

O CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR — UMA LEITURA DO REFORMADO ART. 249.º DO CÓDIGO PENAL¹

ANDRÉ LAMAS LEITE

*Ao Senhor Prof. Dr. JOSÉ TAVARES DE SOUSA,
pelos clarividentes ensinamentos, pelas palavras fraternas e,
sobretudo, pela verticalidade do Exemplo e da Acção.*

*(...)
Formado antes do tempo, ou malformado,
Nasceu inda futuro ou trans-passado...
Como dar-lhe direitos de cidade?!*

*— «Adeus!, adeus! cá vou, que vim com pressa...
Venci! que, nesta baixa actualidade,
Minha Hora passou... mas já começa.»*

JOSÉ RÉGIO, «O Menino sem Tempo»

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, deu nova configuração ao delito de subtracção de menor, não só alterando as molduras penais abstractas, mas também, e em especial, introduzindo nova redacção à modalidade típica em que é incumprida a decisão de exercício das responsabilidades parentais, no sentido de abranger hipóteses até aí atípicas (art. 249.º, n.º 1, al. c), do Código Penal). O presente artigo analisa a legitimidade da intervenção do *ius puniendi*, as alterações mais significativas e a importância de uma correcta hermenêutica, *in casu*, das causas de justificação do ilícito e de exclusão da culpa.

¹ O artigo que ora se dá à estampa corresponde, com alterações pontuais, ao texto que nos serviu de base à intervenção, em 25 de Outubro de 2008, no Congresso «Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio», organizado pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa e pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas (APMJ), e realizado nas instalações daquela Instituição de ensino superior. Agradecemos o amável convite à Comissão Organizadora, nas pessoas da Senhora Mestre MARIA CLARA SOTTOMAYOR e da Senhora Desembargadora MARIA TERESA FÉRIA DE ALMEIDA.

1. INTRODUÇÃO

Bem se esforça a doutrina por ensinar que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* da intervenção estadual nas relações sociais e em acrescentar, em desenvolvimento desta ideia, que essa mesma intervenção deve ser *fragmentária*. Todavia, esta é das áreas em que mais se verifica uma *décalage* entre o ser e o dever-ser, porquanto o legislador continua, de modo crescente, a lançar mão das sanções criminais como forma de assegurar o cumprimento de normas jurídicas que pouco ou nada contendem com valores fundamentais comunitários e em que o arsenal punitivo do Direito Criminal, mais do que solucionar alguma coisa, em regra acicata o problema.

Isto mesmo se tem dito em relação ao Direito da Família², sendo apenas de meados da anterior centúria a necessidade de fazer recobrir alguns direitos familiares do manto criminal, *maxime* em hipóteses de falta de protecção *natural* dos destinatários imediatos das normas (*hoc sensu*, os menores), ou desprotecção fáctico-legal de um dos progenitores, ou, por fim, do directo interesse comunitário no conhecimento e respeito pelo estado civil de um dos membros da sociedade conjugal. Donde, com a habitual e desejável parcimónia na intervenção criminal, existem situações da vida social que, todavia, reclamam a tutela do nosso ramo de Direito.

De facto, e parafraseando FRANCESCO ANTOLISEI / LUIGI CONTI³, «o Estado, se está consciente dos seus fins, não pode deixar de proteger a família, na medida em que a sua saúde (*sanità*) é condição essencial da saúde de todo o agregado social. Tutelando os interesses do núcleo familiar, no fundo, o Estado tutela e reforça-se a si mesmo (...)». Ao fim e ao cabo, estaríamos perante comportamentos (activos ou omissivos) que têm no quadro axiológico-constitucional directo respaldo (arts. 36.º, 67.º e 69.º da Constituição), de tal modo que a protecção assim requerida nada mais seria que o adimplemento de injunções da *norma normarum* perfeitamente justificadoras da discursividade incriminadora nesta área do Direito⁴. Assim, algures entre a intervenção e a abstenção ficaria o *ponto óptimo* de relacionamento entre os Direitos Penal e da Família⁵.

² Entre nós, *inter alia*, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 614. Em Espanha, por outros, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 281, e JOSÉ ERNESTO FERNÁNDEZ PIÑOS / CARMEN DE FRUTOS GÓMEZ, *Delitos Contra el Honor. Delitos Contra las Relaciones, Derechos y Obligaciones Familiares*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 173.

³ *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, 12.ª ed., Milano: Giuffrè, 1996, pp. 445-446.

⁴ Neste sentido, entre tantos, JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT, «Anotação aos Delitos contra as Relações Familiares», in: GONZALO QUINTERO OLIVARES (dir.) / FERMÍN MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 505.

⁵ Para uma abordagem histórica do modo de tratamento de questões jurídico-familiares e de menores pelo Direito Criminal, cf. ADELMO MANNA, voce «Sottrazione di Minorenni e Persone

Tendo por exacto serem os dados e as mutações no tecido social verdadeiros *prius* face à cristalização jusconstitucional e jusordinária, é também correcto que essa previsão normativa deve ter suficientes propriedades expansivas para que as sucessivas modificações dos conceitos de base encontrem nos textos legais adequados *breathing spaces* aptos a evitarem que a lei que hoje se deita, não acorde amanhã velha ou morta. Donde, a opção entre nós seguida de, dentro dos crimes contra a sociedade, autonomizar os delitos contra a família⁶, implica que o Código em que eles se acham recolhidos insuffle desse sentido evolutivo o conceito de «família», de tal modo que as novas realidades de constituição de *núcleos de afectos* encontrem adequada armadura penal, ponto é que condicionadas à igualdade ou desigualdade de tratamento que o Direito Constitucional e o Direito da Família lhes confirmam. Na verdade, o programa político-criminal é, neste domínio, marcado por opções que são bebidas naqueles dois outros ramos de Direito e que se oferecem muito permeáveis a condicionamentos de mundividência individual. Numa época marcada por profundas mutações a nível relacional entre os seres humanos, os desafios e os perigos que se colocam à família que alguns apelidam de «pós-moderna», reclamam, em pontos precisos, um eventual reforço da tutela penal, justificada por existirem novos fenómenos ou fenómenos antigos que agora assumem diversa proporção.

Assim enquadrados, em situações de crise familiar — divórcio, ruptura da vida em comum de quem viva em condições análogas às dos cônjuges ou simplesmente em relação de proximidade existencial sem carácter de permanência; ou disputa pelo exercício do poder paternal⁷, *rectius*, das *responsabilidades parentais*⁸, sejam as pessoas em conflito progenitores, parentes ou

Incapaci», in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, p. 1, e bibliografia aí citada.

⁶ Sendo o Direito da Família um dos ramos mais permeáveis às mutações políticas, ideológicas, filosóficas, económicas, sociais e culturais da comunidade, de tal modo que uma alteração na estrutura social determina, inelutavelmente, uma modificação de traços basilares deste segmento normativo (como aconteceu com a profunda reforma do CC, nesta matéria, em 1977, com o desiderato de adaptar o Direito da Família às novas traves-mestras da Constituição de 1976), não é de estranhar que, na versão originária do CP, de 1982, a matéria fosse tratada no Tít. III, do Livro II, sob a epígrafe «Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade» e, mais precisamente, no Cap. I, «Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social».

⁷ Entre tantos, com uma análise das principais posições sobre a matéria, concluindo por uma *via di mezzo*, em que, tendo em conta o aspecto interno, o poder paternal tinha «a natureza de direito subjectivo» e, quanto à sua feição externa, seria um «genuíno poder funcional», cf. JORGE MIRANDA, «Sobre o Poder Paternal», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXXII, 1-4, 1990, pp. 32-38. Cf., ainda, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Curso de Direito da Família*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 198-201, MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal — Contributo para o Estudo do Seu Actual Regime*, 1.ª reimp., Lisboa: AAFDL, 1994, pp. 41-49, e TIZIANA MONTECCHIARI, *La Potestà dei Genitori*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 23-32.

⁸ Culminando uma evolução já com alguns anos, o art. 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31-10, determina que se passe a usar a terminologia «responsabilidades parentais», ao invés de «poder

afins dos menores ou meros «guardiães de facto» —, o menor transforma-se, amiudadas vezes, em arma de arremesso, de pressão, de coacção, não apenas para o tão celebrado — quanto gasto (logo correndo o risco de se transformar em fórmula estéril) — «superior interesse da criança»⁹ (*the paramount interest of the child*, na expressão do TEDH), mas também para os legítimos direitos daqueles a quem a ordem jurídica confere o encargo de velarem por que o menor seja dotado das condições essenciais para se transformar num cidadão pleno. A mera observação da realidade salienta os dramas decorrentes do *parental kidnapping*¹⁰ ou do incumprimento das cláusulas insertas em acordos de regulação das responsabilidades parentais. Foi sobre este último aspecto que o art. 7.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, se propôs intervir, sendo certo que apenas centraremos o nosso estudo sobre as alterações introduzidas ao art. 249.º do Código Penal¹¹.

Antes de o fazermos, contudo, de modo a compreendermos o alcance da novel redacção, essencial se torna verificar qual era o *status quo ante*.

paternal». O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27-11-2003 (RB II a / II bis), relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, já assim o fazia, definindo «responsabilidade parental» como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança. O termo compreende, nomeadamente, o direito de guarda e o direito de visita» (art. 2.º, n.º 7). Para um excelente conspecto deste acto normativo de Direito Europeu derivado, vide JOSÉ TAVARES DE SOUSA, *Código de Processo Civil*, 10.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 845-849. Cf., ainda, HELEN STALFORD, «EU Family Law: A Human Rights Perspective», in: JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS / FREDERIK SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2007, pp. 121-127.

⁹ Cf., entre outros instrumento de Direito Internacional Público e de Direito Europeu que o erigem em critério decisório fundamental, o art. 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança adoptada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 20-11-1989, e ratificada por Portugal em 21-9-1990, e o art. 23.º, al. b), do RB II a / II bis, o qual prevê a contrariedade ao «superior interesse da criança» como fundamento de não reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental. Veja-se, ainda, o art. 4.º, al. a), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP). Para uma explanação do critério, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação de Pessoas e Bens*, 2.ª ed., Porto: Publicações Universidade Católica, 2003, pp. 65-89, e, da mesma Autora, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 50-54.

¹⁰ O fenómeno, nos EUA, levou já a que o Congresso aprovasse legislação no sentido de considerar estes actos como *federal felonies*, bem como o rapto, de um Estado para outro, com intenção de exigir recompensa ou resgate (o chamado *Lindbergh Act*, de 1932), ou o *international parental kidnapping* — vide, p. ex., RONALD N. BOYCE / ROLLIN M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure*, 8. th. ed., New York: New York Foundation Press, 1999, p. 192. É neste país que se tem desenvolvido, desde 1996, o sistema do *AMBER Alert*, o qual pugna por uma rápida troca de informações em caso de sequestro ou rapto de menores, utilizando os *mass media* como forma de difundir dados sobre o menor, no mais breve espaço de tempo possível desde o desaparecimento, orientados para que a comunidade auxilie na sua localização.

¹¹ Doravante, qualquer referência a um inciso legal desacompanhada da indicação do respectivo diploma deve entender-se por feita para o Código Penal (CP).

2. ESBOÇO DO QUADRO JURÍDICO-PENAL ANTERIOR

1. Enquanto subsiste uma relação «saudável» entre os progenitores do menor (seja ela no âmbito do casamento, união de facto ou qualquer outra), os poderes funcionais que constituem as responsabilidades parentais só excepcionalmente se cruzam com o Direito Penal, sendo certo que, quando tal sucede, é sintoma de crise nessa mesma relação¹². O encontro com o nosso ramo de Direito dá-se, pois, em regra, quando a ligação entre os progenitores termina e não há acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais¹³ ou, havendo-o, o mesmo não é cumprido. É exactamente quanto ao incumprimento destes acordos que iremos traçar o quadro de possível intervenção do Direito Criminal.

Para além das hipóteses de violação da obrigação de alimentos¹⁴ — art. 250.º —, delito também modificado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, é fundamentalmente o incumprimento, pelo progenitor guardião, do direito de visita, e, em geral, de acesso ao menor, aquele que pode, ao menos em abstracto, fazer-nos pensar no Direito Penal. A par de hipóteses tantas vezes conexas com estas, como a de recusa de entrega do menor ao progenitor guardião, por parte do não guardião ou de parente, afim ou mera pessoa das suas relações.

O incumprimento do direito de visita tem na Organização Tutelar de Menores (OTM) um mecanismo destinado a acorrer a estas situações, o qual se acha recolhido no art. 181.º (cf., também, o art. 146.º, al. d)), nos termos do qual o tribunal pode ordenar «as diligências necessárias para o cumprimento coercivo», o que pode passar pelo uso da força pública, embora deva ser-se muito parcimonioso em tal utilização, atentos os interesses em jogo e o mandato de acautelar «o interesse superior do menor», erigido em critério orientador geral de todos os processos tutelares cíveis (art. 148.º, n.º 1). Pode também ser requerida a condenação do progenitor inadimplente no pagamento de

¹² Assim, p. ex., o tradicional poder-dever de correcção de pais em relação aos filhos pode ultrapassar as fronteiras de uma causa de justificação atípica (e muito discutível) e transformar-se em crime de ofensas à integridade física. Sobre o problema, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «A Lesão da Integridade Física e o Direito de Educar — Uma Questão “Também” Jurídica», in: MANUEL AFONSO VAZ / J. A. AZEREDO LOPES (coord.), *Juris et de Jure*, Porto: Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1998, pp. 901-929 e, da mesma Autora, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, pp. 591-615.

¹³ Abrangendo os poderes funcionais de natureza pessoal (guarda, vigilância, auxílio, assistência — art. 1874.º, n.º 1, do CC —, educação — afluída nos arts. 1604.º, al. a), e 1612.º, n.º 1, 1875.º, 1885.º, 1886.º e 1928.º, todos do CC — e representação — art. 1881.º do CC), bem como de natureza patrimonial (poder-dever de administração, v. g., o art. 146.º, als. g) e h), da OTM).

¹⁴ Do prisma da sua tutela civil, será cada vez mais importante, a partir de 18-6-2001 — art. 76.º — (data da sua aplicação), o Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho de 18-12-2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 7, de 10-1-2009.

multa até € 249,40 e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos (n.º 1 do art. 181.º). Não sendo paga a multa, segue-se a instauração de processo de execução da mesma (art. 181.º, n.º 5). As decisões tomadas neste âmbito têm efeito meramente devolutivo (art. 185.º, n.º 1).

Por outro lado, sendo o menor retirado do local onde devia encontrar-se, nos termos de acordo homologado¹⁵ ou decisão judicial¹⁶, prevê a OTM um outro processo tutelar cível especial de entrega judicial de menor (arts. 191.º a 193.º; cf., também, o art. 146.º, al. f)), o qual, tendo provimento, termina com a entrega do menor no local definido pelo juiz (art. 191.º, n.º 4) ou com o seu depósito «em casa de família idónea» (art. 192.º, n.ºs 2 e 3).

Para além deste campo protector jurídico-civil, o incumprimento do direito mais genérico de acesso ao menor convoca, do prisma penal, e *in abstracto*, figuras-de-delito como a *coacção* (art. 154.º), o *sequestro* (art. 158.º) ou o *rpto* (art. 161.º).

Quanto ao último, mesmo de uma análise perfunctória do tipo-de-ilícito objectivo, imediatamente ressalta a sua inaplicabilidade às hipóteses de recusa, pelo progenitor guardião, de permitir — nos termos estabelecidos por decisão judicial ou acordo homologado pela entidade competente (juiz ou Ministério Público — MP¹⁷) — o acesso ao menor pelo progenitor não guardião, desde logo na medida em que «raptar» implica, como regra, um deslocamento da pessoa de um local para outro, o que aqui não sucede, a que acresce o facto de as alíneas do n.º 1, do art. 161.º, representarem crimes autónomos se praticados pelo dito progenitor contra o menor¹⁸, bem como, ao nível da execu-

¹⁵ Pelo juiz — cf. arts. 178.º, n.º 1, *a contrario*, 183.º, n.ºs 1 e 2, ambos da OTM — ou pelo MP — art. 14.º, n.ºs 4 a 6, do DL n.º 272/2001, de 13-10.

¹⁶ Arts. 179.º, n.º 1, 180.º, n.º 1, 182.º, n.º 4, 183.º, n.º 1, todos da OTM.

¹⁷ Nas hipóteses de divórcio por mútuo consentimento (da competência exclusiva das conservatórias de registo civil — art. 12.º, n.º 1, al. a), do DL n.º 272/2001, de 13-10), o acordo relativo ao modo de exercício das responsabilidades parentais «é enviado ao MP junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória de registo civil», a fim de ser homologado. Se o MP entender que o acordo não acautela devidamente os interesses do menor, devolve-o à conservatória, cabendo aos pais actuar em conformidade com o indicado pelo MP ou propor um novo acordo que irá com nova vista ao MP (que pode voltar a negar a sua homologação). Nestas últimas hipóteses e naquelas em que, *ab initio*, os progenitores não aceitem as alterações indicadas pelo MP, o processo deixa de ser da competência da conservatória, operando-se a sua *translatio iudicii* para o tribunal de 1.ª instância, tudo isto nos termos do art. 14.º, n.ºs 2 a 7.

¹⁸ A versão de 1982 do CP autonomizava, no então art. 163.º, o crime de «rpto de menor» de 16 anos, construindo um *Absichtdelikt* («raptar ou privar de liberdade (...) com intenção de o [ao menor] explorar ou obter recompensa pela sua entrega ou com intenções libidinosas ou de utilização na prostituição»). Hoje, o legislador optou por transformar esses elementos de um ilícito à época autónomos, em circunstâncias qualificadoras do tipo legal simples de rpto (cf. art. 161.º, n.º 1, als. a) a c), e n.º 2, al. a)). O legislador alemão, por seu turno, continua a punir, *de per se*, o rpto de menores que ainda não tenham perfeito 18 anos de idade (§ 235 do *Strafgesetzbuch* (StGB) — Código Penal alemão), não podendo ser agente activo do delito aquele que exerce responsabilidades parentais. Em sentido próximo do referido em texto, LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2, 7.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 784, também entende bastar «a retirada [da vítima] da órbita de custódia do seu responsável».

ção vinculada que este inciso pressupõe («por meio de violência, ameaça ou astúcia»), se bem que não inexequíveis, são esses meios de rara verificação nas hipóteses sobre que ora nos debruçamos.

Quanto à coacção (art. 154.º), ela é já configurável — p. ex., A, progenitora guardiã do menor B, encontra-se divorciada de C, pai de B. Por telefone, de modo sério e instante, diz a C que matará o menor B se ele se aproximar da criança: através da ameaça de um mal importante, A constrange C a uma omissão (não conviver com o seu filho), assim coarctando a sua (de C) liberdade pessoal. Estamos perante uma factualidade que reclama a aplicação de um tipo legal que se não encontra orientado — ao menos de jeito imediato — para a salvaguarda do interesse do menor, mas sim do exercício da liberdade do progenitor que não consegue aceder ao seu filho e que assim é coagido numa das dimensões dessa mesma liberdade individual: o convívio com os filhos menores, verdadeira rarefacção de um interesse típico das fronteiras do Direito da Família, mas que encontra guarida também nas normas juscriminais, por via do seu já assinalado carácter fragmentário.

Finalmente, no que tange ao sequestro (art. 158.º), é este, por excelência, o tipo legal de delito que mais pode lograr aplicação nas factualidades sob análise, não sem se levantarem, a este propósito, algumas espinhosas tarefas hermenêuticas.

Em primeiro lugar, *elemento implícito do tipo*¹⁹ é a inexistência de acordo do sequestrado, *i. e.*, a retenção contra a sua vontade. Ora, em relação a um menor, *maxime* de idade pouco avançada, que viva com o progenitor guardião, é quase impossível afirmar essa oposição em não permitir o contacto com o outro progenitor, tendo em conta a sua natural incapacidade de entender e de querer. Mesmo quando o menor já é mais velho, a quebra de laços que possam pré-existir em relação ao progenitor não guardião e algum *coaching* do progenitor guardião no sentido de minorizar a figura do outro, dificilmente preenchem o requisito da falta de acordo do menor.

Sempre se poderia dizer, contudo, que, se é o próprio ordenamento jurídico que considera o menor de dezoito anos de idade não emancipado pelo casamento, incapaz de exercício de direitos (arts. 122.º, 123.º, 132.º e 133.º do Código Civil — CC), então também aqui o seu eventual acordo em não contactar com o outro progenitor excluiria a tipicidade do sequestro. Todavia, o percurso dogmático-penal faz-se através do art. 38.º, uma vez que esta é a norma de base reguladora das características também do acordo excludente

¹⁹ Para uma noção do conceito, acompanhada de outros exemplos, por todos, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 67-79. Embora não adoptando esta categoria dogmática, escreve-se no ac. do TRL de 27-6-2006 (relatora: Des. MARGARIDA BLASCO), disponível em <http://www.dgsi.pt> [Todas as consultas a sítios da Internet foram realizadas em Outubro de 2008], que «havendo consentimento [acordo] dado pelo titular dos poderes quanto à separação (do menor de quem tem a sua tutela), sendo esse acordo válido, não há sequer tipicidade».

da tipicidade, o que reclama ter o menor mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance desse mesmo acordo. Donde, neste particular, existe uma diferença entre as intervenções civil e penal: havendo acordo válido por parte do menor que não deseja contactar com o progenitor não guardião, nunca pode o outro progenitor ser incurso no delito de sequestro, por exclusão típica, mas, mesmo assim, permanecendo o menor sob o domínio das responsabilidades parentais, o Direito da Família verá aqui, ao menos, uma desconformidade.

Outra dificuldade já assinalada à subsunção destas hipóteses ao crime de sequestro, resulta, nos casos particulares em que o menor se não consegue ainda mover por si mesmo, da exigência de a conduta se traduzir em «det[er], prender, mant[er] presa ou detida outra pessoa». Quem se não move, não pode ser impedido de mover-se. Esta aparente verdade insofismável é contraditada se tivermos da liberdade pessoal objecto da protecção desta figura-de-delito a concepção de que ela pode revelar-se numa forma *meramente potencial*, ou seja, não se protegeria somente o *ius ambulandi* actual, mas também aquele que, sendo embora ao *tempus delicti* somente virtual, se transformará, pela própria evolução do crescimento humano, em realidade actuante²⁰. Cremos bem que o programa político-criminal protector do bem jurídico em causa comporta esta predicação.

Se assim é do prisma do tipo-de-ilícito objectivo, analisando a sua formulação subjectiva, e sendo este um crime apenas doloso, a magna dificuldade encontra-se, na subsunção às concretas factuais, em afirmar preenchidos os elementos intelectual e volitivo do dolo (*maxime* este último), porquanto, nestas hipóteses, não é líquido entender — e sobretudo provar — que o progenitor orientou a sua vontade para a realização do tipo objectivo²¹. Mesmo ultrapassados os escolhos objectivos que acima alinhámos, a volição do agente dirige-se, fundamentalmente, para o não cumprimento da decisão judicial ou do acordo homologado e consequente recusa de contacto do menor

²⁰ «É de presumir que o incapaz, se já possuísse a capacidade de efectivar a sua liberdade de deslocação, se oporia ao acto de impedimento da sua locomoção por terceiro» (ac. do STJ de 1-2-2006 (relator: Cons. SILVA FLOR), disponível em <http://www.dgsi.pt>), na esteira do propugnado por AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 158.º do CP», in: *Comentário...*, tomo I, pp. 405-406. Era esse, também, o entendimento de MANUEL LEAL-HENRIQUES / MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal*, vol. II, 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 1996, p. 209, dando o exemplo do paralítico, dizendo que se não protege somente o direito de o ofendido se locomover por si, mas também por intermédio de outrem. Nesse sentido, cf. o ac. do STJ de 5-5-1993, *loc. cit.*, p. 213, de acordo com o qual «mesmo um recém-nascido pode ser sequestrado, desde que a sua liberdade de locomoção para ele ir para junto dos pais ou para onde os seus pais desejam que vá seja coarctada dolosamente pelo agente». No direito italiano, na direcção seguida em texto, FRANCESCO ANTOLISEI / LUIGI CONTI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, p. 154.

²¹ De igual modo, estes conflitos são adequados à aplicação de um princípio ínsito ao crime de sequestro — o de exclusão de privações insignificantes, em conformidade com o brocardo *de minimis non curat praetor* (afirma-o, de jeito claro, M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 531). Na jurisprudência, vide o ac. do STJ de 3-10-1990, in: *CJ*, XV, 4, p. 21.

com o outro progenitor e não, na grande maioria dos casos, para a limitação ou eliminação da liberdade de movimentos do menor.

Não podemos obnubilar os laços de afecto que, via de regra, ligam agente e «vítima» do delito, nem tão-pouco o facto de o menor ser, amiúde, um «pretexto» para atingir o outro progenitor. Dir-se-á que é ainda o interesse do menor que sai afectado através desta conduta, na medida em que se o impede de um relacionamento dito normal e saudável com ambos os progenitores, reconhecido por instrumentos de Direito Internacional Público vinculativos para o Estado Português, pela nossa Lei Fundamental e pela legislação ordinária. Contudo, a pergunta impõe-se: tal protecção cabe no âmbito aplicativo material do delito de sequestro, unânime que é a identificação da garantia do *ius ambulandi* como o bem jurídico protegido por aquela incriminação? A resposta, quanto a nós, só pode ser *negativa*, sob pena de a tarefa hermenêutica do tipo incumprir a finalidade de encontrar o núcleo matriz da norma e irradiar *ad nauseam* até um ponto em que se perde a sua configuração e sofrem inapelavelmente o princípio da intervenção subsidiária do Direito Penal e o critério da necessidade criminal. Assim, em conclusão, apenas em hipóteses raras, em que mais do que (ou ao mesmo tempo) querer incumprir a decisão quanto às responsabilidades parentais, o agente orienta a sua conduta para o fim de coarctar o menor da sua liberdade de movimentos, se acha preenchida a incriminação por sequestro.

O percurso até aqui trilhado — e em especial as considerações agora mesmo tecidas — parece apontar, então, para o crime de desobediência (art. 348.º) como resposta jurídico-penal à inquietação que nos move. Estamos perante um crime comissivo por acção ou, em outras formas típicas, omissivo puro ou próprio (*echte Unterlassungsdelikt*) — já que é a própria lei (penal) que descreve a matéria da proibição, adoptando-se, pois, um critério de base «tipológica»²² —, sistematicamente inserido nos delitos contra a autoridade pública e destinado a garantir o acatamento e a efectividade das ordens ou mandados legítimos. Numa palavra, é a *autonomia intencional do Estado* que se visa proteger com esta incriminação²³.

Identificado o bem jurídico, sabemos todos que os conteúdos ínsitos ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁴, na vertente da proibição

²² Dizemos «de base», na medida em que não podemos ignorar que o legislador adscreveu à omissão impura, nos termos já estudados, apenas crimes que envolvam um «resultado», sendo que este consiste, na nossa opinião, na lesão ou colocação em risco de bens jurídicos. Assim nos pronunciámos em *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura. Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, onde se podem consultar as várias hipóteses distintivas da omissão pura e da comissão por omissão, bem como a fundamentação da escolha por uma posição que parte do critério dito «tipológico», a pp. 46-79.

²³ Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «Anotação ao art. 348.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 350.

²⁴ Sobre este princípio, e, em especial, sobre as exigências decorrentes do mandato da taxatividade penal referidas em texto, entre tantos, cf. o nosso *As «Posições de Garantia»...*, pp. 349-386.

da analogia incriminadora (*lex stricta*), exigem a expressa consagração de um comportamento no texto da lei penal, sob pena de, assim não acontecendo, o mesmo escapar à intervenção sancionatória deste ramo de Direito. Nestes termos, o legislador — e bem — não podia fabricar um tipo indeterminado ou indeterminável, adscrevendo o *non facere* à expressa cominação como crime de desobediência (simples ou qualificada), através de uma disposição legal (respectivamente, art. 348.º, n.º 1, al. a), e n.º 2), ou por intermédio de uma cominação da parte da autoridade ou funcionário. Por outras palavras, existe um procedimento de reenvio para diversas normas e comportamentos cominatórios que preenchem o tipo legal de crime de desobediência, de tal modo que somente conjugando ambos se acede à totalidade do conteúdo material da norma²⁵.

Cumpra, nesta sequência, verificar se a lei ordinária em matéria de Direito da Família e de Direito de Menores contém, no que diz respeito ao cumprimento dos acordos de responsabilidades parentais, alguma expressa cominação nesse sentido. Compulsado o CC, a OTM ou mesmo a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo — LPCJP — (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro), não se encontra qualquer previsão expressa de que esse inadimplemento mereça a censura penal a efectivar através do crime de desobediência. Sempre restaria, todavia, a hipótese consagrada na al. b) do n.º 1 do art. 348.º, a qual, como regra, não é utilizada pelos juízes — ao que conhecemos —, na medida em que existem outros mecanismos legais para o efeito menos limitadores de direitos fundamentais que os instrumentos penais.

Do prisma da tutela civil, se, p. ex., o progenitor não guardião for impedido de estar com o filho, pode socorrer-se da *execução coerciva directa*, recorrendo à força pública — *execução manu militari* do direito de visita — (a qual deve ser usada com muita parcimónia, atento o interesse do menor e a experiência traumática que daí resulta quase sempre); ou de *medidas de execução indirecta: sanção pecuniária reparadora* (responsabilidade civil por factos ilícitos, com ressarcimento dos danos não patrimoniais: art. 496.º do CC); *sanção pecuniária punitiva* (multa e indemnização previstas no art. 181.º da OTM) e *sanção pecuniária compulsiva* (prestação de caução pelo progenitor guardião e sanção pecuniária compulsória do art. 829.º-A do CC, tida, contudo, por pouco eficiente no domínio do Direito da Família). Para além destes instrumentos, pode ainda o progenitor lesado intentar acção de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 182.º, n.º 1, 1.ª parte, da OTM), ou recorrer a medidas de assistência educativa em caso de perigo para o menor (art. 1918.º do CC) e inibição do exercício das responsabilidades parentais (art. 1915.º do CC).

Ainda no domínio civil, havendo deslocação do menor para o estrangeiro, sem o consentimento do progenitor guardião que esteja, no momento

²⁵ Deste modo, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «Anotação ao art. 348.º do CP», pp. 351-357, falando mesmo em «dever qualificado de desobedecer» (p. 351).

da deslocação ou retenção, a exercer a guarda de modo efectivo²⁶, aplicar-se-á a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças²⁷ e/ou, no âmbito específico dos Estados-Membros da União Europeia, o Regulamento Bruxelas II *a* / II *bis*²⁸.

2. Quanto ao art. 249.º, n.º 1, al. c), estávamos perante um delito que protegia os «poderes que cabem a quem esteja encarregado do menor (...); embora a razão dessa protecção esteja pensada para o bem estar do menor»²⁹. Tal como a norma se achava configurada antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, aí se previa um *crime omissivo puro* («recusar a entregar o menor») compatível com a estrutura dos comportamentos que estão na base do incumprimento das decisões em mérito.

A principal questão que ocupava a jurisprudência e a doutrina consistia em saber se a tutela dispensada pelo art. 249.º, n.º 1, al. c), era ou não aplicável ao incumprimento das decisões sobre o exercício das actuais responsabilidades parentais quando o inadimplente era um dos progenitores³⁰.

Já se pretendeu que a resposta maioritariamente negativa dada à época, no nosso país, ao problema, fosse censurada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — TEDH —³¹, o que não sucedeu, uma vez que aquele órgão entendeu que os Estados gozam, em matéria de política criminal, de uma «margem de apreciação», tanto mais que o incumprimento do modo de exercício das responsabilidades parentais não ficava, já na altura, sem sanção (embora civil). Contudo, o TEDH não deixou de, por forma um tanto sibilina,

²⁶ Importantes, neste particular, a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores, aprovada pelo Decreto n.º 136/82, de 21-12, a Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48 494, de 22-7-1968 e, muito recentemente, a Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças, adoptada na Haia em 19-10-1996 e aprovada pelo Decreto n.º 52/2008, de 13-11.

²⁷ Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11-5. Entre Portugal e França foi celebrada a Convenção de Cooperação Judiciária Relativa à Protecção de Menores, aprovada pela Resolução da AR n.º 1/84, de 3-2 (assim dando corpo à exortação do art. 11.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos das Crianças). Com interesse, *vide* o ac. do TRP de 16-9-2004 (relator: Des. TELES DE MENESES), in: *CJ*, XXIX, IV, 2004, pp. 165-166, o ac. do TRE de 4-3-2004 (relatora: Des. MARIA ALEXANDRA MOURA SANTOS), in: *CJ*, XXIX, IV, 2004, pp. 235-237.

²⁸ *Inter alia*, cf. os arts. 10.º, 11.º, 42.º, 60.º

²⁹ J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», p. 614. Na jurisprudência, cf. o ac. do TRL de 27-6-2006 (relatora: Des. MARGARIDA BLASCO), disponível em <http://www.dgsi.pt>. O interesse reflexo de satisfação do interesse do próprio menor em estar com aquele a favor do qual existia uma decisão de exercício dos poderes-deveres ínsitos às responsabilidades em estudo era salientado por LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *Código Penal*, p. 697.

³⁰ Na versão originária do CP, o então art. 196.º, n.º 1, usando a expressão «recusar a entregá-lo [ao menor] a quem legitimamente o reclame», admitia a punição em ambas as hipóteses referidas em texto. Com a Reforma de 1995, o art. 249.º, n.º 1, al. c), passa a ter a redacção em vigor até a alteração operada pela Lei n.º 61/2008, de 31-10.

³¹ Ac. *Reigado Ramos c. Portugal*, de 22-11-2005 (Proc. n.º 73229/01), disponível em <http://www.echr.coe.int>.

criticar a ausência de protecção criminal da legislação portuguesa, lembrando que os Estados devem dotar-se «de um arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas que lhes incumbem ao abrigo do art. 8.º da Convenção», em especial, de «uma panóplia de sanções adequadas, eficazes e capazes de assegurar os direitos legítimos dos interessados, bem como o respeito pelas decisões judiciais».

A este propósito, temos para nós que era necessário, à época, distinguir duas situações: se o exercício do então poder paternal por virtude de ruptura da vida em comum dos progenitores *não estivesse ainda definido*, e recorrendo o inciso aos conceitos de «poder paternal ou tutela» tal como eles se acham definidos no Direito da Família (estaríamos perante *conceitos normativos do tipo*), havendo, como regra, no poder paternal, um exercício conjunto dos progenitores (cf. a anterior redacção do art. 1901.º, n.º 1, do CC), por redução típica do art. 249.º, n.º 1, al. c), não poderia o delito ser perpetrado por quem ainda exercia esse mesmo poder paternal³².

Ao invés, em hipóteses de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, tirando os casos em que, por comum acordo, o feixe de poderes-deveres era exercido por ambos os pais, a decisão judicial entretanto proferida, entregando aquele exercício ao progenitor a quem o filho era confiado (cf. a redacção então vigente do art. 1906.º, n.ºs 1 e 2, do CC), abria já espaço para que o delito em análise pudesse ser cometido pelo progenitor não guardião³³. Essa recusa de entrega, na sequência do exercício, p. ex., do direito de visita, violava os poderes funcionais daquele que estava incumbido das responsabilidades parentais e, mediatamente, o interesse do menor já objecto de valoração na decisão judicial ou acordo homologado e cujo respeitourgia garantir.

³² Neste sentido, embora não distinguindo as duas constelações típicas como fazemos em texto, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», pp. 617-618. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal...*, p. 91, afirma ter-se pronunciado favoravelmente a que a recusa do direito de visita integrasse o crime de subtracção de menores, parecendo, agora, ao que julgamos, mais dubitativa. O argumento histórico não é aqui decisivo, uma vez que, aquando da discussão, no seio da Comissão Revisora, do art. 237.º do Anteprojecto de Parte Especial de EDUARDO CORREIA, FIGUEIREDO DIAS «sugeriu (...) que se possibilitasse uma fuga a este tipo nos casos em que a subtracção de menores se faz no seio familiar por virtude de desavença entre o pai e a mãe», o que contou com a oposição do autor do Anteprojecto que «reafirmou a necessidade de *em todos os casos* se prever uma sanção penal». Nada foi, todavia, sujeito a aprovação formal em qualquer um dos sentidos — cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1979, pp. 181-182. Em França, ao abrigo do art. 227-5 do CP gaulês, é esse o entendimento seguido — cf. JEAN PRADEL / MICHEL DANTI-JUAN, *Manuel de Droit Pénal Spécial*, 2.ème. ed., Paris: Cujas, 2001, pp. 429-430. No direito italiano, a posição tradicional ia no sentido de que qualquer pessoa (progenitor ou não) podia ser sujeito activo do crime de subtracção consensual de menor (art. 573 do CP italiano), contudo, na senda da decisão da *Corte costituzionale* n.º 54/69, inflectiu-se tal orientação, excluindo os progenitores do núcleo de sujeitos activos do ilícito (ROBERTO GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, II, Milano: Giuffrè, 2005, p. 49).

³³ Embora ainda à luz do art. 196.º da versão de 1982 do CP, cf., no sentido do texto, o ac. do TRL de 9-5-1990 (relator: Des. AGOSTINHO DOS SANTOS), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

É certo que, deste modo, o art. 249.º, n.º 1, al. c), se aproximava do *modus aedificandi criminis* do art. 348.º, mas a sua inserção neste artigo e neste capítulo surgia-nos indisputada, visto que havia sempre um *interesse da família* que se procurava acautelar, ou seja, importava a manutenção da integridade do modo de funcionamento das responsabilidades parentais em casos de ruptura da vida em comum entre os progenitores do menor. Tratava-se, por recatas contas, de uma figura-de-delito *ao serviço do cumprimento dessas mesmas responsabilidades*, sem que, em nossa óptica, se pudesse advogar o recuo do Direito Penal em tão sensível domínio, dado aqui se manifestarem (e continuarão a manifestar-se) *inegáveis interesses públicos* — do respeito pelas determinações dos órgãos de soberania (*in casu*, os Tribunais); da salvaguarda dos direitos que se retiram do art. 36.º, n.º 6, da Constituição (estabelecimento de uma relação de proximidade entre o menor e *ambos os progenitores* e exercício das responsabilidades parentais por aquele a quem elas foram atribuídas fundadamente), e do superior interesse do menor.

Pelo contrário, o art. 249.º, n.º 1, al. c), já se não aplicaria³⁴ aos casos em que o titular do (à época) poder paternal se recusava a permitir o contacto do menor com o outro progenitor, o que bem se compreendia, visto a lei dispor (como continua a suceder) de outras formas de coerção, e dado que, sendo o bem jurídico protegido a integridade do exercício do então poder paternal, não podia esta intervenção criminal redundar a favor de quem o não exercia.

Uma última nota: eram frequentes — e continuarão a sê-lo — as hipóteses de *consunção* (pura) entre esta modalidade do crime de subtração de menor e outros tipos legais, *maxime* o sequestro e o rapto, sendo de defender que, uma vez verificados os requisitos de um destes últimos crimes, é com base em um deles que se pune o agente. Ponto é que — repita-se — os requisitos objectivos quanto a esses crimes mais graves e, sobretudo, os subjectivos, se verifiquem, *de facto*, na situação *sub iudice*³⁵.

³⁴ Assim, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», p. 617. Na jurisprudência, cf. o ac. do STJ de 4-1-2007 (relator: Cons. HENRIQUES GASPAS), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

³⁵ Já assim se entendia na versão de 1982 do CP (VICTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 244). Na redacção vigente até este momento, era a posição de J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», p. 619, de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 659, e de M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, p. 764. LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *Código Penal*, p. 698, escreviam que, nestas situações, «[acudiam] naturalmente as regras punitivas adequadas ao concurso de infracções (cfr. art. 78.º [actual art. 77.º])», o que parece inculcar, dado que este último preceito trata da forma de punição do concurso real, que aqueles Autores afastavam a figura da consunção. Na jurisprudência, cf. o ac. do STJ de 1-2-2006 (relator: Cons. SILVA FLOR), disponível em <http://www.dgsi.pt>. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 1000-1002 e 1011-1027, prefere falar em «concurso aparente, impróprio ou impuro de factos puníveis», ao invés de consunção (ou consumpção).

Questão central na discussão que alimentou «espectáculos públicos» e *trials by newspapers* (ou melhor, *by TV*), e que ficou conhecido como «caso Esmeralda», bem decidindo o STJ (ac.

3. O PROCESSO LEGISLATIVO TENDENTE À ALTERAÇÃO

O processo legislativo que desembocou na publicação, em 31-10-2008, da Lei n.º 61/2008, com entrada em vigor a 30-11-2008, assentou na aprovação, em 17-9-2008, pela Assembleia da República (AR), do decreto n.º 245/X³⁶, na sequência do exercício do direito de veto em relação ao anterior decreto n.º 232/X (aprovado em 4-7-2008)³⁷. Todo o processo é muito parco em referências à alteração no domínio penal, a qual surge a reboque da profunda alteração introduzida no instituto do divórcio e, embora em menor medida, no instituto do exercício das agora responsabilidades parentais, *maxime* em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento (art. 1906.º do CC).

Aliás, assiste-se a um reforço do programa incriminador, sem que tal se ache explicitado na documentação oficial. Na verdade, na exposição de moti-

de 10-1-2008, relator: Cons. SIMAS SANTOS, disponível em <http://www.dgsi.pt>) que, *in casu*, inexistindo dolo de sequestro (ao contrário do Colectivo que julgara em 1.ª instância — ac. do Tribunal Judicial da Comarca de Torres Novas, de 16-1-2007, disponível em <http://www.verbo-juridico.net>), restaria a punição por subtracção de menor, apesar de, como sustentamos em texto, entre este crime e o de sequestro, interceder concurso aparente, na modalidade de conjugação pura. Este verdadeiro *case study* deu ainda origem a uma petição de *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal (art. 222.º, n.ºs 1 e 2, al. b), do Código de Processo Penal — CPP) cuja decisão (recurso n.º 353/07-5 (Hc)), de 1-2-2007, relatado pelo Cons. PEREIRA MADEIRA (in: *CJ*, XV, I, 2007, pp. 180, ss.), é um marco para o estudo deste modo de impugnação extraordinário, visto que — interpretando de jeito correcto o quadro normativo vigente — salientou que o *habeas corpus* não está configurado como uma modalidade de apreciação antecipada da prática ou não de um delito, nem tão-pouco de verificação sumária de uma dada qualificação jurídica (ele não é um *recurso ordinário*). No campo aplicativo da al. b) do n.º 2 do art. 222.º do CPP, apenas cabem as hipóteses em que os comportamentos *sub examine* se subsumam a um dado crime que, por si mesmo, não admita pena privativa de liberdade ou aos casos em que seja totalmente indisputado que a qualificação jurídica dada pelo tribunal não tenha o mínimo de apoio na letra da lei. Já não será assim quando estivermos perante uma condenação por um delito em que a sua inserção num dado tipo não seja de todo em todo impossível, mas altamente questionável. Para tanto existe a via recursória ordinária. Essencial é, ainda, do prisma da questão da legitimidade para o recurso da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais, por parte de quem tem a guarda de facto de uma criança, o ac. do TC n.º 52/2007 (Proc. n.º 134/05), de 30-1-2007, relatado pelo Cons. CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>), o qual concluiu — e muito bem — pela inconstitucionalidade do entendimento que negava tal legitimidade de recurso.

Ao invés, inexistindo qualquer exercício de responsabilidades parentais, nada impedia a existência de concurso real entre sequestro e subtracção de menor — «comete em concurso real os crimes de sequestro e de subtracção de menor, a arguida que leva da Maternidade um recém-nascido, para passar a tê-lo como seu filho» (ac. do STJ de 22-6-1994, relator: Cons. FERREIRA VIDIGAL, in: *CJ-AcSTJ*, II, II, 1994, pp. 255-258), uma vez que os bens jurídicos protegidos por ambas as incriminações eram (e são) diversos: a garantia do *ius ambulandi* no sequestro e a garantia da incolumidade do exercício das responsabilidades parentais na subtracção de menor.

³⁶ *Diário da Assembleia da República (DAR)*, II Série-A, n.º 4/X/4, de 26-9-2008, pp. 2-14.

³⁷ A mensagem do Sr. Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade está publicada no *DAR*, II Série-A, n.º 152/X/3, de 10-9-2008, pp. 3-6. Veja-se o Decreto n.º 232/X, em *DAR*, II Série-A, n.º 141/X/3, de 25-7-2008, pp. 11-21.

vos do projecto de lei n.º 509/X, originador do decreto n.º 245/X³⁸, lia-se que se considerava como delito o incumprimento do exercício das responsabilidades parentais (ponto I), para, mais à frente, se anunciar a introdução «de um novo artigo prevendo a punição para o [seu] incumprimento (...) que pass[ava] a ser considerado crime de desobediência» (ponto I, 2). E, no mesmo local, a teleologia da alteração justificava-se com a necessidade de «assegurar a defesa dos direitos das crianças, parte habitualmente silenciosa neste tipo de diferendos entre adultos, sempre que estes não cumpram o que ficar estipulado».

Mais ainda, aquando da discussão na generalidade do decreto n.º 232/X, referia-se (repetindo a exposição de motivos do projecto de lei n.º 509/X) pretender «diminuir a ligeireza com que se desprezam as decisões dos tribunais e se alteram os hábitos e as expectativas dos filhos, nesta matéria»³⁹. Corporizando a *ratio legis*, procedia-se, nesse projecto de lei, ao aditamento de um novo artigo ao CC — art. 1777.º-A, sob a epígrafe «acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais» — onde, no seu n.º 4, se estipulava que «o incumprimento do regime fixado sobre o exercício das responsabilidades parentais constitui crime de desobediência nos termos da lei penal».

A opção parecia ser clara, no sentido de um dos modelos acima analisados e que, como vimos, acaba por corresponder, na sua essência, ao art. 249.º, n.º 1, al. c), embora aqui com um campo de intervenção mais amplo que o adscrito àquele inciso, uma vez que não era só a recusa de entrega do menor abrangida pela matéria da proibição, mas todo o incumprimento (*definitivo*, ao que cremos) do regime das responsabilidades parentais⁴⁰, o qual pode ir de aspectos tão diversos como o direito de visita, a educação do menor, a obrigação de prestação de informações sobre ele ao progenitor não guardião. Estávamos, então, perante uma opção de política criminal que alargava as margens de punição a domínios que, até aí, se achavam circunscritos a instrumentos de Direito Civil.

Não discutiremos, por agora, a bondade deste reforço da tutela criminal⁴¹. Aquilo de que daremos nota contende com uma *inexplicada mudança de rumo*. É certo que, aquando da votação na generalidade do projecto de lei n.º 509/X, um partido da oposição apodou o art. 1777.º-A, n.º 4, do CC, de «erro crasso», por manifesta falta de necessidade de intervenção penal que, em seu entender, prolongaria ainda mais os conflitos derivados de situações

³⁸ Este projecto, subscrito por um conjunto de deputados do Partido Socialista (PS), foi apreciado juntamente com o projecto de lei n.º 485/X, do Bloco de Esquerda (BE), o qual, por não introduzir alterações em matéria penal, quedará fora da nossa análise.

³⁹ Intervenção do Sr. Deputado ALBERTO MARTINS, do PS, in: *DAR*, I Série, n.º 72/X/3, de 17-4-2008, p. 8, com concordância em grande medida do Sr. Deputado ANTÓNIO FILIPE, do Partido Comunista Português (PCP), in: *ibidem*, p. 14.

⁴⁰ O Sr. Deputado ANTÓNIO FILIPE, do PCP, formulou algumas dúvidas quanto à grande abrangência da incriminação, in: *DAR*, I Série, n.º 72/X/3, de 17-4-2008, p. 14.

⁴¹ A APMJ, no seu *Parecer* sobre a matéria (disponível em <http://www.apmj.pt>), a p. 16, manifestou dúvidas quanto à necessidade da intervenção penal.

de ruptura de qualquer tipo de organização conjunta dos progenitores⁴². Mas nada disto faria adivinhar que, em sede de discussão na especialidade, essa norma tivesse sido eliminada e alterada a redacção da al. c) do n.º 1 do art. 249.º, mudando-se, desde logo, o tipo legal de desobediência para subtracção de menor, bem como diminuindo-se as molduras penais aplicáveis, não apenas a esta modalidade de preenchimento do tipo, mas às outras duas que, em sede de *Tatbestand*, permaneceram incólumes a este brusco ímpeto reformista. E isto, sublinhe-se, sem que o relatório da votação e discussão na especialidade da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, nos dê sequer uma pista sobre a teleologia desta inversão⁴³, e sem que algo transpirasse da discussão entretanto havida e que conduziria à aprovação do decreto n.º 245/X que, neste particular, mantém o mesmo texto do decreto n.º 232/X.

Perscrutar o sentido desta mutação é, por certo, tarefa cuja complexidade se adensa, todavia, procuraremos enfrentá-la na análise mais detida da nova redacção do art. 249.º, n.º 1, al. c), e n.º 2.

4. A NOVA REDACÇÃO DO ART. 249.º DO CP

4.1. A alteração das molduras penais

1. Não compreendemos a *intentio* legislativa que presidiu ao abaixamento da moldura penal abstracta do crime de subtracção de menor. De uma penada, foi não só alterada a redacção da al. c) do n.º 1 do art. 249.º, como se entendeu existir menor necessidade de pena, do prisma geral e especial-preventivo, passando a sanção privativa de liberdade de um a cinco anos para de um mês a dois anos ou pena de multa até 240 dias. Reduziu-se, pois, para mais de metade o limite máximo da pena aplicável⁴⁴, sendo exacto que o nosso País tem vivido, em tempo recentes, casos concretos que têm concitado vivíssimas paixões e ódios públicos a propósito da aplicação do crime de subtracção de menor.

Um breve relance de Direito Comparado também o prova: o art. 227-8 do CP francês pune o comportamento correspondente ao nosso art. 249.º, n.º 1, al. a), com prisão de 5 anos e multa de € 75 000, e o art. 574 do CP italiano pune a subtracção sem o acordo do menor com prisão de 1 a 3 anos.

⁴² Intervenção do Sr. Deputado NUNO TEIXEIRA DE MELO, do Centro Democrático Social — Partido Popular, in: *DAR*, I Série, n.º 72/X/3, de 17-4-2008, p. 18.

⁴³ Cf. o *DAR*, II Série-A, n.º 128/X/3, de 7-7-2008, pp. 7-26. A proposta de substituição do texto aprovado em plenário foi apresentada pelo Grupo Parlamentar do PS e, no que diz respeito ao art. 249.º, aprovada com os votos favoráveis do PS, PCP, BE, e com a abstenção do Partido Social Democrata.

⁴⁴ Repare-se que mesmo quem defendia o abaixamento da moldura penal abstracta do crime de subtracção de menor, como era o caso da APMJ, apenas se referia à redução para metade do comportamento previsto na al. c) do n.º 1 do art. 249.º, e não nas dos descritos nas als. a) e b).

Mais do que factuais concretas — tantas vezes *epifenómenos* —, o grau de alarme social gerado por estes delitos reclama a manutenção dos limites da pena⁴⁵. Falamos na alteração da estrutura familiar, no aumento da ruptura das organizações entre pessoas que partilham uma vida em comum, na crescente litigiosidade em matéria de fixação do exercício das responsabilidades parentais daí decorrentes, agora potenciada pelo seu exercício conjunto, embora limitado às «questões de particular importância» (e sempre com a ressalva de o interesse do menor determinar o exercício apenas por um dos progenitores), continuando os «actos da vida corrente» sob a alçada do progenitor guardião (art. 1906.º do CC).

Se o que vem de dizer-se já seria ao menos discutível para a recusa da entrega de menor, agora enquadrada de modo que *infra* se estudará, tão ou mais grave é, em relação às als. a) e b) do n.º 1 do art. 249.º — subtração de menor *tout court* e determinação do menor à fuga, usando para isso violência ou ameaça com um mal importante (verdadeira forma de instigação alçada a crime autónomo⁴⁶ e de execução vinculada) —, sem que nada o justifique, alterar a moldura aplicável, fazendo-a baixar às menores cotas de punição desde que este tipo foi autonomamente previsto (a versão originária do CP, de 1982, mandava aplicar pena de prisão até 3 anos e⁴⁷ pena de multa até 100 dias). É a efectividade do Direito Criminal que se ressentirá fortemente, sem que o legislador tenha tido, ao menos, a «delicadeza» de explicar as suas insondáveis razões.

Note-se que seríamos favoráveis a uma distinta moldura penal abstracta para o crime preenchido através da conduta agora descrita na al. c), necessariamente *mais baixa*, mas já se não advoga tal diminuição quanto às outras

⁴⁵ Com as habituais limitações das Estatísticas da Justiça, e tendo em conta as «cifras negras», no período temporal compreendido entre 2002 e 2006 (entre 1992-2001 os resultados não especificam este tipo legal de modo autónomo), as condenações pelo crime p. e p. pelo art. 249.º variam entre 6 e 9, num universo entre 10 a 20 arguidos em fase de julgamento (dados disponíveis em <http://www.mj.gov.pt>). Os dados da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima indicam que o número de crimes de subtração de menor submetidos a julgamento foi de 34 no espaço temporal compreendido entre 2001 e 2006. Os casos de rapto ou sequestro contra menores, no 1.º semestre de 2007, ascendem a 0,6% do total da criminalidade cometida contra estes cidadãos (dados consultados em <http://www.apav.pt>).

⁴⁶ O mesmo sucede em Espanha — art. 224 (cf. JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT, «Anotação aos Delitos contra as Relações Familiares», p. 535, M. POLAINO NAVARRETE, voce «Delitos contra Menores», in: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid: Civitas, 1995, p. 2045, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 309-310, e ALFONSO SERRANO GÓMEZ / ALFONSO SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Madrid: Dykinson, 2006, p. 326). Em outro sentido, negando tratar-se de uma «instigação em sentido técnico», J. C. CARBONELL MATEU / J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Anotação ao art. 224 do CP espanhol», in: TOMÁS S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1064, e JOSÉ ERNESTO FERNÁNDEZ PIÑOS / CARMEN DE FRUTOS GÓMEZ, *Delitos Contra el Honor...*, p. 241.

⁴⁷ Curiosamente, o Anteprojecto (art. 237.º) estabelecia punição com multa *alternativa* (até 50 dias) — cf. *Actas...*, pp. 181-182. Era — e é — dogmática e político-criminalmente indesejável a consagração de penas de multa *cumulativas* — sobre a questão, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 124 e 154-155.

duas alíneas⁴⁸. O *potencial de ofensividade* da subtracção de menor e da instigação à fuga por meio de violência ou ameaça de mal importante surge-nos como indiscutível, só não sendo ainda mais desastrosa a opção tomada fruto da intervenção de tipos como o de sequestro, mas isto — sublinhe-se — apenas quanto à al. a), já que a factualidade descrita na al. b) não encontra outra norma concorrente a aplicar por via das relações de especialidade ou consunção, o que se traduz num deficiente programa de tutela penal dessa acção criminosa⁴⁹.

2. É habitual dizer-se⁵⁰ que a punição do incumprimento do regime de convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais acaba por redundar numa perseguição juscriminal ao progenitor que, em muitos casos, apenas deseja, com essa conduta, proteger esse mesmo menor.

Não podemos concordar com esta linha argumentativa. De facto, entendendo nós que o bem jurídico protegido com a incriminação é, fundamentalmente, o *direito ao exercício sem entraves ilícitos dos conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais* e, de modo reflexo, o interesse do próprio menor no adimplemento de uma decisão que, nos termos da lei, surge — ou deve surgir — como aquela que melhor acautela esses interesses, e julgando necessária a intervenção penal neste domínio, tal em nada conflitua com eventuais causas de justificação da ilicitude ou de exclusão da culpa que intervenham no caso concreto. É evidente que qualquer tipo incriminador conhece sempre o seu correlato do prisma justificador, sem que a ressonância social deste último seja critério definidor da própria eliminação das condutas incriminadas. Ao invés, é essa mesma relevância que impele, numa primeira linha o legislador e, depois, o julgador, a lançar mão das figuras de exclusão ou atenuação do ilícito ou da culpa. Aquilo que se não pode fazer, porque dogmática e político-criminalmente inadequado, é partir de uma pretensa (ou real) falta de sensibilidade dos julgadores para aplicar, *in concreto*, tipos justificadores ou causas de exculpação para, daí, concluir existirem mais vantagens na não previsão da norma.

4.2. Algumas notas sobre a actual figura-de-delito

1. Pune-se «não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais», mediante

⁴⁸ Um breve excursus por outras legislações mostra-nos que o art. 225 *bis* do CP espanhol pune a subtracção de menores com pena de prisão de 2 a 4 anos (pena acessória de inibição do exercício de responsabilidades parentais entre 4 e 10 anos); o art. 574 do CP italiano (*sottrazione di persone incapaci*) prevê pena de prisão de 1 a 3 anos, porém, havendo acordo do menor de 14 anos na subtracção àquele que exerce responsabilidades parentais, a pena passa a ser de prisão até 2 anos — art. 573 (*sottrazione consensuale di minorenni*); a França, um ano de prisão e multa de € 15 000 (art. 227-7 do CP gaulês).

⁴⁹ Mais deficiente ainda se tivermos em mente que o art. 343.º do CP de 1852 já o consagrava.

⁵⁰ É esta a linha argumentativa presente, *inter alia*, no *Parecer* da APMJ (p. 17).

a conduta de «recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua [do menor] entrega ou acolhimento». Por *menor* ter-se-á de entender, como já sucedia em face da anterior versão do artigo, aquele que ainda não completou 18 anos de idade ou que não se emancipou por efeito do casamento (arts. 122.º, 132.º e 133.º do CC)⁵¹.

Estamos perante um tipo legal de delito praticável por intermédio de um *facere* ou de um *omittere*: a *recusa* e, em princípio, o *atraso* na entrega do menor serão, por via de regra, concretizados através de uma omissão, ao passo que, para além de se não afastar a comissão activa no atraso, *dificultar* a dita entrega tanto admite acção como *non facere*. Enquanto se mantiver a recusa na entrega, o crime diz-se *permanente*, como já sucedia com a anterior redacção do art. 249.º, n.º 1, al. c)⁵². De modo algum se exige, ainda, que a subtracção implique uma diminuição ou eliminação da liberdade do *ius ambulandi* do menor, uma vez que, se isso suceder, verificar-se-á, então, uma relação de consunção entre sequestro e subtracção de menor, em que o primeiro tipo legal absorve o conteúdo de ilícito do segundo⁵³.

Tendo em conta o critério da conduta, o delito apresenta-se como de *execução vinculada*, porquanto só as específicas modalidades descritas no tipo-de-ilícito objectivo (e não outras, atenta a proibição da analogia *in malam partem* — art. 1.º, n.º 3) são aptas a consumir o crime. Os modos de realização típica deste delito de execução vinculada não exigem um *afastamento espacial* do objecto da acção (ou da omissão) — o menor —⁵⁴, o qual pode mesmo estar próximo do indivíduo que vê impedido o exercício das suas responsabilidades parentais, mas não estar acessível ao mesmo. É a *impossibilidade de acesso fáctico* ao menor que resulta proibida⁵⁵, podendo, *v. g.*, o progenitor não guardião encontrar-se na residência do progenitor guardião para ir buscar o menor ao abrigo do seu direito de visita, e o outro progenitor recusar essa entrega, estando o menor no quarto. Não haverá aqui, em regra, por inexistência de dolo nesse sentido, preenchimento do crime de sequestro em relação à criança.

⁵¹ Sempre foi este o entendimento patrocinado à luz do actual CP — cf. VICTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, p. 244. No Direito Internacional Público também — art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança. No CP de 1852, o índice formal para o delito em estudo era de 7 anos (art. 342.º).

⁵² J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», pp. 619-620. No direito francês, chega-se a idêntica conclusão (JEAN PRADEL / MICHEL DANTI-JUAN, *Manuel de Droit Penal Spécial*, p. 422), bem como no direito italiano (FRANCESCO ANTOLISEI / LUIGI CONTI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, p. 490).

⁵³ O mesmo se diz em face do direito italiano — cf. ADELMO MANNA, *voce* «Sottrazione di Minorenni...», pp. 3-5.

⁵⁴ Ao invés do que era advogado em face de anterior redacção — cf. J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», pp. 614-615, e ac. do STJ de 4-1-2007 (relator: Cons. HENRIQUES GASPAREL), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁵ Embora não de modo totalmente coincidente, orientação próxima é advogada por BRUNO DE FILIPPIS, *Manuale di Diritto di Famiglia. Parte Penale*, Padova: CEDAM, 2006, p. 133, ao falar em afastamento da «esfera de influência do progenitor».

Ainda atendendo ao mesmo tipo de tipicidade (para usar a expressão de EDUARDO CORREIA), o delito é *formal*⁵⁶, já que a mera actuação positiva ou de abstenção do agente que cabe no tipo é apta a significar o incumprimento do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais, preenchendo-se, então, o tipo com a simples conduta.

Quanto ao critério do bem jurídico, estamos perante um *crime de dano*, uma vez que, sendo o objecto de protecção da norma o conjunto de poderes-deveres que constituem as responsabilidades parentais, apenas com essa efectiva violação há consumação do delito.

2. Não existindo ainda a fixação do modo de exercício das responsabilidades parentais por qualquer das modalidades admitidas por lei, não há preenchimento do tipo. Se o recurso de eventuais decisões tiver *efeito meramente devolutivo*, a execução do que fica determinado já abre espaço aplicativo ao crime em estudo⁵⁷. Ao invés, o *efeito suspensivo* do recurso, impedindo essa mesma execução, faz com que as condutas posteriores à decisão não pertençam ao domínio típico do art. 249.º, n.º 1, al. c).

Havendo, *v. g.*, separação de facto entre os pais da criança, e um dos progenitores levando consigo o filho de ambos, recusando-se a que o outro o veja, a inexistência de uma solução do conflito por uma autoridade pública afasta o crime do art. 249.º, n.º 1, al. c), não sendo também, na generalidade dos casos, equacionável o crime de sequestro por inexistência da direcção da vontade do agente no sentido da privação da liberdade de movimentos do menor, restando pois, aqui, como regra, um espaço livre da intervenção penal.

O tipo não abrange também o exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio, exercido em conjunto por ambos os pais (art. 1901.º, n.º 1, do CC), tanto mais que, mesmo quanto aos actos praticados apenas por um deles, a lei estabelece, como princípio, uma presunção *iuris tantum* de comum acordo (art. 1902.º, n.º 1, do CC). Pela própria natureza das coisas — dado existir o impedimento ou a morte de um dos pais —, fora

⁵⁶ Face à anterior redacção, que para este efeito julgamos servir de lugar paralelo, também assim o entendia M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, p. 764.

⁵⁷ Prevê o art. 159.º da OTM, nas suas disposições gerais, que «os recursos terão o efeito que o tribunal fixar» (suspensivo ou meramente devolutivo), o que bem se compreende atendendo a que nos encontramos perante processos de jurisdição voluntária, em que o poder-dever de modelação da tramitação processual pelo juiz é traço marcante e que o contradistingue do processo de jurisdição contenciosa (art. 150.º da OTM). No sentido do texto, cf. o ac. do TRE de 23-1-2001 (relator: ORLANDO AFONSO), in: *CJ*, XXVI, I, 2001, pp. 279-283: «Comete o crime de subtracção de menores do art. 196.º, n.º 1, do CP [correspondente ao art. 249.º, n.º 1, al. c), na redacção anterior à Lei n.º 61/2008, de 31-10], aquele que se recusa a entregar à mãe os filhos menores do casal, que lhe foram confiados por sentença que regulou provisoriamente o exercício do poder paternal, dado o efeito meramente devolutivo atribuído ao recurso que interpôs». Se não se tivesse provado o conhecimento do efeito devolutivo da interposição do recurso, verificar-se-ia erro sobre a factualidade típica que, excluindo o dolo, implicaria a não punição do agente, porquanto o delito em causa não admite comissão por negligência (art. 16.º, n.º 1, 1.ª parte, e n.º 3).

do âmbito típico do crime de subtração de menor quedarão ainda as factualidades abrangidas pelos arts. 1903.º e 1904.º do CC.

Estando fixadas as condições do exercício das responsabilidades parentais através de decisão judicial ou acordo homologado, a grande novidade na redacção do art. 249.º, n.º 1, al. c), reside no facto de se ter deixado claro que há inadimplementos a essa decisão que não mais permanecem fora da alçada do Direito Penal, ao contrário do que era maioritariamente defendido face à anterior redacção (cf., *supra*) e, agora, em linha com soluções de direito comparado⁵⁸. E não só: estabelece-se que não é o incumprimento de toda e qualquer estipulação decisória que merece tutela do nosso ramo de Direito, mas tão-só daquelas que contendam com «a convivência do menor», assim se garantindo o exercício do direito daquele que não tem a guarda da criança e a favor de quem (em regra, o progenitor não guardião) foi reconhecida a necessidade de manter laços de proximidade e afecto com o menor, através, *hoc sensu*, do direito de visitas⁵⁹.

Como já deixámos assinalado em relação à anterior redacção do artigo sob escarpelização, há uma inegável aproximação entre este delito e o de desobediência, visto que em ambos o Estado deseja assegurar a efectividade das suas decisões, assim fazendo respeitar, também, o interesse do Povo em nome de quem o seu órgão de soberania administra a Justiça, garantindo o superior interesse do menor em casos de ruptura das células familiares. Todavia, trata-se apenas disso: de uma *aproximação*.

De facto, o bem jurídico a surpreender na redacção ora introduzida ao art. 249.º, n.º 1, al. c), continua a ser a *garantia da integridade do exercício dos poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais*⁶⁰, devendo este comando ser sempre lido em conjugação com os arts. 1906.º a 1908.º

⁵⁸ Veja-se o art. 225 *bis* do CP espanhol, os arts. 573 e 574, do CP italiano (expressamente, como em texto, BRUNO DE FILIPPIS, *Manuale di Diritto di Famiglia...*, pp. 138 e 146, e ANDREA ANTONIO DALIA, voce «Sottrazione di minori o di incapaci», in: *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano: Giuffrè, 1990, p. 191), ou o art. 227-7 do CP francês.

⁵⁹ O legislador francês optou por distinguir a subtração de menor pelo ascendente do incumprimento da entrega do menor após o exercício do direito de visita pelo progenitor não guardião, punindo também a não comunicação, pelo guardião, da alteração de residência habitual da criança ao não guardião (cf. arts. 227-5 e 227-6 do CP gaulês) — esta última constelação típica é considerada «uma espécie de abuso de confiança do qual o menor é objecto e os seus guardiães vítimas» (JEAN PRADEL / MICHEL DANTI-JUAN, *Manuel de Droit Pénal Spécial*, p. 428). É de salientar, contudo, que a pena aplicável à recusa de entrega após o direito de visita e à subtração de menor pelo ascendente é a mesma (1 ano de prisão e multa de € 15 000), o que indicia igualdade ofensiva das condutas. Donde, é duvidosa a vantagem desta destrinça do prisma da técnica legislativa.

⁶⁰ Face ao regime penal italiano, é esta também a posição de ANDREA ANTONIO DALIA, voce «Sottrazione di Minori o di Incapaci», p. 190. Em sentido próximo, ALESSANDRA BIANCONI, «Sottrazione Consensuale di Minori», in: FRANCESCO GIUSEPPE CATULLO, *Il Diritto di Famiglia nei Nuovi Orientamenti Giurisprudenziale*, vol. V, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 506-514. Em outra direcção, a maioria da jurisprudência italiana, em face do crime de subtração (não consensual) de menor (art. 574 do CP daquele país), advoga que o bem jurídico protegido é apenas a «integridade física e psíquica do menor» (ROBERTO GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, p. 52).

do CC, cujo respeito a norma penal visa garantir. Reconhecemos que a figura-de-delito protege, também, o próprio *interesse do menor na manutenção de laços de grande proximidade com cada um dos seus progenitores*, o que não significa, em nosso juízo, estarmos perante um *crime pluriofensivo*⁶¹.

Na verdade, para se usar com propriedade este conceito técnico-jurídico, essencial seria que se pudessem divisar dois *autónomos* interesses penalmente tutelados, como sucede, p. ex., com o roubo. No delito de subtracção de menor, uma vez que as responsabilidades parentais se concretizam em um feixe de poderes-deveres ou direitos-função, há uma inequívoca relação umbilical entre o interesse dos progenitores e o do respectivo menor cujo interesse serve de pólo aglutinador de todas as acções e de critério-guia nas concretas decisões de exercício. O que vale por dizer não serem eles estanques, no específico sentido de que cada um obedece a um programa de tutela criminal, o que sempre impediria que apodássemos o delito de pluriofensivo. Por outras palavras: sendo as responsabilidades parentais *direitos funcionalmente orientados e pré-determinados*, afigura-se exacto defender que o essencial do programa protector da norma é o interesse do menor. Contudo, tal não significa que sejam as crianças, elas próprias, as portadoras do bem jurídico, na medida em que são os titulares das responsabilidades parentais que organizam o exercício do feixe dos direitos-função com o objetivo de satisfazer aquilo que for em melhor interesse do menor⁶². Por outras palavras, cabe aos progenitores «o primado na determinação do interesse dos filhos»⁶³.

O entendimento patrocinado coaduna-se com o lugar de destaque que instrumentos de Direito Internacional Público, o nosso Direito Constitucional e a legislação ordinária conferem a uma adequada protecção dos menores, a qual passa por assegurar a *incolumidade da relação afectiva e de proximidade física* dos filhos em relação a ambos os pais, salvo situações excepcionais em que tal possa fazer perigar a integridade do menor. Apenas assim se vencem amarras históricas a uma concepção herdada do direito romano e do direito

⁶¹ Apesar de não dizer expressamente que o art. 573 do CP italiano consagra um delito pluriofensivo, não parece ser outra a posição de BRUNO DE FILIPPIS, *Manuale di Diritto di Famiglia...*, pp. 130-131, ao defender que as responsabilidades parentais protegidas naquele artigo são, também, «forma de protecção do menor» (*ibidem*, p. 131). Referindo-se embora ao regime legal vigente antes do aditamento do art. 225 *bis* do CP espanhol, era esse também o entendimento de JOAN QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 4.^a ed., Barcelona: Atelier, 2002, p. 240. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, pp. 291-292, reconhece que o instituto do direito de visita, cuja garantia é um dos domínios de protecção do tipo em análise, protege não apenas o interesse da criança, mas também «a auto-realização dos pais como tal» (da mesma Autora, *Regulação do Exercício do Poder Paternal...*, pp. 65-66).

⁶² É esta, hoje, a opinião maioritária em Itália, na sequência de pronunciamentos da *Corte costituzionale* sobre os arts. 573 e 574 do CP italiano — cf. SILVIA LARIZZA, *voce* «Sottrazione di Minori o di Incapace», in: *Digesto delle Discipline Penali*, vol. XIII, Torino: UTET, 1997, pp. 522-524.

⁶³ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 413.

germânico em que a subtracção de menores era um atentado à *patria potestas*⁶⁴, em linha com o entendimento da criança como objecto de direitos e não — como é hoje unânime — um *sujeito de direitos*. Do mesmo passo, assim se respeita a concepção classificatória dogmática maioritária das responsabilidades parentais, e se resolvem, de jeito adequado, as hipóteses em que, por via do desenvolvimento da maturidade do menor, o ordenamento jurídico impõe que a sua vontade seja tida em conta.

3. Não nos convence a linha argumentativa de que inexistente apoio constitucional para esta incriminação, já que do art. 36.º, n.º 6, da Lei Fundamental, se retira ser a proximidade física entre os progenitores e os seus filhos um direito, liberdade e garantia pessoal nuclear nas responsabilidades parentais — verdadeiro «princípio constitucional do Direito da Família»⁶⁵ —, a qual só será eficazmente assegurada quando se não passar para a comunidade a ideia de que a sua violação não encontra resposta do prisma criminal. Estamos, no art. 36.º, n.º 6, da Constituição, perante um «bem constitucionalmente protegido na sua dupla dimensão objectiva-subjectiva, uma vez que o princípio da não separação entre pais e filhos é, simultaneamente, uma garantia da unidade familiar e, no plano subjectivo, não apenas um direito subjectivo dos pais (...), mas também um direito subjectivo dos filhos (...)»⁶⁶. Mesmo no Direito Internacional Público, este princípio é sucessivamente afirmado⁶⁷.

Quanto a esta legitimidade da intervenção penal como penhor de adimplemento de uma decisão judicial ou acordo homologado, sublinhe-se não estarmos aqui perante um típico contrato de direito privado, mas sim perante um acto de autoridade do Estado (decisão judicial) ou a que ele empresta essa

⁶⁴ Entre tantos, ADELMO MANNA, voce «Sottrazione di Minorenni...», p. 1, TIZIANA MONTECCHIARI, *La Potestà dei Genitori*, pp. 1-22, e FRANÇOIS BOULANGER, *Les Rapports Juridiques entre Parents et Enfants*, Paris: Economica, 1998, pp. 4-19.

⁶⁵ Isto se retira da consideração da «atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos» e da «inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores» como princípios de Direito Constitucional das normas jurídico-familiares. Sobre estes princípios, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Curso de Direito da Família*, pp. 171-172. De modo paradigmático, o ac. do TRE de 27-9-2007 (relator: BERNARDO DOMINGOS), disponível em <http://www.dgsi.pt>: «II — Os menores necessitam igualmente do pai e da mãe e, por natureza, nenhum deles pode preencher a função que ao outro cabe. (...) Não devendo haver resistências por parte do progenitor a quem caiba a sua guarda, nem intransigências artificiais, por parte do outro progenitor».

⁶⁶ ANABELA LEÃO, «Expulsão de Estrangeiros com Filhos Menores a Cargo. Anotação ao ac. do TC n.º 232/04», in: *Jurisprudência Constitucional*, 3, 2004, p. 31. Idêntica opinião é sufragada por J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566.

⁶⁷ Cf. os arts. 9, n.ºs 1 e 3, 11, 18, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Sublinhe-se que o art. 9, n.º 1, desta Convenção (e, de jeito mais directo, o n.º 3 deste comando), quer garantir a proximidade do menor quanto aos «pais» [nosso itálico], a *ambos* os progenitores e não somente um deles, salvo nas hipóteses em que tal possa colidir com a integridade física ou psíquica da criança ou outros interesses juridicamente atendíveis. Antes desta Convenção, já da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela ONU em 20-11-1959, se retira idêntico programa — cf. princípios 2.º e 6.º («Criar-se-á [a criança], sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais (...))»).

mesma autoridade, por intermédio de um órgão de administração da justiça como é o MP, ou de um oficial dotado de fé pública, como é o conservador de registo.

Acresce que, como vimos, ao assegurar esse cumprimento, defende-se também o interesse do menor nesse relacionamento de proximidade. Aliás, a partir do momento em que se protege essa interacção, não poderíamos deixar de garantir a sua bilateralidade, sob pena de, pura e simplesmente, existir um *monólogo relacional* (contradição nos termos) e não um *diálogo relacional*. Entendemos mesmo que a «realização pessoal» dos membros da família (seja a do progenitor não guardião, p. ex., e a do próprio menor), proclamada no art. 67.º, n.º 1, da Constituição⁶⁸, só se consegue quando estiver assegurado o adimplemento da decisão que espelha uma ponderação dos órgãos competentes quanto ao exercício das responsabilidades parentais, tratadas como «valores sociais eminentes» (art. 68.º, n.º 2, da Constituição) e cujo exercício pleno (por pais e mães) se considera «insubstituível» (n.º 1 do mesmo comando).

Por último, o «desenvolvimento integral» dos menores, insito no art. 69.º, n.º 1, da Lei Fundamental, passa ainda pela inexistência de estorvo à convivência com aqueles que, nos termos da lei, não detendo o *munus* das responsabilidades parentais, gozam de direitos de visita, acompanhamento e informação sobre o crescimento da criança enquanto pessoa. Tanto mais que esse direito de visita assume a natureza jurídica de um verdadeiro «direito natural nascido do amor paterno e materno, que resulta da natureza (...) e é reconhecido pela lei» como um «direito-função»⁶⁹.

A jurisprudência do TEDH tem defendido, de modo constante, que o art. 8.º da CEDH consagra não apenas uma exigência de abstenção dos Estados face às relações jurídico-familiares⁷⁰, mas também *direitos de conteúdo positivo*, concretizando-se na garantia de qualquer dos progenitores manter contactos regulares com os seus filhos⁷¹, fazendo impender sobre os Estados o dever de

⁶⁸ E em que a Revisão de 1977 traduziu «uma discreta mas profunda evolução cultural no caminho da visão personalista e não estatizante da família e do seu papel social» — cf. MARCELO REBELO DE SOUSA / JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa: Lex, 2000, p. 179.

⁶⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, p. 289. A mesma Autora (*ibidem*, pp. 131-133) defende a importância da «continuidade das relações da criança», reconhece estarmos perante «realidades afectivas que o direito não pode ignorar» (*ibidem*, p. 275) e lamenta o carácter «bastante tímido [do legislador] no reconhecimento» [do instituto do direito de visita], mais criticando a «pobreza dos textos legais» (*ibidem*, p. 278). A tutela penal propugnada era já sustentada por JOSÉ CARLOS MOUTINHO DE ALMEIDA, «As Medidas Executivas dos Regimes Reguladores do Poder Paternal», in: *Scientia Iuridica*, XV, 1966, pp. 135-140.

⁷⁰ Entendidas em sentido amplo, de modo a abranger as responsabilidades parentais independentemente da fonte de onde provenham: matrimónio, união de facto, ligação casual — cf. *ac. Keegan c. Irlanda*, de 26-5-1994 (Proc. n.º 16969/90). Ainda no mesmo aresto, o TEDH censurou a aplicável legislação interna irlandesa que permitia a colocação do menor para adopção sem o consentimento ou simples conhecimento de um dos pais.

⁷¹ É repetida a frase: «O mútuo gozo da companhia de pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida familiar» — entre tantos, cf. o *ac. Olsson c. Suécia* (n.º 1), de 24-3-1988 (Proc. n.º 10465/83).

criarem mecanismos legais expeditos para o cumprimento, p. ex., do direito de visitas e do retorno do menor ilicitamente saído do País onde tem domicílio⁷².

Tem ainda o Tribunal chamado a atenção para a *rapidez* (*swiftness*) com que tais medidas devem ser implementadas — mesmo em relação a outros titulares de responsabilidades parentais que não os progenitores⁷³ —, sob pena de a sua excessiva delonga transformar aqueles direitos em *meras proclamações formais*, levando, tantas vezes, a que uma hipótese indisputada de ilegalidade de deslocamento de um menor para outro Estado, p. ex. — visto que o progenitor que conduz o menor não deter o exercício das responsabilidades parentais —, por via do enraizamento que entretanto a criança tem com o outro país, redunde na aplicação do art. 13.º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, em conformidade com o qual, dado existir perigo considerável de o retorno do menor ao país inicial acarretar graves danos físicos e/ou psicológicos, se traduza, na prática, num certo «prémio» ao progenitor inadimplente⁷⁴.

Ora, a actual redacção do art. 249.º, n.º 1, al. c), visa acorrer a essas situações em que a recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor se faz através da fuga para o estrangeiro de um dos vinculados pelo regime de regulação das responsabilidades parentais. Claro que, se esses comportamentos típicos forem também subsumíveis aos delitos de sequestro ou rapto, estes últimos consumirão (em sentido puro) o crime de subtração de menor.

Do mesmo passo, invocar aqui um possível incremento no movimento pro-

⁷² Articulando-se a protecção conferida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem com a resultante da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, ainda que o uso da força pública, em área tão sensível, deva ser sempre o último recurso.

⁷³ Em relação aos avós (ac. *Hokkanen c. Finlândia*, de 23-9-1994 (Proc. n.º 19823/92)) ou a instituições à guarda das quais o menor se encontre — cf ac. *B. c. Reino Unido*, de 8-7-1987 (Proc. n.º 9840/82).

⁷⁴ Cf., entre outros, os acs. *Iglesias Gil e A.U.I. c. Espanha*, de 29-4-2003 (Proc. n.º 56673/00); *Maire c. Portugal*, de 26-6-2003 (Proc. n.º 48206/99); *Sylvester c. Áustria*, de 24-3-2003 (Procs. n.ºs 36812/97 e 40104/98), onde o Tribunal fala em «consequências irremediáveis» derivadas da situação descrita em texto; *Sophia Gudrún Hansen c. Turquia*, de 23-9-2003 (Proc. n.º 36141/97); *Bronda c. Itália*, de 9-6-1998 (Proc. n.º 40/1997/824/1030); *Ignaccolo-Zenide c. Roménia*, de 25-1-2000 (Proc. n.º 31679/96); *Monory c. Roménia e Hungria*, de 5-4-2005 (Proc. n.º 71099/01); *Zawadka c. Polónia*, de 23-6-2005 (Proc. n.º 48542/99), em que o progenitor requerente tinha, ele mesmo, exercido também retorsão sobre o outro, utilizando a ameaça e concretização de fuga com os filhos; *W. c. Reino Unido*, de 8-7-1987 (Proc. n.º 9749/82); e *R. c. Reino Unido*, de 8-7-1987 (Proc. n.º 10496/83). Por fim, atente-se no facto de o TEDH ter já reconhecido, numa outra perspectiva do problema, a gravidade do «síndrome de alienação parental», no seu ac. *Koudelka c. República Checa*, de 20-7-2006 (Proc. n.º 1633/05). Para aferir do preenchimento das hipóteses prevenidas no art. 13.º da Convenção referida em texto, não sendo embora comum que o tribunal lance mão dos seus poderes de inquisitório, no domínio daquele instrumento de Direito Internacional Público, dado constituir tal normativo uma «válvula de segurança para situações em que o interesse do menor poderá perigar», são admissíveis diligências *ex officio* — ac. do TRE de 19-2-2004 (relator: BORGES SOEIRO), in: *CJ*, XXIX, I, 2004, pp. 254-256. Cf., ainda, sobre o art. 13.º da Convenção, o ac. do TRC de 22-2-2005 (relator: Des. SOUSA PINTO), in: *CJ*, XXX, I, 2005, pp. 29-32.

cessual penal é argumento que, justificada como entendemos ser a necessidade de intervenção criminal, remete-nos para um nível de análise das condições materiais da realização da Justiça que não devem suplantar fundadas opções de política criminal.

Acresce que, sendo embora exacto que qualquer processo-crime comporta sofrimentos individuais e pode, no limite, gerar mais conflitualidade, em especial em situações de crise familiar, operada a *concordância prática* entre estes interesses e o (ou os) bens jurídicos protegidos pela incriminação, em nossa óptica, o fiel da balança pende para estes últimos. Tanto mais que a moldura penal abstracta é relativamente diminuta, prevendo-se multa alternativa e existindo um amplo leque de penas de substituição aplicáveis.

Mesmo o derradeiro argumento de assim se confrontar o inadimplente com a opção de não respeitar a vontade do menor — principalmente a partir de uma certa idade — que não deseja ter contactos com o outro progenitor, p. ex., é acautelado⁷⁵ por intermédio da atenuação especial do n.º 2 do art. 249.º, a que acresce a aplicação de figuras de justificação ou de exculpação sobre as quais nos debruçaremos mais à frente. Não parece que se pudesse ter ido mais longe, sabendo-se que, em muitas hipóteses de crise nas relações entre os progenitores, a possibilidade de ver e estar com o menor é usada como inaceitável «arma negocial» que o sistema não deve favorecer. Voltaremos, mais à frente, a este ponto.

A lição do Direito Comparado, tendo em conta textos constitucionais próximos do nosso na matéria de protecção da família, do exercício da maternidade e paternidade responsáveis e da defesa dos direitos dos menores, vai também nesse sentido — o art. 227-7 do CP francês pune os comportamentos em estudo quando cometidos por qualquer um dos progenitores, o mesmo sucedendo com o direito italiano (arts. 573 e 574 do CP daquele país), e com o direito espanhol — art. 225 bis do CP.

4. Conhecidas as críticas a que a intervenção penal é sujeita nesta área, bem andou o legislador ao exigir um incumprimento *qualificado*, não se satisfazendo, desde logo do prisma *quantitativo*, com uma única hipótese de inadimplemento, mas sim, ao invés, exigindo que ele seja «repetido». Caberá à jurisprudência concretizar este conceito, atendendo não apenas a um puro critério numérico, mas ligando-o ao grau de violação do conteúdo da decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais.

Tanto assim é que, como dizíamos, o incumprimento é ainda *qualitativamente qualificado*, porquanto o mesmo deve ser *injustificado*, i. e., o legislador, na própria descrição do tipo, não se mostrou insensível à ordem de con-

⁷⁵ De jeito equilibrado, destarte se respeitando o «espaço de autonomia juridicamente relevante» que a nossa doutrina constitucional vem atribuindo aos menores, enquanto sujeitos de direitos (cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 419). Veja-se, ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Protecção de Menores / Protecção Familiar», in: *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 300-303.

siderações acima enunciadas e que apontam no sentido do funcionamento das causas de justificação da ilicitude ou de exclusão da culpa previstas a título exemplificativo no CP, uma vez que o nosso ramo de Direito recebe, por via do princípio da unidade da ordem jurídica, as figuras a esse propósito previstas em outras áreas da intervenção jurídica (art. 31.º, n.º 1).

Mais ainda: a utilização do conceito «injustificado» abrangerá outras hipóteses que, não preenchendo expressamente a totalidade dos requisitos daquelas figuras justificadoras, delas se aproximem materialmente, sabido que a proibição da analogia não logra aplicação *in bonam partem*, bem como hipóteses diversas como, *v. g.* um atraso do menor que vem de frequentar uma actividade escolar, desportiva ou de lazer e que, por via disso, comparece mais tarde ao encontro com o progenitor não guardião, excepto naqueles casos em que se prove ter sido a situação intencionalmente provocada pelo progenitor que exerce as responsabilidades parentais. Numa palavra, classificando o incumprimento como «injustificado», pretendeu o legislador sinalizar ao intérprete e aplicador da lei uma preferência por uma *utilização lata* do termo, não confinada aos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, mas alargada a outras factuais que comportem a virtualidade de diminuir ou mesmo excluir a *imagem global ilícita da conduta*.

O art. 225 bis do CP espanhol (crime de subtração de menores)⁷⁶ também estabelece que «o progenitor que, *sem causa justificativa*⁷⁷, subtraia o seu filho menor, será punido com pena de prisão de 2 a 4 anos e inabilitação especial para o exercício do poder paternal por um período de 4 a 10 anos». Verifica-se uma grande similitude com o nosso art. 249.º, n.º 1, al. c), na utilização do conceito de «injustificado» para caracterizar a recusa da entrega e uma clara orientação doutrinal no sentido que vimos de defender, ou seja, de entender o lexema «injustificado» em sentido amplo, apelando para um entendimento *fáctico* do conceito⁷⁸.

5. Donde, existirá, nesta matéria — tirando as hipóteses em que a recusa de entrega do menor é instrumento de retorsão ou mera vingança em

⁷⁶ Preceito aditado pela Lei Orgânica n.º 9/2002, de 10 de Dezembro, constituindo, apenas ele, a Secção 2.ª (da subtração de menores), do Cap. III (dos delitos contra os direitos e os deveres familiares), do Tít. XII (delitos contra as relações familiares), do Livro II do CP espanhol.

⁷⁷ Itálicos nossos.

⁷⁸ *Inter alia*, JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT, «Anotação aos Delitos contra as Relações Familiares», p. 548, dizendo que, a propósito, «não deve estabelecer-se um catálogo fechado de circunstâncias». A mesma ordem de considerações vale para o 223 do CP espanhol, o qual pune aquele que, «tendo a seu cargo a custódia de menor (...), não o entrega aos seus pais [ou outras pessoas que exerçam as responsabilidades parentais] *sem justificação* [nossos itálicos] (...)». Tratando-se de um delito não praticável pelos progenitores, ao invés do nosso art. 249.º, n.º 1, al. c), mas em que se mantém o entendimento doutrinal de que «sem justificação» não deve limitar-se ao conceito técnico-jurídico de tipo justificador, mas recobre outras «situações fácticas» (JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT, «Anotação aos Delitos contra as Relações Familiares», p. 533).

relação àquele que não se encontra com a guarda da criança —, um amplo campo de justificação do comportamento do agente⁷⁹.

São, desde logo, equacionáveis hipóteses de *legítima defesa em auxílio de terceiro* (art. 32.º). Assim, se p. ex., o progenitor não guardião tem comportamentos violentos para com o menor que, por isso, entra em pânico com a presença do indivíduo, a recusa é meio adequado a afastar um perigo actual que ameaça interesses juridicamente protegidos de um terceiro, inexistindo qualquer pré-ordenação do agente. Aliás, cremos bem que em situações como as configuradas, é mesmo aplicável o instituto do *abuso de direito* (art. 334.º do CC), uma vez que não faz parte da finalidade do exercício dos poderes-deveres contidos nas responsabilidades parentais qualquer forma de maus tratos (físicos ou psíquicos) à criança. Por outro lado, este é um dos domínios em que se faz sentir a premência — justamente apontada pela doutrina — de entender o requisito da *actualidade* da agressão com algumas correcções tendentes ao seu alargamento, devendo considerar-se *actual* o perigo «mesmo quando não é iminente, mas o protelamento do facto salvador represent[e] uma potenciação do perigo»⁸⁰.

Outras hipóteses de *legítima defesa em auxílio de terceiro*: as situações em que a recusa de entrega do menor se fica a dever a uma primeira situação temporal em que, tendo havido entrega inicial, o outro vinculado pela decisão do exercício das responsabilidades parentais lesa a integridade física ou psíquica do menor porque, v. g., de imediato o agride violentamente ou o sujeita a um tratamento vexatório. Os requisitos da agressão (*actualidade*, *ilicitude*, *inexistência de pré-ordenação*) e os da defesa (*necessidade do meio* e *necessidade da defesa*) acham-se preenchidos.

Já não serão configuráveis, se bem vemos as coisas, verdadeiras hipóteses de *conflito de deveres*, uma vez que, partilhando embora o estado de necessidade e aquela figura o mesmo fundamento, e sendo tantas vezes muito complexa a tarefa distintiva entre cada uma delas, só entre deveres de acção se afirma um verdadeiro conflito de deveres⁸¹. Ora, o dever de entrega do menor é, por certo, um dever juridicamente exigível, mas o outro eventual dever em que poderíamos pensar aquando de uma entrega que possa fazer perigar bens jurídicos do menor surge como uma *patologia* no exercício de um poder-dever daquele que reclama a entrega, não nos parecendo, pois, embora dubitativos, que se arvore em verdadeira hipótese de conflito de deveres, mas antes de estado de necessidade. O mais relevante é o facto de as concretas factuais aqui cogitáveis se acharem recobertas por um instituto com eficácia justificadora ou, ao menos, de exculpação (estado de necessidade ou conflito de deveres desculpantes).

No que tange ao relevo do acordo do outro vinculado pela decisão quanto

⁷⁹ Chamando, justamente, a atenção para este ponto, cf. o *Parecer* da APMJ, p. 18.

⁸⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 443.

⁸¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pp. 466-469.

ao exercício das responsabilidades parentais, aplicam-se as regras gerais dos arts. 38.º e 39.º, salientando-se apenas que a inexistência de acordo é, no art. 249.º, n.º 1, al. c), um autêntico *elemento implícito do tipo*. Esse acordo não se basta com a mera permissão de não ter acesso espaço-temporal ao menor, exigindo também, em nossa opinião, que aquele que presta o seu acordo conheça a eventual finalidade dessa recusa⁸² (p. ex., a frequência de um curso de formação ou de uma actividade desportiva ou de lazer pelo menor), o que aliás, na generalidade dos casos, cairá sob a alçada da exigência típica de que o inadimplemento seja injustificado. Tal não conflua, como *prima facie* poderia entender-se, com a irrenunciabilidade das responsabilidades parentais (art. 1882.º do CC), dado que não está em causa o abandono desse exercício de modo absoluto ou permanente, mas uma mera restrição voluntária a uma parte desse conteúdo.

Sobre a eventual relevância do menor como causa de justificação ou excludente de que possa beneficiar o agente do crime, faremos *infra* uma breve referência.

6. O objecto sobre que recai o incumprimento punível contende com as determinações da decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais que dizem respeito à «convivência do menor», i. é, ao contacto deste último com qualquer um dos progenitores. Na verdade, o tipo é suficientemente elástico, do prisma literal, e a sua teleologia também comporta a interpretação segundo a qual sujeito activo pode ser qualquer pessoa que, em dado momento, exerça poderes fácticos sobre o menor, no sentido de controlar, em maior ou menor escala, a sua própria capacidade de movimentos.

Aqui enfrentamos a seguinte dificuldade hermenêutica: apenas os sujeitos vinculados pela decisão judicial na matéria em estudo — progenitores, terceira pessoa (art. 1907.º do CC) ou aqueles que exercem poderes fácticos de guarda sobre o menor — são abrangidos pelo tipo ou, ao invés, não se poderá invocar uma espécie de «eficácia *inter partes*», mas sim *erga omnes*⁸³?

Julgamos fora de dúvida que o elemento gramatical aponta no sentido de que somente esses vinculados podem ser sujeitos activos do delito. De idêntico modo, sendo o objectivo central a garantia do cumprimento do acordo, também a teleologia parece depor nessa direcção. Contudo, na realidade do acontecer, várias situações existem em que, na sequência do exercício de um direito de visita, o menor é entregue, p. ex., aos cuidados de familiares ou amigos do progenitor não guardião, e são esses mesmos que, de comum acordo ou não com esse progenitor, não entregam a criança. Estas hipóteses não caem sob a alçada da al. c) do n.º 1 do art. 249.º — ao contrário do que

⁸² Menos exigente, neste ponto, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 249.º do CP», p. 615.

⁸³ Por esta última opção foi o legislador italiano — crimes comuns (*chiunque*) —, quer nas hipóteses em que a subtração se dá com o acordo do menor (art. 573 do CP daquele país), quer naquelas em que a subtração ocorre contra a vontade do menor (art. 574 do mesmo diploma).

sucede, p. ex., em Espanha, em que o art. 225 bis prevê uma eficácia mais ampla, abrangendo ainda «os ascendentes do menor e os parentes do progenitor até ao segundo grau de consanguinidade ou afinidade» —, mas sim sob o domínio da al. a), o que constitui mais um argumento para que defendamos a maior agravação da pena aplicável àquela alínea (e à al. b)). Recorrendo a este exemplo — e salvo um eventual funcionamento de uma causa de justificação do ilícito ou de exclusão da culpa —, a maior censurabilidade do comportamento de um *extraneus* à relação jurídico-familiar reclamaria a manutenção da moldura penal abstracta anteriormente prevista.

Donde, em conclusão, *sujeitos activos do crime só podem ser aqueles que estão vinculados pela decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais*, o que vale por dizer que o delito é, atendendo ao critério do agente, *específico impuro ou impróprio*.

7. Problema importante diz respeito à relevância ou irrelevância do consentimento, *rectius*, *acordo do menor*, sendo mais ou menos constante o entendimento segundo o qual ele não releva como causa de justificação do ilícito, ou melhor, de exclusão do tipo⁸⁴. Se entendermos que o bem jurídico protegido é — como fazemos —, de modo predominante, o interesse dos progenitores no cumprimento da decisão reguladora das responsabilidades parentais, então o eventual acordo do menor, não sendo ele titular do interesse protegido, é juridicamente irrelevante e só pode ser tido em conta para a determinação da medida concreta da pena. E isto porque, sendo o exercício desses poderes-deveres orientados pelo interesse do menor, negar a eficácia justificadora a um eventual acordo da criança implica que partamos do princípio de que a proximidade com o progenitor não guardião é, em si, um elemento benéfico ao desenvolvimento do menor. *A contrario*, nas concretas factuais em que se prove ser esse contacto prejudicial, então a recusa de entrega estará justificada para os efeitos do art. 249.º, n.º 1, al. c).

Note-se ainda que, a relevar, estaríamos perante uma causa de exclusão da tipicidade baseada na conduta de alguém que não foi alçado a destinatário directo do objecto de protecção da norma, mas mero *destinatário reflexo* que, por via de uma ideia de «proximidade» entre ele e o agente do delito,

⁸⁴ Entre nós, embora escrevendo com base na redacção anterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 658. Assim, no direito francês, JEAN PRADEL / MICHEL DANTI-JUAN, *Manuel de Droit Penal Spécial*, p. 423. Em Espanha, do mesmo modo, ALFONSO SERRANO GÓMEZ / ALFONSO SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 325. Também no Brasil, em face do art. 249 do CP daquele País — cf. LUIZ REGIS PRADO, *Curso...*, p. 784. No ordenamento jurídico norte-americano — RONALD N. BOYCE / ROLLIN M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure*, p. 192. No ordenamento jurídico norte-americano — RONALD N. BOYCE / ROLLIN M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure*, p. 192. Sobre a caracterização dogmática do acordo e da sua relevância criminal, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, *passim*.

a este último aproveitaria. Tratar-se-ia de uma construção que, do prisma da teoria geral dos tipos justificadores, encontraria dificuldades de arrumação sistemática, mais se assemelhando — e foi, durante muito tempo, assinalado como o fundamento das figuras dos consentimentos⁸⁵ — à aplicação concreta de uma ideia de *carência de intervenção penal* (e não a uma auto-realização autónoma do titular do bem jurídico) por via de uma ausência de interesse protector daquele que, não sendo o destinatário imediato da norma protectora — repita-se —, não deixa de ser, na *materialidade das coisas*, aquele que poderia vir a usufruir, em último termo, do incumprimento do próprio comando (*i. e.*, a recusa de entrega do menor).

É evidente que tudo isto só poderá ser objecto de apreciação jurisprudencial casuística, e que recobrirá, por via de regra, apenas aquelas hipóteses em que se comprove que o progenitor que reclama a entrega maltrata o menor. Não recobrirá os casos em que inexistem *justificações válidas* para essa proximidade que, como vimos, é, em princípio, vantajosa para o desenvolvimento integral do filho. E isto porque julgamos não lhe caber uma imposição *absoluta* da sua vontade, tanto mais que, várias vezes, a mesma não é totalmente «livre», dado que os progenitores em contenda utilizam os filhos de ambos como «armas» no conflito⁸⁶. Contudo, também é um facto que se tem defendido que o exercício, *v. g.*, do direito de visita não pode ser imposto ao filho, exigindo a sua cooperação, principalmente a partir de certa idade (adolescência) em que não será factível levar o menor à presença do progenitor não guardião para o exercício do direito de visita⁸⁷. É para estas hipóteses que julgamos essencial a defesa do entendimento lato da justificação do inadimplemento do estatuído quanto às responsabilidades parentais, que têm nos tribunais o prudencial aplicador *in concreto*, desde que se prove (sob pena de fraude à lei) ser voluntária — leia-se: não condicionada pelo outro progenitor — essa recusa de contacto por banda do menor.

Por rectas contas, quando é o próprio menor que, tendo já um adequado grau de maturidade, se recusa a estabelecer uma relação de proximidade com o progenitor à guarda do qual se não encontra, dificilmente se poderá preencher o tipo (objectivo) do art. 249.º, n.º 1, al. c), porquanto o incumprimento do «regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais» pressupõe que ao agente se deva, *por acto seu* (de *facere* ou *omittere*), esse inadimplemento, o que não sucederá nas hipóteses em análise. Ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo e do tipo-de-culpa, provando-se a recusa do menor, inexistirá, também, a direcção de vontade essencial para fundamentar a conduta dolosa do agente, na

⁸⁵ Sobre a questão, EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, vol. II, reimp., Coimbra: Almedina, 1996, pp. 18-24, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pp. 470-472, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pp. 42-133.

⁸⁶ Importará recordar, a propósito, o notável livro do psicólogo forense JAVIER URRÁ, *O Pequeno Ditador*, Lisboa: A Esfera dos Livros, 2007, *passim*.

⁸⁷ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, pp. 293-299.

medida em que ela exige que o comportamento típico obedeça a uma *decisão própria* de inobservância do regime das responsabilidades parentais e não a um inadimplemento que se fique a dever a uma recusa alheia (do menor). Na verdade, o incumprimento — agora, de novo, a um nível objetivo — tem sempre de assumir uma desconformidade quanto a *algo que é possível cumprir* e cuja conduta violadora se justifica somente pela *recusa individual* do agente do delito. Caso contrário, estar-se-ia a fazer com que o agente respondesse *por acto de terceiro* (do menor), a que acresceria inexistir aqui, propriamente, uma culpa penal desse terceiro (não se pode dirigir um juízo de censura à ausência de laços de afecto que impelem à proximidade com um dos pais). Numa palavra, a responsabilidade criminal é pessoal, *i. e.*, intimamente conexionada com uma decisão individual, não comportando que se responda por decisão de outrem, sempre que este último tenha condições para decidir. Donde, ponto é que se prove que a recusa do menor contactar com o progenitor não guardião constitui um acto livre de vontade do incapaz de exercício de direitos numa idade em que detém alguma maturidade, e o incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais se deva apenas a isso, tais factuaisidades quedarão, por hermenêutica teleológica do tipo, afastadas da incriminação penal.

Sendo assim, não se nega que a *atenuação especial da pena* agora prevista no art. 249.º, n.º 2, perde um amplo espaço aplicativo, visto que só se lança mão desta forma especial de determinação da pena quando a concreta factuaisidade preenche o tipo legal de delito. Todavia, são equacionáveis hipóteses em que, não se fazendo a prova a que acima aludimos, a *imagem global do facto* — seja por via da ilicitude, da culpa, ou da necessidade de pena — *surja sensivelmente diminuída*⁸⁸, exigindo, pois, o recurso aos arts. 72.º e 73.º Acresce que a redacção do normativo em causa, ao referir-se a que «a conduta do agente [tenha] sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos», é mais ampla que as constelações típicas anteriormente analisadas, já que se aponta, *hic et nunc*, para que o incumprimento se deva não somente a essa recusa de contactos pelo próprio menor, mas também a uma vontade do agente em si mesmo considerado. Não parece ser outra a interpretação do «condicionamento da conduta do agente»; fala-se em «condicionar» e não em «eliminar» a resolução delitual, o que inculca existirem outros factores (para além da decisão pessoal) contributivos para a prática criminosa (a vontade do menor).

⁸⁸ Assim se dando, porventura, melhor cumprimento ao art. 12, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo de realçar que as opiniões da criança «devem ser tomadas em consideração (...) de acordo com a sua idade e maturidade», o que não significa que os menores *determinam* ou *decidem* as questões que, em relação a si, se colocam. Em idêntica direcção, os arts. 3.º e 6.º, al. b), da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, aberta à assinatura em Estrasburgo em 25-1-1996, e assinada por Portugal em 6-3-1997 (Aviso n.º 149/97, de 10-5). *Vide*, também, no direito interno, o art. 1878.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC.

Para efeitos da aplicação do art. 249.º, n.º 2, só assume relevância jurídica a vontade dos menores com idade superior a 12 anos, não restando dúvidas de que, feita essa prova em juízo, estamos perante um *poder-dever* do juiz («é⁸⁹ especialmente atenuada» e não «pode ser»). Note-se, ainda, que se entendeu conferir ao acordo do menor um mais amplo campo de aplicação do que o prevenido no art. 38.º, n.º 3, em que o índice formal é de mais de 16 anos, por certo tendo em conta a orientação que se bebe nos arts. 1981.º, n.º 1, al. a), e 1984.º, al. a), ambos do CC, e no art. 10.º, n.º 1, da LPCJP. Com o que se retira mais um argumento no sentido de adscrever a essencial tutela do bem jurídico ao interesse daqueles sobre quem impendem as responsabilidades parentais, visto que, se o interesse a proteger fosse só o dos menores, dificilmente se concatenaria o limite etário do art. 38.º, n.º 4, com o agora consagrado no art. 249.º, n.º 2.

8. Os vários interesses que temos sublinhado, garantidos em um escalão constitucional e infra-constitucional, aconselhariam a que se tivesse previsto uma causa de exclusão da pena idêntica àquela que se acha recolhida no art. 225 bis, n.º 4, do CP espanhol, o qual determina que: «Quando aquele que subtraiu [menor] comunicar ao outro progenitor, ou a quem legalmente corresponda o seu cuidado, o local [em que o menor se encontra], nas 24 horas seguintes à subtração, assumindo o compromisso de devolução imediata, a qual efectivamente concretize, ou ainda nas hipóteses em que a ausência não tenha sido superior a 24 horas, ficará isento de pena». Isto, como é evidente, se não tiver havido qualquer outra prática ilícita penal durante esse período, caso em que não só não se aplicará esta isenção, como concorrerá (de modo efectivo ou aparente) a punição pelo crime ou crimes perpetrados. A consagração de uma norma como esta seria um estímulo positivo à cessação da conduta desvaliosa, sem que, em regra, os interesses do menor fossem afectados de modo insuportável, introduzindo, ao mesmo tempo, um instrumento acrescido de modelação da lei penal às situações de conflitualidade familiar que, aqui, reclamam uma especial prudência na intervenção do *ius puniendi*.

89 Nossos itálicos.