



Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Subtração de Menores Quando o progenitor é o criminoso

Nuno Miguel Dias Curado Marques

Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Ciências Policiais na Especialização
de Criminologia e Investigação Criminal

Orientadora

Professora Doutora Inês Godinho

Julho, 2016



Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Subtração de Menores Quando o progenitor é o criminoso

Nuno Miguel Dias Curado Marques

Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Ciências Policiais na Especialização
de Criminologia e Investigação Criminal

Orientadora

Professora Doutora Inês Godinho

Julho, 2016

Dedicatória

AD AMIGOS

*Em vão lutamos. Como névoa baça,
A incerteza das coisas nos envolve.
Nossa alma, enquanto cria, enquanto volve,
Nas suas próprias redes se embaraça.*

*O pensamento, que mil planos traça,
É vapor que se esvai e se dissolve;
E a vontade ambiciosa, que resolve,
Como onda entre rochedos se espedaça.*

*Filhos do amor, nossa alma é como o hino
À luz, à liberdade, ao bem fecundo,
Prece e clamor dum pressentir divino;*

*Mas num deserto só, árido e fundo,
Ecoam nossas vozes, que o Destino
Paira mudo e impassível sobre o mundo*

Antero de Quental

*In Antero de Quental, Sonetos Completos de Antero de Quental, RBA –
Editores, 1996, Lisboa, P. 75*

Agradecimentos

Parece que é o fim de mais uma etapa mas não, simplesmente é o virar de mais uma página do livro da minha vida. Para escrever estas páginas não o fiz sozinho, foram muitas as mãos que me ajudaram.

Agradecimentos:

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, por toda a formação e conhecimentos que me facultou, enriquecendo-me como homem e como polícia;

À Professora Doutora Inês Godinho, pela orientação da tese. Pela forma dedicada como acompanhou o meu trabalho, pela sua disponibilidade permanente, por todos os conhecimentos que me transmitiu e por toda a confiança que depositou em mim;

Aos entrevistados, que se disponibilizaram a colaborar e a contribuir para o enriquecimento deste trabalho com os seus sábios conhecimentos;

Aos meus pais, por tudo aquilo que eu sou;

À minha esposa e aos meus filhos, pelo conforto que dão e pela compreensão das minhas ausências;

Aos meus amigos, pela amizade com que me presenteiam sempre que estamos juntos e principalmente quando não estamos;

Aos meus colegas de curso, que iniciaram esta aventura comigo.

Resumo

Este estudo trata do crime de subtração de menor, em especial quando praticado por um dos progenitores. Partindo da legislação portuguesa, particularmente a penal, analisa-se este crime e a evolução da sua penalização. Para além da legislação nacional, é analisada a jurisprudência portuguesa no que respeita à condenação pela prática deste crime. Integrando Portugal a União Europeia e encontrando-se, portanto, sujeito a normativos europeus, considerámos imprescindível a análise no que respeita a este crime da legislação comunitária, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por último, apresentamos dados estatísticos que refletem a evolução da prática do crime analisado bem como duas entrevistas a profissionais judiciais, de forma a refletir o impacto deste crime para os que trabalham com a lei.

Palavras-chave: subtração, menor, progenitor, rapto parental, divórcio

Abstract

This research deals with the crime of minor abduction. Discussing the Portuguese law, especially criminal law, this crime and the evolution of its penalties are analyzed. In addition to the national legislation, Portuguese jurisprudence is interpreted concerning its conviction. As Portugal is part of European Union and, therefore, subject to European standards, we considered indispensable the study of this crime under community law and the European Court of Human Rights jurisprudence. At last, we present statistical data that reflect this crime evolution, as well as two interviews with legal professionals, to show its impact on those who work with law.

Keywords: abduction, minor, parent, parental kidnapping, divorce

Índice

Dedicatória	i
Agradecimentos	ii
Resumo.....	iii
Índice de Quadros	v
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – METODOLOGIA.....	2
1.1.MODELO DE ANÁLISE	2
1.2.METODOLOGIA	3
CAPÍTULO II - A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	4
2.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....	5
2.2. CÓDIGO CIVIL	7
2.3. CÓDIGO PENAL.....	12
CAPÍTULO III - A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR.....	15
3.1. RESENHA HISTÓRICA	15
3.2. O CÓDIGO PENAL DE 1842	16
3.3. O CÓDIGO PENAL DE 1982	17
3.4. O CÓDIGO PENAL DE 1995	18
3.5. REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CÍVEL.....	29
CAPÍTULO IV - JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA.....	33
CAPÍTULO V - LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIAS	37
5.1. LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA.....	37
5.2. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM	50
CAPÍTULO VI - IMPACTE DESTE CRIME NA SOCIEDADE	52
6.1. DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR.....	52
6.2. ENTREVISTAS A PROFISSIONAIS JUDICIAIS.....	56
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA.....	67
Índice de Jurisprudência Nacional e Internacional	70
Índice de Legislação Nacional e Internacional	73
ANEXO A.GUIÃO DE ENTREVISTA.....	74

Índice de Quadros

Quadro 6.1. – Crimes registados por polícias	53
Quadro 6.2 – Processos criminais findos na 1ª Instância	54
Quadro 6.3 – Agentes/ suspeitos nestes crimes	55
Quadro 6.4 – Lesados/ofendidos nestes crimes	56

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende refletir sobre o crime de subtração de menor, tipificado no art.º 249º do Código Penal Português, incidindo sobre o facto de esta ação ser posta em prática por um dos progenitores da criança, sem o consentimento do outro.

A globalização permitiu que as pessoas se movimentem entre os diversos estados e se criem raízes diferenciadas e facilitadas. Além disso, o processo de aculturação ocorre devido a uma maior abertura para casamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades e culturas. (Borges, 2011: 65). Tal situação poderá levar a que, quando um casal, em que um é de nacionalidade portuguesa e o outro não, se separa, um dos cônjuges possa levar os filhos de ambos para o seu país de origem. Esta situação engloba-se no crime de subtração de menor, previsto e punido no Código Penal.

O nosso ordenamento jurídico não refere a expressão “rpto parental”, ao contrário do normativo comunitário. No entanto, o sentido é que seja interpretado como a retirada de um menor, por parte de um dos progenitores.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, foram introduzidas alterações significativas ao Código Penal, nomeadamente ao já referido art.º 249º. Assistiu-se não só a um alargamento da incriminação, como também à alteração das molduras penais abstratas.

O direito internacional regula, através de convenções, este tipo de crime protegendo as crianças que são sujeitas à subtração por um dos pais. Não nos limitamos apenas aos aspetos civis do rpto internacional mas, e principalmente, aos aspetos criminais que enquadram o crime de subtração de menor.

Portanto, uma análise integrada da evolução legislativa do art.º 249º, das convenções internacionais, de dados estatísticos respeitante a este crime e das entrevistas realizadas a profissionais judiciais, será possível demonstrar o desenvolvimento que este crime tem vindo a apresentar no nosso país.

CAPÍTULO I – METODOLOGIA

1.1.MODELO DE ANÁLISE

Tendo em consideração o aumento do crime de subtração de menor, é nosso objetivo analisar o ordenamento jurídico português, bem como o ordenamento comunitário no que a esta matéria diz respeito bem como a evolução estatística deste tipo de crime.

A nossa pergunta de partida, para a qual desejamos que esta pesquisa dê uma resposta, é: Estará a justiça portuguesa a ser eficaz no que respeita às vítimas do crime de subtração de menor e a agir adequadamente quanto à prevenção, investigação e repressão deste crime?

Para responder a esta nossa questão, iremos aprofundar o tema da subtração de menor numa análise histórica desta tipificação penal. De seguida, faremos uma análise à doutrina e à jurisprudência associadas ao art.º 249º do Código Penal, bem como a convenções internacionais e jurisprudência comunitária. Queremos enriquecer esta nossa pesquisa com os testemunhos de um Juiz do Tribunal de Família e Menores e de um advogado.

As hipóteses provenientes da necessidade de explicar este tipo de crime e de o diferenciar dos restantes, apresentam-se como respostas provisórias à pergunta de partida anteriormente mencionada e serão confrontadas com os dados de observação (Quivy,1998: 23):

-A moldura penal, recentemente reduzida, para o crime de subtração de menor, poderia ser agravada?

-Quando a subtração de menor ocorre noutro país, a articulação entre Portugal e esse outro Estado é eficaz e respeita as Convenções Internacionais existentes?

-A investigação deste crime é célere e eficaz, considerando a identificação do suspeito?

-A intervenção de organismos mediadores, antes da intervenção penal, fazem com que este ilícito tenha consequências menos gravosas para ambos os progenitores?

Com esta pesquisa pretendemos dar continuidade à literatura já existente respeitante ao crime de subtração de menor. A pertinência deste estudo é justificada pelo aumento de casos de subtração de menor. Para tal, pretendemos analisar as causas e as consequências de tais atos, como dirimi-los e mitigá-los.

1.2.METODOLOGIA

Em termos metodológicos, o nosso trabalho iniciar-se-á com uma pesquisa bibliográfica exploratória, com o objetivo de esclarecer as definições subjacentes a este crime de subtração de menor. Faremos uma resenha histórica da temática que pretendemos abordar, nomeadamente pelos diversos códigos penais.

Acrescentamos uma análise a acórdãos nacionais bem como a legislação e a jurisprudência comunitárias sobre este tema.

Por fim, aplicaremos o método qualitativo, ao efetuar entrevistas a um juiz e a um advogado, demonstrando assim que, para além dos intervenientes diretos (progenitores e menores), coexistem também aqueles que, de maneira indireta, têm conhecimento dos factos e da aplicação do direito. Com a aplicação deste método, o nosso objetivo é permitir que “a investigação possa recolher e refletir sobretudo aspetos enraizados e menos imediatos dos hábitos dos sujeitos, grupos ou comunidades em análise”. (Santo, 2010: 11). As entrevistas serão de tipo estruturado, compostas por um conjunto de perguntas fechadas, o que irá “permitir uma maior fidelização no tipo de informação recolhida”, (Sousa et al, 2011: 33) através de guião de entrevista (Anexo A).

CAPÍTULO II - A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Um pai ou uma mãe que ficar sem um filho, porque alguém o subtraiu, vive o que se assemelha a uma verdadeira “descida e permanência no inferno”. O sofrimento dificilmente é atenuado com o passar do tempo. “O desaparecimento proveniente do rapto de uma criança é uma tortura permanente, um “não saber” demolidor que corrói a mente e o espírito dos pais, mesmo que esse rapto tenha sido concretizado por um dos progenitores do menor.” (Campos, 2012: 2)

Campos (2012: 2) refere que “a realidade dos pais de crianças vítimas de rapto parental é caracterizada pela sua heterogeneidade e complexidade, por força de diversos fatores, a qual só se explica com o recurso a uma resposta interdisciplinar. As respostas concretas sobre o rapto parental e o desaparecimento ainda são um projeto prematuro”.

O crime de subtração de menor não é um crime que provoque um sentimento de insegurança nas sociedades contemporâneas, nem demonstra que um estado é mais ou menos seguro que outro. Não é um crime que as forças e serviços de segurança possam prevenir. O agente do crime não é um desconhecido. Assim, para se obter a sua identificação não se recorre às técnicas de investigação criminal mais sofisticadas. Consideramos que avaliação da gravidade de um crime desta natureza é de evitar, já que a vítima o considera sempre muito grave e as restantes pessoas (não vítimas do mesmo) o consideram como um crime “menor”.

De seguida, debruçar-nos-emos pormenorizadamente nos aspetos penais deste crime, não descurando a restante legislação, pertencente ao ordenamento jurídico português referente à proteção de menores.

2.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

A Constituição da República Portuguesa (adiante designada de CRP), aprovada em 1976, prevê no art.º 36º o direito à família, casamento e filiação.

No n.º 3 deste artigo, refere-se que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.” Este número elucida que nenhum dos progenitores tem um direito privilegiado perante os filhos, mesmo existindo uma decisão judicial que defina que o menor irá viver com um progenitor e que com o outro apenas passará os fins-de-semana. Nestes casos, o progenitor não-guardião tem o mesmo direito à educação dos filhos, podendo opinar e sugerir o que considerar melhor para a educação do seu descendente.

Já no n.º 4 menciona-se que “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”. Daqui retira-se que o indivíduo nascido fora do casamento não pode ser discriminado perante a lei e os progenitores têm os mesmos direitos sobre o filho nascido fora do casamento, exceto “se a filiação de menor nascido fora do casamento se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, a este pertence o exercício das responsabilidades parentais”, nos termos do art.º 1910º do Código Civil.

O n.º 5 dispõe que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”. Ora, se um dos progenitores subtrair o filho ao outro progenitor, está a privar o último do direito e do dever que lhe assiste de educar e manter a criança.

Sottomayor (1995: 65-89) considera que este número “não distingue entre família intacta e família dividida pelo divórcio ou pela separação”. Esta autora conclui que “o sentido e a finalidade da lei sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens implicam que os pais disponham de um poder de concretização do interesse da criança.” Este interesse da criança é uniformemente identificado pelos especialistas das ciências sociais e humanas e também pela

jurisprudência, como a estabilidade das condições de vida da criança, do seu ambiente físico e das relações afetivas.

Por último, no n.º 6 refere-se que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”. Portanto, os pais não têm apenas direitos sobre os filhos, têm também deveres fundamentais. Caso falhem no cumprimento destes, poderão as crianças ser retiradas ao progenitor incumpridor através de decisão judicial, podendo esta ação ser solicitada pelo outro progenitor ou pelo Ministério Público, em representação do menor.

Como diz esta lei fundamental, os filhos são fruto de uma vontade de duas pessoas. No entanto, tal vontade é por vezes “um acaso da vida”, já que não fazia parte do projeto de vida dessas pessoas terem um filho. Apesar disso, após o nascimento dos filhos, sejam estes “desejados ou não” nas suas vidas, os progenitores têm os mesmos direitos e deveres sobre aqueles.

O art.º 67º da CRP, respeitante à família, refere no seu n.º 1 que “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.” Ao Estado, para proteger a família, é-lhe incumbido, entre outras, as obrigações previstas no n.º 2: “cooperar com os pais na educação dos filhos”. O Estado, além dos pais, é também um interessado na boa educação dos filhos das famílias portuguesas, além de lhes possibilitar um ensino justo e adequado, nos termos do art.º 74º da CRP; aplica também a justiça quando esta intervenção de *ultima ratio* é necessária, nomeadamente na matéria de subtração de menor entre progenitores.

Ainda o art.º 68º, respeitante à paternidade e maternidade, considera no n.º 2 que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.” Tratam-se, portanto, de valores e de direitos e deveres, que qualquer progenitor não deve ser impedido de exercer.

Por último, o art.º 69º da CRP, respeitante à infância, elucida algumas obrigações do Estado está obrigado relativamente às crianças. Estas têm direito a ser protegidas pela sociedade e pelo Estado “contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da

autoridade na família”, pelo que o Estado deve zelar pelos interesses dos menores. No número seguinte, é referido que o Estado deve dar uma proteção especial às crianças, que de alguma forma são “privadas de um ambiente familiar normal”.

Por conseguinte, torna-se assim evidente que a Constituição da República Portuguesa incorpora nos artigos anteriormente referidos matérias diretamente relacionadas com o crime de subtração de menor, protegendo-o, bem como considerando que ambos os progenitores têm direitos e deveres para com o menor.

2.2. CÓDIGO CIVIL

O Código Civil (adiante designado de CC), surgido em 1966, tem vindo a sofrer diversas alterações nos últimos anos; uma das mais significativas, na área da família, é a transformação do “poder paternal” em “responsabilidades parentais”.

O art.º 1901º menciona que “na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais.” E ainda que “se por acaso, e em algum momento, não existir comum acordo entre os progenitores, relativamente às responsabilidades parentais, pode qualquer um deles recorrer ao tribunal.” Portanto, “há que cometer ao tribunal a resolução do desacordo dos pais quando versar sobre questões que sejam de particular importância” (Neto, 2013: 1520).

O tema da nossa pesquisa, o crime de subtração de menor, tem maior probabilidade de ocorrer quando os casais estão divorciados ou separados, seja a conjugalidade inicial tanto o casamento como a união de facto. No entanto, os direitos e deveres dos pais, mesmo em caso de separação, devem ser exercidos igualmente por ambos os progenitores.

Segundo o disposto no n.º 1 do art.º 1906º do CC, “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que

qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível”. De acordo com este artigo, só em caso de urgência evidente, é que um progenitor pode agir sozinho no que respeita às responsabilidades parentais. Se o fizer fora do caso de notória urgência, a sua atuação poderá inserir-se na ação de subtração de menor ao outro progenitor.

No n.º 2 do mesmo artigo é ressalvada a possibilidade de, no caso de um dos pais exercer orientações educativas contra o interesse do menor, este deixar de poder exercer responsabilidades parentais, por decisão fundamentada do tribunal. Ao progenitor que não exerça as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho. A lei aqui protege também o progenitor não-guardião, porque lhe garante o direito de ser informado por parte do outro progenitor de todas as decisões educacionais por este tomadas relativamente ao filho de ambos, nos termos do art.º 1901º n.º 6 do CC.

É ao tribunal que compete garantir que é preservado o superior interesse da criança. O facto de as crianças sentirem os pais próximos é algo que as torna felizes. O tribunal deve promover acordos ou tomar decisões que fomentem o contacto das crianças com ambos os pais. Entendemos que o último número do art.º 1906º do CC, ao estipular que “o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”, apela à não subtração de menor por parte de um dos progenitores. O que se pretende, em casos de divórcio ou separação, é promover que hajam grandes possibilidades do menor estar, sempre que possível, junto de ambos os pais e não apenas de um.

Por fim, o n.º 1 do art.º 1915º do CC estipula que “a requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não

mostre em condições de cumprir aqueles deveres.” Prevê-se aqui a inibição das responsabilidades parentais, quando haja incumprimento culposo de um dos progenitores. Poder-se-ia considerar, no caso de subtração de menor, a existência de incumprimento culposo; no entanto, tal não é uma condição *sine qua non*.

Assim, torna-se evidente que o CC define as responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação, bem como na constância do matrimónio, tendo sempre em consideração o superior interesse da criança.

Por considerarmos que a matéria das responsabilidades parentais está, de todo, relacionada com o crime do nosso estudo, promovemos o seu desenvolvimento de seguida.

2.2.1. Responsabilidades Parentais

As responsabilidades parentais, entendidas como as responsabilidades dos pais para com os seus filhos, surgiram com Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, que alterou o “poder paternal” no sentido de considerar responsabilidade não só “paternal” mas acima de tudo parental, abrangendo assim o paternal e o maternal.

Tais responsabilidades podem estar relacionados com o crime de subtração de menor uma vez que a alínea c) do n.º 1 do art.º 249º do Código Penal (adiante CP), refere “quem de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”.

Veremos, de seguida, o que se encontra abrangido por esta noção de responsabilidades parentais.

Até aos dezoito anos de idade, os cidadãos, face à lei, não têm capacidade jurídica para exercerem os seus direitos e cumprirem as suas obrigações, nos termos dos art.º 122º e 123º do CC. Por outro lado, pais e filhos têm o dever de se respeitar e de prestarem assistência entre si, nos termos do art.º 128º do CC.

O legislador, com o objetivo primordial de responsabilizar ambos os pais pela partilha dos cuidados e educação dos filhos menores, alterou o que antes se designava de “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, sem que daí resulte qualquer alteração ao conteúdo deste poder-dever, conforme elucida Ramião (2011: 35-40).

Ramião refere que “o conceito de responsabilidades parentais foi introduzido pela primeira vez no ano de 1984, com o Anexo à Recomendação n.º 84, relativo às responsabilidades parentais, que foi adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de Setembro de 1984, Princípio 2. A mencionada recomendação refere que “qualquer decisão da autoridade competente relativa à atribuição das responsabilidades parentais ou ao modo como essas responsabilidades são exercidas deve basear-se, antes de mais, nos interesses do filho. Contudo, a igualdade entre os progenitores deve ser igualmente respeitada e não deve ser feita nenhuma discriminação, designadamente com base no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou quaisquer outras opiniões, na origem nacional ou social, na pertença a uma minoria nacional, na riqueza, no nascimento ou qualquer outra situação”. (Ramião, 2011: 35-40).

“O Projeto de Lei n.º 509/X de 2008, que levou à Lei n.º 61/2008, veio trazer ao ordenamento jurídico português a expressão “responsabilidades parentais”. Aqui é referido que a intenção da alteração da expressão foi redirecionar o centro da atenção: ele passa a estar não naquele que detém o “poder” – o adulto –, mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, a criança. Considerou-se, ainda, que a mudança era fundamental, porque “a designação anterior supunha um modelo implícito que aponta para o sentido de posse, manifestamente desadequado num tempo em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos. É certo que, em direito de família, o poder paternal sempre foi considerado um poder/dever, mas esta é uma especificação técnica que desaparece no uso quotidiano, permitindo-se assim que, na linguagem comum, se façam entendimentos e conotações antigas e desajustadas”. (Ramião, 2011: 35-40). Cabe ainda salientar que a designação agora proposta acompanha a legislação da maioria dos países europeus.

As responsabilidades parentais exercem-se no seio familiar, sem intervenção externa, a não ser que haja incumprimento das mesmas por parte dos intervenientes. Neste caso, haverá uma intervenção da justiça, que decidirá sobre as responsabilidades parentais, tendo em conta o superior interesse do menor.

As responsabilidades parentais são indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, nos termos do art.º 1882º do CC. Tais responsabilidades deverão ser assumidas pelos pais, tendo em conta o interesse primordial dos filhos. No caso de os pais se demitirem destas atribuições de forma culposa, podem vir a ser inibidos do seu exercício, conforme mencionado no art.º 1915º do CC.

O processo de regulação das responsabilidades parentais determina quem fica com a guarda do menor, em que períodos poderá o outro progenitor estar com o menor e como serão tomadas as decisões relativamente ao menor. Esta regulação poderá ser estabelecida de duas formas: os progenitores estão de acordo sobre todas as matérias acima indicadas; ou os progenitores não estão de acordo. Neste último caso, terá de ser proposta uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais para que haja uma decisão judicial.

É muito mais provável que haja a prática do crime de subtração de menor quando os progenitores não estão de acordo sobre alguma decisão relativamente a uma questão de particular importância para a vida do menor e que necessita da concordância de ambos os progenitores. Havendo a prática deste crime, estamos perante o incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais. O progenitor que se sentir lesado pode apresentar no tribunal da área de residência do menor um requerimento explanando o incumprimento e solicitando que o faltoso cumpra o estabelecido. Em alternativa, pode apresentar queixa num órgão de polícia criminal, que oportunamente a enviará para o Ministério Público da área criminal.

Pelo exposto, consideramos que as responsabilidades parentais estabelecidas no CC são conceitos primordiais, apriorísticos e fundamentais para uma análise em profundidade do crime de subtração de menor.

2.3. CÓDIGO PENAL

O Código Penal (adiante designado de CP), que atualmente se encontra em vigor, surgiu em 1995, sofrendo inúmeras alterações, em especial na parte que respeita à nossa pesquisa, isto é, nos crimes contra a vida em sociedade e, entre estes, especificamente, os crimes contra a família. Por considerarmos pertinente, começamos por distinguir o crime de subtração de menor, do rapto e do sequestro, para assim ser possível, em termos teóricos, perceber o que o crime da nossa pesquisa abarca.

2.3.1. Subtração de menor Versus Rapto

O crime de subtração de menor pode ser “confundido” com o crime de rapto e com o de sequestro. Começamos por fazer aqui a distinção entre estes três tipos de crime, evidenciando as semelhanças e assinalando as suas diferenças.

O crime de rapto tipificado no art.º 161º do CP refere que “quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de a) submeter a vítima a extorsão; b) cometer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima; c) obter resgate ou recompensa; ou d) constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma ação ou omissão, ou a suportar uma atividade, é punido com pena de prisão de dois a oito anos”. Este crime, encontrando-se inserido nos crimes contra a liberdade pessoal, pressupõe uma deslocação da vítima contra a sua vontade. No que concerne à conduta, o rapto exige que a pessoa raptada seja transferida de um lugar para outro, tratando-se assim de um crime de execução vinculada. (Gonçalves, 2005: 764). Assim, “o bem jurídico tutelado é a liberdade de locomoção” (Dias, 2012: 694).

Portanto, fazendo a comparação entre os crimes de rapto e de subtração de menor, mesmo que o menor fosse retirado contra a sua vontade pelo seu progenitor, não se encontrariam preenchidos os requisitos das alíneas do art.º 161º do CP.

2.3.2. Subtração de menor Versus Sequestro

O crime de sequestro, previsto no art.º 158º do CP, apesar de estar inserido nos crimes contra a liberdade pessoal, pode já ter uma articulação direta com a subtração de menor. O interesse tutelado é a livre manifestação da vontade da escolha da residência. Portanto, aqui “o bem jurídico protegido é a liberdade de locomoção, isto é, a liberdade física ou corpórea de mudar de lugar, de se deslocar de um sítio para o outro”. (Dias, 2012: 644).

Segundo o n.º 1 deste artigo, “quem detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.” Existe uma relação estreita entre este crime e o de rapto, já que “para acontecer o rapto tem de haver sempre a retenção e mesmo quando se extingue o crime de rapto, pode subsistir o crime de sequestro como consequência do rapto”. (Leal-Henriques et al., 2000: 209). O elemento implícito é a falta de acordo do sequestrado, ou seja, a retenção contra a sua vontade. No caso do menor ter pouca idade e residir com o progenitor guardião, “é difícil afirmar a sua oposição em não permitir o contato com o outro progenitor”. (Leite, 2009: 105). Privar um filho da liberdade é sequestro, mas um progenitor que subtrai o seu filho não terá interesse em mantê-lo preso, a não ser que o faça também em circunstâncias extremas tendo, por exemplo, o objetivo de que a criança não seja vista pelo outro progenitor. Nas circunstâncias mencionadas, o agente que praticar o crime de sequestro é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa, nos termos do n.º 1 do art.º 158º do CP.

No entanto, o arguido vê a sua pena de prisão aumentar de dois até dez anos, de acordo com as alíneas a), b), c), d) e e) do n.º 2 do mesmo artigo, “se a privação da liberdade: durar por mais de dois dias; for precedida ou acompanhada de ofensa à integridade física grave, tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano; for praticada com o falso pretexto de que a vítima sofria de anomalia psíquica; tiver como resultado suicídio ou ofensa à integridade física grave da vítima; for praticada contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez.”

O crime de subtração de menor pode eventualmente assemelhar-se ao crime de sequestro se se prolongar por mais de dois dias e tendo em consideração que os menores subtraídos são indefesos em razão da idade.

CAPÍTULO III - A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR

Para analisarmos o crime de subtração de menor em profundidade, consideramos necessária uma análise histórica através dos vários códigos penais que existiram no nosso ordenamento jurídico.

3.1. RESENHA HISTÓRICA

No Direito Romano, o *bonus pater familiae* tinha o poder absoluto e exclusivo sobre os filhos, detendo direitos relativamente à morte e à vida dos mesmos, bem como o direito de venda e de exposição dos seus filhos. A mulher não tinha quaisquer direitos sobre os seus filhos, reduzindo-se a sua posição à de cuidar do lar, sendo considerada como propriedade do marido. No caso de separação, os filhos ficariam com o pai.

No Direito Português antigo, quem ficava com a guarda dos filhos após a separação dos pais, era a mãe, “mas apenas nos três primeiros anos de vida das crianças, designado por período de amamentação. Após esta idade, a guarda dos filhos passava a ser da responsabilidade do pai, bem como todas as despesas inerentes à educação dos filhos.” (Sottomayor, 1995: 65-89).

No que respeita ao crime da nossa pesquisa, no antigo direito romano, os pais estavam excluídos do crime de rapto em relação aos filhos. Já no século XIX, esta conceção espelhava a ideia patriarcal de como as crianças eram objetos e que o pai era o seu dono. Por seu turno, no princípio do século XX, o rapto era visto “com benevolência, por se entender que o rapto de menores por parte dos pais se baseava na afeição, daí ser facilmente desculpável”. (Sottomayor, 1995: 65-89).

Analisaremos, em seguida, uma evolução histórica do crime de subtração de menor pelos diversos códigos penais.

3.2. O CÓDIGO PENAL DE 1842

Em 1842 emergiu a necessidade de uma reforma de legislação penal e a conseqüente codificação. Por Decreto de 10 de Dezembro de 1845, foi nomeada uma comissão para elaborar um projeto de código penal “em que se consignassem os mais sólidos princípios do direito criminal”. (Santos, 2002: 99-100).

Em Setembro de 1852, a comissão apresenta o resultado final. O Decreto de 10 de Dezembro determinou a execução do código penal, código esse que teria sido ratificado pelas cortes, por Lei de 1 de Julho de 1853. De referir que este código entrou em vigor sem nunca ter havido uma assembleia que o aprovasse. “O Governo da época justificou a extrema necessidade para que o código entrasse em vigor, devido ao facto da anterior legislação estar muito dispersa, que era urgente “abrir uma nova época de moralidade e justiça”. Resumidamente, argumentava o governo que o novo código, que repentinamente vigorou, era muito mais adequado ao sistema constitucional da monarquia da época”. (Santos, 2002: 99-100).

Nos primórdios do Código Penal de 1852 já se havia explanado no Título IV, “ Dos crimes contra as pessoas”, no Capítulo II, “Dos crimes contra o estado civil das pessoas” e na Secção III “Subtração e ocultação de menores”, com três artigos: do 342º ao 344º.

O art.º 342º expunha que “o indivíduo que através de violência ou fraude tirar ou fazer tirar um menor de sete anos da casa que aquele habite sem autorização dos que são responsáveis pelo menor é punido com pena de prisão *maior temporária*, que se traduz em penas de prisão entre os três e os quinze anos”. (Código Penal de 1852: 197).

Já segundo a tipificação do art.º 343º ao “agente que por violência obrigar ou induzir por fraude, um menor de vinte e um anos a abandonar a casa que o mesmo habita será condenado a prisão correcional, sem prejuízo da pena de cárcere privado”. No entanto, se o menor tiver idade inferior a sete anos, a pena de condenação para o agente do crime é, no máximo, a prisão correcional. Esta prisão não obriga a trabalho e não pode exceder os três anos. Já no caso do

menor ter dezassete anos, a pena é o máximo da pena correccional, ou seja, três anos.

Os art.º 342º e 343º diferenciam-se, em especial na forma da retirada do menor. No primeiro existe uma ação direta tomada pelo agente sobre o menor, ou seja, é o agente que retira o menor, enquanto no segundo o agente obriga o menor a sair do seu lar.

O art.º 344º refere que “aquele que ocultar ou fizer ocultar ou trocar ou fizer troca por outro ou desencaminhar ou fizer desencaminhar um menor de sete anos, será condenado a trabalhos públicos temporários”. Este artigo complementa os dois anteriores.

Já existia, nos meados do século XIX, uma preocupação com o rapto de menores, não havendo, no entanto, uma referência direta à subtração de menor. No entanto, nunca é referido que um pai ou uma mãe, que retire o filho ao outro progenitor, esteja excluído destes artigos.

Em 1886, é publicado um novo Código Penal, por Decreto de 16 de Setembro. No Capítulo II, com a epígrafe “Dos crimes contra o estado civil das pessoas”, na Secção III, “Subtração e ocultação de Menores”, são os art.º 342º, 343º e 344º que abordam a subtração de menor, cujo conteúdo é muito idêntico aos artigos do Código Penal de 1852.

3.3. O CÓDIGO PENAL DE 1982

Quase um século depois do Código de 1886, é publicado o Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de Agosto, surgindo um novo Código Penal.

Os artigos relativos à subtração de menor passaram de três a apenas um, o art.º 196º, com a epígrafe “subtração de menor”, que refere que “quem subtrair um menor ou, por fraude, violência ou ameaça de grave mal, o determinar a fugir a quem tem o exercício do poder paternal, ou da tutela ou se recusar a entregá-lo a quem legitimamente o reclame, será punido com prisão até três anos e multa até cem dias”.

Como já mencionámos, os Códigos Penais de 1852 e 1886 são muito semelhantes no crime abordado nesta pesquisa, não acontecendo o mesmo no

de 1982. Os três artigos anteriormente existentes passam a um. A pena é mais reduzida: máximo de três anos de prisão ou pena de multa até cem dias. Quanto à natureza do crime também se fez uma alteração: a sua natureza passa a ser semipública, ou seja, o procedimento criminal depende de queixa. Tal queixa deverá ser efetuada por quem detém o poder paternal no momento em que o menor é subtraído. É também neste código que, pela primeira vez, se levanta a questão de retirar ou de não entregar o menor a quem tem o poder paternal.

Saliente-se também que é a partir deste Código Penal, que o agente do crime de subtração de menor poderá ser alguém com o poder paternal (à data assim designado). Como se pode verificar, o crime aqui abordado encontra-se no Livro II “Parte Especial”, Título III “ Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, sob o Capítulo I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade”, na Secção I, “Dos crimes contra a família”. Portanto, é um crime que é praticado por alguém da família contra a família.

A tudo isto se acrescenta que em 1966 foi publicado o CC, que definiu no seu art.º 122º o menor como sendo toda a pessoa que ainda não completou dezoito anos de idade. Esta menoridade retira-lhe capacidade jurídica e judiciária, nos termos do art.º 123º do CC.

3.4. O CÓDIGO PENAL DE 1995

Em 1995 é publicado um novo CP através do Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de Março. Este código surgiu devido à tendência de afirmação dos direitos do homem como princípio essencial das sociedades contemporâneas. É a justiça o principal garante para que a dignidade da pessoa humana se eleve aos padrões mais altos, sendo dever do Estado construir os mecanismos que garantam a liberdade dos cidadãos e sua proteção. Ainda é este CP que se encontra atualmente em vigor no sistema jurídico português; no entanto, foi já alvo de quarenta alterações.

O crime que trata a nossa pesquisa ficou tipificado no art.º 249º, mencionando que “quem subtrair um menor, ou por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou ainda se recusar a

entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado, é punido com uma pena de prisão até aos dois anos ou com pena de multa até duzentos e quarenta dias”. Acrescenta ainda que o procedimento criminal depende de queixa, ou seja, é um crime semipúblico, nos termos dos art.º 113º do CP e 49º do Código de Processo Penal (adiante designado de CPP).

Neste código, não existem diferenças significativas relativamente ao CP de 1982, destacando-se apenas o facto da moldura penal ter diminuído de até três anos para até dois anos.

3.4.1. A alteração de 2007 ao Código Penal

A vigésima segunda alteração ao CP é realizada pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, em que, quanto ao crime previsto no art.º 249º, é alterada a moldura penal anteriormente definida até dois anos ou com pena de multa para pena de prisão de um a cinco anos. Nesta alteração, pela primeira vez, é mencionada a distinção entre a subtração cometida por um sujeito comum e cometida por ascendente, adotante, ou que tenha o exercício de tutela sobre o menor.

Assim, nesta versão, menciona-se que “quem subtrair menor, quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir, se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela ou a quem ele esteja legitimamente confiado; é punido com pena de prisão de um a cinco anos”. No entanto, a pena é atenuada se o agente “for ascendente, adotante ou tiver exercido a tutela sobre o menor”. Quanto à natureza do crime, a mesma mantém-se como crime semipúblico.

Albuquerque (2010: 658) refere que “na sequência de um caso mediático, a Lei n.º 59/2007, criou um tipo privilegiado de subtração de menor quando o agente for ascendente, adotante ou tiver exercido a tutela sobre o menor”.

O crime, à semelhança dos códigos penais anteriores, respeitando o disposto nos art.º 49º do CPP e 113º do CP, mantém-se semipúblico, competindo a legitimidade para a apresentar queixa a qualquer portador do bem

jurídico, neste caso, quem tem o menor à sua guarda, no período de seis meses posteriores à data do crime.

3.4.2. A alteração de 2008 ao Código Penal

Em 2008 surge a Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, que vem dar uma nova leitura ao artigo penal da subtração de menor, com alterações substanciais.

O art.º 249º, com o título “subtração de menor”, não envolve diretamente um dos progenitores. Contudo, o capítulo e a secção onde este se insere referem expressamente a expressão “crimes contra a família”. Devemos, assim, considerar que o agente do crime terá a intenção de dirigir a sua ação contra a família, e provavelmente um dos progenitores será um dos principais agentes do crime.

Nesta versão consubstancia-se na alteração da moldura penal, que se tornou mais reduzida, passando de um a cinco anos para até dois anos. Tipificou-se, ainda, que a prática deste crime tem que ser executada “de um modo repetido e injustificado”.

Esta lei trouxe um novo texto ao delito de subtração de menor, não só atenuando as molduras penais abstratas, mas também, e em especial, introduzindo uma nova redação à modalidade típica em que é incumprida a decisão de exercício das responsabilidades parentais.

Esta redação do art.º 249º esclarece que o comportamento de recusar, atrasar ou dificultar significativamente a entrega do menor, de forma repetida e injustificada, pode ser assumido, mesmo pelo progenitor ou terceiro, com quem o filho reside e a quem as responsabilidades parentais lhe foram confiadas exclusivamente.

3.4.3. O art.º 249º do Código Penal em vigor

O atual art.º 249º do CP, com as mencionadas alterações, dispõe que: “quem: a) subtrair menor; b) por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou c) de um modo repetido e injustificado,

não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até duzentos e quarenta dias. Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a doze anos. O procedimento criminal depende de queixa.”

“Esse preceito legal abrange todas as situações de incumprimento do regime de convivência do menor com qualquer um dos progenitores, nomeadamente a recusa, o atraso na entrega do menor ou que dificulte a sua entrega ou acolhimento”. (Ramião, 2012: 156). Já Leite (2009: 103) menciona que “enquanto subsiste uma relação saudável entre os progenitores, 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 relação”. Quando esta relação entre os progenitores termina ou não existe entendimento no exercício das responsabilidades parentais, entra em ação o Direito.

“A diminuição acentuada da moldura penal e a inexistência de qualquer menção aos motivos do agente indicia uma desvalorização do próprio ilícito e não apenas na culpa do agente”. (Albuquerque, 2010: 485).

De seguida, analisamos os elementos tipo deste crime, a sua natureza semipública e a tentativa na realização do mesmo.

3.4.3.1. Elementos do tipo de crime

No crime de subtração de menor, é estabelecida uma dupla proteção: por um lado, está o benefício do menor, para que este permaneça dentro da sua família; e por outro, em favor desta, com vista a conservá-lo no seu seio.

O bem jurídico protegido pela incriminação neste artigo é o poder paternal ou a tutela sobre o menor. Se as responsabilidades parentais sobre o menor forem exercidas em conjunto por duas ou mais pessoas, estas são portadoras do mesmo bem jurídico. Albuquerque (2010: 485) refere que “o cerne do poder

paternal ou de tutela reside na guarda do menor, identificando-se, para efeitos penais, o poder paternal ou de tutela com o poder da guarda do menor. Portanto, não é portador do bem jurídico aquela pessoa a quem foram concedidos outros deveres, mas que não tem a guarda do menor.”

O tipo objetivo deste crime consiste na subtração de menor de dezoito anos, na determinação tipificada, nomeadamente “por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir” ou na recusa da entrega de menor à pessoa que sobre ele exercer as responsabilidades parentais, ou a quem ele esteja legalmente confiado (Dias, 2012: 614).

Não existe crime de subtração de menor, se não houver uma efetiva e real “relação de poder” sobre o menor. Os menores que vivem fora do lar familiar ou que já dispõem de vida independente, ficam de fora da tipicidade do crime de subtração, porque já não existe uma relação de poder para com o titular do poder paternal. Por conseguinte, não é relevante para a prática deste crime o consentimento do menor, exceto se este já não estiver sob a dependência direta do agente. (Albuquerque, 2010: 485).

O incumprimento do regime de convivência poderia ser punido com o crime de desobediência, tendo em consideração o seu bem jurídico, ou seja, tal como refere Xavier (2010: 33-36), “para além do valor da obediência à ordem de uma autoridade, traduzindo a particular mundividência ideológica e cultural, subjacente à reforma do regime sobre as regulações das responsabilidades parentais, que considera interesse público o envolvimento de ambos os progenitores na vida do menor, a partilha de responsabilidades entre ambos, a grande proximidade do filho com ambos os progenitores na vida do menor, a partilha de responsabilidades entre ambos, a grande proximidade do filho de ambos os progenitores, cada um devendo promover relações habituais do filho com o outro”.

Para Albuquerque, este crime classifica-se “como um crime de dano, no que respeita ao nível de lesão dos bens jurídicos protegidos. Para além desta definição, classifica-se o crime quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação, o crime cometido na modalidade de subtração de menor e de determinação de menor a fugir é um crime de resultado. O crime cometido na

ação que consiste de recusa de entrega de menor é um crime de omissão pura ou própria com a estrutura de um crime formal. Portanto, a questão da imputação objetiva do resultado à ação só se coloca nas alíneas a) e b) do n.º 1 do mencionado artigo”. (Albuquerque, 2010: 485).

Como consequência da última alteração, não incorre na prática do ilícito de subtração de menor previsto na alínea a) do art.º 249º se, não estando o regime de exercício das responsabilidades parentais definido por decisão judicial, um progenitor que leva o filho para viver consigo depois de o mesmo ter residido durante algum tempo com o outro progenitor.

Um caso com estes contornos poderá encontrar tutela penal noutros tipos legais de crime, como seja no crime de sequestro ou rapto, já por nós comparado, mas não integrará o crime de subtração de menor, sendo que é no âmbito da lei civil que a resolução da questão pode encontrar uma resposta mais célere e eficaz.

Por conseguinte, destacam-se “três situações ilícitas neste crime: a) a subtração do menor; b) a determinação à fuga por meio de violência ou ameaça de mal importante; c) a recusa de entrega de menor a quem esteja legitimamente confiado, isto é, omissão ou retenção de menor a quem exerça o poder paternal, a tutela ou qualquer outro poder legítimo sobre ele”. (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698; Lopes, 2011:24-25).

O ponto comum às três alíneas analisadas é o facto de, em todas, se exigir que a separação provocada pelo agente do crime entre o menor e o titular da guarda seja “espacial e/ou temporalmente significativa de forma a afetar efetivamente a guarda, de forma a impedir o seu exercício de forma significativa e relevante, o que pressupõe, desde logo, a falta de acordo do seu titular” (Lopes, 2011:25). Estamos, pois, perante um crime de execução vinculada, já que a afetação da guarda tem de ocorrer mediante a prática de algum dos comportamentos tipificados no art.º 249º do CP.

3.4.3.1.1. Subtração

Tal como anteriormente referimos, uma das situações ilícitas previstas na alínea a) do n.º 1 do art.º 249º do CP é a subtração do menor.

“Ao contrário do que referia o legislador de 1886 “tirar ou levar”, o de 1982 optou por uma expressão dirigida a um objetivo concreto: a subtração. Entende-se que subtrair significa apropriar-se; retirar da esfera de atuação de quem o tem a seu cargo naquele momento. O que leva a concluir que a consumação do delito pressupõe que o menor fique submetido ou à disposição da pessoa que o retirou ou reteve, ou seja, que permaneça fora do controle da pessoa cuja guarda ou direção se encontrava legitimamente confiada”. (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698; Lopes, 2011:24). Portanto, a verificação do ilícito prevista na mencionada alínea a) implica que o agente do ilícito não seja o detentor dos poderes-deveres inerentes à guarda e cuidados da criança.

“Por princípio, significará isto uma separação espacial entre o menor e o titular dos poderes”. Esta separação deve ainda durar algum tempo. É pois, necessário, “que o exercício dos poderes, no seu todo, se torne impossível ou que apenas se impeça o exercício de alguns dos poderes, afetando-se, porém, aspetos essenciais daquela relação de poder. Neste caso, o agente do crime pode ser um terceiro ou o progenitor que não detenha a guarda do menor, ou ainda os progenitores relativamente a quem tenha sido atribuída a guarda. Trata-se, por isso, de um crime comum”. (Lopes,2011:24; Dias, 2012: 615).

Encontra-se abrangida nesta alínea a situação de “deslocação da criança para outra cidade ou até para outro país for levada a cabo pelo progenitor com quem a mesma não reside habitualmente e se tal situação importar uma impossibilidade de o outro progenitor exercer sobre o menor as responsabilidades parentais inerentes à guarda que lhe está atribuída”. (Dias, 2012: 615-616).

Quando está em causa um regime de residência alternada, em que a guarda do filho é partilhada por ambos os progenitores, situação em que o convívio com os progenitores e a guarda se interligam, “a conduta daquele que retira o menor da esfera de atuação do outro poderá constituir uma subtração de

menor para efeitos do disposto desta alínea, uma vez que as responsabilidades parentais e a guarda estão radicadas em cada um deles em medida idêntica e a conduta impossibilita o exercício cabal por parte do outro progenitor das responsabilidades parentais que lhe cabem.” Na medida em que uma conduta destas impede ou torna particularmente difícil a relação da criança com o outro progenitor, pode, de igual modo, estar preenchida a previsão da alínea c). (Dias, 2012: 615).

“A subtração pode realizar-se tanto por ação como por omissão (por exemplo, a recusa de informações sobre o paradeiro do menor, em que, face às circunstâncias, se verifique esse dever de esclarecimento). O acordo do menor ou o facto de a iniciativa provir deste não alteram, em princípio, a responsabilidade penal.” (Dias, 2012: 615-616).

3.4.3.1.2. Violência ou ameaça com mal importante

Tal como anteriormente referimos, uma das situações ilícitas previstas na alínea b) do n.º 1 do art.º 249º do CP é a de “por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir “.

“É possível a determinação do menor a fugir quando se consegue incentivá-lo a escapar-se à confiança do legítimo responsável pela sua guarda, ou seja, do lugar onde se encontra ou onde foi colocado. Equivale, portanto, à conduta típica do crime de coação do menor a realizar a fuga e não a uma mera conduta de colaboração na concretização de uma decisão já tomada pelo menor.” (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698; Albuquerque, 2010: 485; Pereira et al., 2008: 244).

“A determinação à fuga tem que resultar necessariamente de um processo vinculado, nomeadamente, violência e ameaça de mal importante. A violência está presente sempre que se utiliza a força, não só a física mas também a moral, que resulta em coação moral.” Por conseguinte, corresponde “a uma forma de instigação, por meio das formas expressamente referidas, do menor à fuga, para impedir ou dificultar sensivelmente o exercício dos poderes

do titular” (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698; Lopes, 2011: 24; Dias, 2012: 616).

Configura-se ameaça de mal importante nos casos em que, “para se obter o que se quer, se convence o ameaçado de que, se não realizar a intenção do ameaçador, sofrerá um mal importante a recair sobre si ou alguém ou algo a que se encontra intimamente ligado.”. Portanto, “a violência e a ameaça de um “mal importante” devem ser dirigidas ao menor, mas também podem sê-lo a uma terceira pessoa. “ (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698; Albuquerque, 2010: 485).

3.4.3.1.3. Recusa de entrega

Tal como anteriormente referimos, uma das situações ilícitas previstas na alínea c) do n.º 1 do art.º 249º do CP é a “de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento “.

Esta tipificação penal visa proteger a salvaguarda do poder paternal e tutela. Um direito que pais e filhos pretendem que seja intocável. O gozo do poder paternal tem de ser entendido como direito e uma obrigação. Não podendo ser visto como uma vantagem dos pais, mas sim como objetivo primordial o interesse e proveito dos filhos, no que respeita à educação dos cidadãos. Acrescente-se que o poder paternal é uma “atividade” que em simultâneo é privada e pública. É privada, porque é no seio familiar que se desenvolve o poder paternal; é pública, porque o sucesso do poder paternal desenvolvido sobre a criança refletir-se-á na sociedade onde esse menor se encontra inserido. (Leal-Henriques et al, 2000: 695-698).

“A conduta típica de recusa da entrega do menor pode consistir num ato expresso de rejeição da entrega por parte de quem o deveria fazer, ou apenas pela sua inércia. Quem não cumpre com o dever de entrega do menor, pode ter responsabilidades parentais conjuntas sobre o menor.” Esta conduta de cometimento do crime configura um crime permanente, pelo que a sua

consumação só termina quando o agente do crime deixar de ter responsabilidades sobre o menor ou quando este atingir a maioridade, e um crime específico impróprio tendo a qualidade do agente um efeito diminutivo da ilicitude. (Albuquerque, 2010: 485; Lopes, 2011: 25).

São, portanto, elementos constitutivos deste tipo de crime: “o incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais; que esse incumprimento se materialize na recusa, atraso na entrega do menor ou dificulte de modo significativo a sua entrega ou acolhimento.” (Ramião, 2012: 156; Dias, 2012: 616).

Nesta alínea, tendo em atenção a descrição do tipo e como elemento da tipicidade, “a ação não é punível quando não se cumpre uma única vez mas sim, exigindo que seja «repetido». Classificando o incumprimento como «injustificado», o legislador utiliza a noção desligada dos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, alargando-a a outras realidades e circunstâncias que se impõem na definição como elementos do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude: «repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projeções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais»; «recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são ações que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes.” (Leal, 2014:36-37; Dias, 2012: 616).

“É o caso do progenitor, com quem o menor ficou a residir, que não entrega o filho ao outro progenitor nas datas estabelecidas para o convívio entre ambos, como é prática corrente, invocando os mais variados pretextos, ou o progenitor com quem o menor passou o fim-de-semana não o entregar na data prevista, retendo-o na sua casa”. Abrange também “aquele progenitor que não vai buscar o filho no fim-de-semana que lhe pertence, e o que o faz de modo repetido e sem qualquer justificação. Será motivo justificado quando o não faça por razões profissionais ou doença. O legislador quis, com esta incriminação,

que os pais assumam os seus deveres para com os filhos e que mantenham com eles um normal e regular contacto e relacionamento, acompanhando o seu desenvolvimento”. (Ramião, 2012: 156; Leal, 2014:20-21; Dias, 2012: 616-617).

3.4.3.2. A atenuação

Tal como anteriormente referimos, a lei especifica uma atenuação no crime de subtração de menor, expressa no n.º 2 do art.º 249º CP, que refere “nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a doze anos.”

Xavier (2010: 33-36) considera “não haver motivos para que seja atenuada a pena na situação prevista no n.º 2, situação que não devia ser considerada, já que se trata de um “incumprimento injustificado”, para efeitos da ação transcrita no n.º 1. Temos que considerar que o incumprimento do regime estabelecido por uma decisão judicial passará a ser justificado se for motivado pela vontade do menor.”

Por seu turno, Leal (2014:4) salienta que nesta nova alteração deixou de estar previsto o crime privilegiado que se encontrava exposto no n.º 2 da versão anterior deste artigo, ou seja, as relações de parentesco no primeiro e segundo grau da linha reta, a adoção ou a tutela deixaram de constituir fundamento para uma moldura penal diversa da do tipo legal.

3.4.3.3. Crime semipúblico

Tal como anteriormente referimos, a lei considera este crime dependente de queixa, conforme é mencionado no n.º 3 do art.º 249º do CP “o procedimento criminal depende de queixa”, nos termos dos art.º 49º do CPP e 113º do CP.

Quem está legitimado para apresentação de queixa é evidentemente a pessoa sobre o menor tem o poder paternal. Embora portador do interesse, o que está em causa é o interesse no bem-estar do menor. E é exatamente esse mesmo interesse que justifica a necessidade de apresentação de queixa pois,

em função de circunstâncias concretas, a realização do procedimento pode fazer perigar os interesses do menor. No caso concreto, podem verificar-se hipóteses em que se pode levantar a possibilidade de aplicação do art.º 113º n.º 5, quanto à titularidade do direito de queixa, pois pode sob certas circunstâncias, verificar-se a coincidência entre representante legal e agente do crime.“ (Dias, 2012: 620; Ramião, 2012: 156).

3.4.3.4. A tentativa

Tendo em consideração tanto o n.º 1 do art.º 249º como n.º 1 do art.º 23º, ambos do CP, julgamos que, tal como refere Leal (2014:6), “a tentativa de subtração de menor deixa de ser punida, porque a tentativa só é punível “salvo disposição em contrário, se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a três anos de prisão”. Ou seja, a prática tentada deste crime não é punível por lei.

Assim, de acordo com uma das hipóteses por nós criada, é possível obter uma resposta teórica. Pensamos que a moldura penal antes desta alteração legislativa seria a mais conveniente. Teria um efeito mais dissuasor. Aliás, alguns dos autores citados não compreendem o motivo pelo qual o legislador reduziu a moldura penal, parecendo querer uma banalização penal para o crime de subtração de menor. É um crime que está inserido na secção dos crimes contra a família e a redução da pena poder-nos-á levar a um descrédito da instituição que é a família. Algo que achamos que seria evitável.

3.5. REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CÍVEL

De seguida, analisaremos a Lei n.º 141/2015, de 8 de Outubro, respeitante ao regime geral do processo tutelar cível (adiante designado RGPTC), que veio revogar o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, que estabelecia a Organização Tutelar de Menores (adiante designada de OTM).

O RGPTC regula o processo aplicável às providências cautelares cíveis e respetivos incidentes, nos termos do art.º 1º do RGPTC. Constituem

providências tutelares cíveis designadamente, de acordo com as alíneas c), e) e h) do art.º 3º do RGPTC, a regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes, a entrega judicial da criança e a inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais.

Compete, assim, às secções de família e menores da instância central do tribunal de comarca em matéria cível, de acordo com o disposto nas alíneas c), e) e h) do art.º 6º do RGPTC, regular o exercício das responsabilidades parentais e conhecer das questões a este respeitantes, ordenar a entrega judicial da criança e decretar a inibição, total ou parcial, e estabelecer limitações ao exercício das responsabilidades parentais.

Estas secções são assessoradas por equipas técnicas multidisciplinares, nos termos dos art.º 20º, 22º e 23º do RGPTC.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas é um processo especial previsto nos art.º 34º a 40º do RGPTC e nos art.º 1901º a 1912º do CC. Havendo acordo, é solicitada homologação do mesmo ao tribunal; não havendo tal acordo, é requerida ao Ministério Público a regulação das responsabilidades parentais.

O incumprimento do acordo em sede de responsabilidades parentais encontra-se previsto nos art.º 41º a 44º do RGPTC. Nesse caso, pode o tribunal requerer as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta (ou seja, vinte vezes uma unidade de conta (cento e dois euros), isto é, dois mil e quarenta euros) e em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos, nos termos do n.º 1 do art.º 41º do RGPTC. Não comparecendo na conferência convocada pelo juiz nem havendo alegações do requerido, ou sendo estas manifestamente improcedentes, no incumprimento do regime de visitas e para efetivação deste, pode ser ordenada a entrega da criança, acautelando-se os termos e local em que a mesma se deva efetuar, presidindo à diligência a assessoria técnica ao tribunal, segundo o disposto no n.º 2 do art.º 41º do RGPTC.

Ramião (2015: 144-145) refere que “nesta disposição regula-se o desrespeito pela decisão judicial ou acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais”, tratando-se “de um incidente de incumprimento do acordado ou decidido, relativamente a qualquer questão do regime de regulação das responsabilidades parentais”. Acrescenta ainda que “as inovações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, viram criminalizar como desobediência o comportamento do progenitor que não respeite esse acordo ou a decisão judicial, no que se refere na alínea c) do n.º 1 do art.º 249º do CP. Este preceito legal abrange todas as situações de incumprimento do regime de convivência da criança com qualquer um dos progenitores, nomeadamente a recusa, o atraso na entrega do menor ou que dificulte a sua entrega ou acolhimento. É o caso do progenitor, com quem a criança ficou a residir, que não entrega a criança ao outro progenitor nas datas estabelecidas para o convívio ente ambos, como é prática corrente, invocando os mais variados pretextos, ou o progenitor com quem a criança passou o fim-de-semana, não o entregar na data prevista, retendo-o em sua casa. Mas abrange também aquele progenitor que não vai buscar o filho no fim-de-semana que lhe pertence, e que o faz de modo repetido e sem qualquer justificação.” Para este autor, “o legislador quis com esta incriminação que os pais assumam os seus deveres para com os filhos e que mantenham com eles normal e regular contacto e relacionamento, acompanhando o seu desenvolvimento”.

A entrega judicial da criança é um processo especial previsto nos art.º 49º a 51º do RGPTC e no art.º 1887º n.º 2 do CC, onde é requerida a entrega do menor ao tribunal, no caso de a criança abandonar a casa dos pais ou aquela que estes lhe destinaram ou dela for retirada, ou se encontrar subtraída à responsabilidade da pessoa a quem foi confiada. Ramião (2015:201) considera que “o processo de entrega judicial de criança não é o adequado para a entrega de criança ao progenitor a quem foi confiada, no âmbito de ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais, visto tratar-se de violação do regime de visitas aí fixado pelo outro progenitor.”

A inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais é um processo especial previsto nos art.º 52º a

59º do RGPTC e nos art.º 1913º a 1920º-A do CC. O Ministério Público, qualquer familiar da criança ou pessoa sob cuja guarda se encontre ainda que de facto, podem requerer a inibição, total ou parcial, do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres, nos termos do art.º 52º do RGPTC. Ramião (2015: 207) refere que “a valoração da incapacidade dos progenitores para exercerem as responsabilidades parentais assenta basicamente em dois fatores: por um lado, na culpa imputável aos progenitores pela violação dos deveres para com os filhos e por outro na averiguação da gravidade do prejuízo para estes, resultantes dessa violação. Por isso, são pressupostos da inibição: a violação dos deveres para com os filhos, que essa violação seja culposa e que dela resultem prejuízos para os filhos.”

Nos casos em que seja manifesta a incapacidade física ou moral dos pais para cuidar do filho pode ser requerida, antes de ser instaurada a ação de inibição, ou no decurso dela, a suspensão do exercício das responsabilidades parentais e o acolhimento da criança, nos termos do art.º 57º do RGPTC. Segundo Ramião (2015: 212), “trata-se de uma medida cautelar.”

Assim, consideramos ter elencado todo o regime jurídico associado ao crime de subtração de menor, objeto do nosso estudo. Torna-se portanto evidente a sua importância em termos da legislação portuguesa que versa sobre as responsabilidades parentais, conceito fundamental para a compreensão teórica do crime mencionado.

CAPÍTULO IV - JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Após análise da literatura anteriormente mencionada, torna-se pertinente perceber que aplicação destas normas é efetuada pelos órgãos jurisdicionais.

Consideramos, portanto, necessária, uma análise da jurisprudência dos tribunais de Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, em que a matéria abordada é o crime de subtração de menor. Assim, será possível não só perceber a evolução jurisprudencial sobre esta matéria, mas também compreender como este crime tem sido abordado em instâncias jurisdicionais superiores portuguesas.

No que respeita à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, consideraram os juízes conselheiros que a conduta de recusa de entrega de menor, que se verifica em relação ao progenitor que tem a guarda do menor ou em relação ao que não tem direitos de visita legalmente estabelecidos legalmente, constituem a prática de um crime de subtração de menor. Tal conclusão resulta do facto de não prever a atual redação do preceito qualquer distinção quanto ao progenitor relativamente ao qual a recusa de entrega do menor é praticada.

Especificamente quanto à alínea c) do n.º 1 do art.º 249º do CP, consideraram os juízes conselheiros que a subtração ou o não cumprimento só deve e pode ter sentido quando se refira a situações de *ultima ratio*, e os meios normalmente adequados para fazer respeitar o cumprimento das obrigações parentais não se revelam eficazes. Para estes juízes esta alínea visa acorrer às situações em que há recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor. Neste caso, torna-se necessário um incumprimento qualificado, não se satisfazendo, por uma projeção quantitativa, com uma única hipótese de incumprimento, mas sim, ao invés, exigindo que seja «repetido». «Repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projeções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das

responsabilidades parentais»; «recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são ações que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes, densificando quantitativamente, e pela quantidade e persistência, qualitativamente, a gravidade *in se* e as consequências do não cumprimento do regime estabelecido. (Processo n.º 687/10.6TAAF. S1).

Consideraram também estes juízes que a decisão de abandonar Portugal para se fixar com o filho menor na Suíça, ancorada no facto de o ter à sua guarda, não só violou o dever de informação e participação do recorrente, num aspeto da maior relevância para o futuro do menor, ante a patente discordância do progenitor que não tem a guarda do filho. Mesmo num caso em que a guarda da criança está confiada a um dos progenitores – não existindo responsabilidade parental conjunta – constitui, inquestionavelmente, norma de interesse e ordem pública aquela que prescreve o dever de informação “ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais” e esse dever de informação. (Processo n.º 870/09.TBCTB.C1.S1)

Julgaram estes juízes que há recusa na entrega sempre que o menor, temporária ou precariamente fora dos cuidados de quem de direito, por ação do agente sob cujo instável poder se encontra não regressa ao seu poder de direção e guarda, residindo aqui a tônica criminosa, pois, na retenção sem justa causa, sempre com efeito meramente devolutivo, logo legal e imediatamente obrigatório, sempre se recusou a entregar a menor ao assistente, bem sabendo que a isso estava obrigado, verifica-se o crime de subtração de menor. O arguido e mulher mantiveram a menor fora do alcance do assistente e das autoridades judiciais e policiais, somente como forma de consumarem o crime de subtração de menor. Impediu que a menor fosse entregue à guarda e aos cuidados do pai, o assistente, ocultado o lugar onde esta se encontrava, chegando a mudar várias vezes de residência, apesar de saber que este tinha juridicamente a sua guarda e direção, e que lhe incumbia educar e tratar a filha, com quem deveria viver, privando pai e filha da companhia um do outro. Impediu a menor de criar vínculo afetivo com o progenitor, sequer de se aproximar dele, nunca tendo dialogado com este, no sentido de entre todos acordarem uma

solução que causasse um menor sofrimento a esta, ao ser deslocada de junto de si para junto do pai. O arguido agiu sabendo que quanto mais se prolongasse no tempo a recusa de entrega da menor ao pai, retendo-a junto de si, mais penoso seria para esta adaptar-se à sua família e ao contexto e valores de vida desta. (Processo n.º 3227/07).

Já os juízes desembargadores dos tribunais da relação de Lisboa, Coimbra e Porto consideraram que a deslocação nesse quadro do menor para outro país não corresponde a uma situação de incumprimento de um acordo de regulação que não previa especificamente essa situação. (Processo n.º 1211/08.6TBAND-A.C1).

Consideraram, também, que em tal violação, quem só é incriminada por esta norma quando a separação provocada for espacial e temporalmente significativa, de forma a afetar efetivamente a guarda, impedindo o seu exercício de forma significativa e relevante, assim se preenchendo o requisito da repetição, para o preenchimento do qual se não deve atender apenas a um puro critério numérico, mas ligando-o ao grau de violação do conteúdo da decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais. (Processo n.º 1362/08.7TAVNF. P1).

Consideraram ainda que a mãe abandonou o país, rumo à Suíça, na companhia do filho menor, este conspecto fático evidencia objetivamente uma situação de incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor, porquanto, relativamente ao regime de visitas fixado, a permanência da mãe do menor no estrangeiro cria, inevitavelmente, dificuldades sensíveis no direito (natural) de relacionamento pessoal entre o progenitor e a criança. (Processo n.º 35/09.8TACTB.C1).

Estes juízes consideraram também que a recusa, o atraso, ou estorvo significativo na entrega do menor só têm relevância jurídico-penal para efeitos do referido crime de subtração de menores, se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica rotura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o mesmo se encontra confiado, e corresponderem ainda a uma lesão nos direitos ou interesses do

menor e não em relação àqueles a quem o mesmo está confiado. (Processo n.º 1568/08.9PAVNG. P1).

E que o afastamento de um dos pais da vida da criança é uma situação que se configura em si mesma como contrária aos interesses da criança e que, por conseguinte, urge salvaguardar, com vista à manutenção das relações pessoais e fortalecimento dos laços afetivos entre pais e filhos. (Processo n.º 5147/2007-6).

E ainda que o incumprimento repetido da regulação do poder paternal terá, se for necessário, que conduzir à alteração da guarda do menor. (Processo n.º 0632170).

Assim, de acordo com a jurisprudência apresentada é possível retirar que o crime de subtração de menor tem vindo a ser objeto de diversas opiniões jurisprudenciais, demonstrando portanto a sua pertinência para o sistema jurídico português.

CAPÍTULO V - LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIAS

Para além da legislação e jurisprudência portuguesas, consideramos necessária uma análise à legislação e à jurisprudência comunitárias, já que são instrumentos jurídicos que Portugal tem de respeitar, por se encontrar inserido na Comunidade Europeia.

5.1. LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA

Na legislação emanada de Comunidade Europeia, é possível verificar que foram aprovadas convenções e regulamentos para proteção das crianças, para punição dos crimes de raptos transfronteiriços e definição da competência em razão do território dos tribunais nestas matérias.

5.1.1. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Em 1978, Portugal ratificou, através da Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ficando a fazer parte do sistema internacional no que respeita à proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

Consagrando um conjunto de direitos de diversa natureza, sejam eles civis, políticos, económicos ou culturais, esta Convenção Europeia instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, através da criação de um órgão internacional independente, que tem por missão apreciar as queixas relativas à violação desta convenção pelos Estados partes. O mecanismo instituído foi o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (adiante designado TEDH). Este Tribunal surge como uma alternativa àqueles que, tendo esgotado todos os meios judiciais e outros previstos na lei interna para reparar uma situação de violação dos seus direitos, não conseguiram, ainda assim, obter reparação suficiente por parte das autoridades do seu país.

No art.º 8º desta Convenção é referido que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua

correspondência”. Acrescenta ainda que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Assim, a relação entre pai e filho e a fruição por cada um deles da companhia do outro constitui um elemento fundamental da vida familiar, e as medidas que limitem esse direito constituem uma ingerência. Portanto, os Estados assumem a obrigação positiva de promoverem todas as medidas necessárias à execução das decisões (ou acordos) que estabelecem o poder paternal, constituindo-os no dever de fazer cumprir e executar o direito de visita.

O TEDH tem diversa jurisprudência (que analisaremos no ponto 5.2.) em matéria de deslocação e retenção ilícitas de crianças, denominado por “raptor parental internacional”. Está em causa o fracasso do Estado em conseguir a efetivação da reunião do pai com o seu filho. Nestes casos, o TEDH é chamado a pronunciar-se sobre o cumprimento pelo Estado das suas obrigações, à luz da Convenção de Haia, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980.

5.1.2. Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada internamente por Portugal na Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro. Nesta convenção considera-se “que a necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (nomeadamente nos art.º 23º e 24º), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o art.º 10º)

e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança. Como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de Novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, «a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento.» ”

Considera como criança, no seu art.º 1º, “todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Acrescenta o art.º 3º que “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão em conta, em primeira instância, o interesse superior da criança. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.”

No art.º 9º da referida Convenção, menciona-se que “os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada. Em todos os casos previstos, todas as partes interessadas devem ter a possibilidade de participar nas deliberações e de dar a conhecer os seus pontos de vista. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. Quando a separação resultar de medidas tomadas por um Estado Parte, tais

como a detenção, prisão, exílio, expulsão ou morte (incluindo a morte ocorrida no decurso de detenção, independentemente da sua causa) de ambos os pais ou de um deles, ou da criança, o Estado Parte, se tal lhe for solicitado, dará aos pais, à criança ou, sendo esse o caso, a um outro membro da família informações essenciais sobre o local onde se encontram o membro ou membros da família, a menos que a divulgação de tais informações se mostre prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes comprometem-se, além disso, a que a apresentação de um pedido de tal natureza não determine, em si mesmo, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.”

Neste sentido, segue o art.º 10º “nos termos da obrigação decorrente para os Estados Partes ao abrigo do artigo anterior, todos os pedidos formulados por uma criança ou por seus pais para entrar num Estado Parte ou para o deixar, com o fim de reunificação familiar, são considerados pelos Estados Partes de forma positiva, com humanidade e diligência. Os Estados Partes garantem, além disso, que a apresentação de um tal pedido não determinará consequências adversas para os seus autores ou para os membros das suas famílias. Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contactos diretos regulares com ambos. Para esse efeito, e nos termos da obrigação que decorre para os Estados Partes ao abrigo do artigo anterior, os Estados Partes respeitam o direito da criança e de seus pais de deixar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu próprio país. O direito de deixar um país só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou morais públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção.”

Determinando em especial no que respeita à matéria da nossa pesquisa, o art.º 11º menciona que “os Estados Partes tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro. Para esse efeito, os Estados Partes promovem a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos existentes.”

5.1.3. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, realizada em Haia a 25 de Outubro de 1980, foi aprovada internamente por Portugal no Decreto n.º 33/83, de 11 de Maio.

Esta convenção tem como objetivos assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele se encontrem indevidamente retidas e fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante, nos termos do artigo 1º da referida convenção.

O art.º 3º menciona que “a deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita, quando tenha sido efetivada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e se este direito estiver a ser exercido de maneira efetiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.”

Assim como refere o seu art.º 12.º “quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida e tiver decorrido um período de menos de um ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respetiva deverá ordenar o regresso imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respetiva, mesmo após a expiração do período de um ano, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para um outro Estado, pode então suspender o processo ou rejeitar o pedido para o regresso da criança. “

Já no seu art.º 13.º refere que “a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança, se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; b) que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar tais circunstâncias, as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança”.

5.1.4. Convenção relativa à competência, à lei aplicável ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças

A Convenção relativa à competência, à lei aplicável ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças, assinada em Haia a 19 de Outubro de 1996, foi aprovada internamente por Portugal no Decreto n.º 52/2008 de 13 de Novembro. Esta convenção visa “determinar qual o Estado cujas autoridades têm competência para tomar as medidas orientadas à proteção da pessoa ou bens da criança; determinar qual a lei aplicável por estas autoridades no exercício da sua competência; determinar a lei aplicável à responsabilidade parental; assegurar o reconhecimento e a execução de tais medidas de proteção em todos os Estados Contratantes; e estabelecer entre as

autoridades dos Estados Contratantes a cooperação necessária para realizar os objetivos da Convenção”, conforme mencionado no art.º 1º.

No art.º 7º refere-se que “em caso de afastamento ou de retenção ilícita da criança, as autoridades do Estado Contratante, no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes do seu afastamento ou retenção, mantêm as suas competências até que a criança adquira residência habitual num outro Estado, e a) qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia concordar no afastamento ou retenção; b) a criança tiver residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano após a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenham, ou devessem ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontre pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança esteja integrada no seu novo ambiente. O afastamento ou a retenção da criança será considerado ilícito quando a) se trata da violação dos direitos de custódia atribuída a uma pessoa, instituição ou qualquer outro organismo, conjunta ou independentemente, ao abrigo da lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual antes do seu afastamento ou retenção e b) se, no momento do afastamento ou retenção, esses direitos eram efetivamente exercidos, tanto conjunta como independentemente, ou teriam sido exercidos se tal afastamento ou retenção não tivesse acontecido. O direito de custódia previsto na alínea a) supracitada poderá, nomeadamente, resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judiciária ou administrativa ou de um acordo em vigor em conformidade com o direito desse Estado. Enquanto as autoridades mencionadas conservarem as suas competências, as autoridades do Estado Contratante para onde a criança foi afastada ou no qual ficou retida apenas poderão tomar as medidas urgentes necessárias à proteção da pessoa ou bens da criança.”

5.1.5. Regulamento (CE) N.º 2201/2003

O Regulamento (CE) nº 2201/2003 de 27 de Novembro de 2003, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 21116/2004 de 2 de Dezembro de 2004,

versa sobre a competência, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, revogando o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

“Este regulamento contém disposições em matéria de rapto de crianças (deslocação ou retenção ilícitas de uma criança), visando deste modo impedir esta prática no interior da União europeia, bem como garantir o direito de visita”. Também “prevê a sua aplicação à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou a cessação da responsabilidade parental.” “Isto significa que se o menor se deslocar para outro estado-membro em violação do regime de visitas estabelecido, ou nele ficar ilicitamente retido, para além de ser suscitado o incumprimento das responsabilidades parentais e uma vez que a situação é bastante mais grave, ter-se-á de despoletar o procedimento legal que tenha em vista assegurar quer o direito de visita assegurado por sentença ao outro progenitor, quer o regresso do menor ao país da sua residência habitual”. (Ramião, 2012: 154).

Nos termos do art.º 10º deste regulamento refere-se que “em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser competentes até a criança passar a ter a sua residência habitual noutra Estado-Membro e a) cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dar o seu consentimento à deslocação ou à retenção ou b) a criança ter estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente e se estiver preenchida pelo menos uma das seguintes condições: i) não ter sido apresentado, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, qualquer pedido de regresso desta às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida, ii) o titular do direito de guarda ter desistido do pedido de regresso e não ter sido apresentado nenhum novo pedido dentro do

prazo previsto na subalínea i), iii) o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas ter sido arquivado nos termos do n.º 7 do art.º 11.º, iv) os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.”

Acrescenta ainda no art.º 40º que “a presente secção é aplicável a) ao direito de visita (...) e b) ao regresso da criança, na sequência de uma decisão que exija o regresso da criança, nos termos do n.º 8 do art.º 11.º O disposto na presente secção não impede o titular da responsabilidade parental de requerer o reconhecimento e a execução de uma decisão, nos termos das secções 1 e 2 do presente capítulo.” O art.º 41º refere que “o direito de visita, concedido por uma decisão executória proferida num Estado-Membro, é reconhecido e goza de força executória noutro Estado-Membro, sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem nos termos do n.º 2. Mesmo se a legislação nacional não prever a força executória de pleno direito de uma decisão que conceda um direito de visita, o tribunal de origem pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso. O art.º 42º dispõe que “o regresso da criança resultante de uma decisão executória proferida num Estado-Membro é reconhecido e goza de força executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem. Mesmo se a legislação nacional não prever a força executória de pleno direito de uma decisão que exija o regresso da criança, o tribunal pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso.”

“No caso de rapto de uma criança, o titular do direito de guarda terá o direito de apresentar junto de uma autoridade central um pedido de regressão da criança, podendo igualmente recorrer a um tribunal para o mesmo efeito”. O tribunal do Estado-Membro de residência habitual da criança antes do rapto,”

não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida”, somente poderão recusar o seu regresso se “existir um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança”. (Ramião, 2012:154)

5.1.6. Convenção europeia sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores

A Convenção europeia sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores foi aprovada internamente pelo Decreto n.º 136/82, de 21 de Dezembro e visa atuar tendo em consideração “o interesse do menor como de uma importância fundamental em matéria de decisões relativas à sua guarda; a instituição de medidas destinadas a facilitar o reconhecimento e a execução das decisões referentes à guarda de um menor como consequência garantir uma melhor proteção do interesse dos menores; o salientar que o direito de visita dos pais é o corolário normal do direito de guarda; o número crescente de casos em que os menores foram ilicitamente deslocados por uma fronteira internacional e as dificuldades encontradas para resolver de forma adequada os problemas suscitados por esses casos; desejando introduzir disposições apropriadas que permitam o restabelecimento da guarda dos menores quando essa guarda tenha sido arbitrariamente interrompida; convencidos da oportunidade de adotar, para esse efeito, medidas adaptadas às diferentes necessidades e circunstâncias.”

Nos termos do art.º 4º, refere-se que “qualquer pessoa que tenha obtido num Estado contratante uma decisão relativa à guarda de um menor e que deseje obter noutro Estado contratante o reconhecimento ou a execução dessa decisão pode dirigir-se, para esse efeito, através de requerimento, à autoridade central de qualquer Estado contratante.”

Acrescenta o artigo seguinte que “a autoridade central do Estado requerido tomará ou fará tomar, com a maior brevidade, todas as medidas que

julgar apropriadas, incumbindo, se necessário, as suas autoridades competentes de a) descobrir o paradeiro do menor; b) evitar, especialmente pelas medidas provisórias necessárias, que os interesses do menor ou do requerente sejam lesados; c) assegurar o reconhecimento ou a execução da decisão; d) assegurar a entrega do menor ao requerente quando seja concedida a execução da decisão; e) informar a autoridade requerente das medidas tomadas e do seu seguimento.”

Já a deslocação ilícita encontra-se prevista nos art.º 7º a 12º. O art.º 7º menciona que “as decisões relativas à guarda proferidas num Estado contratante são reconhecidas e, se forem executórias no Estado de origem, são postas em execução em qualquer outro Estado contratante.”

O art.º 8º refere que “em caso de deslocação ilícita, a autoridade central do Estado requerido mandará proceder imediatamente à restituição do menor a) se no momento da propositura da ação no Estado em que a decisão foi proferida ou na data da deslocação ilícita, caso esta tenha ocorrido anteriormente, o menor e os seus pais tinham unicamente a nacionalidade desse Estado e o menor tinha a sua residência habitual no território desse Estado e b) se o pedido de restituição tiver sido formulado a uma autoridade central num prazo de 6 meses a partir da deslocação ilícita. Se, de acordo com a lei do Estado requerido, não for possível satisfazer o disposto no n.º 1 do presente artigo sem a intervenção de uma autoridade judiciária, nenhum dos fundamentos de recusa previstos na presente Convenção será aplicável ao processo judicial. Se for celebrado um acordo homologado por uma autoridade competente entre a pessoa a quem o menor foi confiado e uma outra, no sentido de ser concedido a esta um direito de visita, e se, expirado o prazo acordado, o menor, tendo sido levado para o estrangeiro, não tiver sido restituído à pessoa que tinha a sua guarda, proceder-se-á ao restabelecimento do direito de guarda de acordo com os n.ºs 1, alínea b), e 2 do presente artigo. Do mesmo modo se procederá no caso de a decisão da autoridade «competente conceder esse mesmo direito a uma pessoa que não tenha a guarda do menor”.

O art.º 9º dispõe que “nos casos de deslocação ilícita não previstos no art.º 8.º e se tiver sido dirigido requerimento a uma autoridade central num prazo

de seis meses a partir da deslocação, o reconhecimento e a execução só poderão ser recusados a) se, no caso de uma decisão proferida na ausência do réu ou do seu representante legal, o ato de propositura da ação ou um ato equivalente não foi comunicado ou notificado ao réu regularmente e em tempo útil para que este possa defender-se; contudo, esta falta de comunicação ou notificação não poderá constituir fundamento de recusa do reconhecimento ou da execução quando a comunicação ou notificação não tenha sido levada a efeito por o réu ter dissimulado o local onde se encontra a pessoa que moveu a ação no Estado de origem; b) se, no caso de uma decisão proferida na ausência do réu ou do seu representante legal, a competência da autoridade que a proferiu não se fundou: i) na residência habitual do réu; ou ii) na última residência habitual comum dos pais do menor, desde que um deles aí resida ainda habitualmente; ou iii) na residência habitual do menor; c) se a decisão for incompatível com uma decisão relativa à guarda tornada executória no Estado requerido antes da deslocação do menor, a menos que este tenha tido a sua residência habitual no território do Estado requerente no ano anterior à sua deslocação. Se não tiver sido apresentado requerimento a uma autoridade central, o disposto no n.º1 do presente artigo será igualmente aplicável quando o reconhecimento e a execução sejam pedidos num prazo de 6 meses a partir da deslocação ilícita. A decisão não poderá ser, em caso algum, objeto de exame quanto à matéria de fundo”.

O artigo seguinte refere que “nos casos não previstos anteriormente, o reconhecimento e a execução poderão ser recusados não só pelos fundamentos referidos no art.º 9º, mas ainda por um dos fundamentos seguintes: a) se se constatar que os efeitos da decisão são manifestamente incompatíveis com os princípios fundamentais do direito da família e de menores no Estado requerido; b) se se constatar que, em face da alteração das circunstâncias, incluindo o decurso do tempo, mas excluindo a mera mudança de residência do menor na sequência de uma deslocação ilícita, os efeitos da decisão inicial já não são manifestamente conformes com o interesse do menor; c) se, no momento da propositura da ação no Estado de origem: i) o menor tinha a nacionalidade do Estado requerido ou a sua residência habitual nesse Estado, não existindo

qualquer desses vínculos com o Estado de origem; ii) o menor tinha simultaneamente a nacionalidade do Estado de origem e do Estado requerido e a sua residência habitual no Estado requerido; d) Se a decisão for incompatível com uma decisão proferida no Estado requerido ou num terceiro Estado, sendo executória no Estado requerido, em consequência de um processo instaurado antes da introdução do pedido de reconhecimento ou de execução, e se a recusa for conforme com o interesse do menor. Nos mesmos casos, o processo de reconhecimento e o processo de execução podem ser suspensos por um dos fundamentos seguintes a) se a decisão inicial for objeto de um recurso ordinário; b) se um processo relativo à guarda do menor, instaurado antes de ter sido proposta a ação no Estado de origem, estiver pendente no Estado requerido; c) se outra decisão relativa à guarda do menor for objeto de um processo de execução ou de qualquer outro processo relativo ao reconhecimento dessa decisão”.

No art.º 11º dispõe-se que “as decisões sobre o direito de visita e as disposições das decisões relativas à guarda que incidam sobre o direito de visita são reconhecidas e tornadas exequíveis nas mesmas condições que as outras decisões relativas à guarda. No entanto, a autoridade competente do Estado requerido pode fixar as modalidades da execução e do exercício do direito de visita, tendo em conta, especialmente, os compromissos assumidos pelas partes a este respeito. Quando não se tenha tomado nenhuma decisão sobre o direito de visita ou se o reconhecimento ou a execução da decisão relativa à guarda for recusado, a autoridade central do Estado requerido pode incumbir as suas autoridades competentes de decidir sobre o direito de visita, a pedido da pessoa que invoque este direito.”

Por fim, o art.º 12º estabelece que “se à data em que o menor atravessar uma fronteira internacional não existir decisão executória sobre a guarda proferida num Estado contratante, o disposto na presente Convenção aplica-se a qualquer decisão posterior relativa à guarda desse menor que declare a deslocação ilícita, proferida num Estado contratante a pedido de qualquer pessoa interessada.”

5.2. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Cumpra às autoridades intervir, tendo em consideração os direitos e liberdades de todos os interessados, mas especialmente, os superiores interesses dos menores envolvidos, tal como decorre do art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Tal como referimos anteriormente, a jurisprudência do TEDH, face ao direito ao respeito pela vida familiar, plasmado no art.º 8.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tem vindo a conceber uma definição ampla de família, que não se limita àquela que resulta do casamento, podendo mesmo abranger outras relações afetivas como aquelas que surgem de uma união de facto. Tem-se chegado à conclusão que as relações familiares entre pais e filhos persistem mesmo que termine o relacionamento entre os respetivos progenitores e independentemente do tipo de união que tenha havido entre estes últimos. No caso do direito de visita dos pais, o equilíbrio adequado passa por garantir uma verdadeira preservação dos direitos dos pais a uma “vida familiar” com os seus filhos e os interesses de proteção dos mesmos.

O TEDH tem vindo em diferentes decisões a criticar as autoridades portuguesas no que concerne à duração do processo bem como os meios utilizados para encontrar os menores.

Consideraram os juízes deste tribunal o prazo de seis meses, que as autoridades portuguesas levaram até encontrar o menor, injustificado, concluindo que as autoridades não empregaram os meios mais eficazes para decidir atempadamente (Acórdão 1 de Fevereiro de 2011).

Consideraram ainda que, tendo o processo de regresso do menor durado três anos e dez meses, este demorou demasiado tempo, não tendo as autoridades desencadeado os meios eficazes para tratar expeditamente o processo, provocando assim a rotura de laços entre mãe e filho, em detrimento do superior interesse do menor (Acórdão 2 de Fevereiro de 2011).

Noutros processos consideraram os juízes de TEDH que o facto de o processo se estender por cinco anos e um mês, as autoridades portuguesas

omitiram os esforços adequados e suficientes para fazer respeitar os direitos de visita (Acórdão de 22 de Novembro de 2015).

Portanto, consideraram os juízes do TEDH que a passagem do tempo pode produzir consequências irreparáveis nas relações entre a criança e o progenitor que com ela não vive (Acórdão 26 de Junho de 2003).

Assim, de acordo com a legislação e jurisprudência comunitárias, é possível verificar a existência de normas protetoras das crianças que são sujeitas à subtração por outro progenitor, bem como que o TEDH tem vindo a condenar Portugal pela demora na resolução judicial destes casos.

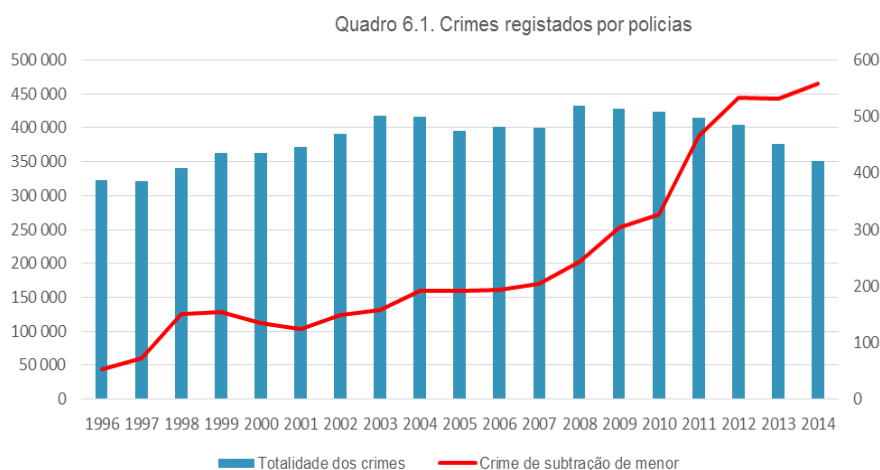
CAPÍTULO VI - IMPACTE DESTE CRIME NA SOCIEDADE

Com o intuito de analisar o impacte deste crime na sociedade, considerámos necessária não só uma abordagem quantitativa, através das estatísticas da justiça, como também uma qualitativa através de entrevista por questionário a dois profissionais judiciais.

6.1. DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR

Para analisar estatisticamente este crime, foi consultada a base de dados do Ministério da Justiça, tendo em consideração, não só os crimes registados pelos órgãos de polícia criminal, os arguidos ou suspeitos desses crimes e os lesados dos mesmos, mas também os processos findos na primeira instância, ou seja, os processos já transitados em julgado em que o arguido se encontrava acusado pela prática de crime de subtração de menor.

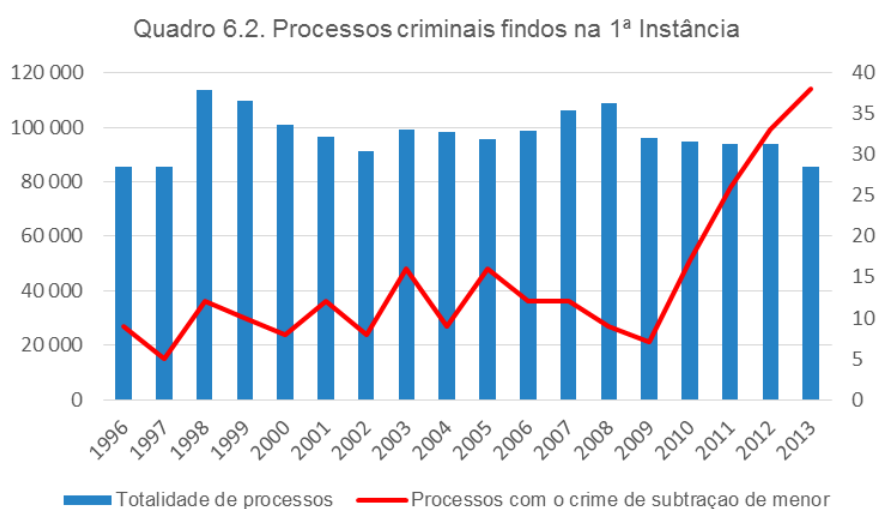
Em termos gerais, considerando o espaço temporal de 1996 a 2014, a criminalidade registada aumentou 9,02%. Sendo o ano de 2008 em que se registou maior criminalidade, verificou-se desde então uma diminuição de 18,67% no número de crimes registados pelas entidades policiais (Quadro 6.1).



Analisando especificamente o crime de subtração de menor, verifica-se que o mesmo teve, desde 1996, um aumento de 954,72% (Quadro 6.1).

Tendo em consideração as alterações legislativas anteriormente mencionadas, em especial as de 2007 e de 2008, é possível verificar que tais modificações tiveram um efeito direto na prática deste crime. Ora, se em 1996 da criminalidade registada por entidades policiais, 0,016% respeitava ao crime de subtração de menor, em 2007 tais registos atingiam os 0,051% e em 2008 chegavam aos 0,056%, culminando em 2014 com 0,159%. Portanto, a partir das alterações legislativas mencionadas, o registo deste crime por entidades policiais aumentou 18,67% (Quadro 6.1).

Em termos gerais, considerando o espaço temporal de 1996 a 2013, o número de processos criminais findos na primeira instância diminuiu 0,14%. Verifica-se que o ano de 1998 foi o que teve mais processos criminais transitados em julgado e o de 2013 o que teve menor (Quadro 6.2).



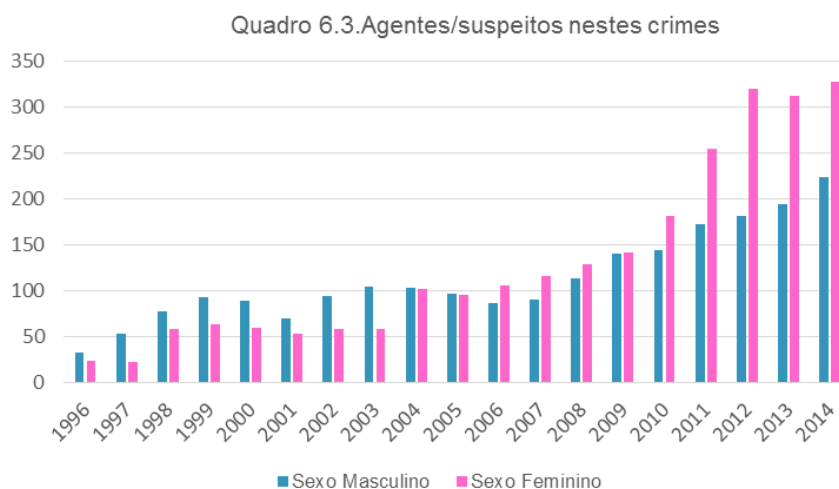
Analisando agora os processos criminais transitados em julgado que tiveram como acusação o crime de subtração de menor, verifica-se que ocorreu um aumento, em quase vinte anos, de 322,22% (Quadro 6.2).

Também aqui é possível observar que as alterações legislativas de 2007 e de 2008 tiveram reflexo no aumento de 21,67% destes processos criminais. Se em 1996 dos processos criminais findos em primeira instância, 0,011% respeitava ao crime de subtração de menor, em 2013 tais processos ascendiam aos 0,045% (Quadro 6.2).

Para além de se analisar os crimes registados por entidades policiais bem como os processos criminais findos nos tribunais de primeira instância,

especificando em ambos o crime de subtração de menor, consideramos pertinente uma abordagem especial do crime mencionado no que respeita aos arguidos ou suspeitos da sua prática bem como aos ofendidos ou lesados.

No que respeita aos arguidos ou suspeitos da prática dos crimes de subtração de menor, registados pelas entidades policiais, verifica-se que, entre 1996 e 2014, têm vindo a aumentar 1326,09% os arguidos ou suspeitos do sexo feminino. Diferentemente os arguidos ou suspeitos do sexo masculino aumentaram somente 600% (Quadro 6.3).



Apesar de em 1996 ser a maioria dos arguidos ou suspeitos da prática deste crime do sexo masculino, verifica-se que em 2006 ocorreu uma mudança, passando a ser o sexo feminino o que teve maior número de registos (Quadro 6.3).

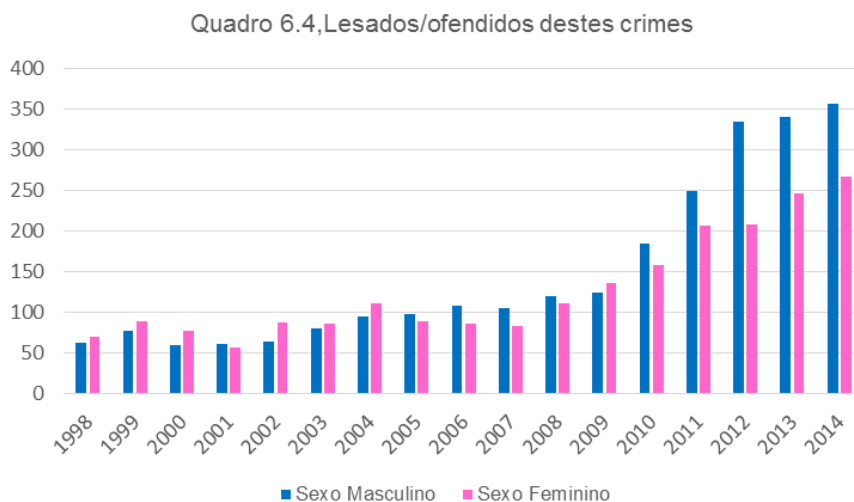
Tal como anteriormente foi referido, as alterações legislativas de 2007 e 2008 ao art.º 249º do CP tiveram reflexo no aumento em ambos os sexos do número de arguidos ou suspeitos da prática deste crime (Quadro 6.3).

Já no que respeita aos lesados ou ofendidos do crime de subtração de menor registados pelas entidades policiais, verifica-se que entre 1998 e 2014 os ofendidos do sexo masculino aumentaram 466,67%. Por seu turno, o aumento dos ofendidos do sexo feminino foi de 276,06%, no mesmo espaço temporal de dezasseis anos (Quadro 6.4).

Se, nos anos de 1998, 1999, 2000, 2002, 2003 e 2004, a maioria dos lesados ou ofendidos do crime de subtração de menor registado por entidades

policiais era do sexo feminino, nos anos 2001 e de 2005 até 2014 verifica-se o aposto, ou seja, a maioria é do sexo masculino (Quadro 6.4).

Tal como mencionámos anteriormente, as alterações legislativas de 2007 e 2008 ao crime de subtração de menor tiveram repercussões no aumento do número de lesados ou ofendidos registados nas entidades policiais, em especial do sexo masculino (Quadro 6.4).



Por conseguinte, tendo em consideração os dados analisados, no que respeita ao número de crimes registados pelos órgãos de polícia criminal, dos processos criminais transitados em julgado em tribunais de primeira instância, de arguidos ou suspeitos destes crimes e de lesados ou ofendidos dos mesmos, é possível verificar que as alterações legislativas tiveram reflexo direto no aumento da prática deste tipo de crime, no aumento dos arguidos ou suspeitos do sexo feminino e dos ofendidos ou lesados do sexo masculino.

Assim, com a análise realizada, demonstrou-se a pertinência do crime de subtração de menor no universo dos crimes praticados, dos processos criminais findos e no género de quem pratica estes crime bem como de quem é vítima do mesmo.

6.2. ENTREVISTAS A PROFISSIONAIS JUDICIAIS

Com o intuito de perceber quais as implicações que as diversas alterações legislativas do crime de subtração de menor têm provocado na prática, ou seja, no exercício do direito, foram realizadas entrevistas por questionário a duas profissionais judiciais, uma juíza e uma advogada. Com estas entrevistas é possível ter uma visão de como tais alterações têm implicações para quem exerce o poder jurisdicional e para quem defende os arguidos ou suspeitos e os lesados deste crime.

Ambas as profissionais tiveram contacto com o crime de subtração de menor, tanto na sua vertente cível como na sua vertente penal.

Quanto à percepção que têm relativamente ao impacto que este crime tem nos arguidos, ambas consideram que “a pessoa que subtrai uma criança é a que geralmente está a sofrer” e só o faz porque “acredita que essa é a única solução para a sua situação”. Considera, em especial, a advogada, que se trata “de uma situação de desespero, em que a pessoa que subtrai utiliza a criança para atingir o outro”. É para esta profissional “um mecanismo em sede de alienação parental, que ainda não tem consagração no nosso sistema jurídico”.

Já no que diz respeito ao impacto deste crime nas vítimas, ambas as profissionais consideram que “é uma situação altamente traumatizante”, na qual as vitimas, neste caso, “as crianças sabem sempre quando existe litígio e sentem quando este é sobre si próprias, chegando a criar sentimentos de culpa de situações às quais são totalmente alheias”. Em especial, a advogada considera que “as crianças consideram-se como bola de *ping-pong*, a ser lançadas de um lado para o outro, com consciência plena dessa situação. Os adultos (os pais) não conseguem destrinçar que a relação conjugal pode ter terminado, de modo amigável ou não, no entanto a relação parental é para o resto da vida. É fundamental que os adultos percebam a distinção de ambas as relações e que não as misturem.”

Quanto às diversas alterações legislativas sobre o crime de subtração de menor, ambas as profissionais consideram que são “opções de governo, que devem ser cumpridas”. No entanto, julgam que “as alterações legislativas, como

têm ocorrido, sem muito espaço temporal entre elas, não permitem uma avaliação correta das suas consequências, ou seja, o facto de estar sempre a alterar o código penal não permite aos profissionais judiciais uma análise sobre os resultados tanto nos arguidos como nas vítimas dessas mesmas alterações”.

Questionadas sobre se consideram que a lei prejudica de alguma forma as vítimas deste crime ou que a lei está adequada a proteger o superior interesse da criança, ambas consideram que “Portugal ainda não tem devidamente enraizada uma cultura adequada à proteção da vítima”, apesar “de já existir o estatuto da vítima bem como medidas protetoras no regime tutelar cível”.

Quanto à perceção relativamente a melhorias do sistema judicial quanto ao crime de subtração de menor, ambas as profissionais consideram que seria “a disponibilidade de meios policiais e técnicos”.

Por fim, no que respeita aos técnicos de serviço social que poderão atuar de maneira a proteger a vítima deste tipo de crime, consideram que “falta formação aos técnicos para poderem lidar com estas realidades”. Acrescentam que “para apoiar e proteger estas vítimas seria aconselhável uma equipa multidisciplinar, não só composta de técnicos de serviço social como também de psicólogos, pedopsiquiatras e pediatras.”

Por conseguinte, as profissionais judiciais consideram que ainda há muito para fazer na proteção da vítima bem como na legislação penal prevendo a alienação parental como crime.

CONCLUSÃO

Análise de Resultados

Tal como anteriormente mencionámos, a globalização fez com que as pessoas se movimentassem e estabelecessem novas raízes, permitindo assim que acontecessem casamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades e culturas. (Borges, 2011: 65). Havendo um casamento em que os cônjuges são de diferentes nacionalidades, ao se separar, um dos cônjuges pode levar os seus filhos para o seu país de origem, o que integra um crime de subtração de menor, previsto e punido no art.º 249º do CP.

Tentámos nesta pesquisa dar resposta à nossa pergunta de partida, que era: Estará a justiça portuguesa a dar a melhor resposta às vítimas do crime de subtração de menor e a agir adequadamente quanto à prevenção, investigação e repressão deste crime?

Como hipóteses, ou seja, respostas provisórias à pergunta de partida anteriormente mencionada, considerámos não só a redução da moldura penal, o regime legal existente nas convenções internacionais, a investigação deste tipo de crime e a intervenção de mediadores antes da intervenção penal.

Pretendíamos dar continuidade à literatura já existente. Com tal intuito, fizemos uma análise do sistema jurídico português no que a este crime diz respeito, da sua aplicação pelos tribunais portugueses, da legislação e jurisprudência comunitárias, comprovando a evolução desse crime através de dados estatísticos e de entrevistas realizadas a profissionais judiciais.

Na legislação portuguesa, verificámos que existem diversos diplomas legais que se referem, direta ou indiretamente, ao crime da nossa pesquisa.

A Constituição da República Portuguesa, surgida em 1976, protege a família como elemento fundamental da sociedade, em especial a igualdade dos cônjuges no que respeita à educação dos seus filhos, à não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, aos direitos e deveres dos pais de educação e manutenção dos filhos e ainda à não separação dos filhos dos pais. Estabelece, ainda, esta lei fundamental a incumbência do Estado em sede de

proteção da família na cooperação com os pais na educação dos filhos bem como a proteção contra abandono, discriminação e opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família.

O Código Civil, surgido em 1966, teve como uma das mais significativas alterações na área da família a transformação do “poder paternal” em “responsabilidades parentais”, vindo assim considerar responsabilidades, não só “paternais”, mas, acima de tudo, parentais. O tema da nossa pesquisa, o crime de subtração de menor, tem maior probabilidade de ocorrer quando os casais estão divorciados e/ou separados, seja a conjugalidade inicial tanto o casamento como a união de facto. No entanto, os direitos e deveres dos pais, mesmo em caso de separação, devem ser exercidos igualmente por ambos os progenitores. É ao tribunal que compete garantir que é preservado o superior interesse da criança, devendo promover acordos ou tomar decisões que fomentem o contacto das crianças com ambos os pais.

As responsabilidades parentais são entendidas como as responsabilidades dos pais para com os seus filhos. Tais responsabilidades podem estar relacionados com o crime de subtração de menor, conforme o mencionado no n.º. 1 alínea c) do art.º 249º do Código Penal. Tais responsabilidades respeitam a filhos menores de dezoito anos, exercendo-se no seio familiar, sem intervenção externa, a não ser que deixe de haver cumprimento das mesmas por parte dos intervenientes, e tendo como o objetivo primordial o de responsabilizar ambos os pais pela partilha dos cuidados e educação dos filhos menores. Essas responsabilidades parentais são indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

O processo judicial de regulação das responsabilidades parentais determina quem fica com a guarda do menor, em que períodos poderá o outro progenitor estar com o menor e como serão tomadas as decisões relativamente ao menor.

O Código Penal, surgido em 1995, sofreu inúmeras alterações, em especial na parte que respeita à nossa pesquisa, isto é, nos crimes contra a vida em sociedade, e dentro destes, especificamente, os crimes contra a família.

Começámos por distinguir o crime de subtração de menor do crime de rapto e de sequestro. O crime de rapto, previsto no art.º 161º do Código Penal, pressupõe uma deslocação da vítima contra a sua vontade; exige-se, portanto, que a pessoa raptada seja transferida de um lugar para outro. Já o crime de sequestro, previsto no art.º 158º do Código Penal, exige a retenção contra a vontade do sequestrado. Por conseguinte, o crime de subtração de menor pode eventualmente assemelhar-se ao crime de sequestro se se prolongar por mais de dois dias e tendo em consideração que os menores subtraídos são indefesos, em razão da idade.

Fizemos posteriormente uma análise histórica deste crime através dos vários códigos penais que existiram no nosso ordenamento jurídico.

O Código Penal de 1852 estabelecia, numa secção própria, dentro dos crimes contra o estado das pessoas, três artigos: do 342º ao 344º, respeitantes à subtração e ocultação de menores, punindo o indivíduo que, através de violência ou fraude, tirasse ou fizesse tirar um menor de sete anos da casa que aquele habite sem autorização dos responsáveis; o agente que por violência obrigar ou induzir por fraude, um menor de vinte e um anos a abandonar a casa que o mesmo habita e, ainda, aquele que ocultar ou fizer ocultar ou trocar ou fizer trocar por outro ou desencaminhar ou fizer desencaminhar um menor de sete anos.

O Código Penal de 1886 manteve a mesma redação dos artigos do código anterior.

O Código Penal de 1982, quanto à matéria de subtração de menores, inserida nos crimes contra a família, passou os três artigos existentes para um, reduzindo a pena para um máximo de três anos de prisão ou pena de multa até cem dias e considerando o crime como semipúblico, ou seja, o procedimento criminal depende de queixa, devendo esta ser efetuada por quem detém o poder paternal no momento em que o menor é subtraído.

Por fim, o Código Penal de 1995, que atualmente se encontra em vigor, apesar de inúmeras alterações, estabeleceu no seu art.º 249º a punição com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa a quem subtrair um menor, ou por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a

fugir; ou, ainda, se se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado.

A Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, ao alterar este Código Penal, modificou a moldura penal do crime de subtração de menor anteriormente até dois anos ou com pena de multa para uma pena de prisão de um a cinco anos, distinguindo-se entre a subtração cometida por um sujeito comum e a cometida por ascendente, adotante, ou que tenha o exercício de tutela sobre o menor.

Já a alteração ao Código Penal efetuada pela Lei n.º 61/2008 veio colocar este crime na secção dos crimes contra a família e alterou a moldura penal, passando de um a cinco anos para até dois anos. Esta última versão do art.º 249º veio punir com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até duzentos e quarenta dias quem: subtrair menor, por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir, ou de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento.

A análise do art.º 249º em vigor debruçou-se sobre os seus elementos tipo. É, neste artigo, estabelecida uma dupla proteção: o benefício do menor, para que este permaneça dentro da sua família; e em favor desta, com vista a conservá-lo no seu seio. O bem jurídico protegido pela incriminação neste artigo é o poder paternal ou a tutela sobre o menor. Já o tipo objetivo deste crime consiste na subtração de menor de dezoito anos, na determinação tipificada, nomeadamente “por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir” ou na recusa da entrega de menor à pessoa que sobre ele exercer as responsabilidades parentais, ou a quem ele esteja legalmente confiado.

Destacamos na análise deste artigo, três situações ilícitas neste crime: a subtração do menor; a determinação à fuga por meio de violência ou ameaça de mal importante; a recusa de entrega de menor a quem esteja legitimamente confiado. A primeira situação pressupõe que o menor fique submetido ou à disposição da pessoa que o retirou ou reteve, ou seja, que permaneça fora do controle da pessoa cuja guarda ou direção se encontrava legitimamente

confiada. A segunda situação pressupõe a coação do menor a realizar a fuga através de um processo vinculado por violência, correspondendo esta a uma forma de instigação do menor à fuga para impedir ou dificultar sensivelmente o exercício dos poderes do titular, e ameaça de mal importante, configurando-se esta a situação em que para se obter o que se quer, se convence o ameaçado de que, se não realizar a intenção do ameaçador, sofrerá um mal importante a recair sobre si ou alguém ou algo a que se encontra intimamente ligado. A terceira situação visa proteger a salvaguarda do poder paternal e tutela, exigindo-se a sua repetição.

Neste artigo especifica-se uma atenuação no crime mencionado no caso em que a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a doze anos.

A lei considera este crime como dependente de queixa, sendo que se encontra legitimado para apresentação de queixa a pessoa que, sobre o menor, tem as responsabilidades parentais.

Verificámos também que a tentativa deste crime deixou de ser punida, porque a tentativa só é punível, salvo disposição em contrário, se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a três anos de prisão.

Já o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, previsto na Lei n.º 141/2015, de 8 de Outubro, regula o processo aplicável às providências cautelares cíveis e respetivos incidentes, entre eles a regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes, a entrega judicial da criança e a inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais. A regulação do exercício das responsabilidades parentais e a resolução de questões conexas é um processo especial. Esta lei considera que o incumprimento do acordo em sede de responsabilidades parentais pode levar o tribunal a requerer as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos. Já a inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais também é um processo especial no qual o Ministério Público, qualquer familiar

da criança ou pessoa sob cuja guarda se encontra ainda que de facto, podem requerer a inibição, total ou parcial, do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

Após análise da literatura anteriormente mencionada, tornou-se pertinente perceber qual a aplicação destas normas por parte dos órgãos jurisdicionais.

Considerámos, portanto, necessária uma análise da jurisprudência dos tribunais de Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, em que a matéria abordada é o crime de subtração de menor, sendo assim possível perceber a evolução jurisprudencial sobre esta matéria

O Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que a conduta de recusa de entrega de menor, que se verifica em relação ao progenitor que tem a guarda do menor ou em relação ao que não tem direitos de visita legalmente estabelecidos legalmente, constituem a prática de um crime de subtração de menor.

Já os juízes desembargadores dos Tribunais da Relação de Lisboa, Coimbra e Porto consideraram que a deslocação nesse quadro do menor para outro país não corresponde a uma situação de incumprimento de um acordo de regulação que não previa especificamente essa situação.

Para além da legislação e jurisprudência portuguesas, considerámos necessária uma análise à legislação e jurisprudência comunitárias.

Analisámos as disposições legais contidas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1978, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980, na Convenção relativa à competência, à lei aplicável ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças de 1996, no Regulamento (CE) N.º 2201/2003 e na Convenção Europeia sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores de 1982.

Após a análise da legislação comunitária, considerámos fundamental perceber como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aplica tal legislação no que respeita ao rapto parental. Os juízes do TEDH têm criticado as autoridades portuguesas quanto à duração do processo que se prolonga durante anos, bem como os meios ineficazes, ineficientes, inadequados e insuficientes para encontrar o menor que foi sujeito a este crime e para fazer respeitar o direito de ambos os progenitores a poderem estar com o menor.

Com o intuito de analisar o impacto deste crime na sociedade, fizemos não só uma abordagem quantitativa, através das estatísticas do Ministério da Justiça, como também uma qualitativa através de entrevista por questionário a dois profissionais judiciais.

As estatísticas do Ministério da Justiça demonstram um aumento da prática deste crime, bem como do número de processos criminais findos em primeira instância. No que respeita aos arguidos ou suspeitos, os dados mostram um aumento superior no sexo feminino do que no masculino. Já no que respeita aos lesados ou ofendidos do crime de subtração de menor registados pelas entidades policiais, verificou-se um aumento superior nos do sexo masculino do que no feminino. Portanto, demonstrou-se através destes dados estatísticos, que as alterações legislativas tiveram reflexo direto no aumento da prática deste tipo de crime, no aumento dos arguidos ou suspeitos do sexo feminino e dos ofendidos ou lesados do sexo masculino.

Por fim, no que respeita às entrevistas por questionário realizadas a duas profissionais judiciais, uma juíza e uma advogada, consideram ambas que quem subtrai a criança se encontra a sofrer e só comete o crime porque acredita ser a única solução. Ambas as profissionais acham que a subtração de menor é “uma situação altamente traumatizante”. Consideram que o nosso país não tem ainda enraizada “uma cultura adequada à proteção da vítima”. São de opinião que seriam necessários mais meios policiais e técnicos com formação para poderem lidar com estas realidades.

Conclusão

Ao procedermos à análise da legislação portuguesa demonstrámos que a Constituição da República Portuguesa, o Código Civil e o Regime Geral do Processo Tutelar Cível incorporam nos seus artigos matérias diretamente relacionadas com o crime de subtração de menor, protegendo o superior interesse da criança em caso de litígio e considerando as responsabilidades parentais como indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

É muito mais provável que haja a prática do crime de subtração de menor quando os progenitores não estão de acordo sobre alguma decisão relativamente a uma questão de particular importância para a vida do menor e que necessita da concordância de ambos. Havendo a prática deste crime, então estamos perante o incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

As responsabilidades parentais são portanto conceitos primordiais, apriorísticos e fundamentais para uma análise em profundidade do crime de subtração de menor. Julgamos que a subtração de menor deveria ser considerada como uma infração grave à educação dos filhos e, por esta razão, serem inibidas ou suspensas as responsabilidades parentais exercidas pelo progenitor que subtrai, sem prejuízo de outras medidas aplicadas em sede de direito penal.

Ao analisarmos os diversos Códigos Penais, demonstrámos que a punição deste crime tem vindo a ser alterada. Consideramos que a alteração efetuada em 2007 seria a mais conveniente, já que julgamos que este crime não pode ser punido com pena inferior a cinco anos. Teria portanto um efeito mais dissuasor aos agentes do crime. Por ser um crime inserido na secção dos crimes contra a família, a redução da pena poder-nos-á levar a um descrédito da instituição que é a família, algo que achamos que seria evitável.

Para além da legislação, observámos que a jurisprudência portuguesa tem vindo nos seus acórdãos a considerar a prática deste crime nas situações apresentadas em tribunal, demonstrando portanto a sua pertinência para o sistema jurídico português.

De acordo com a legislação e jurisprudência comunitárias analisadas, é possível verificar a existência de normas protetoras das crianças que são sujeitas à subtração por outro progenitor bem como que o TEDH tem vindo a condenar Portugal pela demora na resolução judicial destes casos bem como pela insuficiência e ineficácia dos meios para encontrar menores. Consideramos tais críticas pertinentes, já que pensamos que o processo respeitante ao crime de subtração de menor deveria ser considerado urgente, por estar em causa a vida de um menor, e deveria haver um limite temporal legal para este tipo de processo, já que a sentença quanto aos mesmos não deverá acontecer passados anos dos factos terem sido praticados.

Com a análise dos dados estatísticos do Ministério da Justiça, demonstrámos a implicação direta das diversas alterações legislativas deste crime no aumento da prática deste tipo de crime, no aumento dos arguidos ou suspeitos do sexo feminino e dos ofendidos ou lesados do sexo masculino.

Para além destes achados, levantaram-se alguns problemas que temos não poder resolver nesta pesquisa. Tais problemas respeitam às consequências que a prática deste crime tem na própria família, as sequelas que este crime deixa nas vítimas bem como a taxa de reincidência na prática deste crime.

Assim sendo, pensamos que esta pesquisa vem dar um contributo ao que a literatura nacional e internacional tem mencionado sobre o crime de subtração de menor. Torna-se, portanto, fundamental perceber que este crime tem vindo a aumentar no nosso país, sendo os principais autores do mesmo os indivíduos do sexo feminino, e que as vítimas têm ao seu dispor legislação que as protege.

BIBLIOGRAFIA

- Albuquerque, Paulo Pinto de (2010), *Comentário do Código Penal à luz das Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Universidade Católica, Lisboa.
- Borges, Beatriz Marques (2011), “Rapto parental internacional: prática judiciária no tribunal de família e de menores”, *Lex Familiae: Revista portuguesa de direito da família*, Ano 8, n.º 16, pp 65-83.
- Campos, Mariana Teresa Ferreira (2012), *Um estudo fenomenológico da experiência de rapto parental*, Dissertação de Mestrado em Psicologia, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Lisboa.
- Centro de Estudos Judiciários (2014), *O Direito Internacional de Família. Tomo I*. Centro de Estudos Judiciários in [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito Internacional Tomo I.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Tomo_I.pdf)
- Dias, Jorge Figueiredo (org.) (2012), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, II e III*; Coimbra Editora, Coimbra.
- Feitor, Sandra Inês (2012), *A síndrome de alienação parental e o seu tratamento à luz do direito dos menores*, Coimbra Editora, Coimbra
- Feitor, Sandra Inês (2016), Convivência familiar e princípio da afetividade no superior interesse da criança, *Revista Julgar Online* in http://csm.org.pt/rijh/wp_content/uploads/2016/04/sandrafeitor_convivenciafamiliar.pt
- Gonçalves, M. Maia (2005), *Código Penal Português, Anotado e Comentado*; Almedina, Coimbra.
- Leal-Henriques, Manuel de Oliveira; Manuel José Carrilho de Simas Santos (2000), *Código Penal anotado: referências doutrinárias: indicações legislativas: resenha jurisprudencial*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa.
- Leal, Ana Teresa (2014), *A tutela penal nas responsabilidades parentais – O Crime de Subtração de Menor*. Verbo Jurídico in http://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/anateresaleal_crimesubtracaoemenor.pdf .

- Leite, André Lamas (2009), O Crime de subtracção de menor – uma leitura do reformado artº. 249º do Código Penal, *Revista JULGAR*, n.º 7.
- Lopes, Joana Sachse Cardoso (2011), *Do crime de subtracção de menor evolução legal e reflexões críticas*, Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- Neto, Abílio (2013); *Código Civil Anotado*, Ediforum Edições Jurídicas Lda, Lisboa.
- Pereira, Victor de Sá; Alexandre Lafayette (2008) *Código Penal: anotado e comentado: legislação conexa e complementar*, Quid Juris, Lisboa.
- Quivy, Raymond (1998); *Manual de investigação em ciências sociais*; Gradiva; Lisboa; 2ª edição.
- Ramião, Tomé de Almeida (2011), *O divórcio e questões conexas – Regime jurídico actual*, Quid Juris, Lisboa. 3ª edição.
- Ramião, Tomé de Almeida (2012); *Organização Tutelar de Menores - Anotada e comentada*; Quid Juris, Lisboa
- Ramião, Tomé de Almeida (2015); *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e comentado. Jurisprudência e legislação Conexa*; Quid Juris
- Santo, Paula do Espírito (2010); *Introdução à metodologia das ciências sociais*. Sílabo, Lisboa .
- Santos, Maria José Moutinho (2002), Liberalismo, legislação criminal e codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação, *Revista da Faculdade de Letras: História*, III série, vol. 3, p. 97-102.
- Silva, Ruben Xavier Reis de (2009), *O crime de subtração de menor com a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- Sottomayor, Maria Clara Pereira de Sousa de Santiago (1995), *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens*, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- Sousa, Maria José; Cristina Sales Baptista (2011); *Como fazer investigação, dissertações, teses e relatórios segundo Bolonha*; Pactor, Lisboa.

Veiga, António Miguel (2015) *Novo crime de subtração de menor previsto no artº 249º nº 1 c) do Código Penal Português (Após a lei nº 61/2008, de 31-10)*, Coimbra Editora, Coimbra

Xavier, Rita Lobo (2010), *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais, Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra.

Índice de Jurisprudência Nacional e Internacional

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, Processo n.º 07P3227, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5694dd5a9db5ffd0802573cc0044a3e6?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2014, Processo n.º 140/13.6YREVR.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/97efbbc b7fcc2efc80257d0b0033b508?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 2012, Processo n.º 687/10.6TAABF.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484 972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 2010, Processo n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3988368 32f01c4a4802577ac0048da99?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Janeiro de 2007, Processo n.º 06P4707, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/99366fb 87bab5bdf802572dd0053bbac?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Maio de 2012, Processo n.º 27/12.0YRCBR.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d40df84 56b5155bf80257a85004c79fb?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Maio de 2010, Processo n.º 35/09.8TACTB.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/841053 4c42c890c58025773f0037a804?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 2544/04, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dd1d0036ea44454380256fb30056c215?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, Processo n.º 786/09.7T2OBR-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d57dd25f52462b4780257765004940e2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Abril de 2013, Processo n.º 1211/08.6TBAND-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/58f31a9a7a80345980257b640032f8db?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Abril de 2010, Processo n.º 9127/09.2TBCSC.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5675da2d81509ce98025771f00395dc0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Junho de 2007, Processo n.º 5145/2007-6, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b20e741d1cd5f52a802573450067bbed?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Junho de 2006, Processo n.º 3735/2006-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c12f6df1a32dc9b2802571e2004d4dc7?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 12 de Setembro de 2012, Processo n.º 1362/08.7TAVNF.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/94dd8abac1f5fc8880257a850038c3e2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 18 de Maio de 2006, Processo n.º 0632170, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4ad4c54c0e6c986b8025717d0047403b?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 25 de Março de 2010, Processo n.º 1568/08.9PAVNG.P1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 3 de Outubro de 2006, Processo n.º 0622382, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7f4c894ede7dbd268025720500387095?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 7 de Abril de 2011, Processo n.º 180/05.9TMMTS-B.P1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ac9fd177c72092c58025787e00459b8f?OpenDocument&Highlight=0,rapto>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Março de 2010, Processo n.º 1568/08.9PAVNG.P1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 1 de Fevereiro de 2011, Queixa n.º 775/08, disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/AFFAIRE_DORE_c.PORTUGAL.pdf

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 1 de Fevereiro de 2011, Queixa n.º 23205/08, disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/AFFAIRE_KAROUSSIOTIS_c.PORTUGAL.pdf

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 22 de Novembro de 2005, Queixa n.º 73229/01, disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q73229_01.pdf

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 26 de Junho de 2003, Queixa n.º 48206/99, disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q48206_99.pdf

Índice de Legislação Nacional e Internacional

Decreto de 10 de Abril de 1976

Decreto de 10 de Dezembro de 1852

Decreto de 16 de Setembro de 1886

Decreto n.º 52/2008, de 12 de Novembro

Decreto-Lei n.º 136/82, de 21 de Dezembro

Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro

Decreto-Lei n.º 33/83, de 11 de Maio

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro

Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março

Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro

Lei n.º 141/2015, de 8 de Outubro

Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro

Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro

Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro

Regulamento (CE) n.º 2116/2004, de 2 de Dezembro

Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro

Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro

Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959

ANEXO A.GUIÃO DE ENTREVISTA

Nome:

Idade:

Sexo:

Estado civil atual:

Profissão:

Local de Residência:

Na sua profissão teve contacto com o crime de subtração de menor?

Qual a sua opinião sobre o impacto deste crime nos arguidos?

Qual a sua opinião sobre o impacto deste crime nas vítimas?

O que acha das diversas alterações legislativas sobre esta matéria?
Principalmente a última, que reduziu a pena?

Considera que a lei prejudica de alguma forma as vítimas deste crime ou que a lei está adequada a proteger o superior interesse da criança?

O que acha que poderia melhorar no sistema judicial quanto a este crime?

Acha que os técnicos de serviço social atuam de maneira a proteger a vítima deste crime?

Outros comentários: