



UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



Inês Isabel Rodrigues Pinhal

ABUSOS SEXUAIS CONTRA  
MENORES E O EXERCÍCIO DAS  
RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências  
Jurídico Forenses, orientada pela Professora Doutora Ana Rita da Silva  
Samelo Alfaiate e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de  
Coimbra.

Janeiro de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



# ABUSOS SEXUAIS CONTRA MENORES E O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

## CHILD SEXUAL ABUSE AND PARENTAL RESPONSABILITIES

Inês Isabel Rodrigues Pinhal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de  
Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico Forenses.  
Sob orientação da Professora Doutora Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

Coimbra, 2019

## **Agradecimentos**

---

À Doutora Ana Rita Alfaiate pelo estímulo, apoio e compreensão, pois ainda que à distância, sempre esteve disponível e se fez presente.

Aos meus amigos, aos que conheço desde sempre e aos que a sorte me trouxe e que caminham a meu lado nas jornadas da vida, com quem partilhei todas as preocupações e angústias sentidas de forma especialmente intensa nesta fase.

Pelas palavras de encorajamento e por não me deixarem esquecer do que anseio alcançar.

Aos meus queridos pais, pelo amor, pelas asas do sonho, e por me terem ensinado que o caminho para o sucesso só se constrói com trabalho e dedicação. Por todos os projetos que deixaram em suspenso para que eu pudesse ser mais e melhor.

## Resumo

---

A presente investigação debruça-se sobre o abuso sexual de menores, objeto de vasta e contínua discussão. Em especial, trata dos casos em que o agressor não exerce responsabilidades parentais relativamente à vítima do crime, mas sobre outros sujeitos, também eles menores de idade.

Assim propugnamos uma análise que incida não só sobre os abusos sexuais de menores, mas também sobre o regime das responsabilidades parentais.

Considerando as finalidades do instituto das responsabilidades parentais e tomando como referência a proteção da autodeterminação sexual dos menores, pretendemos averiguar se o menor em convivência com o agressor que exerce responsabilidades parentais, se encontra numa situação de perigo.

Em busca de uma solução que garanta a proteção do supremo interesse das crianças, critério orientador de toda e qualquer atuação, e através de um juízo de adequação, consideramos a possibilidade de se aplicar ao caso em discussão, alguma(s) das medidas já previstas no âmbito da lei penal, da lei civil e, nomeadamente, no âmbito do processo tutelar cível.

**PALAVRAS-CHAVE:** abuso sexual de menores; responsabilidades parentais; interesse superior da criança; perigo

## **Abstract**

---

The present investigation focused on child sexual abuse which has been a very controversial issue. It will specifically deal with situations where the aggressor has not a parental relationship with his victims, but has his own underaged children.

Therefore, we advocate an analysis that focuses not only on child sexual abuse but also on the regime of parental responsibility.

Considering the purposes of the institute of parental responsibilities and taking as a reference the protection of sexual self-determination of minors, we intend to find out if the child when living together with an aggressor who has parental responsibilities, is in danger of suffering sexual abuse.

In search for a solution that ensures the child protection, using the child's best interest as a guiding criteria in all scenarios, and through a judgment of adequacy where it is needed, will also be considered the possibility to apply in the case at hand, some of the practices already contemplated in the penal law, and also regarding the civil tutelary process.

**KEYWORDS:** child sexual abuse; parental responsibility; child's "best interest"; danger

## **Listagem de Siglas**

---

Art. – Artigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CCiv – Código Civil

CP – Código Penal

CPC- Código do Processo Civil

CPCJ – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CEDC – Convenção Europeia dos Direitos da Crianças

DL – Decreto-lei

FRA – Fundamental Rights Agency

LPCJP – Lei Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

RGPTC – Regime geral do processo tutelar cível

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## Índice

---

Agradecimentos .....	3
Resumo .....	4
Abstract.....	5
Listagem de Siglas.....	6
Índice .....	7
Introdução.....	8
A família e o direito da família.....	10
Dos direitos das crianças .....	11
Responsabilidades Parentais.....	13
A Sexualidade Infantil e os Abusos Sexuais de Menores.....	15
Quanto à natureza do crime .....	17
Artigo 171º CP.....	17
Ato Sexual de Relevância .....	18
Artigo 172º CP.....	19
As penas acessórias .....	20
Problemas relativos à aplicação da pena acessória.....	22
A promoção dos direitos e a proteção da criança .....	26
Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo .....	27
Princípios orientadores .....	28
A situação de perigo .....	32
Elementos eventualmente conflitantes .....	38
Medidas de Promoção e Proteção.....	41
Regime Geral do Processo Tutelar Cível.....	42
Inibição total ou parcial e limitações ao exercício das responsabilidades parentais ..	43
Da Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais.....	45
Do direito de visitas.....	45
A abordagem multidisciplinar das questões em análise .....	47
Consequências dos abusos sexuais de menores.....	49
A justiça adaptada às crianças .....	50
Conclusão .....	54
Bibliografia.....	58
Jurisprudência.....	60

## Introdução

---

O estudo dos abusos sexuais de menores nos casos em que o agressor exerce responsabilidades parentais, mas não relativamente à vítima.

Cumpra analisar até que ponto as soluções previstas na lei poderão ser aplicadas às situações em que não tem lugar a prática da conduta típica e ilícita sobre o menor, sobre quem o agressor exerce as referidas responsabilidades parentais.

Essencial será provar a existência de uma situação de perigo para sustentar a necessidade de intervenção por parte do Estado e das entidades responsáveis pela proteção dos interesses dos menores em causa.

Porque o interesse superior da criança consiste num bem jurídico fundamental na nossa comunidade, sempre que aquele não esteja plenamente assegurado, é legítima a atuação de uma entidade alheia à família, sendo esta quem tem, em primeira linha o dever de assegurar o interesse superior da criança, grosso modo, o desenvolvimento integral e harmonioso daquela, criando-lhe todas as condições indispensáveis à sua efetivação.

A proteção do interesse superior da criança pode ser alcançada por diversas vias.

De acordo com as circunstâncias de cada caso concreto a intervenção poderá analisar-se ao nível da aplicação de uma medida de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens em perigo (Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, Lei nº147/99, de 1 de setembro) ao abrigo, ou não, do processo tutelar cível (Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei nº 141/2015, de 08 de setembro) e ao nível do processo-crime ( Código Penal, Lei nº 44/2018, de 9 de agosto).

Este é um tema em estreita conexão com o direito da família e com o direito penal, áreas férteis na procura de soluções ao caso que trazemos para análise.

A questão em análise não encontra tratamento doutrinário ou jurisprudencial e por isso é mister encontrar pontos de convergência com outras matérias que estão reguladas e previstas no nosso ordenamento jurídico, já que esta será a via utilizada para fundamentar as soluções que vislumbramos como mais justas e adequadas.

Sendo esta uma matéria intimamente ligada ao direito da família, não podemos ignorar a natureza deste ramo do direito, que apresenta especificidades que reclamam a constante comunicação com outras áreas do conhecimento científico e, como seria de esperar, com o contexto sociocultural no qual se desenvolve e concretiza.

Reforçamos a importância do papel do Estado e da Comunidade em geral na luta pela defesa das crianças e dos seus interesses, quando as pessoas a quem foram confiadas não são capazes ou não têm condições para, através do exercício das responsabilidades que lhe são conferidos pela lei, proporcionar o desenvolvimento integral e harmonioso do menor.

Não nos podemos confortar com soluções mais ou menos seguras, mas ou menos protetoras e mais ou menos atentas às necessidades das crianças, na medida em que estas são indivíduos especialmente dependentes do outro para a sua formação e desenvolvimento, sem suficiente autonomia para reagir às situações que lhes são prejudiciais e lesivas dos seus direitos.

E no contexto de abuso sexual contra menores praticados por quem tem a seu cargo responsabilidades parentais, há um grupo de indivíduos, os menores sobre quem o agressor exercer responsabilidades parentais e não são vítimas daquele crime, que de acordo com a sua tenra idade, marcada por especiais fragilidades e necessidades, carecem de atenção e proteção.

O objeto do nosso estudo reclama que se proceda a uma análise multidisciplinar das questões apreciadas, decorrente das características dos sujeitos que pretendemos defender, as crianças.

Enquanto ser-em-formação que são, devem ser tidas em conta as dimensões física, psíquica, comportamental e emocional, permeáveis entre si, e constitutivas do ser humano, para garantir a conformidade do tratamento jurídico das questões com as suas capacidades e limitações.

*“Sabemos bem que toda a obra tem de ser imperfeita,  
e que a menos segura das nossas contemplanções estéticas  
será a daquilo que escrevemos”*

Fernando Pessoa

## **A família e o direito da família**

---

A família em sentido jurídico é constituída pelos sujeitos que se encontrem ligados por algumas das fontes de relações jurídicas familiares expressa e taxativamente elencadas no artigo 1576º do código civil. A este âmbito jurídico corresponde um idêntico âmbito social, que encara a família enquanto comunidade particularmente propícia à realização pessoal das pessoas que a integram, sem que para tal necessite de ser concebida como uma identidade autónoma ou soberana, porque não é.

A família existe e é objeto de tutela jurídica na medida em que seja propícia à realização dos interesses e necessidades dos seus membros.<sup>1</sup>

E a família não é uma criação da sociedade, antes se apresenta como uma realidade pré-existente ao direito, já que é esta que segrega um certo tipo de sociedade e um certo tipo de direito<sup>2</sup>.

Com base nestas considerações podemos afirmar com certeza que o direito da família é um ramo especial do direito, tendo em conta os sujeitos e interesses que tutela.

É no contexto familiar que se constrói a ponto para o ser com os outros, através da solidariedade e da demonstração do amor, até porque o ser humano sendo um ser-em-relação<sup>3</sup> só se realiza no acolhimento do outro.

E por tudo o que acaba de se expor, as funções da família não podem ser substituídas por outras, já que em qualidade são vocacionadas para serem superiores às funções sociais, que nada mais serão se não um seu complemento, caso seja necessário.

Este é um ramo do direito que expressa a preocupação da sociedade com as questões que fazem parte do seu conteúdo, em concreto, a preocupação do Estado com as Crianças. Já que a estas é reconhecido o estatuto de sujeito de direitos, como referimos em ponto anterior.

---

<sup>1</sup> LUHMANN: “são funções da família enquanto sistema nuclear relativamente autónomo baseado na íntima afeição pessoal, a consolidação na criança de uma personalidade capaz de socializar e a serenidade dos componentes da família obtida no seu interior; os bens e interesses da família dever ser protegidos da intromissão de terceiros”.

<sup>2</sup> CAMPOS Diogo de Leite Campos; CAMPOS Mónica Martinez de Campos, “*A comunidade Familiar*” in “*Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*”; Coordenação de Guilherme de Oliveira; Imprensa da Universidade de Coimbra 2016;”.

<sup>3</sup> COSTA, José de Faria in “*Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*”, pp. 10 parágrafo 21.

Cumpra então saber o que é ser criança, para melhor compreendermos quais as especificidades deste grupo de sujeitos e assim percebemos de que forma o direito das crianças a estas se deve ajustar.

## **Dos direitos das crianças**

---

Numa perspetiva legal o artigo 1º da Convenção dos Direitos da Criança<sup>4</sup> estipula que criança é todo o ser humano até aos 18 anos de idade.

O nosso código civil define ainda a menoridade como o período compreendido entre o primeiro dia de vida de um sujeito até ao dia em que completa 18 anos<sup>5</sup>.

Consagrando um sistema de aquisição da menoridade de fixação normativa ainda que mitigado pela admissibilidade de espaços de autodeterminação de acordo com a maturidade, sendo este um conceito que importa esclarecer mais à frente.

Em termos mais precisos, a criança é uma pessoa humana, um ser autónomo e completo e o facto de ser diferente não lhe reduz a autonomia jurídica. O conceito cada vez mais densificado de interesse da criança impõe que lhes sejam reconhecidos direitos, nomeadamente a ter uma boa qualidade de infância.

Em bom rigor a noção de criança não passa de uma construção social e como tal está dependente da época e contexto sociocultural, mas deve ser construída de acordo com os interesses das crianças.

Veja-se que somente no século XX<sup>6</sup> é que a criança foi reconhecida enquanto sujeito titular de direitos. Um processo que envolveu necessariamente alteração quanto à configuração das responsabilidades parentais, que passaram a ser regulados no plano jurídico e delimitados, e do próprio poder do Estado, cuja intervenção passou a ser juridicamente conformada.

---

<sup>4</sup> Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990

<sup>5</sup> Cfr. Artigo 122º Código Civil (Lei nº64/2018, de 29/10).

<sup>6</sup> Decreto-Lei de 27 de maio de 1911, que aprovou a Lei de Proteção à Infância, que viria mais tarde a dar origem aos atuais Tribunais de Família e Menores.

Porque à criança é reconhecido um estatuto de sujeito de direitos, esta passa a ser concebida como indivíduo pertencente a uma sociedade, com uma perspectiva sobre a realidade que a rodeia e é sobre esta visão que devem ser perspectivados os assuntos no âmbito do direito da família.

À criação “ex novo” de um direito próprio da Criança exige-se o direito à proteção exige-se no momento em que deixa de viver em consonância com esses direitos. Já que estes sustentam o seu desenvolvimento harmonioso, num ambiente familiar afetivo, educativo e responsável, para que aquela criança se possa tornar num cidadão completo e capaz de atingir o objetivo de qualquer ser humano: a felicidade.<sup>7</sup>

A ordem jurídica tem entendido que nesta fase da vida as pessoas carecem de uma proteção mais intensa, dada a sua situação de fragilidade e dependência, cujo grau está associado à sua idade. As crianças enquanto ser-em-desenvolvimento cujas estruturas psíquicas e emocionais não estão completamente formadas, vêm a sua autonomia limitada, apenas na medida da proteção dos seus interesses, até porque o princípio-regra é da capacidade natural dos menores, de acordo com as suas faculdades físicas, intelectuais e volitivas que lhes permitem praticar atos jurídicos expressivos da sua personalidade e sensibilidade, e nestes moldes compreende-se a assunção de obrigações especiais por parte do Estado e da sociedade, como resulta desde logo do artigo 67º/1 da CRP.

A consagração constitucional dos direitos das crianças implica que sejam considerados enquanto realidades jurídicas, que valem enquanto garantias jurídicas e vinculam, necessariamente, todos os poderes públicos, daí que disponham de mecanismos de tutela.

E porque a criança está inserida numa multiplicidade de contextos convém considerarmos os sistemas autónomos e altamente complexos chamados à colação. Desde a cultura, a política, a escola, a família, o contexto social mais íntimo, os valores individualmente absorvidos até à pessoa da criança, na sua vertente biológica, surgem problemas e respostas diversos, que devem ser objeto de uma abordagem e tratamento integrado.

---

<sup>7</sup> CEJ, “*Jornadas de Direito da Família, As novas leis: desafios e respostas*” Jorge Duarte, Procurador da República e Coordenador de Estágios do M. P. Zona Norte, pp. 89 e seguintes.

Porque o direito das crianças desenvolve-se numa zona de interpenetração entre direito e sociologia e direito e psicologia e, portanto, um ramo em formação e só uma intervenção de conjunto pode ser bem-sucedida.

Resulta do que acaba de se expor que direito das crianças ainda que especialmente regulado no direito da família invade o direito constitucional, os direitos humanos, o direito penal, o direito da medicina, sendo a compreensão de tais especificidades a razão para o tratamento dos assuntos da criança voltada para os seus interesses.

## **Responsabilidades Parentais**

---

Instituto jurídico previsto e regulado nos termos dos artigos 1877º e seguintes do Código Civil e assumindo que são exercidas pelos progenitores, a relação que se estabelece entre pais e filhos é caracterizada por uma posição de igual dignidade. Os pais assumem responsabilidades, deveres de cuidado e de educação e de representação, no respeito pelas capacidades e limitações da criança.

A função jurídica das responsabilidades parentais reconduz-se essencialmente ao suprimento da incapacidade dos filhos menores, na medida em que é comum o entendimento de que são os pais aqueles que estão em melhor posição para orientar e educar a criança. A relação pais-filho há-de ser caracterizada pela compreensão e interdependência de modo a harmonizar os interesses dos pais e dos filhos, como previsto no artigo 1874º Código Civil.

Retiramos do exposto que as responsabilidades parentais têm uma vertente interna que respeita à função educativa e, por outro lado, porque está presente uma ideia de compromisso diário dos pais para com os filhos e na medida e os direitos familiares<sup>8</sup> são exercidos no sentido da promoção do desenvolvimento e da satisfação das necessidades da criança, a vertente externa traduzida num poder funcionalizado.

---

<sup>8</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara in *“Regulação do exercício das Responsabilidades Parentais”*; 2014; 6ª edição Revista, Aumentada e Atualizada, Almedina *“(…) o direito á saúde, à higiene, à educação (…)”*

A família enquanto elemento fundamental da sociedade é alvo de proteção Estadual com vista à realização pessoal dos seus membros. As crianças que integram a realidade familiar assumem o estatuto de sujeitos, a quem são reconhecidos direitos, como o direito ao integral desenvolvimento nas suas diferentes componentes; o direito à filiação, à verdade biológica, as respeito pelas suas ligações psicológicas profundas e pela continuidade das relações gratificantes, sendo estes critérios orientadores da atuação daqueles que por elas são responsáveis.

No nosso ordenamento jurídico vigora um princípio geral de proteção da criança e do dever de discriminação positiva da criança em situações hostis. E no exercício das tarefas de interpretação e integração de lacunas, em caso de pluralidade de sentidos resultante, deve dar-se primazia ao consagrado no artigo 69º da CRP.

As responsabilidades parentais englobam um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que são exercidas de forma vinculada, no sentido da promoção e proteção dos interesses dos menores. E a atuação dos sujeitos que exercem as referidas responsabilidades está, portanto, funcionalizada, na medida em que as faculdades e poderes são-lhes atribuídos para que se cumpram os deveres associados.

Do conjunto destacamos o dever de proporcionar formação geral e profissional, de promover o desenvolvimento psíquico dos filhos, de promover o sustento e assumir as despesas com a saúde, educação e segurança e o de tomar em consideração a opinião dos filhos nos assuntos pessoais e reconhecer-lhes autonomia na organização da sua própria vida, de acordo com a sua maturidade.<sup>9</sup>

O valor do cuidado é intrínseco ao âmbito do direito da família, até porque deste depende a sobrevivência humana. Neste sentido, foi introduzida pela Lei nº 61/2008 de 31-10 a alteração de “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, que exprime a relevância da relação social e jurídica de cuidado, sobre a função meramente jurídica, de representação, atribuída tradicionalmente a este instituto que serve precisamente para suprir a incapacidade de exercício dos menores.

---

<sup>9</sup> SOTTOMAYOR, Clara in *“Regulação do Exercício das Responsabilidades”*; Noção das Responsabilidades Parentais – “Todos os Direitos e deveres relacionados com a pessoa e/ou bens dos filhos”.

É de realçar a importância crescente da afetividade para o desenvolvimento harmonioso da criança. Pois ainda que o modelo de educação seja essencialmente protecionista, a realidade demonstra que é o equilíbrio entre a sua autonomia e proteção que deve ser prosseguido.

Sendo este o binómio que garante que aquela criança vá construindo as estruturas cognitivas e as bases na aprendizagem de papéis sociais que terá de desempenhar na sociedade, de modo ativo, a partir do momento em que atingir a maioridade.

## **A Sexualidade Infantil e os Abusos Sexuais de Menores**

O crime de abusos sexuais configura uma forma de maus-tratos infantis e, nessa medida será conveniente o afloramento de questões associadas à sexualidade infantil, para o conhecimento das manifestações e dos comportamentos sexuais das crianças.

Temos, para nós, que esta será a via indicada para delimitar a sexualidade infantil normal e afastar a eventual confusão com a ocorrência de abusos sexuais.

Partindo do contributo de outras áreas do conhecimento, que defendemos ser preponderante quando se pretenda tomar decisões que afetem a vida das crianças, compreendemos que a sexualidade humana tem forte componente biológica e que todo o nosso psiquismo e organização sociocultural são sexuados. Componente à qual se associa inevitavelmente a experiência e a história afetiva da pessoa.

Assente está que as manifestações da sexualidade são necessariamente distintas consoante as fases da vida humana e, por isso, entendemos e concebemos a sexualidade infantil como realidade distinta da sexualidade adulta. E porque da atividade sexual infantil não podem resultar danos para o seu integral e saudável desenvolvimento, o adulto deve impor o limite da relação.

Desde logo deve conceber as manifestações da sexualidade na infância como naturais e jamais podem instrumentalizá-las para a sua própria satisfação sexual. Caso contrário estaremos perante a prática de um crime contra a autodeterminação e liberdade sexual dos menores, que será objeto de maior desenvolvimento em ponto posterior desta investigação.

Da noção de abuso decorre a ideia de aproveitamento ilegítimo de uma posição de superioridade para a obtenção de determinado objetivo que, de outra forma, não seria possível alcançar. Identificamos, sem demora, os elementos caracterizadores do tipo de ilícito, o objetivo que se traduz na posição de superioridade e o subjetivo projetado no aproveitamento ilegítimo.<sup>10</sup>

A realidade social demonstra que o abuso sexual de crianças não é um fenómeno excecional e patológico.<sup>11</sup>

O sujeito agressor deixou-se influenciar por contramotivos ético-jurídicos e sociais e ao reiterar este comportamento denota insensibilidade face ao respeito que a vítima lhe devia merecer, no entanto, estudos realizados por diferentes áreas do conhecimento científico demonstram que não é possível traçar um perfil psicológico e/ou sociológico do agressor.<sup>12</sup>

São evidentes os danos psíquicos sofridos pela vítima dos abusos sexuais<sup>13</sup>, que podem ir desde a dissociação da personalidade até à sensação de insegurança, configurando o lar e o próprio corpo como fontes de perigo.

Os efeitos desencadeados pelos abusos sexuais traduzem-se essencialmente em entraves ao desenvolvimento e bem-estar do menor.

Trata-se de um crime que, pelos bens e interesses que fere, causa alarme e repugnância social. Por isso, origina fortes necessidades de prevenção, nomeadamente de prevenção geral. O objetivo da intervenção estatal é restabelecer a validade da norma afetada pela prática do crime e assegurar a proteção das personalidades em desenvolvimento.

---

<sup>10</sup> CAMPOS, André. *O abuso sexual de crianças no código penal: Críticas e Sugestões*; Minerva Coimbra, 2012.

<sup>11</sup> SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de Direitos das Crianças* - “Uma em cada quatro crianças do sexo feminino e um em cada sete do sexo masculino são vítimas de abusos sexuais”.

<sup>12</sup> Acórdão STJ 9/01/2008 “VI- É portador de qualidades desvaliosas que refrangem ao nível da sua personalidade mais de que uma solicitação provinda do exterior..., diminuindo-lhe a culpa..., pois que os atos, de tão frequentes, colhem explicação numa tendência endógena da sua personalidade.

<sup>13</sup> SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de Direito das Crianças* – “Os casos de violência doméstica – as crianças que assistem às agressões são crianças em perigo (...) porque estão sujeitas a um ambiente abusivo e hostil ao seu desenvolvimento saudável.”

Relativamente à gravidade dos efeitos produzidos, a curto e a longo prazo pelo facto esta varia em função da idade, personalidade e natureza da agressão. Ainda que o abuso sexual sempre se traduza numa experiência dolorosa e traumática, marcada pelo medo da revelação dos factos, este quadro emocional agrava-se quando entre agressor e vítima exista uma forte vinculação, sustentada numa relação de confiança, como nos casos de abusos intrafamiliares. Já que o mesmo sujeito reúne as qualidades de agressor e protetor, o que gera sentimentos dissonantes e ainda mais confusos na criança.

A investigação científica tem demonstrado que os maus tratos psíquicos infligidos à criança podem ser mais gravosos do que a agressão direta sobre si.<sup>14</sup>

Em causa estão os designados efeitos indiretos da prática do crime, cuja ocorrência depende do padrão comportamental apresentado pelo progenitor na relação com os filhos, menores.

## **Quanto à natureza do crime**

---

Porque o legislador estabelece uma presunção inilidível de perigo para o desenvolvimento global do menor decorrente da prática de atos sexuais, tipificou o crime de abuso sexual de crianças como um crime de perigo abstrato e, para a sua punição, basta a verificação de qualquer umas das condutas tipificadas no tipo de ilícito, fundamentada no potencial de perigo que estas representam para o bem jurídico tutelado.

## **Artigo 171º CP**

---

O atual artigo 171º do CP (Lei nº 44/2018 de 09 de agosto), tem como sujeito-alvo da tutela que confere, as crianças menores de 14 anos.

Com a incriminação pretende proteger a autodeterminação sexual dos menores, enquanto bem jurídico de reconhecida essencialidade para toda a comunidade, daí que caiba no âmbito do direito penal.

---

<sup>14</sup> SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de direito das crianças*. “4. Acusações de abuso sexual e incumprimento de visitas”.

Neste domínio punem-se as condutas de natureza sexual que, em consideração à tenra idade da vítima, podem prejudicar grave e irremediavelmente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em especial no respeitante à sua esfera sexual.

Porque a lei considera a proteção deste bem de tal forma relevante, coloca as condutas lesivas ou que sejam suscetíveis de o pôr em perigo, sob ameaça de pena.

Quanto à noção de perigo para o bem jurídico serão desenvolvidas as considerações pertinentes em ponto posterior.<sup>15</sup>

## **Ato Sexual de Relevo**

---

Elemento típico da incriminação, que suscita diferentes interpretações já que se trata de um conceito indeterminado. Ainda que se entenda que a maior precisão legal seria aconselhável, não podemos entender que no conceito caibam quaisquer atos porque, como sabemos e já tivemos oportunidade de referir, o direito de penal enquanto direito de *ultima ratio* trata de intervenção em situações cobertas por uma certa gravidade.

E no seguimento do entendimento de Manuel de Oliveira Leal Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos “a eficácia da função de garantia da lei penal depende essencialmente (...) da técnica legislativa utilizada, já que o grau de vinculação do juiz à lei se determina pelo grau de exatidão com que a vontade comum se consegue exprimir nela, e por isso as leis penais devem ser redigidas com a maior clareza possível (...)”.

Na tentativa de facilitar a tarefa interpretativa e evitar que esta não corresponda à vontade geral da comunidade socorremo-nos das definições propostas por alguns autores, por Sénio Alves: “Ato sexual de relevo é todo o comportamento destinado à libertação e satisfação de impulsos sexuais que ofenda em grau elevado o sentimento de vergonha comum à generalidade das pessoas”. E o foco desta noção reside no sentimento geral da comunidade.

---

<sup>15</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANTUNES Maria João. Abusos Sexuais, Crimes contra a Autodeterminação Sexual, in “*Comentário Conimbricense ao Código Penal*”.

Para o Doutor Figueiredo Dias ficam afastados os “atos que pela sua quantidade e ocasionalidade ou instantaneidade não representem entrave para a liberdade e determinação da vítima estão excluídos do âmbito de proteção da norma”.<sup>16</sup>

Não obstante a discussão em torno do conceito, são pacificamente aceites pela comunidade em geral, como atos sexuais de relevo, a cópula, a penetração peniana, o coito oral, atos de masturbação, beijos em zonas erógenas.

Quanto aos atos e comportamentos que se inserem na “área cinzenta” do conceito é crucial a sua contextualização, tomando em consideração as características individuais do menor contra quem aqueles atos foram praticados, já que a sua personalidade, estágio de desenvolvimento físico e psíquico podem propugnar diferentes soluções.

## **Artigo 172º CP**

---

No artigo 172º do Código Penal estão previstos os casos de abusos sexuais a menores dependentes, sujeitos com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos e o livre desenvolvimento da personalidade do menor, nomeadamente quanto à sua esfera sexual, é o bem jurídico que se pretende tutelar, já que está carecido de uma proteção particular do agente. E a relação de dependência pode até favorecer a atuação do agente, nomeadamente, ao restringir a iniciativa para denunciar os factos.

Nestas hipóteses estão abrangidos os progenitores no exercício das responsabilidades parentais, por isso incluído o objeto do nosso estudo, com as subtilezas já evidenciadas.

Além da penal principal de prisão que o código penal propõe para estes crimes (artigo 171º e 172º CP) encontramos ainda penas acessórias. Com especial relevância a prevista no artigo 69º-C (aditado pela Lei nº 103/2015, de 24 de Agosto) referente à “Proibição de Confiança de menores e Inibição do Exercício das Responsabilidades Parentais”.

---

<sup>16</sup> *Ex vi* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21-06-2006 conforme a jurisprudência dominante recorre a um conceito amplo de ato sexual de relevo – “Atos praticados pelo arguido são atos sexuais pelo modo, locais e forma como foram realizados e segundo a manifesta intenção e objetivo do arguido, na obtenção de satisfação libidinosa.”.

## **As penas acessórias**

---

Surgem como consequência jurídica de um grupo restrito de factos penalmente relevantes e estão formalmente dependentes destes, na medida em que não há lugar à aplicação de uma pena acessória se não couber ao caso a aplicação de uma pena principal.

No que respeita ao conteúdo das penas acessórias são aplicadas sempre que ao condenado seja dirigido uma especial censura pelos factos por si praticados, tendo em conta as circunstâncias do caso. A culpa do agente e as exigências preventivas são elementos essenciais no momento da aplicação das penas acessórias.

Relembrando que as finalidades das penas são de índole preventiva, como resulta do artigo 40º/1 do CP<sup>17</sup>, as de prevenção geral, como maior relevo no nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez associada à consolidação da confiança da comunidade na validade da norma violada e que foi afetada com a prática do crime, e em finalidades de prevenção especial, associadas à reintegração do agente na sociedade, com o intento de evitar a sua reincidência no mundo do crime.

Quando nos confrontamos com o preenchimento de um determinado tipo de ilícito, encontramos na correspondente condenação uma mensagem cujo conteúdo manifesta a intolerância do ordenamento jurídico face àquela concreta conduta, devendo a comunidade em geral, enquanto destinatário da “palavra”, abster-se da prática de tais atos.

O direito penal enquanto ramo do direito público tutela bens jurídicos fundamentais para toda a comunidade e, portanto, a ofensa penal traduz-se numa ofensa a toda a comunidade. O nosso ordenamento jurídico assenta no princípio da corrigibilidade do delinquente, apontando para as finalidades de prevenção especial positiva, como mecanismo de o reintegrar e o educar para o mundo do direito.

---

<sup>17</sup> COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. As finalidades de retribuição da pena.

Mas, pela complexidade das motivações inerentes à prática do crime e pela existência de padrões de conduta interiorizados pelo agressor, que não desaparecem por mero efeito do cumprimento da pena<sup>18</sup>, acresce a necessidade de se desenvolverem estratégias destinadas a fomentar a adesão interior do agressor a uma nova forma de perceber a sua relação com a criança e o seu papel como educador.

As penas acessórias visam então a tutela dos interesses da vítima, mormente, das crianças enquanto seres naturalmente vulneráveis. Nomeadamente quando estamos perante a prática de atos que atingem bens eminentemente pessoais, como é a autodeterminação e a liberdade sexual das crianças.

No caso em estudo, em que o agressor exerce responsabilidades parentais sobre as crianças que não foram vítimas dos abusos, cumpre indagar se é justificável à luz da proteção do superior interesse daquela criança a aplicação de uma pena acessória, para além da pena principal no qual seja condenado pela prática do crime de abuso sexual de menores

Tomamos como ponto de partida do nosso raciocínio o interesse superior da criança que, por se tratar de um conceito indeterminado, é suscetível a diferentes interpretações. Não obstante, podemos encontrar elementos que nos auxiliam na sua concretização, elementos esses que, independentemente das circunstâncias do caso concreto, não podem deixar de ser considerados.

Desde logo, não pode ser ignorado o vínculo estabelecido entre progenitor e filho, assumindo que as responsabilidades parentais foram atribuídas aos progenitores, e o interesse da criança na continuidade das relações afetivas com o progenitor, já que, à partida, são indispensáveis ao seu equilíbrio e desenvolvimento saudável. Sem olvidar o interesse na proteção da integridade física e psíquica da criança.

No seguimento deste raciocínio, e para o caso em estudo, é da máxima importância afirmar a existência de uma situação de perigo para os interesses das crianças sobre quem o agressor exerce responsabilidades parentais, perigo decorrente da convivência e relação estabelecida entre o progenitor e a criança.

---

<sup>18</sup> FERREIRA, Maria Elisabete. *As penas aplicáveis aos pais no âmbito crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança*. “No âmbito da violência doméstica, chegou-se à conclusão de que a ressocialização do agressor se deve em maior medida aos efeitos das penas acessórias do que da pena principal (...)”. pp 6 e 7:“

No essencial, teremos de apurar se existem motivos sérios e fundados para duvidar das capacidades e competências do agressor para exercer eficazmente as referidas responsabilidades.

A concluir pela existência de uma situação de perigo e porque não resulta da lei qualquer efeito da pena principal na qual o sujeito agressor tenha sido condenado, sobre a situação das crianças relativamente a quem o sujeito exerce as responsabilidades parentais, reclama-se a intervenção das entidades com competência para atuar neste âmbito, já que a ausência de previsão legal quanto a estas situações não se compadece com a prossecução dos interesses destas crianças, inseridas num contexto de perigo.

Para os devidos efeitos, compete ao Estado, mesmo que a título subsidiário, intervir no âmbito da proteção das crianças, intrometendo-se no contexto familiar sempre que haja suspeita de que as finalidades de proteção e promoção do desenvolvimento saudável da criança, inerentes ao instituto das responsabilidades parentais, não possam ser prosseguidas por quem foi reconhecida legitimidade para o seu exercício.

### **Problemas relativos à aplicação da pena acessória**

A pena acessória prevista no artigo 69º- C do código penal<sup>19</sup> merece especial tratamento uma vez que incide e interfere com o exercício das responsabilidades parentais, aspeto relevante no âmbito da presente investigação.

A inserção sistemática do preceito na parte geral do Código Penal consistiu, para alguns autores, uma “quebra sistemática censurável e injustificada”, já que o seu lugar deveria ser na parte especial do diploma, na medida em que pressupõe condenação pela prática de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.<sup>20</sup>

Quanto à formulação das várias alíneas do artigo 69º-C notamos algumas diferenças, como a utilização da expressão “pode ser condenado” na alínea a) e “é condenado” nas alíneas b) e c). Sugerindo que a vontade do legislador foi no sentido de atribuir automaticidade à proibição de confiança de menores e à inibição do exercício das responsabilidades parentais.

---

<sup>19</sup> Disposição aditada pela Lei nº 103/2015.

<sup>20</sup> ANTUNES, Maria João. *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª edição, novembro de 2015, Coimbra Editora, pp. 39.

O que não é admissível à luz do artigo 30º, nº4 da CRP, para além de contrariar o movimento de luta contra o efeito estigmatizante das penas.<sup>21</sup>

Analizamos em concreto as alíneas b) e c) que reputamos serem aplicáveis ao nosso caso e, recuperando a expressão utilizada pelo legislador penal “é condenado”, facilmente concluímos que fica afastada a possibilidade de ser levado a cabo um juízo de adequação quanto à aplicação da pena acessória. É assim porque o juiz está vinculado à lei e sempre que estivermos perante a prática de algum dos crimes constantes da previsão normativa, ele terá necessariamente de condenar também no cumprimento da pena acessória.

Não obstante as críticas dirigidas ao preceituado no artigo 69º-C a prática jurídica deve contar com a sua aplicação já que está legalmente previsto.

Da análise no disposto no nº2 do art.69º-C resultam como requisitos únicos para a sua aplicação, a punição pela prática de um dos crimes previstos nos artigos 163º a 176º-A e a menoridade da vítima. Do texto legal parece não resultar entrave a que a proibição de assumir a confiança do menor seja também aplicável aos casos em que o menor, não tenha sido vítima dos crimes objeto de análise, e, desta feita, abrange as situações que propomos tratar.

O nº3, na parte atinente à inibição do exercício das responsabilidades parentais, refere-se aos casos de abusos sexuais intrafamiliares, que não constituem objeto do nosso estudo, previamente identificado e delimitado. Para defender a aplicação desta pena acessória ao nosso caso, teremos de recorrer à interpretação extensiva do preceito, tendo como base a ratio que lhe subjaz e, neste sentido, levar a cabo certas considerações quanto ao problema da analogia em direito penal.<sup>22</sup>

No âmbito do direito penal o legislador prescreve como regra a proibição da analogia. E, não obstante as considerações sobre a distinção entre interpretação e analogia, acompanhados o entendimento do Doutor José de Faria Costa quando afirma que a interpretação jamais deverá estar limitada ao texto, ainda que axiologicamente circunscrita, desde logo pela área normativa em que atuamos.

---

<sup>21</sup> ANTUNES, Maria João. *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª edição, novembro de 2015, Coimbra Editora, pp.40.

<sup>22</sup> COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. pp. 132-138.

Uma vez inseridos no âmbito do direito penal, tendo em conta a sua natureza e princípios estruturantes, a solução não poderia ser outra que não a rejeição da analogia na medida em que ordenamento jurídico-penal exerce função de garantia do tipo legal de crime e é neste sentido que a proibição deve ser atendida. No fundo, o aqui se proíbe é a criação de novos tipos legais de crime com recurso à analogia, cumprindo desta forma os desígnios do princípio da legalidade (“*nullum crimen sine lege*”), de acordo com o qual só ao legislador cabe a desenhar o programa político criminal.

Partimos do princípio que o texto legal será em regra suficientemente claro e suscetível de ser compreendido pelo seu destinatário, mas uma vez diagnosticado um problema de interpretação devemos procurar pelos valores, que são partilhados pela comunidade em geral, e que estão presentes numa determinada previsão legal.

Quanto ao artigo 69º-C partindo dos elementos textuais e atendendo, aos valores que visa tutelar, nomeadamente à atribuição da confiança do menor ao sujeito que detenha capacidades para promover a sua formação e desenvolvimento, concluímos que seja de aplicar às situações objeto do nosso estudo, já que, também nestes casos, pretendemos assegurar que o menor seja inserido num ambiente de segurança e estabilidade.

A intenção do legislador ao introduzir o preceito na parte geral do código poderá ter sido a de admitir que a pena acessória fosse aplicável a outras situações, também elas relacionadas com o crime de abuso sexual de menores e dele estruturalmente dependente, mas que não se reconduzissem, em exclusivo, aos casos de abusos sexuais intrafamiliares, como aquelas que nos propomos tratar.

A nosso ver, ultrapassado o problema da inserção sistemática do preceito, o carácter automático da pena acessória poderia ser afastado, na medida em que se comprovasse que o juiz atendeu às circunstâncias e especificidades do caso concreto, não fosse a utilização, infeliz de acordo com o nosso entendimento, da expressão “É Condenado(...)” na hipótese do artigo 69º-C, nº2, em vez de “Poder ser condenado(...)” como consta do nº 1 do mesmo preceito legal.

Por outro lado, a proibição dos efeitos automáticos tem que ver com a proteção das garantias do arguido, destinada a afastar a produção de efeitos estigmatizantes decorrentes da condenação daquele e consequente aplicação de uma pena.

Mas estando em confronto as garantias do arguido e a proteção da confiança e salvaguarda dos interesses do menor, facilmente se compreende que as primeiras caiam perante a defesa e tutela constitucional concedida à criança e aos seus interesses e que, nessa medida, seja aplicada uma pena acessória.

No entanto, atendendo à natureza, às finalidades e ao regime jurídico das penas acessórias, entendemos que, na maioria dos casos que constituem objeto do presente estudo, a sua aplicação não é suscetível de acautelar os interesses da criança na sua totalidade.

Porque se trata de uma pena, ainda que formalmente dependente da aplicação da pena principal, uma vez decretada não poderá ser extinta/levantada. E uma vez que não admite reapreciação no decurso da sua execução, não atenderá à evolução do progenitor condenado pela prática do crime de abuso sexual de menores.

No limite, com a aplicação da pena acessória, podemos privar a criança do convívio com o progenitor e do contributo positivo que este possa trazer ao seu bem-estar e desenvolvimento.<sup>23</sup>

De acordo com o superior interesse da criança, a separação entre pais e filhos e dos pais só poderá ocorrer quando aqueles não cumpram com os seus deveres face aos seus filhos. A decisão de afastamento será necessariamente tomada por um juiz e a medida não poderá subsistir quando cessar a causa que a determinou.

Em face do que acaba de ser exposto concluímos que a solução mais viável parece ser aquela que prevê a combinação entre a condenação na pena principal, prevista no código penal e decorrente da prática de um crime de abuso sexual de menores e o desencadeamento de um processo de natureza cível, que de acordo com certas aspetos do seu regime, será mais vantajoso e eficaz para a tutela dos interesses das crianças.

Ao aplicarmos o regime do código penal a inibição das responsabilidades parentais, porque é configurada pelo ordenamento como pena acessória, terá de ser cumprida na totalidade e não poderá ser “levantada” mas, se acionarmos um processo de natureza cível referente ao exercício das responsabilidades parentais existirá maior margem de ponderação, nomeadamente entre a manutenção da medida limitativa do exercício das responsabilidades parentais e o interesse do menor na retoma dos contactos com o progenitor inibido, *cf.* artigo 1916º do Código Civil, artigo 62º LPCJP e artigo 59º RGPTC.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> FERREIRA, Maria Elisabete. *As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança* – “Em bom rigor, o não levantamento da medida após a cessação dos factos que estiveram na sua origem poderá suscitar uma questão de inconstitucionalidade por violação do artigo 36º nº 5 e 6 CRP; JULGAR Online, março de 2018.

<sup>24</sup> FERREIRA, Maria Elisabete. *As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança*; JULGAR Online, março de 2018.

Por todas as dificuldades evidenciadas e para assegurar a defesa efetiva dos direitos dos sujeitos em questão e relativamente aos quais a ordem jurídica não pode ficar indiferente perante a probabilidade de serem ofendidos, o direito penal não pode, nem deve atuar sozinho e, em paralelo, deverá ser acionada a intervenção noutras frentes, desde logo ao nível dos processos de promoção e proteção, sempre que exista uma situação de risco atual e justificada para os interesses daquela criança.

## **A promoção dos direitos e a proteção da criança**

O foco do exercício das responsabilidades parentais, como tantas vezes referido, reside na proteção da criança, desde logo pela sua condição de maior fragilidade e de maior dependência dos cuidados dos outros.

A proteção das crianças pode ocorrer de muitas e diversas formas, mas parte sempre de uma norma de direito em sentido objetivo, como o instituto das responsabilidades parentais ou o regime das medidas tutelares cíveis.

Os meios de proteção eleitos são o da imposição de deveres e o que é conferido pelos pais. Que se revelam úteis na medida em que, atuando à priori, constituem critério orientador do legislador e do Estado na averiguação de situações em que é necessário tomar medidas destinadas à proteção das crianças que se encontrem numa situação de perigo objetivo, ainda que não materialmente existente.

Mas a partir do momento em que não podem, não sabem ou não querem cumprir com os seus deveres parentais, os pais não podem reclamar direitos sobre as crianças porque a sua atuação põe em causa os interesses daquelas.

Nos processos de promoção e proteção os direitos dos pais devem ser tidos em atenção, mas os que devem prevalecer são os direitos e interesses das crianças.

Temos assim que, a seguir à sinalização deverá, de imediato, ser efetuado o diagnóstico de forma a convocar uma intervenção adequada. E, neste sentido, convocando técnicos de diversas áreas, pois, por via de regra, existem fatores de risco de génese distinta.

Cumpra, sem demora, fazermos o enquadramento legal das questões atinentes à promoção e proteção das crianças e jovens em perigo, referimo-nos à Lei de Proteção de Jovens e Crianças em Perigo e ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível, doravante designados de LPCJP<sup>25</sup> e RGPTC, respetivamente.

## **Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo**

---

As medidas de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens em perigo, previstas na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, doravante designada de LPCJP, visam afastar o perigo em que estes se encontram e proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e integral desenvolvimento.

A primeira linha de intervenção competirá às “entidades com competência em matéria da infância e juventude”.<sup>26</sup> Sublinhamos que estas entidades não podem aplicar medidas de promoção e proteção, que são da competência da comissão de proteção ou do tribunal, mas devem executar os atos materiais inerentes àquelas.

Em segunda linha de intervêm as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, que são instituições oficiais não judiciárias, dotadas de autonomia funcional, com uma composição pluridisciplinar e pluri-institucional, cabendo-lhes deliberar com imparcialidade e independência<sup>27</sup> Finalmente, e caso não seja possível ou exequível a intervenção das entidades com competência em matéria da infância e juventude, ou das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, tem lugar a intervenção judicial no âmbito da qual o Ministério Público assume um papel preponderante.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pelas Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, e Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro: Entrou em vigor dia 1 de Outubro de 2015.

<sup>26</sup> Cfr. Art. 5.º, alínea d) LPCJP.

<sup>27</sup> Revista do CEJ; Ordem dos Advogados do Conselho Regional de Lisboa, Jornadas de Direito da Família, “As novas leis: desafios e respostas”. Cfr. com os artigos 12.º a 33.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>28</sup> Cfr. art.11º nº1 e 2 LPCJP

## Princípios orientadores

---

O processo especial de promoção e proteção de crianças ou jovens em perigo deve assegurar, primordialmente, a defesa do interesse superior da criança e do jovem, com obediência aos princípios da audição/participação da criança, da proporcionalidade e da prevalência da família, entre outros.

### 1. Interesse superior da criança

---

Uma determinação jurídica que permite organizar bens e interesses das crianças, configurados como unidades sociais<sup>29</sup>, quanto à competência já que habilita a tomada de decisão neste sentido e de caráter impositivo, já que as entidades decisórias não podem deixar de recorrer a este critério.

Este é um conceito que subjaz às normas que regulamentam as relações da criança e constitui critério de decisão quando os litígios envolvam crianças. A atividade processual no âmbito do direito da família apresenta especificidades, desde logo a ausência de um conflito de interesses entre as partes, já que o único interesse que importa regular é o interesse superior da criança, que a decisão tem necessariamente de acautelar.

Em termos técnico-jurídicos trata-se de um conceito indeterminado e por isso mesmo, concede maior margem de mediação entre direito e realidade, o que não se confunde com arbítrio do juiz, já que está sempre limitado, na sua interpretação, pelos princípios gerais do direito e dos que são estruturantes do direito da família e das crianças. Além disto, podemos identificar na organização de qualquer conceito indeterminado o núcleo do conceito, composto por elementos mais seguros e que não podem ser desconsiderados e o halo, uma zona de maior incerteza que justifica a relevância da fundamentação na tarefa decisória a fim de tornar claros e transparentes aos critérios utilizados.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> ALEXANDRINO, José Melo Alexandrino. Tiago Fidalgo de Freitas cit. Markus Winkler - “os bens são unidades sociais ou económicas ao passo que as normas são determinações jurídicas”.

<sup>30</sup> SOTTOMAYOR Clara. *Temas de Direito das Crianças*. “Em face da importância das decisões que atingem as crianças, a concretização do conceito interesse da criança devia ser alcançada através de critérios objetivos, com vista à solução que melhor promove o seu desenvolvimento.”

Este conceito está presente em todos ordenamentos jurídicos dos estados membros da união europeia e é praticamente unânime a visão que têm sobre ele. Trata-se de um conceito vago, complexo e suscetível a diferentes interpretações, que nem sempre tutelam devidamente os direitos das crianças <sup>31</sup>. Por isto figura-se necessária o preenchimento do conceito, pois como critério orientador das decisões que tenham por objeto a defesa dos direitos e interesses das crianças não pode dar azo à arbitrariedade decisória.

A preocupação com a tutela dos direitos das crianças é partilhada pela comunidade nacional, europeia e internacional, que será mais eficazmente prosseguida na medida em que o legislador esclareça e delimite o sentido do interesse superior da criança.<sup>32</sup>

Não obstante todas as considerações tecidas, o interesse superior da criança deve ser entendido como um direito, um princípio e regra que conforma todo o processo, nesse sentido deve ser o mais claro e objetivo com vista a evitar soluções negativas na vida das crianças, em nome de quem este mesmo instituto foi reconhecido e positivado.

O superior interesse da criança, princípio estruturante de todo o raciocínio que se pretenda levar a cabo no âmbito direito da família, e por isso é o critério orientador nas respostas que o sistema nos oferece e que, no âmbito desta investigação, se pretende alcançar.

Como se já tivemos oportunidade de esclarecer, trata-se de um conceito indeterminado que confere alguma discricionariedade ao juiz, ainda que deva ser concebido como o direito da criança ao desenvolvimento pleno e saudável, nas diferentes variáveis que o processo de crescimento e maturação de um sujeito envolve.

---

<sup>31</sup> Comité dos direitos da criança (2013), comentário geral nº14 sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta – artigo 3º, nº1 CDC/C/CG/14

<sup>32</sup> FRA, pp 14: O Comité dos Direitos da Criança define sete elementos a ter em conta na avaliação do superior interesse da Criança: o direito da criança a manifestar a sua opinião relativamente a todas as decisões que lhe digam respeito; a identidade da criança; a preservação do ambiente familiar e a conservação das relações; cuidados, proteção e segurança da criança; situação de vulnerabilidade; direito à saúde e direito à educação.

É certo, portanto, que enquanto elementos integrantes do superior interesse da criança temos a manutenção das suas relações afetivas de qualidade e significativas, à partida, trata-se das relações que estabelecem com os progenitores, já que são estes os primeiros sujeitos com quem a criança tem contacto quando é colocada no mundo, desenvolvendo relações de afeto e de confiança, essenciais ao seu desenvolvimento e à sua preparação para posterior intervenção autónoma na sociedade através da interiorização de padrões de conduta facultados por quem exerce responsabilidades parentais sobre a criança.

Para além dos elementos que acabamos de apontar, e que ajudam na concretização do interesse superior da criança, temos outros, igualmente importantes, como a sobrevivência, integridade e liberdade, que são fatores básicos na formação e desenvolvimento integral de qualquer indivíduo.

## **2. A audição/participação da criança**

---

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Crianças, no seu artigo 12º consagra, que “os Estados Partes garantem à criança, com capacidade de discernimento, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem”. Para alcançar tal escopo, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia <sup>33</sup> prevê que “*As crianças têm direito à proteção e aos cuidados Europeia necessários ao seu bem-estar.*” e estipula que as crianças são livres para manifestar e exprimir a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

Todos os atos relativos às crianças, quer sejam praticados por entidades públicas ou por instituições privadas tomarão como primordial o interesse superior da criança.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. Art.24º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE

<sup>34</sup> Regulamento (CE) n.º 2203/2001, vg, Bruxelas II bis4; Cfr. Art. 41º, n.º 3, al. c) e 42º, n.º 2, al. a).

No contexto legislativo nacional, cumpre desde já, e sem prejuízo de tratamento em ponto autónomo, invocamos o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, doravante designado de RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de outubro, que no seu artigo 4º consagra, entre outros, o direito à audição e participação da criança como princípio orientador do processo, e no artigo 5º é objeto de concretização e regulação.

Respeitante ao enquadramento normativo da audição da criança, pode afirmar-se que a mesma constitui a concretização dos princípios constitucionais plasmados nos artigos 25º, n.º 1 (direito à integridade pessoal), 26º (direito à identidade pessoal, à palavra, à autonomia e desenvolvimento da personalidade) e 27º, n.º 1 (direito à liberdade e segurança) da Constituição da República Portuguesa.

Quanto à Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, o art.4º, alínea j) estabelece como princípio orientador a audição obrigatória e participação da criança. No mesmo sentido o art.84º do diploma refere que “As crianças e os jovens são ouvidos pela Comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos artigos 4º e 5º, ambos do RGPTC.” o que nos remete, sem mais, para uma ideia de harmonização sistemática entre os referidos diplomas.

O novo paradigma legislativo relativo à área da família e da criança decorrente, em especial, da entrada em vigor em outubro de 2015, dos já referidos diplomas reflete uma evidente preocupação de harmonização sistemática ao nível dos princípios orientadores, bem como uma maior preocupação com a celeridade e eficácia dos processos.

O RGPTC apresenta-se como um diploma fundamental na temática da audição da criança, assumindo que a perspetiva da criança pode melhorar a qualidade das soluções, como tivemos oportunidade de referir e tomando como base o conteúdo dos artigos 4º e 5º do diploma.

O direito de audição e participação (que abrange o direito da criança se exprimir livremente e o direito de ver valorada a sua opinião) é reflexo do princípio orientador do superior interesse da criança, conceito que já foi objeto de anterior análise e reflexão.

A avaliação da capacidade do menor para exprimir as suas opiniões e vontade dependerá de uma análise casuística que tenderá a ponderar todas as circunstâncias que contribuem para o desenvolvimento e capacidade no processo de formação de uma opinião.

Opinião que deverá ser, no seu essencial, livre, já que a liberdade é o vetor que permite configurar a exteriorização do ponto de vista da criança como exercício de um direito próprio daquela.

## **A situação de perigo**

---

O perigo para os menores que não são às vítimas da prática do crime, mas que convivem com o agressor no exercício, nomeadamente porque este tem a seu cargo as responsabilidades parentais sobre aqueles.

A prova da existência de uma situação de risco e ameaça aos interesses da criança é indispensável para que se afirme a necessidade de intervenção indispensável à sua proteção.

Do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16-11-2010, com notória importância para a fundamentação da posição que defendemos, aproveitamos o seu conteúdo, partindo da noção de perigo adiantada. Apresenta-se como a situação que tem potencialidade para gerar um dano, aferindo a sua existência pela circunstância de criar para o bem ou valor protegido um estado de insegurança existencial, em função do qual, já não se pode confiar, cabalmente, na ausência de dano.

A eventualidade de ocorrência de um dano é preponderante quando se trata de caracterizar a presença de uma realidade que se expressa através da ideia de perigo, quando este integra uma previsão normativa, como sucede com o artigo 1918º CCiv<sup>35</sup>.

E porque a ordem jurídica está vocacionada para resgatar a liberdade e a segurança dos sujeitos que se encontram numa posição de vulnerabilidade, estão previstas limitações ao exercício das responsabilidades parentais, ao regime de visitas e medidas de proteção do menor.

É a probabilidade de algo acontecer, a manter-se o quadro factual, e não a circunstância de algo ter efetivamente acontecido que se pretende averiguar, o designado desvalor danoso, de acordo com o qual o desvalor da conduta reside na alta probabilidade de dano ao bem jurídico que se pretende proteger.

---

<sup>35</sup> Redação atual do artigo 1918º do CCiv. “Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição das responsabilidades parentais (...) decretar providências adequadas (...).”

No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro defende que vale como dano a supressão ou diminuição dum situação favorável.<sup>36</sup>

Este juízo de prognose de perigo para o equilíbrio físico e emocional do menor, deve assentar na audição do menor, não obstante análise de outros fatores.

De acordo com o artigo 1901º, nº3 CCiv, antes de o juiz decidir, salvo se circunstâncias ponderosas o desaconselharem, como a idade<sup>37</sup> e a natureza das situações envolvidas, ouve o menor.

No âmbito do processo penal, a dúvida quando não for ultrapassada só funda uma decisão negativa quanto à verificação dos factos.

É também esta diferença, quanto à conceção e consequências do dano potencial que leva a preferir que o tema em análise seja examinado no âmbito da lei civil.

Importa esclarecer que o desenvolvimento equilibrado saudável da criança, nas suas diversas componentes, física, emocional, moral é interesse da criança que se pretende acautelar. Assim não estamos apenas consignados aos casos em que se verifique uma situação de perigo à sua autodeterminação sexual. Pois, como teremos oportunidade de aflorar, não foi encontrado, até agora, qualquer perfil psicológico e sociológico do agressor, e que consiste num entrave à proposta de soluções generalizadas. Pois se, por um lado, não se pode afirmar que aquela criança está totalmente segura no respeitante à sua integridade e autodeterminação sexual, vozes surgem, em sentido contrário, na medida em que não tendo sido materializada a situação de perigo em momento anterior, o que é que nos pode levar a concluir que o sujeito reincidirá e terá como alvo as crianças sobre quem exerce responsabilidades parentais?

Ainda que reconheçamos validade argumentativa às diferentes formas de perspetivar a situação objeto de estudo, preferirmos assumir uma visão mais ampla, que atente à situação de perigo e à possibilidade de produção noutras componentes do desenvolvimento do menor, e não apenas às relacionadas com a sua autodeterminação sexual.

---

<sup>36</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações. Tomo III*. pp. 511.

<sup>37</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Abuso sexual de crianças por adolescentes inimputáveis em razão da idade: um desafio ao processo tutelar educativo*; Centro de investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa - “Estudos científicos demonstram que as crianças a partir dos 4 anos já conseguem distinguir a fantasia da realidade e o seu testemunho pode ser essencial no âmbito de processo que vise tutelar os seus interesses (...)”

Também a LPCJP avança com uma noção de perigo. O artigo 3º, nº 2 do diploma apresenta uma lista exemplificativa de situações que constituem perigo para a criança ou para o jovem.

O legislador pretendeu que o elenco de situações fosse o mais abrangente possível, de modo a contemplar o maior número de casos de perigo que, independentemente da sua natureza, são comprometedores de direitos fundamentais da criança ou do jovem e exigem por isso o desencadeamento da intervenção de proteção.

De salientar ainda que o legislador quis dar acolhimento expresso ao conceito jurídico de perigo, o qual é mais restrito que o de “risco”. O conceito jurídico de «crianças e jovens em perigo» acolhido pelo diploma inspira-se no artigo 1918.º do Código Civil e surge em detrimento do conceito mais amplo de «crianças em risco», uma vez que nem todos os riscos para o desenvolvimento da criança são legitimadores da intervenção do Estado e da sociedade, ficando limitada às situações de risco que ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem.

Excluídas da previsão legal ficam as ações desenvolvidas no domínio prevenção destinada a eliminar ou reduzir fatores de risco, através da atuação direta ao nível da criança, dos pais e do seu meio envolvente. Isto sem prejuízo de toda a intervenção preventiva que as comissões de proteção de crianças e jovens devem realizar. E tal como no caso vertido no Acórdão da Relação de Guimarães, de 3-3- 2014 <sup>38</sup> que decidiu a agravação do crime de violência doméstica pelo facto de ser praticado na presença de menor.

A intenção do legislador foi no sentido de estender a tutela penal a pessoas de maior vulnerabilidade, que possam tornar-se vítimas “indiretas”<sup>39</sup> dos maus tratos inicialmente dirigidos a outras pessoas. Pois para além do risco de ser atingido fisicamente, atendendo à idade da criança já se apercebe da emoção dos adultos e acaba por viver a perturbação que a rodeia.

---

<sup>38</sup> Processo 1396/12.7GBBCL.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>39</sup> SANI, Ana Isabel. *Vitimação Indireta no contexto familiar, nos casos de violência doméstica* “(...) as vulnerabilidades evidenciam-se a curto, médio e longo prazos e traduzem-se quer em reações de externalização (e. g., dificuldades de atenção, comportamento agressivo), quer de internalização, baixa autoestima, estados depressivos).

Assim como no caso de abuso sexual contra menores infligidos por quem exerce responsabilidades parentais. Ainda que as crianças cujos interesses são tutelados no exercício das referidas responsabilidades não tenham sido alvo da prática daquele crime, a verdade é que se pode afirmar o risco de o serem pelo simples de facto de conviverem com o sujeito que desenvolve impulsos sexuais contra pessoas da sua faixa etária, além do mais tendo a criança a percepção da realidade que a envolve acaba por se ver envolvida numa situação complexa e hostil ao seu desenvolvimento saudável.

Entre estas realçamos as previstas nas alíneas b) “Sofre maus tratos físicos ou psíquicos...”, e c) “Não recebe os cuidados ou afeição adequados à sua idade e situação pessoal.” e f) “Está sujeita, de forma direta ou indireta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;”.

Resulta claro do preceito legal que a continuidade da relação afetiva da criança com os seus cuidadores é um dos aspetos mais importantes do seu desenvolvimento, na medida em que promova a sua segurança, proteção, regulação emocional e o seu integral desenvolvimento.

O afeto é corporizado em atos de cuidado, já que é com as pessoas que cuidam de si no dia-a-dia que a criança estabelece as suas relações afetivas principais, e só perante a existência deste vínculo efetivo é possível constituir uma família, enquanto realidade que em momento oportuno já caracterizamos. E os pais, que são os titulares das responsabilidades sobre os filhos, só são dignos de exercerem os direitos de cuidado e de educação sobre os filhos se para isso tiverem capacidade ou reunirem as condições concretas necessárias ao cumprimento dos respetivos deveres, o que nos leva a concluir pela prevalência da proteção constitucional da infância prevista no artigo 69º da CRP sobre a tutela da família e da paternidade, artigos 67º e 68º da CRP. Capacidade, cuja existência é discutível quando se nos referimos ao sujeito condenado pela prática de abusos sexuais a menores, pois não somos capazes de garantir que, independentemente da prática do crime, de promova a estabilidade emocional do menor se, até porque, pela sua conduta, tudo indica que não dispõe dela.

Partindo destas considerações e nos termos do artigo 3º, nº2 da LPCJP, que avança com uma lista de situações que configuram situações de perigo, com especial atenção, o preceituado na alínea f): “*Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional*”.

Entendemos que, quer a LPCJP, bem como o artigo 1918.º do Código Civil, ao recorrerem ao termo “perigo” pretende evidenciar uma situação de grave ausência de condições que possibilitem um desenvolvimento são e harmonioso do menor, nas várias componentes, a física, intelectual, moral, social, devendo aquela analisar-se como uma situação de risco atual ou iminente.

As previsões normativas são, a nosso ver, suscetíveis de integrar as situações sobre as quais nos debruçamos na presente investigação e sempre que seja identificada uma situação de perigo, devem ser decretadas medidas destinadas a assegurar a proteção das crianças envolvidas.

Atendendo aos princípios orientadores da atuação no âmbito da promoção de proteção das crianças e jovens em perigo, quanto ao princípio da subsidiariedade, a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude, pelas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens e pelos Tribunais. São as entidades com competência em matéria de infância e juventude, as que estarão mais próximas da realidade quotidiana das crianças e dos jovens, podendo fazer-se valer de recursos mais imediatos e eficazes junto da comunidade que é responsável pelo bem-estar das crianças, como as autarquias, os Serviços da Segurança Social, as Instituições Particulares de Solidariedade Social, as Escolas, os Hospitais e as Entidades Policiais.<sup>40</sup>

A atuação das CPCJ tem lugar quando se esgota a intervenção das entidades de primeira linha. E depende do consentimento expresso dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto<sup>41</sup>, na medida em que a condição legitimadora da intervenção deve assentar na titularidade das responsabilidades parentais para responsabilizar aqueles sujeitos e para os envolver na atuação que, por regra, implica restrições aos seus direitos sobre as crianças sinalizadas.

---

<sup>40</sup> Cfr. art.º 91º n.ºs 1 e 3 da LPCJP - quanto à natureza das intervenções das entidades policiais.

<sup>41</sup> Cfr. Art.9º LPCJP

A intervenção do tribunal tem lugar nos termos previstos no artigo 11º, nomeadamente, quando a pessoa que deva prestar consentimento tenha sido alvo de queixa pela prática de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual.

Uma hipótese que a nosso ver engloba o caso que trazemos para análise. Entendemos ser bastante a mera imputação do facto ou a formulação da queixa contra alguém pela prática daqueles crimes, tendo em conta que a intenção do legislador é evitar que, em situações de abuso sexual intrafamiliar, possa existir contemporaneamente um processo de promoção e proteção numa CPCJ e um processo criminal, impondo a judicialização do primeiro, que melhor prossegue o superior interesse da criança em perigo.

Surge ainda uma cláusula de segurança no artigo 11º, n.º 2, enquadrável também no nosso caso, que prevê que a intervenção judicial possa ocorrer quando, atendendo à gravidade da situação de perigo e à especial relação da criança com quem a provocou, o MP, oficiosamente ou sob proposta da CPCJ, entenda, de forma justificada, que, no caso concreto, não se mostra adequada a intervenção daquela <sup>42</sup>.

O legislador reconhece ao Ministério Público a titularidade da iniciativa processual<sup>43</sup>; assim como o incumbe de representar as crianças em juízo, o que, a nosso ver, revela a preocupação pela materialização do princípio da plena defesa dos interesses da criança, competindo ao magistrado do Ministério Público atuar, com esse objetivo, em qualquer fase do processo.

A presença do Ministério Público é, por isso, obrigatória e, em qualquer circunstância, a audição da criança é realizada, pelo menos, com a intervenção do juiz e do magistrado do Ministério Público, podendo este formular outras perguntas para além daquelas que tiverem sido formuladas pelo juiz.

---

<sup>42</sup> A Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo intervém enquanto entidade responsável pela fiscalização do cumprimento das regras legais, confirmando a ausência de prejuízo para a saúde, desenvolvimento e formação do menor, a não ser que se trate de uma situação que reclame a intervenção judicial; Cfr. Artigo 11º da LPCJP – “intervenção judicial”.

<sup>43</sup> Cfr. Art.17º/1 RGPTC – “Iniciativa Processual”

Concluimos que o legislador distinguiu no âmbito da tutela dos interesses das crianças em perigo os atos de feição cível dos de conteúdo criminal, remetendo os primeiros para a LPCJP que tem como finalidade pôr em funcionamento as regras destinadas a preservar a segurança dos menores, concedendo-lhe as condições essenciais à sua formação. Para prosseguir o superior interesse da criança deve reforçar-se a atuação dos membros da família e conservar a criança no seu meio natural.<sup>44</sup>

As regras processuais que constam da LPCJP aproximam o processo ao formalismo que decorre do processo civil comum.

No que diz respeito à conjugação das decisões proferidas nos processos tutelares cíveis e de promoção e proteção, a regra da apensação estabelecida no art.11º nº 1 do RGPTC e o pedido de informação a formular pelo juiz à Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, nos termos do art.81º nº 3 da LPCJP, permitem atualmente uma melhor harmonização entre os dois processos uma vez que a sua tramitação estará a cargo do mesmo juiz e do mesmo magistrado do Ministério Público, após apensação.

A norma constante do nº 3 do art.27º do RGPTC reconduz-se às situações em que, não havendo processo de promoção e proteção instaurado e detetando-se uma situação de perigo vivenciada pela criança, caberá ao magistrado do Ministério Público instaurar a respetiva ação, por apenso à providência tutelar cível pendente, configurando uma exceção ao princípio da subsidiariedade<sup>45</sup> já que a intervenção em benefício da criança, no âmbito da promoção e proteção, se iniciará, *ab initio*, no tribunal.

## **Elementos eventualmente conflitantes**

---

Se, por um lado, o superior interesse da criança reclama a certeza de que o seu bem-estar físico e psicológico é promovido por quem o Estado reconhece competências e legitimidade para exercer responsabilidades parentais, enquanto mecanismo de supressão das incapacidades dos menores e suporte ao seu desenvolvimento harmonioso.

---

<sup>44</sup> Cfr. Artigo 35º, nº1 alíneas a) e b); Artigos 39º e 40º da LPCJP

<sup>45</sup> Cfr. Art.4º alínea k) da LPCJP

Por outro, e ainda que se tome a intervenção do Estado como subsidiária, esta deva ter lugar sempre que se verifique uma situação de incerteza quanto ao cumprimento daquelas finalidades, num determinado caso concreto.

No entanto as medidas aplicadas devem favorecer a assunção integral dos deveres dos progenitores para com os filhos e deve ser respeitado o direito da criança à continuidade das relações afetivas essenciais ao seu desenvolvimento.

A atuação do Estado deve ter caráter preventivo, ainda que tal não implique uma intromissão arbitrária no contexto familiar, já que tomamos como critério orientador a prevalência da família.

O núcleo familiar deve ser protegido na medida em que esta consista numa forma de integração estável dos menores.<sup>46</sup>

Contudo, não olvidemos que o Estado deve mostrar às crianças que têm ao seu dispor uma entidade especializada e multifacetada que as protege, que acompanha o seu crescimento e desenvolvimento e que intervém em prol dos seus interesses, sempre que se detete uma situação de perigo à satisfação destes.<sup>47</sup>

A vertente do direito a ser ouvida em cumprimento do respeito pela sua autonomia e identidade próprias não pode ser desconsiderada quando em causa está a concretização do superior interesse da criança.<sup>48</sup>

Neste sentido, o artigo 4º alínea c) do RGPTC prevê a audição da criança ou jovem desde que este tenha capacidade de compreensão dos assuntos que estão em discussão, tendo em atenção a idade e maturidade do menor, deve ser sempre ouvido quanto às decisões que lhe digam respeito.

---

<sup>46</sup> Cfr. (*a contrario sensu*) Artigo 9º da Convenção Direitos da Criança (Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990): “Os Estados garantem que a criança é separada dos seus pais, ainda que contra a sua vontade, se tal decisão for a que melhor realize o interesse da criança.”

<sup>47</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre justiça adaptada às crianças – Comité de Ministros do Conselho da Europa – 17/11/2010.

<sup>48</sup> Cfr. Artigo 12º Convenção Europeia dos Direitos das Crianças e artigo 6º CEEDC Estrasburgo, 25/04/96; artigo 24º/1 e 2 da Carta dos Direitos fundamentais da UE).

Porque a audição do menor consiste num direito deste, é essencial que o tribunal dê a maior abertura possível à participação da criança no processo, de forma a auscultar e decifrar os seus reais sentimentos. Uma tarefa que recomenda a intervenção de profissionais de outras áreas científicas, como psicólogos, psiquiatras, capazes de efetuar uma análise muito mais técnica, cientificamente válida e fiável do menor, do que a realiza pelo juiz, que não tem formação para comunicar e compreender a criança nas suas diversas componentes humanas.

Até aqui referimo-nos ao direito à audição da criança expressamente previsto para as vítimas de abusos sexuais, mas entendemos que para o caso especial que se propõe tratar neste trabalho, faz todo o sentido proceder também à audição da criança, sobre quem o agressor exerce responsabilidades parentais. Assim acedemos aos contornos precisos da relação entre pai e criança, sob a ótica do menor, um fator determinante, já que é o interesse da criança que pretendemos proteger com a adoção de determinadas medidas, sempre que se possa concluir que a sua formação e desenvolvimento estão em perigo.

## **Medidas de Promoção e Proteção**

---

São consideradas medidas de promoção e de proteção “todas as providências adotadas pelas comissões de proteção de crianças e jovens ou pelos tribunais, destinadas a proteger a criança e o jovem em perigo”.

A partir do momento em que o crime de abuso sexual é revelado, a criança entra no mundo da justiça através da justiça penal e da justiça de proteção. E ainda que estes mecanismos sejam acionados para assegurar a proteção da criança vítima dos abusos, podemos concluir que a justiça de proteção possa incidir também sobre a criança que não tenha sido vítima do crime, mas que se vê envolvida na situação, já que o abusador exerce responsabilidades parentais sobre ela.

De acordo com a finalidade do processo de proteção dos menores, encontramos identidade de razão para que sejam aplicadas as medidas de promoção e de proteção àquela criança, a par do processo-crime, no âmbito do qual deve ser assegurada a proteção da vítima.

## **Regime Geral do Processo Tutelar Cível**

---

O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, doravante designado por RGPTC, reflete o cuidado do legislador no sentido de evitar o mais possível a delonga da marcha processual que não se compadece com o superior interesse da criança, quando estamos perante casos de rutura conjugal e conseqüente perturbação dos vínculos afetivos parentais.

Nas situações em que os progenitores que exercem responsabilidades parentais sobre a criança, cuja defesa é objeto do nosso estudo, é possível, para acautelar o seu superior interesse, que sejam decretadas algumas das providências tutelares cíveis previstas no diploma.

Em consonância com o que defendemos até ao presente, entendemos que as providências tutelares cíveis previstas no artigo 3º do RGPTC, interessam no caso em estudo, desde logo “A regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes” (alínea c) do artigo 3º) e “A inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais” (alínea h) do artigo 3).

Os processos tutelares cíveis têm natureza de jurisdição voluntária e por isso o juiz não está vinculado a critérios de legalidade estrita devendo adotar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna, podendo investigar livremente, ordenar inquéritos e recolher informações convenientes e relevantes para a boa decisão da causa.

Desta forma o juiz tem margem para estabelecer o contacto e solicitar a intervenção de profissionais de outras com conhecimentos técnicos em matéria de crianças e que podem trazer ao processo elementos preponderantes que, de outra forma, o juiz não teria capacidade e meios de aceder e conseqüentemente, valorar em juízo.<sup>49</sup>

Mais uma vez entendemos reforçar o papel da criança no âmbito deste processo. E sempre que a criança manifeste capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e de acordo com a sua maturidade é ouvida no processo, não sem antes lhe ser prestada informação quanto ao significado e alcance da sua participação.

---

<sup>49</sup> Quanto aos processos de jurisdição voluntária cfr. artigos 986º e 987º CPC (Lei nº49/2018 de 14 de agosto).

## **Inibição total ou parcial e limitações ao exercício das responsabilidades parentais**

---

Da alínea h) do artigo 3º do RGPTC resulta a “A inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais”.

Idêntica solução vem prevista no artigo 1915º do código civil. O prevê que a inibição possa ser total ou parcial, neste último caso, limitando-se ao poder de representação e administração dos bens dos filhos. Uma solução que acaba por conservar, em parte, o exercício das responsabilidades parentais do progenitor inibido.

A solução deve ser excepcionalmente decretada pela carga negativa que acarreta, nomeadamente pelos danos afetivos e morais suscetíveis de serem produzidos. Porque a imagem parental é essencial à construção da autoestima e personalidade do menor, devem preferencialmente aplicadas as medidas que combinem o interesse da criança quanto ao seu desenvolvimento harmonioso e quanto à manutenção das suas relações pessoais.

Mas porque o exercício das responsabilidades parentais está vinculado a um determinado fim, em certas situações poderá ser objeto de medidas de inibição ou limitação. O tribunal, mediante requerimento do MP, ou de qualquer parente do menor a quem a guarda esteja confiada, pode decretar esta medida quando qualquer um dos pais (...) “por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres” (cfr. 1915º/1, *in fine*).

A última parte do preceito legal é aquela que melhor se adequa ao caso em estudo. Uma vez confirmada a situação de perigo, traduzida na potencialidade de causar danos ao interesse superior do menor, concluímos que o progenitor não tem condições para cumprir os deveres parentais sobre aquela criança, desde logo porque manifesta comportamentos desadequados com crianças, sobre quem, grupo de indivíduos que tem a seu cargo e sob sua responsabilidade.

Esta é uma medida, como vimos, de caráter excepcional e, em alternativa, podem ser acionados outros mecanismos destinados a limitar o exercício das responsabilidades parentais. Mecanismos que se devem pautar pela maleabilidade e flexibilidade, de forma a abranger uma multiplicidade de situações da vida real e ajustar-se às especificidades que cada caso concreto reclama.

Nestes termos podemos alcançar soluções mais justas e equilibradas, assegurando a proteção da criança sem ferir a margem razoável do exercício das responsabilidades parentais.

Importa dedicar espaço nesta exposição ao esclarecimento da medida prevista no artigo 57º do RGPTC, relativa à suspensão do exercício das responsabilidades parentais.

O artigo 57º traduz-se num incidente ou preliminar da ação de inibição visa acorrer a situações de evidente prejuízo para a criança, dada a manifesta possibilidade de a inibição ser decretada.

Esta é uma decisão assente em elementos indiciários e dependente da ação de inibição do exercício das responsabilidades parentais, assumindo a natureza de medida cautelar.

Mas só haverá lugar à sua aplicação se se mostrar que o requerido, neste caso o sujeito que exerce as responsabilidades parentais, é manifestamente incapaz, física ou moralmente, de cuidar da criança.

Importa notar que à luz do artigo 33º, uma norma de direito subsidiário, todas as questões que não sejam expressamente reguladas no RGPTC serão resolvidas a partir das regras do CPC e da LPCJP, com as necessárias adaptações e em tudo quanto for compatível.

Em bom rigor não assume a natureza de providência tutelar cível, já que não configura como uma solução suscetível de resolver, a final, a situação identificada num processo desta natureza. Trata-se, antes, de uma medida de caráter provisório, que visa acautelar os efeitos úteis da medida que venha a ser decretada no termo do processo.

Nesta medida, a sua aplicação justifica-se sempre que se verifique uma situação de ameaça à produção daqueles efeitos em momento anterior àquele em que a providência cautelar venha a ser decretada.

# **Da Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais**

## **Do direito de visitas**

No âmbito da providência cautelar prevista no artigo 3º alínea c) do RGPTC, importa ter em consideração o conhecimento de questões respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais. Por isso entendemos ser conveniente considerar os aspetos relativos ao direito de visitas.

Em princípio as responsabilidades parentais devem ser exercidas em conjunto pelos progenitores, salvo se interesses ponderosos da criança determinarem em sentido diverso.

Mas em caso de rutura conjugal entre os progenitores, e quando não haja acordo quanto ao modo de exercício das responsabilidades parentais, o processo tutelar cível tem por objetivo decidir o destino da criança de acordo com o seu interesse. As decisões judiciais no âmbito deste processo devem ser orientadas pela proteção da criança e não pela manutenção da relação desta com ambos os progenitores, ainda que a situação ideal seja a da conciliação de interesses envolvidos.

Assegurar a estabilidade da vida familiar e a manutenção dos laços afetivos é da máxima relevância, pelos motivos que já tivemos oportunidade de referir, mas a realidade mostra que o afastamento de algum dos progenitores nem sempre é nocivo para a criança, já que se a sua personalidade ou estado emocional forem de notória instabilidade e desordem, podem pôr em causa o equilíbrio daquela criança.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> SOTTOMAYOR, Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*. Cit. Simões e Ataíde, ponto 2.1.2.

O direito de visita traduz a possibilidade de o progenitor sem a guarda e a criança se relacionarem, já que a sua convivência não se pode desenvolver como habitual, por cessão da coabitação. Em sentido amplo, além de conferir ao seu titular a possibilidade de visitar a criança, ou de a receber no seu domicílio, concede ainda a faculdade de alojar a criança durante alguns dias em sua casa (cfr. *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16-11-2010* “[...] *Importa distinguir o direito de visita stricto sensu, na aceção consagrada pela doutrina, enquanto direito social de relação do progenitor não guardião com o menor, o direito de manter relações pessoais com o mesmo, de comunicar e relacionar-se com ele, que consiste no direito de ver o menor na residência deste, de o receber no domicílio do visitante ou de sair com ele para qualquer local, à escolha do não guardião, durante apenas algumas horas e de acordo com uma certa periodicidade, do direito de visita lato sensu, que a jurisprudência acolheu, onde se inclui o direito de alojamento, o direito de estadia, durante fins-de-semana ou parte das férias [...]*”).

Compreendido no conteúdo do direito de visitas está o conjunto de relações estabelecidas e é através da sua concretização que o progenitor que não detém a guarda da criança manifesta a sua afetividade perante esta, ao mesmo tempo que presta colaboração com o outro progenitor no exercício das responsabilidades parentais, aspetos que também assumem relevância no plano jurídico.

Pelo exposto presume-se que o afastamento de um dos pais da vida da criança é uma situação contrária ao seu interesse, e só em casos excepcionais, quando sejam praticados atos que indiciem, com força suficiente, que a criança ou o seu bem-estar poderão estar em perigo, deve o direito de visitas ser recusado *ab initio*.

Nos casos em que os progenitores estão divorciados e em que tenha sido estipulado determinado regime de visitas, este pode ser objeto de alteração na medida em que se constate que o progenitor beneficiário das visitas representa um perigo ao desenvolvimento e bem-estar do menor.

O direito de visitas não é um direito absoluto ainda que imprescritível e por isso de exercício retomável a qualquer momento.<sup>51</sup>

No período durante o qual as visitas estão suprimidas ou condicionadas em alguma das suas vertentes, é importante que sejam desenvolvidas estratégias destinadas a melhorar as qualidades parentais do progenitor titular do direito de visita, para que sejam evitados comportamentos negligentes e violentos no futuro, onde se prevê, como é desejável, a reaproximação entre progenitor e o menor.

E tal como no âmbito dos processos de promoção e proteção a audição da criança é obrigatória, conforme prescreve o artigo 4º, alínea i) da LPCJP, é aconselhável a avaliação quanto ao grau de maturidade do menor, em especial, se tiver idade inferior a 12 anos. Desta forma serão devidamente analisadas as razões da atitude da criança e a possibilidade de as superar.<sup>52</sup>

## **A abordagem multidisciplinar das questões em análise**

O conhecimento científico sobre as características específicas dos crimes sexuais, como as estratégias utilizadas pelo agressor ou as reações da vítima.

É comum que, não obstante a prática de crime de abuso sexual, se mantenha a convivência entre agressor e ofendido sem revelar a situação.

---

<sup>51</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/05/2012 consta a seguinte apreciação: “A criança tem estado instável e com alguma perturbação comportamental. Tem manifestado ansiedade e medo relativamente à possibilidade dos encontros com o pai (...).

Não havendo provas de que esta figura paterna tenha manifestado interesse em conhecer a M e em partilhar os seus sentimentos não estando salvaguardada a existência de uma saúde mental mínima, tendo em conta os relatos de terceiros relacionados com a mãe, os encontros da M com o pai podem constituir perigo para o interesse da criança.

Assim, considero imprescindível que se prove a saúde mental e a qualidade paterna do progenitor sem a guarda da criança para que os encontros não firam os seus interesses”.

<sup>52</sup> Cfr. Acórdão STJ 07-02-2008: “na nossa lei não existe idade mínima para a audição do menor” e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04-10-2007: “A criança com capacidade de discernimento tem o direito a exprimir livremente a sua opinião e esta deve ser tomada em conta. E por isso é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida, até porque o interesse do menor é o primeiro e o mais importante a ter em consideração.”

Quanto ao perfil do agressor resulta, dos elementos recolhidos, a ausência de características sociais típicas. Dos dados fornecidos pelos estudos desenvolvidos no âmbito da psicologia constata-se que a maioria dos agressores são homens, com idade compreendida entre os 26 e os 50 anos e ainda que seja duvidoso, estima-se que 73% dos abusos intrafamiliares sejam cometidos pelos pais biológicos<sup>53</sup>. São múltiplos os motivos pelos quais certos sujeitos abusam sexualmente de crianças assim como as estratégias por eles utilizadas na preparação e execução do crime.

No entanto a ciência tem demonstrado que é possível identificar alguns rituais no comportamento do agressor que sustentam a estratégia levada a cabo para convencer o menor a participar na experiência consoante o tipo de agressor em causa. As estratégias implicam não só a violência física, mas também a pressão, o engano, o controlo e as ameaças de violência à criança ou aos seus familiares, com quem a criança tem fortes laços afetivos.

Quanto à existência de grupos de agressores, ainda que não seja determinante para a formulação de solução para os casos pretendemos cuidar, podemos dividi-los em grupos: os pedófilos, por um lado, e os sujeitos que, normalmente se relacionam sexualmente com adultos<sup>54</sup>, mas perante determinado contexto levam a cabo práticas abusivas contra menores. Quanto a este último grupo de sujeitos é notória a dificuldade para encontrar mecanismos destinados a proteger as crianças potenciais vítimas da sua conduta, já que o seu comportamento é extremamente imprevisível e aleatório. Na motivação para a prática de tais atos podemos encontrar a obtenção de satisfação sexual através do exercício do seu ascendente sobre as crianças, ou a procura da satisfação e compensação pela angústia que algum acontecimento da sua vida provocou.

Pode dizer-se que o adulto sofre uma regressão decorrente de um acontecimento stressante, buscando a tal compensação para a frustração sentida na relação com os adultos e as inibições das motivações para as relações com crianças passaram de um estado ativo para desativo.

---

<sup>53</sup> FÁVERO, Marisalva Fernandes. *Sexualidade infantil e abusos sexuais de menores*. pp. 122.

<sup>54</sup> FÁVERO, Marisalva Fernandes. *Sexualidade infantil e abusos sexuais de menores*. “(...) distinguem-se dos pedófilos: sujeitos que têm orientação sexual exclusiva ou preferencialmente dirigida às crianças e que obtêm do contacto com elas elevado prazer sexual que desenvolvem estímulos e instintos sexuais relativamente às crianças”. pp.125.

Importante será o tratamento profissional do contexto do abuso sexual tendo em conta fatores culturais, ambientais, individuais e familiares que concorrem na sua prática.

## **Consequências dos abusos sexuais de menores**

Podemos falar de efeitos a curto e a longo prazo, sendo certo que quanto aos últimos será mais difícil de comprovar a relação causa-efeito, preferindo a designação de correlação. Mas estima-se que entre 60% a 80% das vítimas apresentam, no prazo de 2 anos, algum tipo de sintoma associado à experiência.

Falar do agravamento dos efeitos dos abusos sexuais implica que se proceda à combinação dos fatores que estão na sua origem: o comportamento sexual, a relação com o agressor, a reação do meio, a duração e frequência dos abusos, sexo dos intervenientes, o segredo, que é característico neste tipo de crime.

Dos efeitos a curto prazo podemos elencar as dificuldades de adaptação interpessoal, nomeadamente no plano sexual, o sentimento de culpa, o medo, a autocondenação, a vergonha, etc.

No caso em análise, porque o foco reside nas crianças sobre quem o agressor exerce responsabilidades parentais podemos verificar a produção de alguns destes efeitos também sobre estes sujeitos. Já que ter conhecimento de que o progenitor com quem têm uma relação de confiança e intimidade abuso sexualmente de outras crianças gera sentimentos de vergonha, desconfiança, ansiedade<sup>55</sup>, confusão de sentimentos e, em geral, um estado de desequilíbrio emocional.

Pois se, por um lado, gosta do progenitor, porque é seu pai, por outro, odeia-o pelos atos que praticou e pelo sofrimento que essa mesma conduta lhe causa, nomeadamente no contexto social onde poderá sentir algumas dificuldades de integração, por não ser possível desassociar-se do comportamento do progenitor-agressor.

---

<sup>55</sup> FÁVERO, Marisalva Fernandes. *Sexualidade infantil e abusos sexuais de menores*. “(...) série complexa de reações físicas, psicológicas e comportamentais; a ansiedade resultante da experiência do abuso sexual é designada de ansiedade condicionada, marcada pela hipervigilância ao perigo e ao ambiente, controlo e má-interpretação dos estímulos interpessoais, tomando-os sempre como ameaça ou perigo.”

Partimos do conhecimento das questões atinentes à sexualidade infantil para podermos encontrar indicadores de abuso sexual. Claro está que a análise dependerá em grande medida da avaliação que cada criança faz do acontecimento e por isso será da maior importância apurar como é que, em cada caso concreto, as crianças envolvidas, encaram e consolidam a experiência.

Tomamos como certo que a inexistência de um perfil social e psicológico do agressor implica que a atuação seja mais cautelosa e que se dê, essencialmente, a montante, partindo do pressuposto de que todas as crianças estão numa situação de perigo ou de risco e tomando como destinatários dos programas de intervenção, nomeadamente, ao nível da educação sexual, todas as crianças.

A sociedade em geral deve ser educada para respeitar e salvaguardar a normal e gradual manifestação da sexualidade infantil, para saber enfrentar e reagir aos abusos sexuais quando estes forem sinalizados, já que o contexto sociocultural tem um papel determinante na delimitação das fronteiras entre os aspetos “normais” presentes nas relações interpessoais e aqueles que consubstanciem uma atuação abusiva, suscetível de gerar dano aos interesses envolvidos no processo comunicacional.

## **A justiça adaptada às crianças**

A procura de soluções adequadas aos interesses da criança e ajustadas às suas necessidades, é uma preocupação além-fronteiras. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia consagra determinados direitos essenciais à esfera jurídica das crianças.<sup>56</sup>

Nestes termos os estados membros da união europeia estão incumbidos de garantir que o superior interesse das crianças seja primordial em todos os processos, o que se compreende na medida em que a atividade processual sendo geradora de tensão na maioria dos indivíduos, há-de produzir efeitos mais intensos sobre as crianças, dada a sua condição de especial sensibilidade e imaturidade, e por isso sente-se maior necessidade de serem tutelados.

---

<sup>56</sup> FRA, in *Resumo*, pp.1 (...) a dignidade do ser humano (artigo 1º) ... direito à liberdade e à segurança (artigo 6º); respeito pela vida privada e familiar (artigo 7º) ... direitos das crianças (artigo 24º e o direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 47º).

Os sistemas judiciais adaptados às crianças são mais eficazes no que concerne à sua proteção e, em simultâneo, traduzem-se num melhoramento funcionamento da justiça. Na medida em que a intervenção da criança no processo tenderá a ser mais segura.

O direito da criança a fazer-se ouvir e a exprimir a sua opinião são essenciais para a efetivação da sua participação nos processos. Para que tal acontece verdadeiramente na prática é essencial que sejam criadas as condições de audição adequadas àquela criança, através da análise das suas específicas necessidades.<sup>57</sup> À visão da criança como um todo em construção corresponde a intervenção de profissionais de outras áreas, como da psicologia, da sociologia ou da assistência social.

E um fator que não pode deixar de ser desconsiderado é aquele que se refere à maturidade da criança.

Atualmente, não existe um conceito de maturidade previsto na nossa lei, pelo que a sua concretização está na dependência da atividade dos tribunais e do entendimento do juiz, face aos factos que lhe são apresentados. Mas a consideração deste fator deveria revestir natureza obrigatória, já que fornece às diferentes entidades e autoridades envolvidas no processo, elementos indispensáveis à caracterização da realidade vivida pela criança, concedendo-lhe uma proteção mais eficaz e adequadas às suas especiais necessidades.

Quanto ao caso em estudo, o testemunho da criança inserida em contexto familiar com o condenado pela prática do crime de abusos sexuais a menores, vislumbra ser da maior relevância.

Atendendo à sua maturidade, à capacidade de expressão e de raciocínio, avaliando, em concreto, se consegue distinguir a realidade da ficção, e com recurso a uma abordagem multidisciplinar, estaremos em condições de concluir se a convivência com o sujeito que abusa de outras crianças, representa um perigo ou um risco ao desenvolvimento saudável da criança que pretendemos defender. Ademais serão evidenciados os contornos e características da relação estabelecida entre o agressor e a criança sobre quem exerce responsabilidades parentais, ainda que esta não seja vítima do crime de abuso sexual.

---

<sup>57</sup> FRA, in *Resumo*, “(...) as provas recolhidas em alguns dos Estados-Membros mostram que, não raras vezes, as audições e audiências tem efeitos traumatizantes sobre as crianças.

Como já referimos em momento anterior, o Estado deve assegurar a continuidade das relações de afeto securizantes das crianças, aspeto que deve ter em conta no momento em que, mediante intervenção das entidades e órgãos competentes, seja de aplicar uma medida destinada a salvaguardar o superior interesse da criança.

O sucesso das práticas de audição de menores dependem em grande medida e, como já tivemos oportunidade de referir, da preparação técnica dos profissionais que a realizam e, neste sentido, têm vindo a ser adotadas certas estratégias no seio da União Europeia que mais do que não são do que regras e orientações pormenorizadas que auxiliam aqueles que têm como função a audiência de menores, contribuindo para que esta seja uma prática coerente, uniformizada e útil para as crianças e para a procura da solução mais justa.<sup>58</sup>

Propugnamos por um sistema de justiça que caminhe ao lado das crianças e que as trate como sujeito, com um estatuto que lhes reconhece direitos, interesses, capacidades e aptidões.

O Estado deve assegurar que as crianças são tratadas com respeito e de forma ajustada à sua condição, ao seu desenvolvimento e de acordo com as suas necessidades, por isso devem ser tidos em conta os seus pontos de vista e suas pretensões relativamente às situações em que estejam envolvidas.

É através da consciencialização da comunidade para a forma como perspetiva a criança, que não é um objeto moldável à vontade e expectativas dos adultos, mas um sujeito detentor de direitos, a quem é reconhecido um espaço de gradual autodeterminação, na medida em que se trata de um ser em formação, e por isso dependente em maior medida do cuidado de outros, os que sobre elas têm responsabilidades devem tão-só esforçar-se por dotá-los das ferramentas essenciais ao sucesso do processo de desenvolvimento e maturação.

Estas são as traves-mestras para a intervenção no âmbito do direito das crianças que deverá ser adaptada às suas características e especificidades, evitando, desde logo a exploração do sofrimento da criança no âmbito de um processo.

---

<sup>58</sup> FRA, *in Resumo*, pp. 5 - quanto à criação de tutoria conjunta e quanto á formulação de orientações para entrevistar crianças.

Para atingir tal desiderato não dispensamos o contributo de outras áreas científicas, já que é a abordagem da criança como um todo em interação, onde se combine o bem-estar físico e psicológico, com os interesses jurídicos, sociais e económicos, que permitem o equilíbrio e, conseqüentemente, a adoção da medida mais justa no caso concreto.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças de 17/11/2010.

## Conclusão

---

Vimos que as circunstâncias do caso concreto podem determinar a aplicação de diferentes medidas. Mas, independentemente das especificidades das situações da vida prática, o menor, cujos interesses pretendemos assegurar, deve encontra-se inserido num contexto de perigo, que se traduza na probabilidade de ocorrência de um dano.

Em face da importância dos interesses dos menores para comunidade em geral, estes assumem a natureza de bem jurídico comunitário e, sempre que haja probabilidade de vir a ser lesado, devem ser acionados os mecanismos de proteção e defesa destinados à sua salvaguarda.

De entre os mecanismos encontramos, não só os previstos na lei penal, enquanto ramo específico de defesa dos bens jurídicos comunitários que, pelo seu carácter constituinte do ordenamento jurídico, são dignos e merecedores de tutela de *ultima ratio*, a tutela penal, mas também no âmbito da promoção e proteção das crianças e jovens em perigo.

Temos, para nós, que este último tipo de intervenção poderá, em certas situações, ser apto a afastar a situação de perigo e permite alcançar soluções mais equilibradas, ajustáveis às características da criança, à sua relação com o progenitor e às suas necessidades de proteção.

Considerando as soluções previstas na lei, entendemos, desde logo, que aquela que prevê a inibição do exercício das responsabilidades parentais poderá não ser a que melhor se adegue aos interesses da criança. Admitindo que as relações estabelecidas entre a criança e o progenitor são de qualidade e, por isso, da maior relevância para aquela, o afastamento definitivo poderá gerar sentimentos negativos que comprometem o normal desenvolvimento da criança, já que, com forte probabilidade, irá estranhar a ausência de contactos com o progenitor inibido.

Entendemos assim, que a melhor solução poderá passar por aquela que permita o contacto entre criança e progenitor, desde que monitorizado por técnicos especializados que permitam aferir da qualidade dos contactos estabelecidos e o seu papel no desenvolvimento do menor.

Nos casos em que os progenitores, que exercem as responsabilidades parentais, estejam divorciados, é nosso entendimento que a guarda não deve ser atribuída àquele que foi condenado pela prática de abusos sexuais contra menores. Uma vez que a sua atuação e conduta anteriores são suscetíveis de colocar a criança numa situação de perigo, na medida em que não podemos afirmar com toda a certeza que os seus interesses e direitos são tutelados pelo instituto das responsabilidades parentais.

A solução propugnada haverá então de incidir ao nível do direito de visitas, já que, a final, acabará por garantir que o progenitor condenado pelos abusos sexuais continue a exercer, ainda que de forma condicionada, as responsabilidades parentais sobre os seus filhos e prestar auxílio ao progenitor detentor da guarda daqueles.

Nas situações em que a coabitação entre os progenitores, que exercem as referidas responsabilidades, se mantiver, a solução já deverá ser distinta, contudo, não vislumbramos razões para confiar plenamente os filhos ao progenitor que abusa de outras crianças.

Sob pena de ser uma solução demasiado exagerada, entendemos, ainda assim, ser justificável a aplicação de uma medida de proteção da criança, a executar, de preferência, em meio natural de vida, como a prevista no artigo 40º da LPCJP - “Apoio junto de outro familiar”. Esta poderá ser decretada a título cautelar, enquanto decorra o diagnóstico da situação da criança e termos subsequentes.

A nosso ver, a intervenção das entidades competentes deverá ser no sentido da educação parental para o melhor exercício das funções parentais, que se há-de refletir no afastamento da situação de perigo para o menor.

Resulta notória a importância de uma atividade coordenada e concertada quando esteja em causa a defesa dos direitos e interesses das crianças. Só uma abordagem individualizada, que encare a criança como um todo em constante dinamismo interno e externo, permitirá avaliar o estado físico e psíquico da mesma e, em conformidade, definir estratégias de intervenção que respeitem a sua individualidade, a sua condição e especiais necessidades.

Podemos destacar as áreas da psicologia, da sociologia, da assistência social como áreas em constante comunicação com o sistema judicial e a permuta de conhecimentos entres estas culminaria no incremento da especialização dos profissionais envolvidos, concedendo-lhe uma visão abrangente das várias componentes do desenvolvimento da criança e que estão envolvidas no processo, a partilha de experiências e de objetivos traduzir-se-ia na obtenção de uma decisão mais consciente e refletida por parte do juiz, já que toma em consideração, além da sua avaliação dos factos e das circunstâncias, os contributos das visões de outros ramos da ciências e que são indissociáveis do processo de desenvolvimento saudável e equilibrado do menor, e que o processo visa proteger e garantir.

As normas internacionais instam à cooperação e colaboração multidisciplinar e diversos países já formalizaram protocolos a incentivar esta prática, ainda que sejam conhecidas as dificuldades que este mecanismo acarreta, desde logo porque multidisciplinariedade não é inata, e porque as áreas em contacto são substancialmente distintas, quer quanto aos objetivos, metodologias e conteúdo. Mas é através da formação no sentido da colaboração entre os profissionais das diversas áreas que se garante que a justiça é adaptada e conforme às características e necessidades das crianças.

Em alguns dos Estados Membros da União Europeia, como no caso da Alemanha e da França, nos quais se encontram em prática certos mecanismos promotores deste diálogo interdisciplinar. Na França, a título de exemplo, foram criadas unidades especializadas multidisciplinares, médicas e judiciárias em hospitais em todo o país para auxiliar nos processos penais. E logo após o exame e no local do exame são realizadas audições e os exames médicos e psicológicos à criança, garantindo que o ambiente onde são levadas a cabo as diversas diligências é adequado às crianças e que assim se promove a celeridade do processo.

Não defendemos a delimitação tradicional entre jurídico e não jurídico, na medida em que o direito, porque tem de estar ao serviço das pessoas, deve adotar um método que parta da experiência concreta e das circunstâncias materiais e emocionais nas quais a criança se encontra inserida.

A família pode ser um “lugar de perigo” ainda que nenhum crime tenha sido praticado contra as crianças sobre quem o abusador exerce responsabilidades parentais, a verdade é que não podemos tomar como certo que o evento criminógeno não se repita e que vitimize aqueles sujeitos. Face aos impulsos sexuais anteriormente manifestados com as crianças vítimas dos abusos, é legítimo concluirmos pela ausência de controlo dos instintos libidinosos.

Vários fatores e processos permitem-nos as dificuldades de ajustamento das soluções previstas ao caso objeto do presente estudo. Entre estes fatores e processos incluem-se o contexto psicológico em que o conflito ocorre, as perceções e as interpretações da criança sobre a conduta do progenitor e a capacidade desta para lidar com o stress causado pelo conflito e, não mesmo importante, o suporte familiar.

É através da análise e reflexão de todos os aspetos envolvidos que podemos garantir um tratamento adequada e eficaz ao problema. resposta eficaz a um problema que começa a ter maior visibilidade.

A ausência de bases doutrinárias e jurisprudenciais, que incidam diretamente sobre a situação destas crianças, evidencia uma certa despreocupação social já que, quanto a estas, não há um atentado direto à pessoa.

Mas porque consideramos que as crianças relativamente às quais o condenado pela prática de abusos sexuais a menores, exerce responsabilidades parentais e é, por isso, responsável pelo seu desenvolvimento saudável e harmonioso, somos levados a refletir sobre o problema.

## Bibliografia

---

- ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. Lição proferida em 26 de Março de 2008 no I Curso de Filiação, Adoção e Proteção de menores na Faculdade Direito Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora. 1º Edição. Setembro de 2011.
- ALFAIATE, Ana Rita Samelo (2009). *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*. pp 125-145. Coimbra Editora.
- CHAVES, João Queiroga (2010). *Casamento, Divórcio e União de Facto (de acordo com as Leis nº29/2009, 103/2009, 9/2010 e 44/2010 e Decreto-lei nº121/2010*. 2ª Edição (Revista, actualizada e aumentada). Quid Iuris Sociedade Editora.
- CAMPOS, André (2012). *O abuso Sexual de Crianças no Código Penal*. Minerva Coimbra. pp. 203-205.
- CONFRARIA, Isabel e SILVA, Júlio Barbosa (2015). *Desafios para o Ministério Público no âmbito do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e Alterações à Lei de Proteção dos Jovens em Perigo*. Revista CEJ. N.2. pp. 97-121.
- COSTA, José de Faria (1992) *O perigo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 319 pp.
- COSTA, José de Faria (2015). *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4ª Edição. Coimbra Editora
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANTUNES, Maria João (2012). *Dos crimes contra as pessoas – Crimes contra a Autoderminação Sexual. Artigos 131º a 201º. Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial – Tomo I*. 2ª Edição. Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1989). *O sistema das "penas acessórias" no novo código penal português. Criminologia y derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*.
- DUARTE, Jorge e PIRES, Gonçalo da Cunha e Massena, Ana (2016). *As novas leis: desafios e respostas. Jornadas de Direito da Família*. CEJ. Ordem dos Advogados de Lisboa. Janeiro de 2016.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2017). *Justiça Adaptada às crianças: perspetivas e experiências dos profissionais*. Serviço de Publicações da Agência Europeia dos Direitos Fundamentais, 2017.
- FÁVERO, Marisalva Fernandes. *Sexualidade Infantil e abusos sexuais a menores*. Climepsi Editores, 2003.

- FERREIRA, Maria Elisabete (2018). *As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança*. JULGAR Online. Março de 2018.
- LEITÃO, Hélder Martins (2004). *Da ação de regulação do exercício do poder paternal, suspensão e inibição*. Almeida e Leitão Editora. pp. 251-301.
- MENEZES, António Cordeiro (2010). *Direito das Obrigações. Tomo III. Coimbra Editora*. 511 pp. MÓNACO, Gustavo Ferraz de Campos (2004). *A declaração Universal dos direitos da Criança e seus sucedâneos (Tentativa de Sistematização)*. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvia Iuridica* 80. Coimbra Editora. pp 102 e seguintes.
- PEREIRA COELHO, F.M. (1986). *Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Armando Leandro (11.1.1985) Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária*.
- POSNER, A. RICHARD (1992). *Sex and Reason*. Harvard University Press. pp 396 e 397.
- SANI, Ana Isabel (2006). *A vitimação indireta de crianças em contexto familiar: Análise Social*, vol. XLI (180). pp. 849-864.
- SOTTOMAYOR, Clara (2016). *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*. 6ª Edição Revista, Aumentada e Atualizada. Almedina
- SOTTOMAYOR, Clara (2014). *Temas de Direito das Crianças*. Almedina
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2007). *A família de facto e o interesse da criança*. Boletim da Ordem dos Advogados. Nº45.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2003). *O poder paternal e os direitos da Criança. Cuidar da Justiça e Jovens - A Função dos Juízes Sociais - Actas do Encontro*. Coimbra, Almedina. pp. 28-33.
- TOMÁS, Catarina. *Convenção dos Direitos das Crianças: reflexões Críticas. Infância e Juventude*. Lisboa. Nº4. pp 121 - 145.
- XAVIER, Rita Lobo (2009). *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Edições Almedina.

## Jurisprudência

---

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 13-07-2006 (Fernando Baptista), *processo n.º 0633817*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 13-04-2011 (Eduarda Lobo) *processo: 476/09.0PBBGC.P1*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora 16-06-2016 (Conceição Ferreira) *processo: 390/10.7TBCCH-D.E1*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora 25-06-2015 (Rui Machado e Moura), *processo: 404/11.3TMSTB-B.E1*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães 29-01-2003 (Bernardo Domingos), *processo: 1581/02-1*, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 16-11-2010 (Teles Pereira), *processo: 2134/09.7TBCTB.C1*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal Justiça 9-01-2008 (Armando Monteiro), *processo: 07P3748*, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).