

DO CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR NAS “NOVAS” REALIDADES FAMILIARES

ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS

A realidade fáctica e jurídica existente no século XXI conduz, por vezes, a conflitos familiares que podem afectar as crianças, não tendo o legislador olvidado a sua situação de especial fragilidade em razão da idade.

A forma como o Direito Penal protege as crianças quando esteja em causa a continuidade das suas relações com quem é titular do poder-dever de as proteger, *v. g.*, os progenitores, constitui o objecto do presente trabalho, apresentando uma visão crítica dos vários institutos, nomeadamente contrapondo o crime de sequestro e o crime de subtracção de menor, e apresentando sugestões de resolução de casos práticos inseridas no contexto de todo o ordenamento jurídico tanto nacional como internacional.

1. INTRODUÇÃO

O CC prevê que os menores¹ de dezoito anos são incapazes — cf. art. 123.º do CC. Isto é, podem já dispor de capacidade de gozo, ser titulares de direitos, sem todavia ainda terem capacidade de exercício, possibilidade de exercerem esses direitos por si só.

O legislador, tendo em conta que a maturidade do indivíduo, que lhe permite tomar decisões com consciência das suas implicações, se vai adquirindo ao longo da vida, fixou um limiar de idade — em regra² dezoito anos —, antes do qual o sujeito é menor, ou seja, não tem capacidade para exercer direitos autonomamente.

Antes de atingir a maioridade, o sujeito carece de alguém que o pro-

¹ Reservamos o conceito de menor para as situações em que a tónica assenta na incapacidade de indivíduos para agirem autonomamente em função da idade. Os conceitos de criança e de jovem, consoante o indivíduo tenha idade inferior ou superior a doze anos — cf. art. 1.º da LTE — têm a virtualidade de enfatizar que no Direito da Família, ou melhor, no Direito das Crianças e dos Jovens, todas as normas estão dirigidas para alcançar o interesse superior desse indivíduo que ainda não atingiu a maioridade.

² Existem casos de “maioridade especiais”, ou seja, de excepções ao princípio da incapacidade geral dos menores em que o legislador antecipou a plena capacidade de exercício que se adquire com a maioridade, *vide* GUILHERME DE OLIVEIRA, “O aceso dos menores aos cuidados de saúde”, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 226.

teja, diligencie pelo seu sustento e segurança, ao mesmo tempo que o representante na interacção com a sociedade, e que tome as decisões que o menor, por ser incapaz, não se encontra em condições de tomar.

A forma de suprir a incapacidade do menor, em primeira linha, são as responsabilidades parentais e, na circunstância de estas não poderem operar, a tutela³. Estes institutos prevêm, por um lado, quem diligenciará por proteger e cuidar do menor e, por outro, quem o representará⁴.

Todavia, as relações interpessoais existentes no lar do menor encontram-se marcadas pelo devir da realidade social que encontram eco, por exemplo, nos institutos civis do divórcio e de separação de pessoas e bens, ou traduzem-se em novas formas de família marcadas ora pela separação de facto dos progenitores, ora por terceiros a assumirem o exercício das responsabilidades parentais⁵.

As “novas realidades familiares” conduziram a que o legislador as regulasse expressamente — cf. arts. 1901.º e segs. do CC no que concerne à protecção e representação do menor —, contudo, isso não afasta definitivamente os conflitos familiares que podem pôr em causa o bem-estar da criança/jovem e que consubstanciam uma das várias “patologias familiares”⁶.

A subtracção de menores tem vindo a ganhar especial destaque na sociedade⁷, não sendo raro o alarme social que gera, ganhando o interesse dos

³ O CC prevê algumas situações em que a tutela é obrigatória reconduzindo-se todas elas a casos em que o poder paternal não pode ser exercido — cf. art. 1921.º

⁴ Sobre o tema, centrando-se na questão da sujeição de menores a acto médico, cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos”, *RMP* 118, pp. 123 a 155.

⁵ A matéria do exercício das responsabilidades parentais encontra-se regulada nos arts. 1901.º e seguintes do CC, tendo o legislador expressamente previsto as situações em que os progenitores são casados entre si, somente um dos progenitores está vivo, estão divorciados entre si, separados judicialmente de pessoas e bens, o seu casamento foi declarado nulo ou anulado, estão separados de facto, vivem em condições análogas às dos cônjuges, não se encontram casados entre si nem vivem em união de facto, a filiação está estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, tendo a criança nascido fora da constância do casamento, e o caso de a criança ter sido confiada a terceira pessoa. Fora do CC ainda se previu a situação de ser aplicada à criança a medida de promoção e protecção de acolhimento familiar, de acolhimento em instituição ou de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção — arts. 35.º, n.º 1, als. e), f) e g), e 45.º e segs. da LPCJP.

Ainda no âmbito do CC, não se pode olvidar o caso da confiança judicial com vista a futura adopção prevista no art. 1978.º, vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A Nova Lei da Adopção”, in *Direito e Justiça*, vol. XVIII, 2004, t. II, pp. 241 e segs., *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 50 e segs.; MARIA DULCE ROCHA, *Adopção. Consentimento: conceito de abandono*, *Revista do Ministério Público*, n.º 92, 2002, pp. 93 e segs.; FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de direito da família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 278 e segs.

⁶ O universo das patologias familiares é extenso passando desde as discussões entre cônjuges até à violência doméstica, maus tratos físicos e/ou psíquicos, exploração sexual, laboral e, inclusive, abandono, cf. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia: Titant lo Blanch, 2003, p. 13.

⁷ Os dados estatísticos oficiais disponíveis in www.dgpj.mj.pt espelham que entre 2002 e 2006 foram constituídos 70 arguidos, dos quais somente 32 foram condenados e 10 absolvidos, tendo 13 processos findado com desistência de queixa.

meios de comunicação social que veiculam opiniões do cidadão comum que flutuam ao sabor dos factos: ora tomando o partido do agente subtracção⁸, ora das pessoas que se viram privadas do contacto com a criança/jovem.

Sem se ter a pretensão de exaustão, incompatível com um trabalho desta dimensão, as questões penais que se prendem com esta temática necessariamente não podem olvidar os institutos substantivos e mecanismos processuais existentes no nosso ordenamento jurídico que cerceiam os contornos do tipo legal previsto no art. 249.º do CP.

Os restantes crimes que, de certa forma, possam incidir nos comportamentos contemplados pelo crime de "subtracção de menor" igualmente terão de ser chamados à colação, bem como, face à facilitação de deslocação transfronteiriça de pessoas, os instrumentos processuais internacionais, vigentes quer no espaço comunitário⁹, quer no espaço extra-comunitário.

Em toda a análise, sublinhe-se, a pedra de toque na busca das soluções para os problemas que se suscitaram não poderá deixar de consistir no interesse superior da criança.

2. OS PROBLEMAS

O legislador, consciente de que uma criança não tem capacidade física nem maturidade emocional e psíquica para cuidar de si, de forma autónoma e independente, criou institutos que suprem a incapacidade natural daquela.

Isto é, todo o Homem tem personalidade jurídica enquanto destinatário e centro de imputação de normas jurídicas¹⁰; todavia, nem todos os seres humanos podem agir da mesma forma no palco do Direito¹¹.

Primeiro, nem todo o Homem tem capacidade jurídica entendida como "*medida concreta de direitos e de deveres de que se possa, respectivamente, a ser titular e destinatário*"¹².

Segundo, o conceito de capacidade subdivide-se em capacidade de gozo e de exercício. Aquela engloba a "*medida das posições jurídicas que se possam **encabeçar***", esta última reflecte a "*medida das posições jurídicas que se possam **exercer** pessoal e livremente*"¹³⁻¹⁴.

⁸ Vide o denominado caso "Esmeralda" objecto de decisão pelo acórdão do STJ de 10.01.2008, processo n.º 07P3227, disponível in www.dgsi.pt.

⁹ Ou se se preferir, dado que por força do Tratado de Lisboa a União substituiu e sucedeu à Comunidade Europeia, da União Europeia.

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral, I*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 202.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral, III*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 292.

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ *Idem*, p. 294.

¹⁴ PAULO CUNHA foi quem consolidou a distinção entre estes conceitos, não obstante as revisões operadas no Anteprojecto do CC de MANUEL DE ANDRADE virem misturar os conceitos de personalidade e capacidade nos arts. 66.º e 67.º, dado que, aparentemente, ambos os conceitos assumem uma noção qualitativa. MENEZES CORDEIRO propõe uma interpretação actualista no sentido de que no art. 67.º, onde é referido que a capacidade jurídica consiste na possi-

No âmbito da capacidade de exercício a lei define menor como sendo aquele que ainda “*não tiver completado dezoito anos de idade*” — art. 122.º do CC —, estipulando que “*os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos*” — art. 123.º do CC. Este último preceito, porém, salva-guarda as chamadas “maioridades especiais”, caracterizadas por constituírem excepções ao princípio geral da incapacidade dos menores, reconhecendo-lhes, nessas situações, autonomia para exercer o direito ou dever.

A incapacidade dos menores é suprida pelas responsabilidades parentais e, subsidiariamente, quando se verifique alguma das situações previstas no art. 1921.º do CC, pela tutela — arts. 124.º e 1877.º do CC.

A concepção de responsabilidades parentais, e conseqüentemente da tutela, tem vindo a sofrer mutações no sentido de não ser perspectivado como um direito potestativo dos pais decorrente do direito constitucional de constituir família — cf. art. 36.º, n.º 1, da CRP —, mas antes um poder-dever de educação e de manutenção dos filhos — n.º 5 do citado preceito —, em que o interesse superior da criança perpassa por todo o instituto.

Actualmente, as responsabilidades parentais são caracterizadas como assumindo “*um cariz altruísta, que se concretiza na relação e na comunicação com os filhos, no respeito pela sua personalidade assim como na atitude de colocar os interesses dos filhos acima dos seus*”¹⁵. As responsabilidades parentais traduzem um poder funcional¹⁶, englobam um conjunto de faculdades dos pais que não estão na livre disponibilidade destes, mas que têm de ser exercidas de forma vinculada, de harmonia com “*o objectivo principal de protecção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral*”¹⁷.

As responsabilidades parentais como poder-dever são reconhecidas no art. 36.º, n.º 5, da CRP, e no art. 18.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)¹⁸, e no próprio art. 1885.º do CC, em que é patente a

bilidade de se ser sujeito de relações jurídicas, a lei ainda se está a referir à personalidade jurídica, desempenhando o vocábulo “quaisquer” o papel quantitativo próprio da capacidade. Isto é, a lei nesse preceito acaba por prever que as pessoas podem, *potencialmente* — e não de facto —, ser titulares de todas as situações jurídicas, o que corresponde à definição de capacidade de gozo. A capacidade de exercício encontrar-se-ia prevista nos arts. 122.º e segs. do CC, *idem*, pp. 295-297.

¹⁵ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2003, pp. 23, 25 e 26.

¹⁶ Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o instituto em análise era apelidado de “poder paternal”. Foi justamente o facto de ser pacífico que este assumia a natureza de poder funcional que levou MARIA CLARA SOTTOMAYOR (*op. cit.*, pp. 19-20) a sugerir que se usasse antes as expressões “responsabilidade parental” e “cuidado parental”. Tendo isso em conta, a referida lei alterou a denominação do instituto para “responsabilidades parentais”, cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 72/X/3, de 17.04.2008, p. 8.

¹⁷ ARMANDO LEANDRO, “Poder paternal, natureza conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 119.

¹⁸ Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

função altruísta dos titulares dessas responsabilidades parentais e que é confirmada pela definição do conteúdo legal das mesmas vertida no art. 1878.º, n.º 1, do CC.

Tendo em conta as responsabilidades parentais nesta perspectiva, o legislador, em consonância, consagrou expressamente um direito à autonomia dos filhos de acordo com o seu grau de maturidade — os pais, “*de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida*” — art. 1878.º, n.º 2, do CC.

No fundo, as alterações que as responsabilidades parentais têm sofrido nas suas feições permitem afirmar que, hodiernamente, “*as crianças e os adolescentes adquiriram já um verdadeiro estatuto de cidadania mesmo dentro da família!*”¹⁹.

Estas constatações conduzem-nos a questionar se o “objecto material” sobre o qual incide a conduta do agente do crime de subtração de menor reveste a forma de qualquer indivíduo que ainda não tenha perfeito dezoito anos de idade, independentemente de ter ou não concordado com a conduta de subtração, ou se, pelo contrário, a lei portuguesa, nesta matéria, tendo em conta que em certas situações se justifica a contemplação de situações de “maioridade especial”, prevê uma condição de exclusão da tipicidade²⁰ e, em caso afirmativo, em que moldes.

Não suscita dúvidas que o sujeito activo²¹ do crime de subtração de menor pode ser qualquer indivíduo, inclusive um dos próprios progenitores, trata-se, pois, de um **crime comum**²².

¹⁹ ROSA CÂNDIDO MARTINS, “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 anos do CC e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 793.

²⁰ É de notar que a verificar-se no caso enunciado no texto uma causa de exclusão da tipicidade não se confunde com a causa de justificação prevista nos arts. 31.º, n.ºs 1 e 2, al. d), e 38.º do CP. Na primeira hipótese a situação simplesmente encontra-se arredada do âmbito de aplicação da norma sancionatória; na segunda, um comportamento que à partida seria valorado negativamente pelo Direito deixa-o de ser, cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 265 e segs.

²¹ O conceito de sujeito activo não se confunde com o conceito de autor, embora acabem por estar interligados. O primeiro é «un elemento de la *formulación* del tipo. El concepto de *autor* atiende, por el contrario, a la *realización* del tipo. (...) En resumen: en la *proposición normativa* no hay autores, sino *sujetos activos*; y, a la inversa, en la *realidad* no hay sujetos activos, sino *autores*. (...) Pero, que sujeto activo y autor sean categorías conceptuales distintas, no significa que se hallen desconectadas. El sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los *posibles autores*. De manera que no podrán ser autores de la correspondiente figura de delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto en la fórmula legal», Cobo del Rosal / Vives Antón (1999), pp. 353-354. Na doutrina nacional, a propósito da classificação de crime específico, Figueiredo Dias fala em *elementos típicos do agente* ou *do autor*, *TEXTOS DE DIREITO PENAL. DOCTRINA GERAL DO CRIME*, COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 2001, p. 26, e *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 287, respectivamente.

²² Sobre as diversas nomenclaturas e respectivos conceitos no que respeita à classificação dos crimes com base no sujeito activo, cf., por todos, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O crime*

Por seu turno, estamos perante um **crime de resultado**²³ dado que, para que o tipo de ilícito se verifique, é necessário que o menor fique privado do “domínio de facto”²⁴ de quem tem a sua guarda (v. g., pai, mãe, avós) ou daqueles a quem foi confiado (v. g., art. 35.º, als. e), f) e g), da LPCJP) contra a vontade deste(s) último(s).

Isto permite que o crime seja praticado por omissão por força da cláusula de extensão da tipicidade prevista no artigo 10.º, n.º 2, do CP²⁵. Atente-se no caso de subtracção de menor cujo progenitor que não tem a guarda, ou outrem (v. g. uma ama, uma tia), nada faz para o impedir, sem que esteja de conluio com o subtracção, mas que aproveita o facto para atingir emocional e psiquicamente o progenitor que a tem, sem deixar de representar e querer que este último se veja privado do seu exercício. Nesta situação aquele progenitor, ou aquela ama, ou aquela tia pratica o crime, revestindo este a forma de **omissão impura** ou **imprópria**²⁶.

Sendo um crime de resultado poderá, em abstracto, ocorrer uma mera tentativa da prática do mesmo, porém, face à moldura penal não será punida — cf. art. 23.º, n.º 1, do CP.

Não obstante tratar-se de um crime comum, esta reflexão não pretende abarcar todos os comportamentos penalmente ilícitos previstos no art. 249.º do CP, mas tão-só a temática específica da subtracção de menor por um dos próprios progenitores, sem prejuízo de, a título incidental, acabar por fazer-se alusão aos demais comportamentos encerrados no tipo de garantia.

Na verdade, é nesta matéria que o crime ganha maior acuidade, porquanto, como já foi afirmado na jurisprudência portuguesa, apesar de o menor não gozar de capacidade de exercício de todo e qualquer direito de que é titular, se o mesmo se vir privado por outrem da sua liberdade haverá um curso aparente de ilícitos, sendo o agente punido por um crime de sequestro ou um de rapto, respectivamente previstos nos arts. 158.º e 161.º do CP²⁷.

Não se está com isto a afirmar que estes últimos crimes são insusceptíveis de serem praticados por um dos progenitores de um menor, pois a

de fraude fiscal: um contributo para a configuração do tipo objectivo de ilícito a partir do bem jurídico, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 251 e segs.

²³ A classificação crime de resultado *versus* crime de mera actividade não se confunde com a de crime de dano *versus* crime de perigo (abstracto, abstracto-concreto ou concreto), cf., por todos, FARIA COSTA, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 569 e 620 e segs., e, a propósito do crime de fraude fiscal, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 213 e segs.

²⁴ Domínio de facto que não se confunde com contacto físico. Para haver crime não é necessário que a criança seja subtraída da sua residência habitual, bem como o poder-dever das responsabilidades parentais e figuras afins pode ser exercido sem que o menor necessariamente esteja fisicamente no mesmo lugar em que o seu titular se encontra. Basta pensar, por exemplo, que a criança pode ser subtraída da casa de uma vizinha dos progenitores.

²⁵ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 45, n.ºs 1-2, 2001, pp. 1261 e segs.

²⁶ *Idem*, pp. 1280 e segs.

²⁷ Cf. acórdão do STJ de 10.01.2008, processo n.º 07P3227, disponível in www.dgsi.pt.

conduta que prive o filho da sua liberdade ambulatoria, ultrapassando o exercício das responsabilidades parentais, eventualmente traduzirá um desses ilícitos mas, por se tratar de um conflito familiar, a situação ganha contornos específicos que o Direito se vê desafiado a resolver.

O drama cresce exponencialmente se atendermos a que ambos os progenitores, à partida, nutrirão afecto pelo menor e agirão movidos por aquilo que consideram ser o seu direito na qualidade de progenitor, em prejuízo do direito do progenitor que “fica para trás”²⁸, e por permeio a criança que se vê afastada da sua residência habitual, do seu centro de vida habitual, com as (eventuais) inerentes consequências no seu desenvolvimento físico e psíquico²⁹.

No fundo, o crime de subtracção de menor praticado por um dos progenitores envolve uma relação triangular, carecendo o bem-estar emocional e físico de todos os sujeitos da rápida consolidação da situação da guarda da criança: seja a anteriormente estabelecida voltando a criança a ser entregue aos cuidados do progenitor “deixado para trás”, seja, pelo contrário, uma nova que se venha a fixar.

A premência de uma actuação célere das autoridades confronta-se ainda eventualmente com mecanismos processuais internacionais.

Ora, no caso português, ao contrário do que sucede no espanhol, independentemente de o crime de subtracção de menor ser reconduzível a uma das situações do catálogo³⁰, a sua moldura penal afasta desde logo que a República Portuguesa possa emitir um mandado de detenção europeu sem que o mesmo seja sujeito ao escrutínio da dupla incriminação — cf. arts. 2.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, e 2.º, n.ºs 1 e 2, da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI).

Aqui reside um exemplo em que, quando a subtracção envolva contornos transfronteiriços, urge aferir se existem outros mecanismos de tutela da situação deixando o problema, por conseguinte, de ser interno.

Por fim, a pena do crime de subtracção ainda suscita questões ao nível da própria investigação ou de afastamento do perigo de repetição da conduta — está, desde logo, afastada a possibilidade de aplicar as seguintes medidas de coacção: suspensão do exercício das responsabilidades parentais³¹,

²⁸ O chamado, na cultura anglo-saxónica, progenitor “left behind”.

²⁹ É de notar que, caso se apure que concomitantemente, para além da violação do bem jurídico tutelado pelo crime de subtracção de menor, este último ficou com sequelas físicas ou psíquicas, ou o progenitor que “ficou para trás” viu a sua saúde afectada, poderemos estar perante uma situação de concurso efectivo de crimes, não se podendo olvidar, consoante a forma como o crime foi perpetrado, o retirar a criança do seu lar por parte do progenitor “não guardião”, podendo envolver um caso de violência doméstica — cf. art. 152.º do CP.

³⁰ Cf. acórdão do STJ de 04.01.2007, processo n.º 06P4707, disponível in www.dgsi.pt. Trata-se de uma matéria que, dado o teor da Decisão-Quadro, os Tribunais nacionais poderão ter de recorrer ao mecanismo de reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do TFUE.

³¹ Esta medida de coacção encontra-se arredada não só por força da moldura penal abstracta como também por, ao contrário do que sucede com o crime de violência doméstica previsto

proibição de contactos ou de permanecer em determinados locais, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva [cf. arts. 199.º, n.º 1, al. b), 200.º, n.º 1, 201.º e 202.º do CPP], e de recorrer a escutas telefónicas ou afins — cf. arts. 188.º e 189.º do CPP —, bem como de saber se a pena de multa ou de prisão são suficientes para cumprir as finalidades da pena, mormente de prevenção geral negativa e de prevenção especial negativa.

O art. 225.º *bis* do CP Espanhol encerra como pena acessória a inibição do exercício das responsabilidades parentais por um período de quatro a dez anos. Opção diversa foi tomada pelo legislador português, pelo que cumpre saber se os mecanismos não penais são suficientes para proteger a criança³²⁻³³ de se ver ameaçada pelo próprio progenitor tanto no presente como no futuro.

Atentos os interesses em causa, não se poderá deixar de se questionar se o crime deverá continuar a ser semi-público ou se, como acontece com outro crime apelidado pelo legislador de contra a família — o de bigamia — previsto no art. 247.º do CP, ou de outros praticados no seio familiar, como é o caso do da violência doméstica previsto no art. 152.º do Código Penal, deveria passar a ser um crime público.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: AVANÇOS E RECUOS?

O crime de subtracção de menor já se encontrava previsto de forma autónoma³⁴ no CP de 1886, conhecido pelas suas elevadas molduras penais abstractas, nos arts. 342.º e seguintes, passando a ser um crime semi-público no CP de 1982, realidade que se manteve até aos dias de hoje, apesar de a moldura penal ter oscilado nas diversas alterações ao diploma, resultando, hodiernamente, a sua redacção da que lhe foi conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

A Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, aumentou a moldura penal abstracta prevendo que o crime fosse, em regra, punido somente com pena de prisão de um a cinco anos, e, caso o agente do crime fosse ascendente, adoptante ou tivesse exercido a tutela sobre o menor, a pena coincidiria com aquela prevista no CP de 1995.

e punido no art. 152.º, n.ºs 1 a 6, do CP, não se prever como sanção acessória a inibição do exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela.

³² Aqui ganha um particular papel não tanto a dignidade do bem jurídico tutelado, mas principalmente a necessidade de se recorrer a sanções de natureza penal para prevenir e reprimir o crime à luz do princípio da proporcionalidade e de *ultima ratio* do Direito Penal previstos no art. 18.º, n.º 2, da CRP — cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2001, p. 464.

³³ Como se verá *infra*, o crime de subtracção de menor encontra a sua legitimidade e justificação na protecção da criança, pelo que na ponderação das espécies de pena a aplicar, quer *de iure condendo*, quer *de iure condito*, não se pode ser indiferente às repercussões destas no desenvolvimento são e harmonioso daquela, sob pena de se frustrarem as finalidades da incriminação.

³⁴ Sobre a discussão na Comissão Revisora de manter ou não a autonomia do crime de subtracção de menor por contraponto à tutela fornecida pelos restantes crimes, *vide Código Penal: Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1993, p. 291.

Todavia, a citada lei de 2008 voltaria a fixar a moldura penal abstracta na pena de prisão até dois anos ou, em alternativa, na pena de multa até duzentos e quarenta dias.

Esta mudança de paradigma sancionatório não encontra qualquer explicação na discussão do diploma.

Igualmente se alterou, sem explicação aparente, o projecto inicial que previa a punição do incumprimento do regime fixado sobre o exercício das responsabilidades parentais como crime de desobediência nos termos da lei penal³⁵.

Trata-se de alteração que ocorreu na discussão na especialidade, tomando-se a opção de alterar a redacção do art. 249.º do CP com a introdução da redacção actualmente em vigor da al. c).

Como se verá *infra* esta última opção é de aplaudir; já no que concerne à mudança da moldura penal abstracta, uma vez que entendemos que o crime de subtracção de menor não se reconduz ao catálogo³⁶ previsto nos arts. 2.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, e 2.º, n.ºs 1 e 2, da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI), não se critica a mesma, não se podendo afirmar que se tenha posto em causa a perseguição internacional deste crime.

O alarme social não constitui fundamento para a elevação das penas, pois é consabido que, em regra, não é por se agravarem as penas que se consegue que o comportamento ilícito deixe de ser praticado, sendo necessário tecer considerações de proporcionalidade; veja-se o caso do tráfico de produtos estupefacientes e a mudança de postura dos nossos Tribunais que, passada uma fase de aplicação de penas pesadas, actualmente as graduam consoante, entre outras considerações, a ilicitude dos factos.

Impacto incontestável da opção de voltar a reduzir os limites da moldura penal abstracta reside, como *supra* se destacou, no leque de institutos a que se pode recorrer no âmbito da investigação ou do afastamento do perigo de repetição da conduta.

4. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

O crime de subtracção de menor traduz, naturalmente, um drama familiar que ganha contornos específicos quando o seu autor é o progenitor que não detém a guarda da criança, o progenitor “não guardião”³⁷.

³⁵ Cf. art 2.º do Projecto de Lei n.º 509/X (3.ª).

³⁶ A interpretação desse catálogo, na senda do diploma que o aprovou de criar um espaço europeu em que se tenta preservar um núcleo de valores comuns próprios da “cidadania europeia”, deve ser feita mediante recurso à “interpretação consensual”, de buscar denominadores comuns existentes nos vários Estados-Membros. Em caso de dúvida, os Tribunais nacionais deverão recorrer ao reenvio prejudicial — cf. art. 267.º do TFUE.

³⁷ Continuamos a utilizar o termo guarda por consistir em conceito técnico-jurídico que tem a virtualidade de resumir os deveres de quem reside com a criança, sem afastar, à semelhança

Nesta última situação pode-se afirmar que subjacente à prática do crime existe uma **relação triangular** cujas soluções para o problema, quer sejam preventivas, quer sejam reactivas, quer sejam de restabelecimento da paz social, não podem, jamais, olvidar esta peculiaridade.

Na verdade, o conflito familiar pode ser dividido em três estádios ou fases³⁸.

Num primeiro, que poderá ou não ocorrer no caso concreto, a tónica assenta na ameaça, logo, a actuação do legislador e das instâncias formais de controlo tem como pedra de toque a prevenção.

O autor do crime ameaça que irá levar a criança do seio do seu lar, ou que não a devolverá ao mesmo, ou o progenitor “deixado para trás” tem a suspeita, a convicção de que isso irá acontecer.

Nesta matéria é de questionar de que mecanismos o nosso ordenamento jurídico dispõe para fazer face a este perigo, para obstar a que a subtracção efectivamente se concretize. De que forma as providências cautelares cíveis e do Direito da Família³⁹ permitem afastar esse perigo? De que forma os institutos do Direito da Família reagem prontamente? Até que ponto o controlo nos aeroportos de entradas e saídas é suficiente para obstar ao embarque de uma criança nesses termos? Em que medida os institutos de repressão e de restabelecimento da situação posta em crise são suficientemente dissuasores do concretizar do perigo?

O segundo estádio reside na subtracção propriamente dita, isto é, da consumação do perigo de subtracção da criança. Aqui a tónica reside na devolução o mais rapidamente possível da criança ao seu lar, podendo surgir problemas de aferir se a subtracção foi, de facto, ilícita ou se traduz uma protecção exacerbada da criança.

A par deste problema surgem outros relacionados com o apurar do paradeiro da criança e a forma de a fazer regressar à sua residência habitual sem que seja sujeita a qualquer ulterior moléstia. A intervenção de órgão de polícia criminal poderá envolver uma nova ofensa à saúde psíquica da criança, que se vê perante um cenário em que o progenitor agente do crime se recusa a devolvê-la e a polícia intervém. Naturalmente que se aconselha, na medida do possível, que as forças policíacas não se encontrem uniformizadas e a intervenção de técnico habilitado a lidar, imediatamente, com qualquer trauma da criança resultante de toda a situação⁴⁰.

do que já ocorria antes das alterações introduzidas no regime das responsabilidades parentais pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o outro progenitor do papel de educador e, *maxime*, de progenitor. Contudo, se a ausência de qualquer referência no texto legal à palavra guarda tem como objectivo sensibilizar os progenitores para que ambos são guardiões do bem-estar e desenvolvimento são e harmonioso da criança, não podemos deixar de aplaudir a opção legislativa.

³⁸ Cf. ADOLFO ALONSO CARVAJAL, “Los Aspectos Penales”, in *La Sustracción Interparental de Menores*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 114 e segs.

³⁹ Cf. art. 157.º da OTM.

⁴⁰ De resto, como expressamente se previu no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais dado o seu melindre — cf. arts. 152.º, n.º 6, e 179.º, al. a), do CP.

Por fim, o terceiro estágio consiste não só no restabelecimento da paz social, como também na readaptação da criança e da família à nova situação. Aqui ganham particular acuidade tanto as espécies de penas que podem ser aplicadas, como todo um trabalho de prevenção do risco de ocorrer uma nova subtração. Além dos traumas que todo o caso certamente gerou, a relação triangular ficou posta em causa, sendo de todo pertinente uma intervenção que permita restabelecer laços quebrados ou repor a confiança.

A eficácia com que o sistema reagiu à subtração ganha particular importância. No entanto, surgem questões que se prendem com as relações entre progenitores e entre estes e a criança. Até que ponto é aconselhável restabelecer, por exemplo, um regime de visitas com o autor do crime? Como preservar o bem-estar da criança sem voltar a pô-la em risco a uma ulterior subtração?

Deverá ser o Direito Penal a dar resposta a estas questões ou o Direito da Família dispõe dos instrumentos necessários para as solucionar de forma satisfatória?

5. O BEM JURÍDICO TUTELADO

Não obstante estarmos no âmbito do Direito Penal Clássico ou de Justiça, os contornos do bem jurídico na doutrina não são unânimes⁴¹.

Há quem afirme que aquilo que se protege com a incriminação consiste na segurança da criança, que se vê afastada do lugar da sua residência habitual onde se encontra entregue aos cuidados de quem tem a sua guarda ou a cujos cuidados se encontra entregue⁴².

Ou, em sentido similar, na violação de uma especial protecção de que a criança beneficiava com a guarda, a qual se vê, assim, posta numa situação de especial vulnerabilidade⁴³.

Há quem, diversamente, afirme que se protegem os poderes que cabem a quem está encarregue da criança, embora a razão de ser dessa protecção seja o bem-estar desta⁴⁴.

Em sentido similar, há quem afirme que se protege o “poder paternal ou de tutela”, embora reconheça, quando exista exercício conjunto acabe o bem jurídico por se reconduzir à guarda⁴⁵.

⁴¹ Sobre o tema por comparação com o “Direito Penal Secundário”, vide ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O Crime de Fraude Fiscal...*, pp. 67 e segs.

⁴² J. J. GONZÁLEZ RUS, in M. COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 413.

⁴³ J. L. Díez RIPOLLÉS, in Díez RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 1142.

⁴⁴ J. M. DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 614.

⁴⁵ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 657.

Por fim, tendo em conta a inserção sistemática do crime, há quem defenda que o bem jurídico consiste na pertença da criança a determinado agregado familiar, o que traduziria simultaneamente o interesse da criança no seu correcto desenvolvimento e evolução e o dos pais a tê-la na sua companhia⁴⁶.

O art. 229.º do CP pune o crime de subtracção com pena de multa ou de prisão.

Ora, o direito ao património e à liberdade ambulatoria têm assento constitucional⁴⁷, pelo que somente podem ser afectados, restringidos, na medida do indispensável; o que vale dizer, gozando do regime de direitos, liberdades e garantias, para que sejam de alguma forma violados ou o seu âmbito de protecção restringido, tem de estar em causa a violação de outro direito fundamental⁴⁸.

Como foi *supra* referido, as responsabilidades parentais enformadas pelo Texto Fundamental consubstanciam um poder-dever, cujo exercício se encontra direccionado para o bem-estar da criança, para, por um lado, os cuidados a serem prestados à mesma, incluindo alimentação, vestuário, educação, saúde, etc., e, por outro, para o objectivo de lhe dar afecto.

A lei reconhece que as pessoas que devem prestar esses cuidados e afecto à criança deverão ser os progenitores, salvo situações em que os mesmos a ponham em sério perigo — cf. arts. 1913.º e segs. e 1978.º e segs. do CC e 35.º e segs. da LPCJP.

Quando os progenitores não habitem na mesma casa, é necessário fixar uma residência à criança e determinar com quem passará a viver.

Naturalmente que as questões do quotidiano, *v. g.*, alimentação, vestuário, higiene, serão, em regra, tomadas pelo progenitor com quem a criança reside, sem prejuízo de as questões de particular importância para a vida da criança serem exercidas em comum por ambos os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta — cf. artigo 1906.º, n.º 1, do CC.

Tanto na existência de acordo como na falta do mesmo, o Tribunal⁴⁹ deverá apurar qual o progenitor que melhor garante esses cuidados, que envolvem um cuidar permanente, e com quem a criança emocional e psicologicamente se sentirá melhor a morar a título permanente⁵⁰.

O exercício das responsabilidades parentais continuará, em regra, a

⁴⁶ P. LLORIA GARCÍA, “La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar”, in *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, P. LLORIA GARCÍA (dir.), Madrid: Iustel, 2008, p. 42.

⁴⁷ Cf. arts. 27.º, n.º 2, e 62.º da CRP.

⁴⁸ Com uma fundamentação mais extensa, *vide* ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O crime de fraude fiscal...*, pp. 54 e segs.

⁴⁹ Nem sempre essa fiscalização é efectivamente realizada. Por exemplo, nos processos de divórcio por mútuo consentimento ou de regulação das responsabilidades parentais propostos em Conservatória do Registo Civil, cabe ao Ministério Público aferir se o acordo salvaguarda o interesse superior da criança, podendo encetar as diligências que entender — cf. artigo 1776.º-A do CC. No entanto, na prática, a fixação do progenitor com o qual a criança viverá acaba por assentar na presunção de que o acordo traduz a melhor opção na falta de notícia do contrário.

⁵⁰ Nesta matéria ganha particular acuidade o critério da “figura primária de referência” como forma de prosseguir o princípio do superior interesse da criança, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício do poder paternal...*, pp. 53 e segs.

caber a ambos, devendo os dois dar afecto à criança e zelar por que seja bem cuidada; porém, por razões físicas, a opção com quem a criança fica a residir tem subjacente o interesse superior da criança.

Assim, da leitura do tipo de garantia e da sua inserção sistemática retira-se que não se trata da segurança da criança *stricto sensu* que se tutela, mas sim, da guarda entendida como dever de cuidar da criança no dia-a-dia e de lhe garantir o afecto de que carece.

No crime de subtracção de menor, as condutas tipificadas visam salvar o binómio composto pela defesa dos interesses da criança, que se vê privada dos cuidados e afecto do progenitor que se considerou encontrar-se em melhor posição de lhes prestar, e dos interesses do progenitor deixado para trás, embora a protecção destes últimos seja a título incidental, como bem jurídico-meio se se preferir, pois a tónica reside nos interesses da criança, encontrando-se os direitos deste progenitor necessariamente direccionados para o bem-estar da criança.

O crime de subtracção de menor consiste, portanto, num **crime de dano**. Todavia, tem subjacente o evitar que o bem-estar da criança seja posto em causa, designadamente a sua saúde, quer física quer psíquica, daí se punir o retirar da mesma dos cuidados e afecto de quem foi considerado que deveria ter a guarda por reunir as melhores condições para a exercer.

6. DA NECESSIDADE DE AUTONOMIZAÇÃO DO CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR

Uma visão crítica do tipo de ilícito não poderia deixar de passar por aferir da necessidade da sua previsão num crime autónomo, ou seja, de considerar se os demais tipos de ilícito não protegeriam de forma suficiente e satisfatória o bem jurídico.

A resposta a esta questão acaba, em última análise, por responder à questão de concurso aparente ou efectivo de crimes.

Se é verdade que o comportamento criminoso no tipo *sub judice* pode simultaneamente lesar o corpo, a saúde e/ou a liberdade ambulatoria da criança, bem como a saúde do progenitor que “ficou para trás”, nenhum tipo de garantia previsto no nosso ordenamento jurídico tutela, directamente, a guarda no sentido *supra* exposto.

A interacção do crime de subtracção de menor com os demais ilícitos penais passa por aferir se, no caso concreto, tratando-se de condutas dolosas, se verifica uma “*unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global*”, se, do ponto de vista da sociedade, não obstante a violação de várias normas penais, o comportamento é ou não “*dominado por um único sentido autónomo de ilicitude*”, de uma ilicitude material comum e única ou repartida por várias ilicitudes⁵¹.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, 2007, pp. 988 a 991.

Na existência de uma unidade ocorrerá um concurso aparente, impróprio ou impuro, em que um dos crimes consumirá os restantes.

Já na verificação de uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos haverá um concurso efectivo, próprio ou puro — art. 30.º, n.º 1, do CP.

É de notar, como *infra* se explanará, a escalpelização do dolo acaba por não resolver a questão, pois nas situações em que se praticaram crimes-meios para consumir o crime-fim, este último foi perpetrado com dolo directo enquanto aqueles foram executados com dolo necessário, tendo em vista o crime-fim⁵².

Por fim, refira-se que o crime de desobediência não é passível de aqui ter lugar, pois não é legítima a cominação que porventura se faça na decisão que homologa ou decide a regulação do exercício das responsabilidades parentais, pois existem outros institutos para fazer valer esse regime, contrariando, por conseguinte, a *ratio* da norma que preside à incriminação plasmada no art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP⁵³.

7. O COMPORTAMENTO TÍPICO

O tipo de garantia prevê três conjuntos de condutas ilícitas: a subtracção de menor; a acção de determinação do menor a fugir mediante exercício de violência ou de ameaça com mal importante; e o recusar, atrasar ou dificultar a entrega da criança ou o seu acolhimento desde que estejam preenchidos certos requisitos.

Já se referiu que o resultado comum a todas as alíneas em que o tipo de garantia se decompõe reside na afectação da guarda, no afastamento de facto da criança do domínio dos cuidados e carinho do seu guardião.

A subtracção prevista na al. a) pressupõe que não se possa falar em privação da liberdade ambulatoria da criança. No fundo, reconduz-se a retirar a criança da esfera de influência do progenitor que tem a guarda da criança ou a quem foi confiada de modo a que não possa exercer os deveres subjacentes àquela⁵⁴.

⁵² Criticando o critério da unidade/pluralidade de resoluções criminosas para apurar a existência de unidade ou pluralidade de crimes, cf. José Lobo Moutinho, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português*, pp. 527 e segs.

⁵³ Nesse sentido, a propósito da cominação com crime de desobediência da não entrega do título de condução nas sentenças que punam a condução de veículo em estado de embriaguez, cf., entre outros, acórdãos da RC de 25.11.2009, processos n.ºs 2158/08.1TALRA.C1 e 260/08.9TA.AND.C1, disponíveis in www.dgsi.pt, embora haja vozes dissonantes (cf. acórdãos da RL de 24.03.2010, processo n.º 470/04.8TAOER.L1-3 e da RP de 18.11.2009, processo n.º 1952/08.8TAVNG.P1) que recorrem às previsões do Código da Estrada para sustentar a sua posição. É de destacar que o âmbito do art. 160.º deste diploma legal encontra-se circunscrito ao direito de mera ordenação social, daí os prazos aí previstos para se proceder à entrega do título não coincidam com o previsto no CP.

⁵⁴ J. M. DAMIÃO DA CUNHA define subtracção como consistindo em “retirar o menor do domínio de quem legitimamente o tenha a seu cargo”, *op. cit.*, p. 615.

Neste aspecto, à semelhança do que sucede com a al. *b*), o **crime é comum**, podendo ser praticado por qualquer pessoa que não detenha a guarda.

Já o terceiro grupo de comportamentos tipificados exige o incumprimento do regime estabelecido para a convivência da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais; logo, neste contexto o **crime é específico**, podendo somente ser praticado por quem pode incumprir o aludido regime.

Em todos os comportamentos típicos existe um aspecto comum subjacente à incriminação: que a separação provocada pelo agente do crime entre criança e o titular da guarda seja espacial e/ou temporalmente significativa de forma a afectar efectivamente a guarda, de forma a impedir o seu exercício de forma significativa e relevante⁵⁵, o que pressupõe, desde logo, a falta de acordo do seu titular.

Daqui retira-se a existência de um “elemento implícito do tipo de ilícito”⁵⁶ patente no conceito de subtracção, à semelhança do que sucede com o lugar paralelo previsto no crime de furto no art. 203.º do CP⁵⁷, no conceito de fuga e na exigência do carácter repetido do incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais plasmada no terceiro grupo de condutas ilícitas.

Caso a conduta não perdure no tempo, regressando a criança à sua residência habitual ou ao domínio do guardião sem necessidade de uma ordem judicial ou de intervenção de órgão de polícia criminal e sem que tenha decorrido tempo suficiente para que se possa afirmar que ocorreu uma inversão fáctica da titularidade da guarda⁵⁸, não se verificará mais do que uma tentativa de cometimento do crime não punível — cf. art. 23.º, n.º 1, do CP.

Neste último aspecto reside igualmente a legitimação da intervenção penal no seio das relações familiares à luz do princípio da proporcionalidade — cf. art. 18.º, n.º 2, da CRP.

⁵⁵ No mesmo sentido, a propósito do conceito de subtracção, *idem, ibidem*.

⁵⁶ Sobre o tema, *vide* Faria Costa, *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 67-79.

⁵⁷ Embora existam outras teses, a subtracção nos crimes contra o património pressupõe uma apropriação relativamente estável, como tal podendo considerar-se aquela que consegue ultrapassar os riscos imediatos de reacção por parte do próprio ofendido, das autoridades ou de outras pessoas agindo em defesa do ofendido — nesse sentido, PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Subtracção de coisa móvel alheia — Os efeitos do Admirável Mundo Novo num crime clássico”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1026, e na jurisprudência, reportando-se ao crime de roubo, acórdão do STJ de 15.02.2007, processo 06P4802, disponível in www.dgsi.pt. O que vale dizer, de forma sintética e generalizadora, que a subtracção pressupõe uma consolidação da alteração operada no mundo exterior pelo agente do crime.

⁵⁸ O art. 225.º *bis*, n.º 4, do CP espanhol, prevê que se a subtracção do menor não for superior a 24 horas operará uma isenção da pena. Tendo em conta que todo o tipo de ilícito pressupõe, na sua *ratio*, interpretado à luz do princípio da proporcionalidade, que a conduta desvaliosa afecte efectivamente o exercício da guarda de forma significativa e relevante, poderá haver situações que pouco perdurem no tempo e, por conseguinte, em que o resultado não se verifique ou que pela repetição da sua ocorrência se conclua que o crime se consumou e que deva, de forma justificada, ser punido.

A exigência do carácter repetido e injustificado do comportamento reflecte a gravidade da infracção ao regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais que reclama a intervenção penal. O carácter reiterado da infracção espelha um perigo para o desenvolvimento harmonioso da criança, por contraposição à subtracção e à fuga, em cuja natureza permanente se encontra alicerçada a incriminação sem carecer de previsão de qualquer outro elemento do tipo de ilícito.

A al. *b)* prevê a situação em que é o próprio menor que foge da sua residência habitual, que pode consistir na casa dos progenitores, do tutor ou da casa da família ou da instituição onde se encontre acolhido.

Todavia se, por alguma razão, o jovem viver de forma autónoma, ou residir com pessoa diversa da que legalmente é titular da guarda, os fundamentos subjacentes à incriminação não se verificam sendo, por conseguinte, a conduta atípica.

A afectação da guarda tem de ocorrer mediante a prática de algum dos comportamentos tipificados no art. 249.º, n.º 1, do CP, pois o crime de subtracção de menor é de **execução vinculada**, sendo que na citada al. *b)* o agente tem de empregar violência sobre pessoas (a criança ou terceiro), ou coisas ou, ainda, ameaçar com mal importante. Nesta matéria valem as considerações tecidas a propósito do conceito de violência no crime de roubo e do de ameaça no crime desse nome.

A violência ou a ameaça têm de determinar a criança a fugir da sua residência habitual ou do local onde se encontra a residir com quem tem a sua guarda, não sendo punível a mera tentativa, ou seja, se o comportamento delitivo for praticado mas não chegar a ocorrer a fuga não haverá punição — art. 23.º, n.º 1, do CP.

É de notar que não constitui qualquer ilícito penal o facto de a criança fugir de casa, daí que, à semelhança do que acontece com o crime de incitamento ao suicídio e no crime de lenocínio no que concerne à fomentação de prostituição — cf. arts. 135.º e 169.º do CP —, em que, na falta de previsão expressa da incriminação, estaríamos face a um comportamento atípico, pois a aplicação da parte final do art. 26.º do CP tem como pressuposto a determinação de outrem a praticar um crime, a al. *b)* desempenha o papel essencial na definição do que é desvalorado pelo ordenamento jurídico.

O mero auxílio à fuga ou instigação que não envolva a violência ou ameaça com mal importante não se encontra tipificado.

Já a determinação da criança a fugir mediante fraude, ardil ou compensação económica, se a vontade daquela se encontrar instrumentalizada, mesmo que actue com dolo, ocorrerá a prática do crime em autoria mediata mas por referência à al. *a)* — cf. art. 26.º, segunda parte, do CP.

A al. *c)* tem como pressuposto encontrarem-se reguladas as responsabilidades parentais cujo regime seja de forma repetida e injustificada incumprido.

Todavia, não se encontra tipificado todo e qualquer incumprimento, mas tão-só o do regime de visitas.

O legislador teve cuidado de compatibilizar o regime do exercício das responsabilidades parentais previsto no CC com a lei penal tipificando o incumprimento de quem não entrega a criança a quem tem a guarda, como à instituição em que foi confiada — cf. art. 1907.º do CC.

As formas de violação do regime de visitas resumem-se ao recusar, atrasar e dificultar significativamente a entrega ou o acolhimento da criança, de modo repetido e injustificado. A recusa não consiste na mera negação de entregar, pois o tipo de ilícito reclama a repetição da situação que tanto pode consistir no protelar a mesma no tempo, transparecendo o persistir da recusa, como em vários episódios seguidos da entrega.

No fundo, como já se referiu, não basta qualquer atraso ou dificuldade na entrega, mas sim um comportamento que pela sua intensidade ou efeito de protelação injustificada no tempo legitime a intervenção do Direito Penal.

Se bem que o carácter injustificado salvaguarda as situações fortuitas e as de protecção da criança — pense-se no caso de o progenitor infractor fundadamente suspeitar que na residência habitual da criança a mesma é sujeita a maus-tratos, designadamente, abusos sexuais, bem como as faltas pontuais alheias à sua vontade, como sucede com os atrasos devidos ao tráfego —, já a exigência de repetição afasta as situações de uma única e isolada recusa peremptória em entregar a criança nos termos estabelecidos em acordo ou sentença, sem prejuízo de, com base no afastamento espaço-temporal ou nos obstáculos que o progenitor não guardião erigir, se poder afirmar estarmos perante um caso de subtração.

Na verdade, essas situações estarão abrangidas na al. a) do n.º 1 do art. 249.º do CP, relevando somente para efeitos de determinação da pena concreta se o progenitor infractor comunicou ou não a quem tem a guarda da criança o paradeiro desta.

O efeito útil de se prever na citada al. c) a “*recusa*” de forma repetida e injustificada reside no facto de, por exemplo, com intervenção de órgão de polícia criminal, conseguir-se o regresso da criança ao lar, sendo necessário ter lugar tal recurso de forma sistemática, com os inerentes prejuízos para o bem-estar da criança e, em última análise, também do próprio progenitor ou terceiro titular da guarda.

No entanto, se a recusa peremptória na entrega da criança for sendo reafirmada nas diversas tentativas encetadas pelo titular da guarda para reaver aquela, já a al. c) se encontra preenchida no caso concreto.

8. COMPORTAMENTO DE QUEM TEM A GUARDA

A caracterização do crime de subtração de menor assenta numa formulação complexa, não tanto pela sua redacção, mas mais devido ao segmento da vida em sociedade que visa proteger, em que considerações do bem jurídico protegido analisado à luz do Texto Fundamental não podem ser contornadas.

Por norma o Estado não deve intervir nas relações familiares, salvo se existir um interesse superior que o exija. À reserva da vida privada e familiar é reconhecido assento constitucional no art. 26.º, n.º 1, da CRP, tendo afloramentos noutras normas constitucionais — *vide*, por exemplo, o art. 34.º

Por seu turno, trata-se de direito fundamental igualmente reconhecido no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), ratificada pela República Portuguesa. Atenta a cláusula aberta do art. 16.º, n.º 1, da CRP, a tutela daquele direito carece de ser interpretada à luz da jurisprudência que tem vindo a ser firmada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que indica critérios para aferir da ingerência justificada ou injustificada por parte do Estado no seio das relações privadas e familiares.

Neste domínio, questões como a colocação da criança sob a protecção do Estado e restrição ou exclusão dos direitos de visita ganham inquestionável importância, a que o Tribunal de Estrasburgo não tem sido alheio.

Na verdade, nos seus arestos tem sublinhado que constitui um pilar fundamental da vida familiar o facto de os pais estarem juntos com os filhos⁵⁹, de residirem e conviverem com os mesmos, pelo que a separação entre estes sujeitos ou as medidas de restrição ou de exclusão de visitas, bem como de inibição do exercício das responsabilidades parentais, consubstanciam uma ingerência na vida familiar cujos contornos, para ser legítima, reclama uma prudente ponderação entre interesse público e interesse privado, o que vale dizer, entre saúde e bem-estar da criança e o interesse dos pais⁶⁰.

Nesta matéria o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem recorrido a quatro premissas na sua avaliação do caso concreto: legitimidade, conveniência, necessidade e relação entre meios e fins⁶¹.

À semelhança do que deve presidir à interpretação de outras normas de carácter internacional, como ocorre com a Decisão Quadro do Mandado de Detenção Europeu⁶², num espaço europeu em que se tenta preservar um núcleo de valores comuns próprios da “cidadania europeia”, cabe encontrar a existência de “denominadores comuns”, a chamada “interpretação consensual”.

Ora, nos vários textos internacionais que a República Portuguesa ratificou resulta, com mediana clareza, um denominador comum: o direito da criança a conviver com ambos os progenitores, com a família entendida em sentido amplo, com especial destaque para as pessoas que cuidam da criança, que zelam pelo seu bem-estar, pela sua educação, por lhe dar afecto.

No art. 36.º, n.º 1, da CRP, prevê-se que “*todos têm direito de constituir família (...)*”.

⁵⁹ Cf., *inter alia*, acórdão Reigado Ramos c. Portugal, de 22.11.2005, cuja tradução para a língua portuguesa se encontra disponível in www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q73229_01.pdf.

⁶⁰ Cf. acórdão Iguacolo-Zenilde c. Roménia, de 25.01.2000, R00-I, §94.

⁶¹ Cf. MICHAEL FORDHAM/THOMAS DE LA MARE, “Identifying the principles of proportionality”, in *Understanding Human Rights Principles*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 28 e segs.

⁶² Cf. *supra* nota 30.

Por seu turno, o art. 36.º, n.º 3, da Lei Fundamental, prevê que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”.

Já o n.º 5 do citado preceito legal reforça que a paternidade é um poder-dever esclarecendo que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”.

Nesta senda de pensamento, o valor da paternidade aparece, por fim, enformado no art. 36.º, n.º 6, da CRP, do seguinte modo: “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Este é o contexto legal em que devem ser definidas as responsabilidades parentais em que, como *supra* se referiu, o respectivo exercício deve ser pautado como um poder funcional direccionado a zelar pela saúde, sustento, educação e administração dos bens dos filhos — cf. arts. 1874.º e 1878.º e segs. do CC —, assegurando e promovendo o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, que passa igualmente por lhes dar carinho.

A interpretação do tipo de garantia do crime de subtracção de menor quando o autor do crime seja um dos progenitores passa, necessariamente, recorde-se, por não olvidar a existência do binómio composto, por um lado, pela defesa dos interesses da criança para a qual a subtracção pode traduzir um evento traumatizante com repercussões no seu desenvolvimento são e harmonioso, certamente aumentado quando envolve a mudança da cidade onde residia habitualmente, ou, inclusive, quando envolve viver com o subtracção num país diferente, com uma nova língua, uma outra sociedade, e, por outro lado, por dois progenitores em conflito, em que pode suceder que o subtracção queira assumir a guarda.

A segurança da criança não está aqui em causa, pois o progenitor subtracção pode, efectivamente, cuidar, zelar e dar afecto à criança que pode, inclusive, não se aperceber da subtracção.

Esta posição apresenta como aspecto positivo destacar a vulnerabilidade da criança. O legislador encarou a criança como um sujeito titular de capacidade de gozo mas incapaz no que concerne à capacidade de exercício, carecendo de outrem, em princípio ambos os progenitores, que o represente, que *supra* a incapacidade.

A inserção sistemática na secção dos crimes contra a família reforça a ideia de que a conduta ilícita ataca as relações familiares, a relação progenitor-filho.

Todavia, o legislador decidiu manter a incriminação restrita ao incumprimento do regime de visitas por parte do progenitor que não é titular da guarda.

Não obstante a Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças⁶³, aplicável até a criança perfazer os dezasseis anos, prever que

⁶³ Este texto internacional aprovado em Haia, em 25 de Outubro de 1980, que a República Portuguesa ratificou, resultou dos trabalhos desenvolvidos, na senda de uma proposta do

o “direito de custódia” abrange o “*direito de decidir sobre o lugar da sua residência*” — cf. arts. 4.º e 5.º, al. a) —, cabendo no ordenamento jurídico português, em regra⁶⁴, a ambos os progenitores essa decisão⁶⁵, constitui conduta atípica o titular da guarda decidir e levar unilateralmente a criança para o estrangeiro ou para outra cidade em que, face às condições sócio-económicas do outro progenitor, se vê este facticamente impedido de conviver com a criança presencialmente.

É de notar que se é certo que as novas tecnologias permitem contactos à distância, veja-se o caso do telefone, do “Skype” e afins, não se pode olvidar que não substituem o contacto físico nem a prática de actividades em conjunto que contribuem para o reforçar de laços afectivos e para o desenvolvimento são e harmonioso da criança.

Já nos textos legislativos comunitários o conceito de guarda não coincide com o do nosso Código Civil, abrangendo “*os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência*” — cf. art. 2.º, n.º 9, do Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, sinteticamente conhecido como Regulamento Bruxelas II bis.

Todavia, aqueles textos aceitam que o direito de decidir o lugar de residência da criança caiba a ambos os progenitores classificando a deslocação ou retenção unilaterais para local diverso como ilícitas — cf. art. 2.º, n.º 11, do citado diploma legal.

Nesta matéria, o progenitor que se vê privado facticamente dos contactos com o filho somente pode recorrer aos instrumentos internacionais existentes ou, caso a mudança unilateral da cidade de residência ocorra em território nacional, ao incidente de incumprimento⁶⁶.

A letra do tipo de garantia não permite outra conclusão, pois, a expressa referência na al. c) do art. 249.º do CP ao regime de exercício das responsabilidades parentais circunscrito à violação do regime de visitas por parte de quem não é titular da guarda⁶⁷ afasta, desde logo, que se interprete o conceito de subtracção como englobando igualmente as aludidas situações⁶⁸.

Canadá de se criar um organismo que estudasse os casos de subtracção transfronteiriça de menores por um dos progenitores, levados a cabo entre 1976 e 1980, e que originou a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

⁶⁴ Cf. arts. 1901.º, n.º 2, 1902.º, 1906.º, n.º 1, 1909.º e 1912.º, n.º 2, do CC.

⁶⁵ Na falta de acordo em questão de particular importância, qualquer dos progenitores pode recorrer ao tribunal que tentará a conciliação e, não sendo possível, após audição do menor, decidirá — cf. arts. 1901.º, n.ºs 2 e 3, do CC e 184.º da OTM.

⁶⁶ Cf. art. 181.º da OTM.

⁶⁷ A conclusão tecida no texto assenta no facto de o tipo de garantia se encontrar descrito como podendo o comportamento ilícito tanto consistir no atrasar, dificultar, não entregar a criança como no atrasar, dificultar, não levar a criança para a instituição ou família de acolhimento. Por seu turno, não faz sentido utilizar o termo “entrega” para traduzir obstáculos erigidos à convivência do progenitor não guardião com a criança. Ambos os vocábulos “entrega” e “acolhimento”

Trata-se de comportamento que entendemos constituir uma lacuna de punibilidade. O legislador centrou-se na afectação da guarda como traduzindo no pôr em perigo o desenvolvimento são e harmonioso da criança; no entanto, não teve em conta que o afastamento do outro progenitor pelo titular da guarda transforma a criança em "órfã" de um dos pais estando o mesmo vivo.

A presença de ambos os progenitores no processo do seu crescimento não deve depender da vontade unilateral de quem tem a guarda, sob pena de se estar a prejudicar a criança, de a privar de um dos pais.

Este comportamento constitui um "plus" ao mero incumprimento do regime de visitas, pois impossibilita facticamente a criança de conviver com um dos progenitores, o que justificaria a intervenção penal.

9. O PAPEL DA VONTADE DA CRIANÇA

O objecto material do crime é o menor que, à partida, pela definição do CC seria a pessoa com idade inferior a dezoito anos não emancipada pelo casamento — cf. arts. 130.º, 132.º e 133.º

No entanto pode suceder, nos casos das als. a) e c) do art. 249.º do CP, que a conduta se realize com a contribuição ou o acordo do menor, que manifesta, de forma inequívoca, a sua concordância com a mesma, implicando que o autor não agiu contra a sua vontade.

Em determinadas situações o acordo de quem se protege não mais do que traduziria uma afirmação do próprio bem jurídico protegido⁶⁹. Contudo, no crime de subtração de menor o problema reside no facto de a vítima não ter, em princípio, capacidade para decidir o local da sua residência, bem como o objecto material da conduta não se confundir com o bem jurídico protegido. *Id est*, o titular do bem jurídico tutelado pela incriminação é o titu-

têm insito um domínio tendencialmente permanente sobre a criança. Ora, quem visita a criança não lhe presta os cuidados do dia-a-dia a título permanente, mas sim, de forma temporária, tendo de enviar esforços para a receber. Tanto mais que, na linguagem comum, é vulgar afirmar-se que o Tribunal entregou a criança para exprimir a quem foi atribuída a sua guarda. Outro entendimento não explicaria a previsão da mesma moldura penal abstracta para ambas as condutas, face às considerações *supra* enunciadas que presidem à incriminação e que seria fastidioso aqui repetir. Por último, comparando os três grupos de comportamentos ilícitos constata-se que a ilicitude se encontra centrada no pôr em causa o domínio fático sobre a criança por parte do seu guardião. Em sentido contrário, de forma lacónica, ANDRÉ LAMAS LEITE, "O crime de subtração de menor: uma leitura do reformado art. 249.º do Código Penal", *Julgat*, n.º 7, pp. 118 a 128. No sentido do texto, a propósito da versão originária do CP, cujas alterações entretanto introduzidas não afastaram a constatação que o pilar da incriminação é o pôr em causa o exercício da guarda, DAMIÃO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 617.

⁶⁸ Diversa foi a opção do legislador espanhol no art. 225.º *bis* do CP Espanhol, cf., entre outros, J. GUARDIOLA GARCÍA, "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 *bis* del Código Penal", in *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, P. LLORIA GARCÍA (dir.), Madrid: Lustel, 2008, pp. 92 e segs.

⁶⁹ COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 190 e segs.

lar da guarda, não obstante se pretender com a incriminação, em última análise, salvaguardar que a criança é cuidada no quotidiano por quem se encontra em melhor posição para o fazer.

Em suma, o bem jurídico que se protege em primeira linha é a guarda nos termos *supra* expostos, acabando-se por tutelar os interesses da criança. Porém, se estes nunca chegarem a ser postos em perigo não deixará de se verificar o crime.

Mas o problema pode ser perspectivado de outra forma: pode uma criança escolher o local da sua residência ou com quem reside? Ou melhor, decidir que não quer que quem zele pelos cuidados de que carece, pela sua educação e bem-estar seja o titular da guarda?

Já se referiu que o fugir de casa, o que vale dizer o não regressar a casa, de *per si*, não constitui a prática de qualquer crime.

Aparentemente se a criança, no *terminus* do período de visitas, se recusa a voltar para a residência de quem tem a guarda ou se alguém vai buscá-la a casa para que passe a habitar consigo, com conhecimento e concordância da criança, pareceria que não se estaria a praticar o crime, pois a conduta de sair de casa pertenceria à própria criança.

A nível do sistema social é reprovável que um adulto pactue ou contribua para que um indivíduo a quem o Direito não reconhece capacidade para decidir livremente com quem vive, a quem encara como um ser particularmente indefeso, que carece de ser cuidado e, inclusive, representado nas relações jurídicas, mormente em negócio jurídico, se furte ao domínio dos cuidados de quem é titular da guarda.

A colaboração ou a instigação de um adulto nessas circunstâncias não contribui para a afirmação da liberdade do indivíduo menor, mas para o aproveitamento da sua personalidade em formação para o afastar de quem, à partida, se encontra em melhor posição para zelar pelo seu desenvolvimento são e harmonioso.

Não se podendo falar em vontade, trata-se de uma situação de autoria mediata punida no nosso ordenamento jurídico.

O CC reconhece que um indivíduo menor não é incapaz desde o seu nascimento até atingir a maioridade no mesmo grau de intensidade, indo adquirindo maturidade ao longo da vida, do seu desenvolvimento físico e psíquico.

Não olvida igualmente que não se trata de uma coisa, mas de um ser humano, daí prever que, não obstante o dever de obediência aos pais a que se encontram adstritos, dever ser tida em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e ser-lhes reconhecida autonomia na organização da própria vida — cf. art. 1878.º, n.º 2, do CC.

Essa autonomia, no âmbito do Direito Penal, tem reflexos na fixação da idade para a imputabilidade⁷⁰, para a eficácia do consentimento⁷¹, para a

⁷⁰ Cf. art. 19.º do CP.

⁷¹ O art. 38.º, n.º 3, do CP exige, para além de o indivíduo ter determinada idade, que possua

apresentação de queixa⁷², para a agravação da pena⁷³, para a prestação do consentimento para a interrupção da gravidez⁷⁴, para a tipicidade de determinados comportamentos⁷⁵, para a constituição de assistente⁷⁶, para a prestação de juramento na qualidade de testemunha⁷⁷ e para a forma como se procede à sua inquirição⁷⁸.

Por razões de coerência do sistema, não se pode deixar de concluir que, se o menor não emancipado tiver mais de dezasseis anos e possuir maturidade suficiente para compreender as repercussões da sua decisão no momento do abandono ou do não regresso à residência do titular da guarda, a conduta é atípica.

Não porque funcione a condição de exclusão da ilicitude do consentimento prevista no art. 38.º do CP, pois o jovem não é o titular do bem jurídico protegido, mas por existir um elemento negativo do tipo implícito, resultante da cláusula civilista que confere ao menor gradual autonomia e do Direito Penal que fixa os dezasseis anos como idade para o indivíduo poder dispor dos seus bens pessoais, para intervir processualmente sem necessidade de ser representado pelos seus legais representantes, ou para deixar de carecer de certa protecção.

Não obstante um jovem não emancipado com mais de dezasseis anos continuar sujeito às responsabilidades parentais, a sua opinião conta o suficiente, caso tenha maturidade suficiente para compreender o seu alcance e conteúdo, para não haver danosidade social suficiente que justifique a punição, ou se possa sequer afirmar que a sua vontade foi instrumentalizada⁷⁹⁻⁸⁰.

o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta.

⁷² O art. 113.º, n.º 4, do CP, exige, para além de o indivíduo ter determinada idade, que possua o discernimento necessário para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa. A partir dos 16 anos, desde que o menor possua o aludido discernimento, os seus representantes legais deixam de ser titulares do direito de queixa, bem como da respectiva desistência — cf. arts. 113.º, n.º 6, e 116.º, n.º 4, do CP. Todavia, paradoxalmente, o prazo para extinção do direito de queixa acaba por se contar a partir da data em que o ofendido perfizer os 18 anos — cf. art. 115.º, n.º 2, do CP.

⁷³ Cf. o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio previsto e punido no art. 135.º, n.º 2, do CP.

⁷⁴ Cf. art. 142.º, n.º 5, do CP.

⁷⁵ Cf. o crime de actos sexuais com adolescentes previsto e punido no art. 173.º do CP.

⁷⁶ É curioso que para a constituição de assistente se exija a constituição de advogado pertencendo esse direito ao menor com mais de 16 anos que, com excepção da situação prevista no art. 123.º, n.º 1, al. a), do CC, não tem capacidade para celebrar o negócio jurídico de constituição de mandatário ou de pedir a nomeação de patrono — cf. arts. 68.º, n.º 1, al. a), e 70.º, n.º 1, do CPP.

⁷⁷ Cf. art. 91.º, n.º 6, al. a), do CPP.

⁷⁸ Cf. arts. 349.º e 352.º, n.º 1, al. b), do CPP.

⁷⁹ A propósito do consentimento como causa de justificação, afirmando que o Direito Penal entendeu, e bem, que a capacidade para consentir na prática do facto enquanto acto de auto-realização pessoal não pode ser medida nem avaliada à luz das normas juscivis, vide FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 483-484.

⁸⁰ É de notar que o art. 1850.º do CC reconhece que os menores com mais de dezasseis anos têm capacidade para perfilhar, ou seja, para reconhecerem que são progenitores, o que

Na verdade, não se pode concluir que o adulto tem o domínio de facto sobre o acontecimento, tanto mais que, caso a saída de casa ou o não regresso constituíssem a prática de um crime, o menor seria responsabilizado pelo facto⁸¹.

Nessas situações, trata-se de um conflito familiar a ser resolvido pelas normas jusfamiliares.

Pelo contrário, se o menor tiver mais de doze e menos de dezasseis anos ou não possuir a aludida maturidade, se o agente do crime, com a intenção de passar a prestar-lhe os cuidados inerentes à guarda, tiver a colaboração do menor, que, de livre vontade, o acompanha e abandona o lar familiar, ou não regressa ao mesmo, sem violência ou ameaça, não se verifica o elemento subjectivo do tipo de ilícito de sequestro, mas o de subtracção de menor.

No entanto, essa vontade encontra-se instrumentalizada, configurando esta hipótese um crime de subtracção de menor praticado em autoria mediata.

Caso a conduta se reconduza à al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP a pena é especialmente atenuada⁸² — cf. n.º 2 do citado preceito legal.

Trata-se de valorar positivamente dois aspectos: um, o facto de o agente do crime ser progenitor da criança, logo, em princípio, existir entre ambos uma relação de afectividade, e outro, com o qual este se prende de forma directa, que consiste em a conduta ter sido condicionada pelo respeito da vontade do menor que, com idade superior a doze anos, já possivelmente tem maturidade suficiente para ser ouvido sobre as questões que o afectem⁸³⁻⁸⁴.

constitui um passo decisivo para a assunção das responsabilidades inerentes a tal qualidade.

⁸¹ *Idem*, pp. 783-784.

⁸² A atenuação especial da pena opera *ope legis*, não cabendo ao julgador, como sucede no art. 72.º do CP, valorar se existem circunstâncias no caso concreto que justifiquem a atenuação. As repercussões ao nível da pena são, assim, imensas, uma vez que não só a moldura penal abstracta é menos gravosa, como permite mais facilmente a aplicação de penas de substituição dado que, certamente, a pena aplicada *in concreto* será menor do que aquela que resultaria se não fosse especialmente atenuada — cf. arts. 73.º, n.ºs 1 e 2, e 43.º e segs. do CP.

⁸³ O Direito da Família reconhecendo o direito de audição da criança previu a necessidade de a ouvir sobre as questões que directamente a afectem sem, no entanto, vincular as decisões do Tribunal, pois com esse direito de audição não é perdida a qualidade de criança; assim, para a adopção, é necessário o consentimento do adoptando maior de doze anos e, caso o adoptante tenha filhos maiores de doze anos, estes deverão ser ouvidos pelo juiz — arts. 1981.º, n.º 1, al. a), e 1984.º, al. a), do CC —, por seu turno a intervenção no seio da família, com vista a promover os direitos e a protecção da criança e do jovem em perigo, das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das comissões de protecção de crianças e jovens, depende da não oposição da criança ou do jovem com idade igual ou superior a doze anos, sendo a oposição da criança que não tenha ainda atingido essa idade considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção — art. 10.º da LPCJP —, na falta de acordo dos progenitores relativamente a questões de particular importância que envolvam a criança, o Tribunal deverá ouvir o menor, salvo se ocorrerem circunstâncias ponderosas que o desaconselhem — art. 1901.º, n.º 3, do CC —, na conferência de pais a ter lugar no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o juiz, atendendo à sua idade e grau de maturidade, pode autorizar a assistência do menor — art. 175.º, n.º 1, da OTM —, igualmente nos diplomas inter-

O legislador, ao prever esta cláusula, desde logo afasta expressamente qualquer atipicidade do comportamento quando esteja em causa um menor com idade inferior a doze anos, bem como um menor com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos.

Compreende-se essa opção, pois os progenitores devem educar os filhos da melhor maneira possível, o que implica que não possam ser reféns da habilidade destes para os pressionarem com a ameaça de que irão, sem mais, viver com o outro progenitor. Se a idade de dezasseis anos já permite afirmar que, em princípio, sem pôr em causa uma avaliação do caso concreto, têm capacidade para decidir qual dos progenitores se encontra em melhor posição para exercer a guarda, a segurança jurídica, bem como a cristalização de situações que esta matéria reclama, para não contribuir para a instabilidade emocional de um indivíduo em desenvolvimento — a criança — impõe que antes de determinada idade a sua vontade não seja relevante para excluir a tipicidade.

As conclusões ora tecidas são de sobeja importância não só para saber que comportamentos se encontram punidos, mas também para aferir, por exemplo, se o progenitor que “fica para trás” ou outrem podem agir em legítima defesa, pois, se a subtração em sentido amplo não constituir uma agressão actual e ilícita, falta um dos pressupostos dessa causa de justificação, sem prejuízo de poder verificar-se uma situação de erro sobre um estado de coisas que a existir excluiria a ilicitude — cf. arts. 16.º, n.º 2, e 32.º do CP.

10. DO ERRO

A parte subjectiva do tipo de ilícito realiza-se na forma dolosa. É o que se retira da regra constante do art. 13.º do CP, segundo a qual só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. Assim, não constando da letra da lei qualquer referência à actuação na forma negligente, só será típica a subtração de menor que seja dolosa.

Abstractamente pode suceder que o autor do crime actue em erro sobre o acordo dos pais, sobre a idade da criança, ou sobre a identidade do titular das responsabilidades parentais, pensando estar a entregar a criança ao referido titular.

nacionais prevê-se como regra a audição da criança — cf. Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, e art. 12.º da CDC.

⁸⁴ Sobre o direito/dever de audição prévia da criança, cf., por todos, SALAZAR CASANOVA, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, *Scientia Iuridica*, 2006, n.º 306, pp. 205-239, e ROSA MARTINS, “Processos de Jurisdição Voluntária, Acções de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *BFDUC*, 2001, n.º 77, pp. 721-752.

Trata-se de três situações de erro sobre elementos do tipo, o que exclui o dolo e, por conseguinte, a punibilidade — cf. art. 16.º, n.º 1, do CP.

11. DA PENA

No crime de subtracção de menor, ao contrário do que sucede com o seu homónimo espanhol e nos crimes sexuais⁸⁵ e de violência doméstica⁸⁶, não se previu a possibilidade de inibir ou limitar o exercício das responsabilidades parentais.

É de aplaudir esta opção legislativa, uma vez que se trata de matéria que, face aos interesses em caso, deve ser avaliada num processo de família e não penal, pois os critérios de decisão de alteração do exercício das responsabilidades parentais ou de inibição do mesmo não devem coincidir com aqueles que subjazem à aplicação de uma pena.

Por outro lado, estamos perante uma matéria que ganha relevo discutir se as penas existentes na Parte Geral do CP são suficientes para prosseguir a finalidade da pena — cf. art. 40.º do CP.

Uma pena de multa, à semelhança do que ocorre no crime de violência doméstica, pode contribuir para empobrecer o progenitor autor do crime, que se pode ver na contingência de ter dificuldades ou, inclusive, impossibilidade de contribuir para o sustento da criança, acabando por esta ser revitimizada⁸⁷⁻⁸⁸.

Por seu turno, uma pena de prisão pode ser excessiva, apesar de a suspensão da sua execução permitir impor regras de conduta ou condições que podem contribuir para a pacificação social e familiar⁸⁹.

12. O CARÁCTER DE “ULTIMA RATIO” DO DIREITO PENAL VERSUS INCRIMINAÇÃO

As relações familiares no Direito Penal moderno têm constantemente sido palco de reconhecimento por parte do legislador de que ele só se deve intervir como último recurso. Assim, em muitas situações, quando um comportamento praticado no seio da família é configurado como consubstanciando um crime, foram previstas “cláusulas travão” de intervenção estatal mediante o recurso a condições de procedibilidade, quer exigindo a apresentação de queixa, quer, inclusive, exigindo-se a apresentação de acusação particular

⁸⁵ Cf. art. 179.º, al. a), do CP.

⁸⁶ Cf. art. 152.º, n.º 6, do CP.

⁸⁷ É de notar que a pena de substituição de trabalho a favor da comunidade nem sempre é exequível, basta pensar no horário que o progenitor condenado tenha ou em qualquer outro impedimento — cf. art. 48.º do CP.

⁸⁸ Os dados estatísticos oficiais disponíveis in www.dgpj.mj.pt espelham que entre 2002 e 2006 as condenações consistiram na aplicação da pena de multa.

⁸⁹ Cf. arts. 50.º e segs. do CP.

com o inerente ónus de impulso e custo para a vítima (v. g. com a constituição de assistente, pagamento de taxas de justiça⁹⁰ e dedução de acusação onde tem de se indicar a prova e as normas jurídicas sob pena de constituir fundamento para rejeição⁹¹). Desta forma, concluindo-se que o bem jurídico tutelado goza de dignidade penal e que o princípio da necessidade impõe o recurso ao Direito Penal, uma vez que as outras reacções do ordenamento jurídico se mostram ineficazes ou insuficientes para a sua protecção, a fragmentariedade do ramo jurídico de maior coercibilidade prevê estes mecanismos de diminuir a ingerência estatal em domínios que o interesse colectivo não exige sempre uma intervenção⁹²⁻⁹³.

À partida poderia parecer contraditório que os interesses da criança passassem pela apresentação de queixa pelo progenitor que se viu privado de exercer a guarda nos moldes fixados. Na verdade, se parece correcto afirmar que mais do que proteger os interesses do progenitor, com a previsão do crime de subtracção pretende-se assegurar o desenvolvimento harmonioso da criança a contactar com ambos os progenitores e que ela fique entregue aos cuidados e carinhos de quem se encontra em melhor posição para o fazer, a justificação, e arriscamo-nos a dizer legitimação, para o crime ser semi-público passa por colocar nas mãos da sociedade, mais concretamente nos progenitores da criança, a resolução da questão, evitando os malefícios que para esta última certamente poderão decorrer de uma intervenção judicial inerente a um processo crime.

Não se pode olvidar nesta matéria que, caso o progenitor que tinha a guarda não apresente queixa ou venha a desistir da mesma, os interesses fundamentais da criança se encontram salvaguardados por outros institutos e mecanismos da nossa ordem jurídica. Basta pensar-se que, caso a mesma se encontre numa situação de perigo, a LPCJP prevê reacções da sociedade para tutelar o bem-estar da criança, daí ser prevista uma rede de protecção da criança, que começa pelo dever de toda e qualquer pessoa comunicar/denunciar situações de perigo, não cabendo tal dever somente às instituições — cf. arts. 4.º, al. j), 5.º, al. d), 6.º, 7.º, 13.º, n.º 2, e 64.º a 70.º da LPCJP.

O mero incumprimento do acordo/sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais não reclama a intervenção estatal com recurso ao ramo de direito com maior carga sancionatória, existindo outros instrumentos de fazer valer esse regime — cf. arts. 181.º e 191.º e segs. da OTM.

⁹⁰ Cf. arts. 515.º, 518.º e 519.º do CPP, e 8.º, n.º 1, do RCP.

⁹¹ Cf. arts. 311.º, n.ºs 2, al. a), e 3, al. c), do CPP.

⁹² Mais detalhadamente sobre o tema *vide* ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, "Do Processo Sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida?", *O Direito*, 2005, I, pp. 143 e segs.

⁹³ O Direito Penal conhece outras manifestações da aludida fragmentariedade, cf., por exemplo, os arts. 206.º, 207.º, 212.º, n.º 4, 217.º, n.º 4, 218.º, n.º 4, 219.º, n.º 5, 220.º, n.º 3, 221.º, n.º 6, 222.º, n.º 3, 224.º, n.º 4, 225.º, n.º 6, 231.º, n.º 3, e 250.º, n.º 6, do CP.

O legislador acertadamente exigiu como elemento do tipo objectivo de ilícito que o comportamento infractor seja praticado de forma repetida e injustificada, isto é, seja um comportamento que incumpra uma decisão judicial ou administrativa que presumivelmente previu o regime que mais se coadunava com o interesse superior da criança e que, dada a sua gravidade e reiteração, denota que a via civil fracassou.

Aqui reside igualmente a opção de o legislador não punir a conduta do progenitor, que detém a guarda da criança, de recusar/impedir que o outro visite esta última conforme estipulado no acordo/sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais, sendo que, neste aspecto, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, como *supra* se explanou não ficaria afectado.

É verdade que a guarda encerra em si considerações de que o seu titular se encontra em melhor posição para prestar os cuidados e carinho no dia-a-dia que a criança carece, sendo considerações de prossecução do interesse superior da criança que fundamentam a incriminação.

Já as visitas, mais do que um direito do outro progenitor, reflectem o direito da criança a conviver com ambos os progenitores, de não ser órfão de um deles estando o mesmo vivo.

O incumprimento do regime de visitas encontra outras formas de ser tutelado que não passa pelo recurso à via penal, ao contrário do que sucede no art. 225.º bis do CP Espanhol. Na realidade, pode ser intentada uma acção de incumprimento ou, inclusive, constituir motivo de alteração do exercício da regulação das responsabilidades parentais no sentido de ser mudada a titularidade da guarda.

Todavia, se estas conclusões podem fazer sentido na subtracção de menor pelo titular da guarda que ocorre somente em território nacional —, que comporta sempre problemas de competência para accionar os mecanismos de restabelecimento da situação anteriormente existente ou de alterá-la de modo a garantir o melhor interesse da criança, sendo que, de um prisma pragmático, o progenitor que tem menores condições sócio-económicas ou menos instrução, se encontrará numa posição fragilizada para fazer valer os seus direitos, dependendo, possivelmente, de conseguir contactar o Ministério Público do Tribunal competente e de este accionar os respectivos mecanismos legais —, já são postas em causa nas situações de subtracção transfronteiriça com todas as complicações inerentes decorrentes do conflito de soberanias entre Estados.

A mensagem de que constitui crime a subtracção tanto por quem não tem a guarda como por quem é titular da mesma, pondo a tónica em que a criança precisa de ser cuidada e acarinhada por ambos os progenitores, em vez de ser órfão de um deles estando o mesmo vivo, contribuiria, certamente, para um reavivar do sentido das responsabilidades parentais que as alterações operadas no CC pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, visaram.

Não se pretende com isto exacerbar o carácter simbólico do Direito Penal, que conduz muitas das vezes a um reprovável esvaziamento da sua

coercibilidade e à sua vulgarização⁹⁴, mas reconhecer que os fundamentos para a incriminação vertida no art. 249.º do CP se encontram presentes em ambas as situações.

13. “SUBTRACÇÃO” VERSUS “SEQUESTRO”⁹⁵

O crime de sequestro, previsto e punido no art. 158.º do CP exige uma privação da liberdade ambulatoria da vítima; já o crime de subtracção de menor, inclusive o comportamento previsto e punido na al. a) do n.º 1 do art. 249.º do CP não pressupõe essa privação.

No entanto, os menores são classificados pela lei civil como incapazes, isto é, podem já dispor de capacidade de gozo, ser titulares de direitos, sem todavia ainda terem capacidade de exercício, possibilidade de exercerem esses direitos por si só, não obstante haver situações de “maioridades especiais”.

Tem vindo a ser jurisprudência constante do STJ considerar que um menor pode ser objecto do crime de sequestro, “*por razões de protecção da sua dignidade de pessoa humana, que não pode ser instrumentalizada e tratada como coisa*”, entendendo ser “*de presumir que o incapaz, se já possuisse a capacidade de efectivar a liberdade de deslocação, se oporia ao acto de impedimento da sua deslocação por terceiro*”⁹⁶.

À primeira vista os bens jurídicos de ambas as incriminações não coincidem, o que, certamente, conduziria à verificação de um concurso efectivo, e não meramente aparente ou de normas.

Todavia, uma análise mais aturada do que se pretende proteger com o crime de subtracção de menor conduz a outra solução.

Na verdade, como já foi *supra* referido, a incriminação tutela os interesses da criança, de ser cuidada por quem se mostra numa posição mais favorável para melhor o fazer, bem como para lhe dar o carinho e afecto de que necessita.

O acto de deslocação originado por terceiro subjacente ao crime de sequestro conduz à privação do menor dos contactos com quem tem a sua guarda, a privação da liberdade ambulatoria não se resume à circulação física, mas igualmente a impedir que quem a lei, ou decisão judicial ou administrativa, incumbiu de cuidar e dar afecto à criança cumpra tal função.

⁹⁴ Sobre o tema, cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Os “novos” desafios do direito penal no século XXI”, *Scientia Iuridica*, t. 57, n.º 316, 2008, pp. 615 e segs.

⁹⁵ A importância desta temática assenta, desde logo, no facto de, segundo os dados estatísticos oficiais disponíveis in www.dgpj.mj.pt, durante o período compreendido entre 2002 e 2006, 28 casos qualificados como crime de sequestro ou de rapto terem como vítima uma criança com idade não superior a 14 anos de idade.

⁹⁶ Cf. acórdão do STJ de 01.02.2006, processo n.º 05P3127, disponível in www.dgsi.pt. Na doutrina, expressamente subscrita pelo citado aresto, cf. TAIPA DE CARVALHO, in FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 406.

Assim, é forçoso concluir, à semelhança do que tem sido entendido pelo nosso mais Alto Tribunal, que entre o crime de sequestro de menor e o crime de subtracção de menor existe um concurso aparente, sendo o agente punido pelo primeiro dada a relação de consumpção existente entre os dois ilícitos⁹⁷.

A distinção entre crime de sequestro e de subtracção é de vital importância atenta a diversidade da moldura penal com que cada um dos ilícitos é punido. Na verdade, seja por a privação da liberdade durar mais de dois dias, seja por a conduta desviante ser praticada contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade, seja por o agente ser ascendente da criança, o crime de sequestro é punido com pena de prisão de dois a dez anos — cf. art. 158.º, als. a), e) e f), do CP —, enquanto o crime de subtracção é somente punido com pena de prisão até dois anos ou, em alternativa, com pena de multa até duzentos e quarenta dias.

É, portanto, de reconhecida importância traçar um critério de distinção entre as duas figuras jurídicas que sirva para todas as situações, podendo ambos os ilícitos ser praticados por parente da criança, sendo abstractamente possível traçar os contornos de quatro casos que, pelas suas peculiaridades, ajudarão a ilustrar a operatividade do mesmo.

Num primeiro caso, o objecto material do crime é um bebé ou uma criança sem capacidade natural para se deslocar por si própria e para decidir onde quer estar, não tendo qualquer ligação familiar ou afectiva ao agente do crime.

Num segundo caso, trata-se da mesma situação com a seguinte “nuance”: entre a criança e o autor do crime existe uma relação familiar, de parentesco, ou afectiva, não se podendo, contudo, afirmar que haja laços (“fortes”) de afectividade relativamente a quem se viu privado facticamente de exercer a guarda.

Num terceiro caso, pelo contrário, a criança nutre afecto pelo progenitor ou por quem “ficou para trás”.

Numa última situação, o objecto material do crime é um jovem com vontade e capacidade natural.

Concordamos com o critério seguido pelo STJ alicerçando-se no ensinamento de TAIPA DE CARVALHO *supra* exposto de que um bebé ou uma criança possam ser objecto do crime de sequestro e de que a privação da liberdade ambulatoria reside em presumir que, caso o incapaz já possuísse capacidade de efectivar a liberdade de deslocação, se oporia ao acto do autor do crime.

Ora, para que se possa afirmar a existência dessa presunção, naturalmente que tem de haver laços afectivos entre a criança e quem ficou para trás.

É o que se verifica no caso do citado aresto do STJ de 01.02.2006, porém, já não ocorre na situação vertida no acórdão do STJ de 10.01.2008⁹⁸.

O nosso Alto Tribunal, certamente sensível à gravidade da pena subjacente ao crime de sequestro que, *in casu*, seria patentemente excessiva, con-

⁹⁷ Cf., por todos, acórdão do STJ de 01.02.2006, processo n.º 05P3127, disponível in www.dgsi.pt.

⁹⁸ Processo n.º 07P3227, disponível in www.dgsi.pt.

siderou que se teria de atender ao papel que o tipo subjectivo de ilícito desempenha na distinção entre as duas figuras em análise.

Não querendo pôr em causa as afirmações plasmadas no acórdão de 01.02.2006 e ora aqui subscritas —, pois, se é certo que, na perspectiva do tipo objectivo de ilícito, a restrição de liberdade de locomoção da criança não se limita a impedir os seus movimentos, mas igualmente a impedi-la, atenta, por exemplo, a sua idade, de sozinha, pelos seus próprios meios, ir ter com quem tem a sua guarda ou de este último se aproximar dela e de a levar novamente para junto de si —, o STJ afastou do âmbito do crime de sequestro a factualidade que consista em ser a intenção do autor do crime impedir os contactos com quem tem a titularidade da guarda.

É verdade que no crime de sequestro o dolo encontra-se direccionado para a privação da liberdade ambulatoria enquanto no crime de subtração de menor a vontade do autor do crime é de subtrair a criança da esfera de domínio de quem detém a guarda, porém, o problema não pode somente ser perspectivado à luz do dolo directo.

Quem leva uma criança de cinco anos para um local diferente do da sua residência habitual com a intenção de impedir que contacte com o seu progenitor biológico de forma a evitar que crie laços de afectividade com este, pratica o crime de subtração de menor; todavia, pode-se afirmar que a título de dolo necessário priva a criança da sua liberdade ambulatoria. Isto é, não obstante toda a sua conduta ser direccionada a impedir que quem tem a titularidade da guarda a exerça, para conseguir esse resultado o agente representa que está unilateralmente a deslocar a criança para local que o priva dos contactos com o progenitor.

Afirmar o contrário será fazer “tábua rasa” do que fundamenta a existência de crime de sequestro quando esteja em causa uma criança, pois a vontade do agente consiste sempre em deslocá-la unilateralmente de local⁹⁹.

Contudo, nem sempre ocorrerá o crime de sequestro por não se verificar um dos elementos implícitos do tipo de ilícito. Tanto no caso do aresto de 10.01.2008 como na segunda situação descrita não se pode afirmar que exista uma vontade presumida da criança de que, caso tivesse capacidade de pelos seus próprios meios se aproximar, de ir ter com quem tem a sua guarda, o fizesse. Na circunstância de a criança nutrir laços de afectividade com o autor da conduta por oposição à falta dos mesmos relativamente a quem detém a guarda, seria abusivo e irrealista afirmar a existência dessa vontade presumida.

De resto, decorre das regras de experiência comum, ponderando todo o “*iter criminis*”, que se a criança já se encontrava sob o domínio do agente do crime, seja porque quem tem a guarda a confiou de livre vontade, seja por-

⁹⁹ Em sentido diverso, no entanto não ponderando na totalidade a argumentação expendida no texto, atendo-se à concepção naturalística de a principal intenção do agente do crime ser a subtração e que um bebé não tem capacidade de locomoção, cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, pp. 105 a 107.

que antes de ser decidida a regulação do exercício das responsabilidades parentais aquela se encontrava entregue aos seus cuidados, e existe uma recusa peremptória em entregar a criança, havendo manifestações de cuidado, amor e carinho entre o autor do crime e a criança, por contraposição à ausência de qualquer demonstração de carinho ou de cuidado no passado por quem tem actualmente a guarda, naturalmente que a aludida presunção se encontra ilidida — cf. art. 127.º do CPP.

Porém, se o agente do crime, para praticar o acto ilícito teve de retirar a criança do domínio da esfera de exercício da guarda do seu titular, indo buscá-la, por exemplo, à residência onde a mesma habitualmente vive, este esforço criminoso, sem mais nenhuma explicação, naturalmente que nos conduz a concluir que existiu intenção de levar a criança do seu lar contra a vontade presumida desta, que, caso tivesse capacidade de efectivar a liberdade de deslocação, se oporia, praticando o agente, por conseguinte, um crime de sequestro.

Na quarta situação, tendo o jovem vontade e capacidade natural para se deslocar e decidir onde quer estar, para que ocorra o crime de sequestro certamente que terá de se verificar que está confinado a um determinado espaço mediante a privação da sua liberdade ambulatoria, pois, caso contrário, se tiver dado o seu acordo, a conduta traduziria um crime de subtracção de menor se não for operável qualquer causa de atipicidade ou de exclusão da ilicitude em razão da idade do objecto material do crime.

No fundo, trata-se de aferir se a criança se encontra confinada a um determinado espaço visivelmente contra a sua vontade, sendo nessa avaliação importante aferir a maturidade e idade do menor, bem como os laços de afecto nutridos entre “subtractor” e criança por oposição entre quem detém a sua guarda.

14. CONCLUSÃO

O crime de subtracção de menor insere-se num contexto melindroso em que a actuação do Estado deve ser parcimoniosa e ponderada, devendo todos os intervenientes prosseguir o interesse superior da criança, sem olvidar que isso passa, salvo circunstâncias específicas do caso que o desaconselhem, pela presença na sua vida de ambos os progenitores.

Esta constatação deve estar subjacente tanto à interpretação do tipo de ilícito como à aplicação da pena, não devendo o julgador olvidar as consequências que os factos criminosos possam ter noutras matérias, nomeadamente no exercício das responsabilidades parentais, remetendo as competentes certidões.