desde que proporcional e motivada por uma razão educativa, não corresponde ao sentido do tipo legal do crime, que este não se lhe adequa, que não existe dignidade penal e necessidade de punir no caso concreto”.

CAPÍTULO II

A APLICAÇÃO DE CASTIGOS A CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS

1. Legitimidade ativa na aplicação de castigos a crianças

Para que a aplicação de castigos a crianças possa ser considerada legítima, é necessário, como pressuposto subjetivo, que quem aplique o castigo seja titular do direito-dever de educação, isto é, quem exerça as responsabilidades parentais e a quem corresponda o dever de educar¹⁶⁰.

Cumpre, assim, indagar sobre a possibilidade de se admitir como legítimos castigos aplicados por pessoas que não os detentores das responsabilidades parentais¹⁶¹.

Ora, não se pode considerar legítima a aplicação de castigos por pessoas que não as que exercem as responsabilidades parentais¹⁶². Porém, há situações em que se pode falar, segundo PAULA FARIA, numa “transmissibilidade” desse direito-dever de educação a certas pessoas¹⁶³. É o caso, como refere a autora, dos avós que cuidam da criança quando os pais estão a trabalhar. Estamos perante pessoas que participam na educação das crianças e em quem os pais depositam confiança¹⁶⁴, pelo que a autora considera que se deve admitir “a legitimidade da conduta com fundamento numa certa medida de transmissibilidade de poderes de correção, e na sua valoração social, que pode não ser muito diferente daquela que merece a atuação dos pais em determinadas circunstâncias”¹⁶⁵.

A autora entende que algumas pessoas, como os avós, acabam por estar presentes na educação das crianças, sendo, por isso, possível que, preenchidos os pressupostos necessários, os castigos por elas aplicados sejam considerados legítimos. De facto, muitas vezes, os próprios pais, ao deixarem as crianças ao cuidado de

¹⁶⁰ FARIA (2005:604)

¹⁶¹ Não nos podendo olvidar que, em Portugal, é proibida a aplicação de castigos físicos e psicológicos por parte dos professores, como decorre da Lei n.º 30/2002, de 20-12.

¹⁶² FARIA (2012:320)

¹⁶³ *Idem*, 321

¹⁶⁴ *Cfr.* Ac. do TRC, de 28-01-09, onde se afirma que apesar de a doutrina admitir, em determinadas situações, a transferência do direito-dever de educação, essa transmissão só será possível quando estejam em causa “pessoas próximas da criança e que gozem da confiança pessoal dos pais”.

¹⁶⁵ FARIA (2012:321)

determinadas pessoas, como os avós, “dão (...) autorização para que lhe sejam aplicadas as medidas educativas que se mostrem necessárias”¹⁶⁶.

PAULA FARIA explica que a melhor solução seria a da ilegitimidade dos castigos aplicados por pessoas que não exerçam as responsabilidades parentais, já que está em causa a “transmissão de poderes de disposição sobre a integridade física ou outros bens de natureza pessoal do menor”¹⁶⁷. Contudo, afirma que “o que em termos lógicos (...), ou numa linha de consideração estritamente dedutivo-formal, nos parece ser a solução interpretativa mais correta, não o é decerto, sob o ponto de vista de uma valoração global da conduta típica capaz de atender à realidade e às necessidades da vida”¹⁶⁸, pelo que determinados castigos aplicados, por exemplo, pelos avós, devem ser considerados socialmente adequados, excluindo-se a sua tipicidade.

Quanto à possibilidade de se invocar o consentimento presumido dos pais para justificação da conduta castigadora, consideramos, tal como PAULA FARIA, que o recurso ao art. 39º/2 do CP, que estabelece que “há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”, não parece ser a solução mais correta¹⁶⁹.

Concordamos com a autora quando afirma que, como não pode haver transmissão legítima do direito-dever de educação, o que leva a que determinado castigo aplicado, por exemplo, por uma avó, seja “penalmente irrelevante é tão só a consideração da sua adequação social tendo em conta as circunstâncias, das quais faz parte a vontade dos pais do menor”¹⁷⁰.

Pelo contrário, FILIPE MONTEIRO afirma a ilegitimidade de castigos aplicados por pessoas que não exerçam as responsabilidades parentais, já que considera a aplicação de castigos uma faculdade de natureza familiar e pessoal e, portanto, intransmissível¹⁷¹.

Quanto a nós, partilhamos a opinião de PAULA FARIA, pelo que consideramos que, verificados os pressupostos necessários e dependendo das circunstâncias concretas do caso, determinados castigos aplicados por pessoas que não exercem as

¹⁶⁶ FARIA (2003:625)

¹⁶⁷ *Idem*, 625

¹⁶⁸ *Idem*, 626

¹⁶⁹ FARIA (2005:606 e 607)

¹⁷⁰ *Idem*, 607

¹⁷¹ MONTEIRO (2002:48 e 49)

responsabilidades parentais, mas que participam na educação das crianças e em quem os pais confiam, como é o caso dos avós, podem ser considerados adequados socialmente, devendo excluir-se a sua tipicidade¹⁷². Entendemos, porém, que não se pode equiparar a legitimidade de quem exerce as responsabilidades parentais, à legitimidade de outras pessoas que participem na educação das crianças, devendo os castigos aplicados por estas pessoas estar sujeitos a limites e pressupostos ainda mais apertados¹⁷³. PAULA FARIA explica que estas pessoas não deverão aplicar castigos “na presença dos verdadeiros encarregados de educação, uma vez que o direito destes últimos prevalece”¹⁷⁴.

Outra questão muito discutida no âmbito da legitimidade diz respeito ao sentido e alcance do art. 1907º do CC, em relação à aplicação de castigos a crianças.

O art. 1907º/1 estabelece que “por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa”. Acrescentando o n.º 2 do mesmo art. que, sempre que a criança seja confiada a terceira pessoa, “cabem a esta os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções”.

Ora, um dos poderes e deveres dos pais, no exercício das responsabilidades parentais, é o direito-dever de educação que pode, a nosso ver, em determinadas circunstâncias, integrar a possibilidade de aplicação de castigos proporcionais, leves e com finalidade educativa.

Deste modo, cumpre perceber se esta faculdade é, por força do art. 1907º, transferida para estas terceiras pessoas, nomeadamente estabelecimentos de educação ou assistência ou instituições de acolhimento.

PINTO DE ALBUQUERQUE considera que a faculdade de aplicação de castigos é estritamente pessoal e, portanto, intransmissível para terceiras pessoas, configurando “uma exceção implícita ao disposto no art. 1907º do CC”¹⁷⁵. Para o autor os castigos aplicados pelas pessoas previstas no art. 1907º devem ser considerados ilegítimos.

Já PAULA FARIA afirma ter dúvidas quanto à possibilidade da aplicação de castigos poder ter o mesmo conteúdo, para efeito de incriminação penal, quando

¹⁷² FARIA (2003:626)

¹⁷³ Cfr. FARIA (2012:324). A autora remete-nos para um caso de ilegitimidade, previsto no Ac. do TRP, de 7-11-07, em que uma catequista, num acampamento, deu duas bofetadas a um catequizando por ter entrado na tenda de algumas meninas.

¹⁷⁴ FARIA (2012:324)

¹⁷⁵ ALBUQUERQUE (2008:143)

exercida pelos pais e tutores e quando exercida por estas terceiras pessoas, previstas no art. 1907^o¹⁷⁶. Para a autora, existem aqui diferentes graus “que mais não são do que a expressão dos “contextos” específicos em que atuam os pais e os outros educadores, e que não permitem proceder a uma analogia perfeita ou completa entre as ofensas à integridade física causadas pelo encarregado de educação com finalidades educativas (...) e aquelas que são infligidas pelo responsável de um lar”¹⁷⁷ de crianças institucionalizadas, por exemplo. Assim, “mais do que a obediência estrita a um critério de natureza legal ou formal, a dizer “quem” é competente para o exercício do poder de correção, deve prevalecer a valoração dos “contextos específicos” em que atuam os responsáveis pela educação do menor”¹⁷⁸. Segundo a autora não é correto equiparar-se o conteúdo do direito-dever de educação e da consequente possibilidade de aplicação de castigos “entre as hipóteses de tutela concedida a estranhos à família e aos detentores do poder paternal”¹⁷⁹.

FIGUEIREDO DIAS entende que a aplicação de castigos por parte dos pais ou por parte das terceiras pessoas, previstas no art. 1907^o, não pode ser integralmente equiparada. Todavia, o autor considera que não se pode, ainda, afirmar, em Portugal, o “caráter *estritamente pessoal*”¹⁸⁰ da faculdade de aplicação de castigos, no exercício de um direito-dever de educação. O autor explica que a possibilidade de castigar é transferida, não integralmente, mas em parte, para estas terceiras pessoas¹⁸¹.

Seguimos a posição de PAULA FARIA, já que entendemos ser atentatório dos direitos e da dignidade das crianças equiparar a possibilidade de aplicação de castigos por parte dos pais e por aquelas terceiras pessoas. Na verdade, normalmente, entre uma criança e os seus pais existem laços afetivos e uma relação de amor muito mais forte, do que aquela que existe entre as crianças e aquelas terceiras pessoas. Aliás, muitas vezes, entre estas terceiras pessoas e a criança inexistem qualquer relação de afeto e de carinho¹⁸². Consideramos que o direito-dever de educação dos pais é mais alargado do que o destas terceiras pessoas prevista no art. 1907^o e, ainda, do que o dos tutores (art. 1935^o do CC). Contudo, sendo o tutor, a maior parte das vezes, uma pessoa próxima da criança, que mantém com ela uma relação afetiva ou até familiar,

¹⁷⁶ FARIA (2006:335)

¹⁷⁷ *Idem*, 335

¹⁷⁸ FARIA (2012:321)

¹⁷⁹ FARIA (2005:605)

¹⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

¹⁸¹ *Idem*, 508

¹⁸² FARIA (2005:605)

entendemos que o seu direito-dever de educação deverá ser mais extenso do que, por exemplo, o do diretor de uma instituição de acolhimento, que, normalmente, tem uma relação de pouca proximidade com as crianças que tem a seu cargo¹⁸³. As circunstâncias e os contextos em que os castigos são aplicados mudam, pelo que o alcance e o conteúdo da faculdade de aplicação de castigos não poderá ser a mesma¹⁸⁴.

Concordamos, também, com FIGUEIREDO DIAS, no sentido de que a faculdade de aplicação de castigos, decorrente do exercício do direito-dever de educação, acaba por ser transferida, não de forma total, mas, pelo menos, parcial para as terceiras pessoas previstas no art. 1907º¹⁸⁵. Todavia, consideramos que a aplicação de castigos por estas pessoas terá que estar, devido às circunstâncias e contexto em que ocorre, sujeita a uma moderação muito maior e dependente da verificação de pressupostos muito mais exigentes. As crianças a quem a guarda é confiada a estas terceiras pessoas são, geralmente, crianças mais frágeis, com menos autoestima e mais vulneráveis, pelo que a aplicação de castigos terá que assentar em pressupostos mais cautelosos. Neste tipo de situações, a fronteira entre um castigo legítimo e uma conduta abusiva e atentatória da dignidade da criança é muito mais ténue.

¹⁸³ FARIA (1998:914), FARIA (2005:605) e FARIA (2006:335)

¹⁸⁴ FARIA (2005:605)

¹⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

2. O problema da aplicação de castigos a crianças institucionalizadas

O art. 1918º do CC estabelece que quando “a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal (...) decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”. Ora, o art. 1907º/1 e 2 prevê que “por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa”, sendo que “cabem a esta os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções”.

Assim, quando as crianças são entregues e confiadas à assistência pública, como a instituições de acolhimento (arts. 35º/1, al. f) e 49º e ss. da LPCJP), os poderes e deveres dos pais passam a ser exercidos pelo diretor do estabelecimento onde a criança foi internada (art. 1962º/1 do CC)¹⁸⁶.

A questão que se coloca é a de saber se o diretor e os funcionários deste tipo de instituições, que lidam com as crianças no seu quotidiano, podem aplicar castigos, já que o art. 1907º transfere, pelo menos em parte, o direito-dever de educação¹⁸⁷.

Partilhamos a opinião de PAULA FARIA e de FIGUEIREDO DIAS, pelo que entendemos que não se deve equiparar a possibilidade de aplicação de castigos por parte dos pais e por estas pessoas. Consideramos que, apesar de o direito de educação ser parcialmente transferido, os castigos aplicados pelas terceiras pessoas previstas no art. 1907º, terão que estar, devido às circunstâncias e contexto em que são aplicados, sujeitos a uma maior moderação e dependentes da verificação de pressupostos muito mais exigentes¹⁸⁸.

A aplicação de castigos a crianças institucionalizadas só deve ser admitida “com extremas cautelas, que são impostas pela circunstância de não existir, na maior parte destes casos, a mesma relação afetiva e de proximidade que existirá entre pais e filhos”¹⁸⁹. PAULA FARIA explica que quando os castigos são aplicados pelos pais das crianças, “existe uma relação pessoal e familiar entre o menor e aquele que é o seu representante legal, que em certa medida pode funcionar como garantia de uma certa

¹⁸⁶ FARIA (2005:605)

¹⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

¹⁸⁸ FARIA (2006:335) e FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

¹⁸⁹ FARIA (2012:321)

“contenção” e “justeza” na aplicação de um castigo”¹⁹⁰. Todavia, nas instituições de acolhimento, “essa relação de proximidade não existe, ou é mais difusa, dado o caráter mais marcadamente institucional da ligação ao menor, pelo que se deverá considerar que o direito de correção sofre, ele próprio, restrições de conteúdo”¹⁹¹. Estamos perante “graus distintos de direito ou de poder de correção” enquanto “expressão dos “contextos” específicos em que atuam os pais e os outros educadores”¹⁹².

A maior parte das crianças institucionalizadas, de acordo com o art. 3º/2 da LPCJP, foram abandonadas ou viviam entregues a si próprias; sofreram maus tratos ou foram vítimas de abusos sexuais; não recebiam os cuidados ou afeição necessários; eram obrigadas a trabalhar de forma excessiva; estavam sujeitas a comportamentos que afetavam a sua segurança e o seu equilíbrio emocional; ou eram crianças que assumiam comportamentos ou se entregavam a atividades ou consumos que poderiam afetar a sua saúde, segurança e normal desenvolvimento, sem que os pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto fosse capaz de resolver o problema. Falamos, assim, de crianças mais frágeis e vulneráveis, devido a todas as angústias que viveram¹⁹³. Como afirma CLARA SOTTOMAYOR, “as crianças que vivem internadas em instituições têm uma maior tendência a sofrer de depressão, isolamento e baixa autoestima, pelo facto de não terem o amor de uma família e o convívio diário com uma pessoa de referência”¹⁹⁴. As crianças institucionalizadas estão mais suscetíveis a abusos, pois, apesar de viverem rodeadas de pessoas, são “uma entre muitas”¹⁹⁵, sentindo-se muito sozinhas, já que mantêm, segundo PAULA FARIA, “laços afetivos ténues com aqueles que tratam dela”¹⁹⁶. Estas crianças não têm, como explica CLARA SOTTOMAYOR, “ninguém da sua confiança a quem pedir auxílio”¹⁹⁷, principalmente se não tiverem família e se forem aqueles que estão encarregados de tratar delas a maltrataram-nas.

Assim, tendo em conta a particularidade destas crianças, os mesmos castigos, quando aplicados pelos pais, poderão ser considerados legítimos e, quando aplicados

¹⁹⁰ FARIA (2005:605)

¹⁹¹ *Idem*, 605

¹⁹² FARIA (2006:335)

¹⁹³ *Vide*, PESTANA (2010:270). A autora explica que “ao entrar na instituição, a criança tem já um passado, e será pela mecânica institucional, despojada dos seus suportes habituais”.

¹⁹⁴ SOTTOMAYOR (2007:121)

¹⁹⁵ *Idem*, 121

¹⁹⁶ FARIA (2006:335)

¹⁹⁷ SOTTOMAYOR (2007:121)

por, por exemplo, funcionários ou diretores de instituições, poderão consubstanciar uma forma de mau trato e uma conduta atentatória da dignidade das crianças¹⁹⁸. Concordamos com CLARA SOTTOMAYOR quando afirma que “os castigos aplicados, num contexto de institucionalização, tendem a acentuar o sofrimento e a solidão da criança e, por isso, o debate em torno da questão licitude/ilicitude deve ser feito em moldes distintos do debate levado a cabo, tendo por padrão a família (...) onde existe reciprocidade de afeto”¹⁹⁹. Na verdade, os danos que a aplicação de castigos, por parte destas terceiras pessoas, pode causar são maiores e mais graves, do que quando aplicados “numa família, em que as crianças têm uma boa relação afetiva com os pais e, em que um castigo, mesmo que injusto ou precipitado, pode ser compensado com afeto ou com um pedido de desculpa por parte dos pais”^{200 201}. De facto, se com crianças que se encontram inseridas numa família e que estabelecem com ela uma relação de amor e de afeto é necessário que se proceda a um juízo de adequação social rigoroso, para que a aplicação de castigos possa ser considerada legítima; quando estamos perante crianças institucionalizadas, a ponderação acerca da adequação de certos castigos deverá assentar em critérios e pressupostos mais exigentes, pelo que o juízo relativo à legitimidade e proporcionalidade do castigo deve ser feito com redobrada cautela.

Neste sentido, ARMANDO LEANDRO entende que, para que a aplicação de um castigo possa ser considerada admitida, é necessário que o castigo “seja aplicado com amor”²⁰². Para o autor, “deverá ser sempre interdito que alguém que não tenha uma relação afetiva com a criança possa de algum modo castigá-la”, já que “a falta dessa relação pode ser uma razão de maus tratos e um elemento a considerar no critério diferencial”²⁰³. O autor defende que se o castigo for “aplicado com amor e seguido, com naturalidade, clareza e sem sentimentos de culpa, de um perdão tácito e de um acolhimento caloroso, os riscos são bem menores”²⁰⁴.

¹⁹⁸ FARIA (2006:339 e 340)

¹⁹⁹ SOTTOMAYOR (2007:121)

²⁰⁰ *Idem*, 125

²⁰¹ *Vide*, NR 150, onde fazemos referência a diversos estudos que consideram que a aplicação de palmadas a crianças, por parte dos pais, como método educativo, pode não lhes ser prejudicial. Porém, todos estes estudos exigem, para que essa palmada não cause danos, que ela seja aplicada por alguém que mantenha uma relação de afeto e de amor com o menor, já que o facto de a criança se sentir amada e querida pelos pais, acaba por compensar a aplicação daquele castigo; o que não acontece, geralmente, em relação a crianças institucionalizadas.

²⁰² LEANDRO (1988:64)

²⁰³ *Idem*, 64

²⁰⁴ *Idem*, 64

Podemos, assim, concluir que, à partida, a aplicação de castigos físicos e psicológicos a crianças institucionalizadas é ilegítima, devendo, porém, raras vezes (em situações limite e depois de esgotados os métodos educativos preferenciais), admitir-se essa possibilidade. Contudo, esta possibilidade dependerá do preenchimento de pressupostos mais rigorosos do que aqueles que se devem fazer exigir, relativamente à aplicação de castigos pelos pais aos filhos. Assim, castigos tidos como legítimos, quando aplicados pelos pais aos seus filhos poderão, dada a particularidade das crianças institucionalizadas, ser considerados maus-tratos e condutas abusivas, quando aplicados por diretores ou funcionários de instituições.

Estas crianças, por tudo o que já viveram e pela situação de insegurança e instabilidade em que se encontram, precisam que os funcionários das instituições, que cuidam e tratam delas, as valorizem, as admirem e lhes transmitam e proporcionem segurança, autoestima e confiança, pelo que a aplicação de castigos físicos e psicológicos nos parece desconforme a estas pretensões; o que não significa, porém, a sua proibição total e absoluta²⁰⁵.

²⁰⁵ GONÇALVES MAGALHÃES (2012:96)

2.1. O Caso específico das crianças em Centros Educativos

Quando falamos em crianças institucionalizadas, podemos, também, estar a falar de crianças que se encontrem em Centros Educativos, isto é, de crianças entre os 12 e os 16 anos, que cometeram factos qualificados pela lei como crime (art. 1º da LTE) e que estão internadas em Centros Educativos para que seja possível, “por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável” (art. 17º/1 da LTE).

Ora, também aqui, existe uma relação de pouca proximidade e de pouco afeto entre a criança e os funcionários do Centro Educativo. Criança que, por estar sujeita “a programas intensivos de aculturação ao sistema instituído” e por ter sofrido, caso se encontre em regime fechado (art. 4º/3 da LTE), “um corte radical com todos e tudo o que a rodeia”, é e está “mais frágil psicologicamente”²⁰⁶.

Todavia, quanto a estas crianças, a LTE determina que “é proibida a aplicação de medidas que se traduzam em tratamento cruel, desumano, degradante ou que possam comprometer a saúde física ou psíquica do menor” (art. 188º/1 da LTE), pelo que “a aplicação de medida disciplinar não pode, em caso algum, de maneira direta ou indireta, traduzir-se em castigos corporais” (art. 188º/2 da LTE). Só o art. 178º da LTE admite, em casos graves, o recurso à contenção física, desde que se limite “à utilização da força física para imobilização do menor” (art. 182º da LTE).

Destarte, relativamente a crianças internadas em Centros Educativos, a questão da aplicação de castigos físicos e psíquicos por parte de funcionários está sujeita ao regime previsto na LTE. Assim, o juízo acerca da legitimidade e adequação dos castigos dependerá do estabelecido na LTE relativamente às medidas disciplinares, sendo que estas deverão obedecer “aos princípios da adequação, da proporcionalidade e da oportunidade, tendo em conta, nomeadamente, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que a mesma foi praticada, a idade e a personalidade do menor e a exequibilidade da medida no mais curto período de tempo” (art. 198º da LTE).

²⁰⁶ MONTEIRO (2002:94)

Conclusão

A fronteira entre um castigo legítimo e uma conduta que consubstancia um comportamento abusivo e uma forma de maltrato contra as crianças, atentatória dos seus direitos e da sua dignidade, é muito ténue e de difícil delimitação.

Esta é uma questão complicada, já que “a problemática da defesa da criança é um dos exemplos significativos do paradigma da extrema complexidade e das profundas e rápidas mutações que caracterizam este tempo que nos coube viver”²⁰⁷. É obrigação “das várias gerações, competindo especialmente às mais recentes contribuir para a efetiva realização concreta dos princípios inerentes aos direitos humanos, no caso os da criança (...)”²⁰⁸.

Entendemos, contudo, que nem todos os castigos devem ser considerados proibidos. Não defendemos uma proibição total e absoluta da aplicação de castigos a crianças. Consideramos que existem castigos, que tendo em conta as circunstâncias e o contexto em que são aplicados, podem ser considerados legítimos.

Porém, para que hoje um castigo possa ser considerado admitido, é necessário que seja leve, proporcional e aplicado com finalidade educativa, sendo indispensável que “as circunstâncias do caso não apontem para uma violação da dignidade do menor”²⁰⁹. Importa, deste modo, que se proceda a um juízo de adequação, proporcionalidade e legitimidade assente em critérios rigorosos e cautelosos. A admissibilidade da aplicação de castigos cingir-se-á, assim, a casos muito limitados e cada vez mais raros, por ter que obedecer a uma série de exigências.

Relativamente às soluções que permitem afastar a incriminação de condutas castigadoras, podemos perceber que existem, essencialmente, duas doutrinas: uma que exclui a tipicidade da conduta, com fundamento na sua adequação social; e, outra, que pretende afastar a ilicitude, invocando uma causa de justificação que assenta no exercício de um direito, neste caso, no exercício do direito-dever de educação. Ambas conduzem à não incriminação do agente, atuando, todavia, em diferentes planos: uma no plano da tipicidade, outra no da ilicitude.

Aderimos à segunda posição, pois entendemos que, quando uma conduta possa ser considerada adequada socialmente e quando o juízo de adequação social nos

²⁰⁷ LEANDRO (2004:118)

²⁰⁸ *Idem*, 118

²⁰⁹ FARIA (2003:611)

remeta para a irrelevância da conduta, se deve, desde logo, excluir a sua tipicidade. Consideramos que “só depois de se analisar e concluir pela tipicidade da conduta é que tem sentido averiguar da eventual exclusão da ilicitude”, já que defendemos que “a averiguação da causa de justificação só tem sentido depois da conclusão de que a ação praticada é subsumível a um tipo legal de crime”²¹⁰. Sempre que as circunstâncias do caso concreto nos levem a crer que há “distância do sentido material da conduta face ao tipo”²¹¹, isto é, sempre que a aplicação do castigo deva ser considerada jurídico-penalmente irrelevante, porque adequada socialmente, deverá a conduta ser tida como “atípica e não simplesmente justificada”²¹².

Em relação à transmissibilidade da possibilidade de aplicação de castigos, concordamos com PAULA FARIA, pelo que, verificados os pressupostos necessários e dependendo das circunstâncias concretas do caso, alguns castigos aplicados por pessoas que participem na educação das crianças e em quem os pais confiam, como os avós, podem ser considerados adequados socialmente, devendo excluir-se a sua tipicidade²¹³. Contudo, embora admitamos esta possibilidade, entendemos não se poder equiparar a legitimidade dos pais, à legitimidade de outras pessoas que participem na educação das crianças, devendo a aplicação de castigos por parte destes estar sujeita a limites e pressupostos ainda mais apertados.

No que concerne à legitimidade das terceiras pessoas previstas no art. 1907º do CC, partilhamos a opinião de PAULA FARIA e de FIGUEIREDO DIAS, pelo que entendemos que não se deve equiparar a possibilidade de aplicação de castigos por parte dos pais e por estas pessoas²¹⁴. Defendemos que a aplicação de castigos terá que estar, aqui, devido à particularidade das crianças institucionalizadas, sujeita a uma moderação muito maior e dependente da verificação de pressupostos mais exigentes. Assim, em relação a crianças institucionalizadas, a aplicação de castigos só se deverá admitir “com extremas cautelas, que são impostas pela circunstância de não existir (...) a mesma relação afetiva e de proximidade que existirá entre pais e filhos”²¹⁵ e, ainda, devido às particularidades destas crianças que são, geralmente, mais frágeis e mais vulneráveis.

²¹⁰ TAIPA DE CARVALHO (2008:257)

²¹¹ FARIA (2005:72)

²¹² *Idem*, 611

²¹³ FARIA (2003:626)

²¹⁴ FARIA (2006:335) FIGUEIREDO DIAS (2011:508)

²¹⁵ FARIA (2012:321)

Relativamente a crianças internadas em Centros Educativos, a questão da aplicação de castigos físicos e psíquicos por parte de funcionários está sujeita ao regime previsto na LTE, pelo que o juízo acerca da legitimidade e adequação dos castigos dependerá do estabelecido relativamente às medidas disciplinares.

Como conclusão final, dir-se-á que a regra, quanto à aplicação de castigos a crianças, deverá ser a da ilegitimidade e inadmissibilidade, mas não defendemos, contudo, a sua proibição total e absoluta, já que, desde que o castigo seja orientado “pelo princípio de proteção do interesse do menor numa boa educação, e se respeitados os requisitos expostos supra”²¹⁶ poderá excluir-se a sua tipicidade, sendo de afastar a sua incriminação.

²¹⁶ MONTEIRO (2002:48 e 96)

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica editora, 2008;

AMARAL, Jorge Pais do, “*A Criança e os seus Direitos*”, in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Lúcio, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina, 2010;

BARROSO, Ricardo G., “*Da Punição Física ao Abuso Físico: Conceptualização e Consequências Práticas*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20, n.º 2, Coimbra: Coimbra editora, 2010;

BRANDERBURG, Olívia, VIEZZER, Ana Paula, WEBER, Lídia, “*O uso de palmadas e surras como prática educativa*”, in Revista Estudos de Psicologia, ano 9, n.º 2, 2004;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário do artigo 152º do Código Penal*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 2008;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário do artigo 152º do Código Penal*, in Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo I, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário do artigo 152ºA do Código Penal*, in Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo I, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

COELHO, Pereira, OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família, Volume I: Introdução. Direito Matrimonial*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;

DIAS, Cristina, “*A criança como sujeito de direitos e o poder de correção*”, in *Revista Julgar*, n.º 4, Janeiro-Abril, Coimbra: Coimbra editora, 2008;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição e reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;

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

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

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

FARIA, Paula Ribeiro de, “*Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art. 152º do Código Penal*”, *Comentário ao Acórdão do STJ de 05-04-06*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 2, Abril-Junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

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

FERNANDES, Plácido Conde, “*Violência Doméstica – Novo Quadro Penal e Processual Penal*”, in *Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial – Jornadas sobre a revisão do Código Penal), Coimbra: Almedina, 2008;

FERREIRA, Maria Elisabete, *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2005;

FREITAS, Pedro Miguel, “*Requiem pelo direito de correção? – Da (in)suficiência da criminalização da violência doméstica*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Coimbra: Almedina, 2012;

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português – Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, 18ª edição, Coimbra: Almedina, 2007;

LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado*, 3ª edição, 2º volume, Lisboa: Rei dos Livros, 2008;

LEANDRO, Armando Gomes, “*Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária*”, in AAVV, Temas de Direito de Família (Ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados), Coimbra: Almedina, 1986;

LEANDRO, Armando Gomes, “*A problemática da criança Maltratada em Portugal. Alguns Aspectos Jurídicos e Judiciários*”, in Revista do Ministério Público, ano 9º, n.º 35 e 36, Julho-Dezembro, Lisboa, 1988;

LEANDRO, Armando Gomes, “*Proteção dos Direitos da Criança em Portugal*”, in Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Direito das Crianças, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

MAGALHÃES, Ana Sofia Gonçalves, *A depressão na criança institucionalizada*, Tese de Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde, Universidade Fernando Pessoa, Janeiro de 2012;

MAGALHÃES, Teresa, “*A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*”, in Cuidar de Justiça de crianças e jovens – A função dos juizes sociais – Atas de Encontro, coordenação de Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003;

MAGALHÃES, Teresa, *Maus Tratos em Crianças e Jovens*, Coimbra: Quarteto Editora, 2005;

MAGALHÃES, Teresa, *Violência e Abuso. Respostas Simples para questões complexas*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010;

MAGALHÃES, Teresa, MALTA, Wilson, RIBEIRO, Cristina Silveira, “*O Castigo Físico de Crianças. Estudo de Revisão*”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 22, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011;

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

MARTINS, Rosa, VÍTOR, Paula Távora, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in *Revista Julgar*, n.º 10, Janeiro-Abril, Coimbra: Coimbra editora, 2010;

MONTEIRO, Filipe, *O direito de castigo ou o direito de os pais baterem nos filhos, Análise Jurídico Penal*, Braga: Livraria Minho, 2002;

OLIVEIRA, Guilherme, “*A Criança Maltratada*”, in *Temas de Direito da Família*, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

PESTANA, Catalina, “*Crianças Institucionalizadas – Parentes pobres da Investigação -*”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Lúcio, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina, 2010;

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

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “*“Existe um Poder de Correção dos Pais?”*”, *A propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-2006*”, in *Lex Familiaie – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 4, n.º 7, janeiro-junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 5ª edição revista, aumentada e atualizada, Coimbra: Almedina, 2011;

VERÍSSIMO, Lurdes, *Regras, Limites, Castigos e Recompensas: Quando e Como?*, in *Aprender a Educar. Guia para Pais e Educadores*, Vila Nova de Gaia: Fundação Manuel Leão, 2010;

Documentos online:

MARTIN, Daniel:

Young Children who are smacked “go on to be more successful”, 4 de Janeiro de 2010, in <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1240279/Children-smacked-young-likely-successful-study-finds.html>;

DIXON, Hayley:

Smacking does children no harm if they feel loved, Study claims, 18 de Abril de 2013, in <http://www.telegraph.co.uk/health/healthnews/10004517/Smacking-does-children-no-harm-if-they-feel-loved-study-claims.html>

Jurisprudência Consultada:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-04-06, Relator: João Bernardo, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29-01-03, Relator: Serafim Alexandre. In www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28-01-09, Relator: Jorge Raposo, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07-10-09, Relator: Mouraz Lopes, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26-10-04, Relator: António Pires Henriques da Graça, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15-01-07, Relator: Fernando Monterroso, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04-10-01, Relator: Cid Geraldo, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 17-06-09, Relator: Telo Lucas, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31-01-01, Relator: Costa Mortágua, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-11-07, Relator: Cravo Roxo, in www.dgsi.pt;