



ANA SOFIA DA ROCHA PIMENTEL

**AS CRIANÇAS E OS CASTIGOS FÍSICOS – A DICOTOMIA ENTRE O
PODER-DEVER DE EDUCAR E O PODER DE CORREÇÃO DAS
RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Direito
Social e Inovação

Orientadora:

Doutora Marta Costa, Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa

Setembro 2023



ANA SOFIA DA ROCHA PIMENTEL

**AS CRIANÇAS E OS CASTIGOS FÍSICOS – A DICOTOMIA ENTRE O
PODER-DEVER DE EDUCAR E O PODER DE CORREÇÃO DAS
RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Direito
Social e Inovação

Orientadora:

Doutora Marta Costa, Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa

Setembro 2023

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Eu, Ana Sofia da Rocha Pimentel, declaro por minha honra que a dissertação de mestrado que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falha ética e disciplinar.

DEDICATÓRIA

“Toda a criança no mundo
Deve ser bem protegida
Contra os rigores do tempo
Contra os rigores da vida.

Criança tem que ter nome
Criança tem que ter lar
Ter saúde e não ter fome
Ter segurança e estudar.

Não é questão de querer
Nem questão de concordar
Os direitos das crianças
Todos têm de respeitar.

Tem direito à atenção
Direito de não ter medos
Direito a livros e a pão
Direito de ter brinquedos.

Mas criança também tem
O direito de sorrir.
Correr na beira do mar,
Ter lápis de colorir...”

- Ruth Rocha,
O direito das crianças

"A conversa tem de ser uma obra-prima de sinceridade e cautela. De um lado, uma enfiada de terminantes pontos finais; do outro, um rosário de pacientes reticências...",

- Miguel Torga

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero expressar um enorme agradecimento aos meus pais, que apoiaram as minhas escolhas e que estiveram sempre presentes em todos os momentos, bons e menos bons. Sem eles, não poderia ter vivido a vida que vivi, nem teria tido as mesmas oportunidades e experiências.

Obrigada por confiarem em mim e por nunca duvidarem das minhas escolhas.

Em segundo lugar, um agradecimento especial ao meu irmão, que sempre me acompanhou e trouxe leveza e diversão a todas as experiências de vida partilhadas.

Uma palavra de agradecimento, ainda, à Associação “ACOLMAX” (Colónia de Férias de Maximinos), por ser responsável pelo meu contacto direto com tantas crianças, em regime de voluntariado, tornando mais simples a opção por um tema relacionado com crianças para a dissertação, já que promove, anualmente, a abertura a realidades de vida bastante dispares daquelas a que estamos habituados.

Por fim, um agradecimento à Doutora Marta Costa que aceitou ser minha orientadora, por toda a disponibilidade e simpatia que demonstrou para me guiar durante este trabalho.

MODO DE CITAR

O presente trabalho segue o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, de 29 de julho, com exceção de algumas citações nas quais mantemos a grafia utilizada pelo autor.

É importante mencionar que a bibliografia está organizada de forma alfabética pelo último apelido do autor, seguindo a sequência: APELIDO, nome do autor, título, editora, volume (se aplicável no caso específico) e ano.

Quanto aos documentos consultados online, será fornecido o endereço da internet para referência.

Adicionalmente, este trabalho apresenta uma lista de "Outras Fontes", que abrange a legislação citada e artigos obtidos exclusivamente através dos respetivos sítios na internet.

As citações ao longo do relatório são destacadas com aspas e acompanhadas por uma nota de rodapé correspondente, apresentada da seguinte forma: NOME DO AUTOR, título da obra, editora, volume (se aplicável no caso específico), ano e página.

As palavras em língua estrangeira são formatadas em itálico.

As abreviaturas e siglas são identificadas em ordem alfabética na "Lista de Abreviaturas e Siglas", na página seguinte.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac – Acórdão
Al. – Alínea
Art. – Artigo
Apud – Em
CC – Código Civil
CDC – Convenção dos Direitos da Criança
CEPMPL - Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CF - Castigo(s) Físico(s)
Cfr. – Confere
CP – Código Penal
CPCJ – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CRP – Constituição da República Portuguesa
CS – Código de Seabra
DDC – Declaração dos Direitos da Criança
DL - Decreto-Lei
DP – Direito Penal
DUDC – Declaração Universal dos Direitos da Criança
EAEE - Estatuto do Aluno e Ética Escolar
Ibid. - Ibidem
Id. - Idem
LPCJP - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LTE – Lei Tutelar Educativa
LBSE - Lei de Bases do Sistema Educativo
no./nos - Número/Números
OIF - Ofensa à Integridade Física
ONU – Organização das Nações Unidas
Op. cit. - Opus Citatum
p./pp. - Página/Páginas
RP - Responsabilidades Parentais
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
UNICEF - United Nations International Children's Emergency Fund
TC – Tribunal Constitucional
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
Vol. - Volume

DECLARAÇÃO DE CONFORMIDADE

Declaro que esta Dissertação de Mestrado, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 212.344 caracteres.

1. RESUMO

Uma mudança na perspectiva e abordagem da família resultou na transição de um modelo autoritário de família, em que a criança era considerada como objeto de controlo e poder, exercido arbitrariamente pelos pais, para um modelo democrático.

Neste último, a criança é vista como um ser igual, um verdadeiro sujeito de direitos e detentor de direitos fundamentais.

Atualmente, a criança possui uma autonomia progressiva à medida que cresce em idade, maturidade e desenvolvimento.

Consequentemente, à medida que as suas capacidades evoluem, diminuem as necessidades específicas da infância, o que por sua vez reduz a extensão do poder-dever de educação conferido aos pais no exercício das suas responsabilidades parentais. Este poder-dever deve ser exercido no melhor interesse da criança, materializando-se num poder de conteúdo altruísta.

Caso o exercício deste poder seja abusivo e comprometa os direitos da criança, o Estado e a sociedade devem intervir para proteger esses direitos (artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa).

Com a Reforma de 1977 do Código Civil, foi eliminado o poder dos pais de aplicar castigos moderados aos filhos, embora a sua proibição não tenha sido expressamente estabelecida.

A redação atual do Código Civil não é esclarecedora, o que tem dado origem a divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em relação à legitimidade ou ilegitimidade da aplicação de castigos corretivos leves e moderados.

É precisamente sobre esta questão que o meu estudo se vai debruçar: compreender quais são os castigos legítimos e quais os pressupostos que devem estar reunidos para a sua aplicação.

O uso de um direito de correção com caráter punitivo deve ser afastado atualmente, sendo necessário que este seja exercido com fins educativos por parte dos pais.

Importa ter em mente que esta é uma questão que está longe de alcançar unanimidade e, estabelecer uma linha divisória entre um comportamento parental considerado castigo legítimo e os maus-tratos, nem sempre é fácil.

Conforme será evidenciado, existem autores que advogam a proibição absoluta dos castigos corporais, estando alinhados com os princípios internacionais, bem como outros que sustentam que, sob certas condições específicas, alguns castigos podem ser considerados justificáveis.

Alguns autores argumentam que o direito à correção pode ser motivo de justificação para o castigo, enquanto outros afirmam que a aceitação social exclui a tipicidade. Adicionalmente, há quem defenda que o equívoco em relação à ilegalidade constitui uma razão atenuante.

PALAVRAS-CHAVE:

Castigo físico; Dever de educar; Crianças; Poder de Correção; Responsabilidades Parentais; Maus-tratos.

1. ABSTRACT

A change in the perspective and approach of the family has led to the transition from an authoritarian family model, where the child was considered an object of control and power arbitrarily exercised by the father, to a democratic model.

In the latter, the child is seen as an equal being, a true subject of rights and holder of fundamental rights.

Currently, children have progressive autonomy as they grow in age, maturity, and development. Consequently, as their abilities evolve, the specific needs of childhood decrease, which in turn reduces the extent of the power-duty of education conferred on parents in the exercise of their parental responsibilities.

This power-duty must be exercised in the best interests of the child, materializing as a power of altruistic content.

If the exercise of this power is abusive and compromises the rights of the child, the State and society must intervene to protect these rights (Article 69 of the Portuguese Constitution).

With the 1977 Reform of the Portuguese Civil Code, parents' authority to administer moderate punishments to their children was eliminated, although its prohibition was not expressly established.

The current wording of the Civil Code is not clarifying, leading to disagreements in both doctrine and jurisprudence regarding the legitimacy or illegitimacy of applying light and moderate corrective punishments.

It is precisely this issue that my study will focus on: understanding what constitutes legitimate punishments and what prerequisites must be met for their application.

The use of a punitive correction right should currently be set aside, and it is necessary for it to be exercised for educational purposes by parents.

It is important to keep in mind that this is a far-from-unanimous issue, and establishing a dividing line between parental behavior considered legitimate punishment and abuse is not always easy.

As will be evident, there are authors who advocate for an absolute prohibition of corporal punishment, aligning with international principles, as well as others who argue that, under certain specific conditions, some punishments can be considered justifiable.

Some authors argue that the right to correction can be a justification for punishment, while others assert that social acceptance excludes typicality.

Additionally, some argue that misunderstanding of illegality constitutes a mitigating factor.

KEYWORDS

Physical punishment; Duty to educate; Children; Power of correction; Parental responsibilities; Abuse.

2. INTRODUÇÃO

O direito das crianças é um tema fundamental que deve ser discutido e protegido em todas as sociedades.

Uma das questões mais importantes, nesse sentido, é a proibição ou restrição dos castigos físicos.

Os castigos físicos são formas de punição que envolvem o uso da violência física para disciplinar uma criança.

Isso pode incluir bater, empurrar, beliscar, puxar o cabelo, entre outras formas de violência. Infelizmente, muitas vezes os pais e cuidadores recorrem a esses métodos para corrigir comportamentos inadequados, sem perceberem que isso pode ter consequências graves para a saúde física e mental das crianças.

A proibição dos mesmos é uma questão que tem sido debatida em todo o mundo. Na maioria dos países, já existe uma legislação que proíbe explicitamente o uso de violência física como forma de disciplina.

No entanto, essa proibição não é sempre respeitada e, muitas vezes, as crianças continuam a ser vítimas de violência doméstica.

Os defensores dos direitos das crianças, bem como os psicólogos infantis, argumentam que os castigos físicos não são eficazes para ensinar a disciplina e que podem, ainda, desencadear problemas de saúde mental, como ansiedade, depressão e baixa autoestima. Além disso, e em casos mais graves, a violência física pode levar a lesões graves e até mesmo à morte.

Desta forma, é defendido que os pais e cuidadores devem procurar formas positivas e não violentas de disciplinar as crianças.

Existem várias alternativas à educação violenta, como a conversa, o estabelecimento de limites claros, o elogio e a recompensa por comportamentos positivos.

Os pais e educadores devem ainda procurar ajuda caso encontrem dificuldades para disciplinar os seus filhos, procurando aconselhamento e orientação de profissionais da saúde mental.

Em resumo, a meu ver, o direito das crianças a um ambiente seguro e saudável é fundamental, e a proibição dos castigos físicos trata-se de um passo importante para garantir esse mesmo direito.

É importante que os pais e educadores se consciencializem acerca dos efeitos nocivos que os castigos físicos provocam e procurem novas formas, positivas e não violentas, de disciplinar as crianças.

3. NOÇÃO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

O ramo do direito da família sofre, naturalmente, influências significativas no que concerne tanto ao momento histórico como ao paradigma social no qual se insere. Posto isto, o direito da família é inerente e inevitavelmente permeável à realidade social.¹

No que concerne às responsabilidades parentais, é notável a evolução pela qual a mesma passou, maioritariamente quanto às ideias de paridade e igualdade, que passaram a dominar as relações familiares.

Embora o conceito tradicional de responsabilidade parental, também designada como poder paternal na terminologia anterior, esteja ultrapassado, não é menos importante o seu estudo e compreensão.

Considero crucial compreender o longo e difícil percurso percorrido até aos nossos dias, livres dos entraves autoritários que os caracterizava², porque “é preciso conhecer a história para entrar em rutura com ela ou para proceder a uma espécie de retorno à origem”³.

¹ Cf. PEREIRA COELHO, GUILHERME DE LIVEIRA, Curso de Direito da Família, ob.cit., p. 147-149; PAIS AMARAL, Direito da Família e das Sucessões, Almedina, 2014, p. 12; DUARTE PINHEIRO, O Direito da Família Contemporâneo. Lições, 4.a edição, AAFDL, 2013, p. 80-84; LEITE DE CAMPOS, Lições de Direito da Família e das Sucessões, 2.a edição revista e atualizada, Almedina, 2012, p. 132.

² Segundo MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, “Não foi essa evolução simples nem linear, antes sofreu (e porventura sofrerá) recuos e contradições”, O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime, 1a reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 10, e MOTTINHO ALMEIDA, “Efeitos da Filiação”, in Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 140.

³ MARIA CLARA SOTTOMAYOR “A Situação das Mulheres e das Crianças...”, ob.cit., p. 86.

3.1. NOÇÃO DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

“No quadro da Teoria Geral do Direito Civil, o poder paternal surge como um meio de suprimento da incapacidade de exercício dos menores não emancipados⁴”.

A definição supramencionada limita-se exclusivamente ao poder de decisão do menor, na qual os pais atuam em nome do menor, enquanto seus representantes legais.

Todavia, esta noção acaba por assentar numa conceção simplista da responsabilidade parental, tendo em conta que o poder parental se trata de algo muito maior do que uma forma de suprir a incapacidade dos menores.

Na visão da Dra. ANA SOFIA GOMES: “As responsabilidades parentais, enquanto poder/dever de educação dos filhos, de conteúdo funcional e carácter altruísta, exercido pelos pais no interesse dos filhos, não são uma mera faculdade, uma possibilidade concedida pela lei aos progenitores de uma criança⁵”.

Já segundo o entender do Dr JORGE DUARTE PINHEIRO, “Aquilo que a lei designa como um poder não é propriamente uma disponibilidade de meios para obter um fim. Os titulares do poder paternal não o exercem no seu interesse exclusivo ou principal, mas no interesse dos filhos, os sujeitos sobre os quais recai o alegado poder. E o termo “paternal” não significa que se esteja perante uma figura cuja titularidade caiba sempre ao pater e nunca à mater. O poder paternal pode ser exercido por ambos os pais, só pela mãe ou só pelo pai. É por isso, compreensível a expressão alternativa “responsabilidades parentais⁶”.

No entanto, ao analisar e interpretar as responsabilidades parentais, estas consideram-se um conjunto de poderes e deveres que têm como principal objetivo assegurar o bem-estar, moral e material do menor, poderes esses que são desempenhados pelos pais no interesse superior do menor, não se tratando apenas de uma faculdade, mas sendo antes um verdadeiro dever.

Esta obrigação é, portanto de natureza intransmissível, visto que “os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere (...)”⁷; portanto, os pais não têm a possibilidade de abdicar das suas obrigações para com os seus filhos em momento nenhum.

Torna-se, a meu ver, evidente que ambos os conceitos supramencionados se complementam, já que a responsabilidade parental inclui obrigações tanto em relação ao menor como pessoa como em relação ao seu património.

Considero, portanto, que cabe aos progenitores apoiar o desenvolvimento do menor através do exercício das funções parentais de acordo com as suas possibilidades económico/financeiras.

⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 2.a Edição, AAFDL, 2009, ISBN: 560-693-900-651-6, p. 294.

⁵ GOMES, Ana Sofia, Responsabilidades Parentais, Quid Juris, 2009, ISBN: 978-972-724-415-7, p. 12.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 2.a Edição, AAFDL, 2009, ISBN: 560-693-900-651-6, pa. 295 e 296.

⁷ Artigo 1882.o, n.o 1 do Código Civil.

3.2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO “RESPONSABILIDADES PARENTAIS”

3.2.1. CONCEÇÃO TRADICIONAL DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

O conceito tradicional de responsabilidades parentais tem origem na patria potestas do direito romano, figura que concedia poder absoluto e ilimitado ao chefe de família sobre toda a família⁸. Apesar de não ter sido este pater familias a figura comandante do nosso ordenamento jurídico nacional, a verdade é que, em alguns aspetos, a história do direito de família português apresenta pequenos indícios do poder absoluto do pater familias e da supremacia da figura paternal nas relações familiares⁹.

O motivo do conceito tradicional de responsabilidade parental encontra-se na incapacidade de agir do filho menor, presente ainda hoje na Teoria Geral do Direito Civil.

Esta responsabilidade parental trata-se, portanto de uma instituição destinada a superar essa incapacidade, “a função dos pais é proteger de qualquer prejuízo os interesses (patrimoniais) do filho menor, substituindo-se a ele, decidindo por ele na gestão negocial desses mesmos interesses, numa palavra, exercendo o poder-dever de representação legal”¹⁰.

Esta conceção concisa das responsabilidades parentais, assenta na necessidade de “manter uma esfera de autonomia da família perante a intervenção do Estado¹¹”, aparentando subtrair a equação as relações pessoais, já que tem como objetivo fazer uma distinção clara entre a esfera familiar e a ação do Estado.

No fundo, considero que se trata de uma ideia de objeção à intervenção externa dentro do seio familiar, denominado doutrinalmente de “juridificação” das relações familiares¹².

⁸ Como o “direito de dispor da sua vida e de vender ou entregar um filho *in mancipii causa*”, vide, RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, Direito da Família e das Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina, Coimbra, 1999, p. 23.

⁹ CLARA SOTTOMAYOR Apresenta as principais características do modelo familiar que estava em vigor antes da Reforma de 1977 do Código Civil, tendo em conta que este assentava em: “num modelo autoritário e hierárquico de família em função do género e assentava na subordinação jurídica e económica da mulher, ocupando esta a posição, no contrato de casamento, de propriedade do marido, e sendo legalmente construída como juridicamente incapaz, privada do direito de livre disposição do seu salário, do direito de privacidade perante o marido, do direito à liberdade de circulação, do direito de livremente exercer uma profissão, de administrar os seus bens e de representar os seus filhos, vide, “A Situação das Mulheres ...”, ob.cit., p. 86-87. E também ELINA GUIMARÃES, “A mulher portuguesa na legislação civil”, ob.cit.

¹⁰ ROSA MARTINS, Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 159-160.

¹¹ CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divorcio, 5ª edição revista, aumentada e atualizada, Almedina, Porto, 2011, p. 21.

¹² Fala-se em juridificação das relações familiares a propósito da questão sobre “se a família e os valores e os sentimentos nela polarizados têm uma existência e um sentido tão fundamente pessoal, natural e autêntico, porque razão disciplina o Direito esta matéria?”, Embora exista, de facto, uma ordenação íntima da família, excluir o Direito deste cenário, é abrir possibilidades que não são as mais desejáveis, a “disciplina legislativa da instituição familiar impõe-se” para que haja uma previsão de um regime concreto, preciso e completo de situações presentes na organização íntima das famílias. De modo a evidenciar os direitos e deveres das relações familiares e permitir uma regulação eficaz em situações de crise, assim como para alterar ou modificar o 'direito vivido' que emerge da realidade social das famílias.

Portanto, a instituição familiar, no nosso ordenamento jurídico, é considerada apartada ao Direito, sobretudo no que respeita à sua intimidade.

De forma a proteger absolutamente o património, o conceito tradicional de responsabilidade parental¹³ procura formas e instrumentos que sejam capazes de conceder poderes efetivos a quem fará a administração os bens do menor, assegurando, desta forma, a existência do direito de guarda e de custódia¹⁴, bem como o direito de recurso, sujeitando o menor à autoridade e poderes, considerados muitas vezes quase arbitrários, dos pais até à sua maioridade¹⁵.

Tratam-se, portanto, dos dois conceitos que caracterizam a solidificação tradicional dos deveres parentais, o poder-dever de representar e o poder-sujeição¹⁶ do filho menor.

No meu ponto de vista, este conceito encontra-se alicerçado em bases hierárquicas e autoritárias, carregando “consigo a carga ideológica do poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido na completa sujeição do filho aos seus desígnios”¹⁷, com como fundamentado por uma ideia de um direito subjetivo, sendo os seus titulares os progenitores que exerceram esse direito em seu próprio interesse.

Este conceito tradicional das responsabilidades parentais influenciou significativamente tanto o nosso Código Seabra como o Código Civil de 1966 (anterior à reforma de 1977).

Vide, MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 158-159 e ainda PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, ob.cit., p. 146.

¹³ Essa conceção tem suas raízes em um sistema econômico em que a família desempenhava um papel fundamental como o principal instrumento econômico. Daí a importância de preservar o património familiar. Vide, CAPELO DE SOUSA, Direito da Família e das Sucessões. Relatório..., ob.cit., p. 13 a 25.

¹⁴ O direito de custódia refere-se ao conteúdo específico do direito de ter a companhia de um filho menor de idade. Este conceito tornou-se mais generalizado, sobretudo em situações de regulamentação das responsabilidades parentais, quando se discute quem terá a guarda do(s) filho(s) menor(es), sob a influência do sistema legal anglo-saxónico e da figura do "child custody".

¹⁵ ROSA MARTINS, Menoridade..., ob.cit., p. 160.

¹⁶ Idem, sobre a relação poder-sujeição e a autodeterminação do filho, vide, p. 161.

¹⁷ ROSA MARTINS, Menoridade..., ob.cit., p. 225

3.2.2. RESPONSABILIDADES PARENTAIS COMO PODER SUBJETIVO

De forma a possibilitar a discussão acerca das responsabilidades parentais, é importante relembrar o conceito de direitos subjetivos.

Segundo o conceito tradicional, o direito subjetivo trata-se do poder de exigir determinado comportamento de outros, ou o poder de induzir determinados efeitos jurídicos na esfera jurídica de terceiros¹⁸.

Sendo assim, o direito subjetivo representa a liberdade de ação do seu titular.

Segundo CARLOS MOTA PINTO¹⁹, “só se nos depara um direito subjetivo quando o exercício do poder jurídico respetivo está dependente da vontade do seu titular. O sujeito do direito subjetivo é livre de o exercer ou não”.

Todavia, e tendo em conta as especificidades do Direito da Família, os autores que defendem que a responsabilidade parental se enquadra no conceito de poder subjetivo, consideram essencial colocar algumas particularidades ao mesmo.

Segundo os defensores desta doutrina²⁰, é sempre necessário considerar dois conjuntos de direitos e obrigações: um conjunto de direitos e obrigações que os pais têm e que exercem no superior interesse dos filhos menores, contribuindo, desta forma, para o seu desenvolvimento físico, bem como da sua personalidade; e a realização da personalidade dos pais, conseguida através do cumprimento destes mesmos direitos e obrigações, representando, desta forma, um verdadeiro direito subjetivo²¹.

Uma outra posição doutrinal, bastante influenciada pela teoria proposta por PELOSI²², e tendencialmente seguida pelo ordenamento jurídico português²³, divide as responsabilidades parentais em planos internos e externos.

¹⁸ Definição apresentada como “o poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa”, Cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob.cit., p. 178-179.

¹⁹ MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob.cit., p. 179.

²⁰ Vide, GOMES DA SILVA, *O Direito da Família no Futuro Código Civil*, Lisboa, 1963, p. 215, no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, I Vol., 5.a edição revista, atualizada e completada, Livraria Petrony, 1999, p. 79-81 e JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 32, 1990, p. 38 e também, BAPTISTA-LOPES e DUARTE-FONSECA, “Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos”, in *Infância e Juventude*, número especial, 1991, p. 232.

²¹ Vide, GOMES DA SILVA, *O Direito da Família no Futuro Código Civil*, Lisboa, 1963, p. 215.

²² Vide, PELOSI, *La patria potestà*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 67-68, e ainda ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p. 194-195 e JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal...”, ob.cit., p. 31.

²³ Cf. JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal...”, ob.cit., p. 30-31 e 36 a 38, na mesma linha de pensamento, porém com outras nuances, ARMANDO LEANDRO, “Direito e Direito dos Menores: síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, in *Infância e Juventude*, N. 1 (Jan/Mar 1990), p. 10-11 e

PELOSI expressava críticas em relação à tradicional separação entre o plano patrimonial e o plano pessoal das responsabilidades parentais. Em primeiro lugar, ele argumentava que essa separação nem sempre era compatível com a natureza das relações parentais, uma vez que a representação de um filho menor em questões relacionadas à administração de seus bens poderia afetar o aspeto pessoal, tornando difícil distinguir os dois planos. Além disso, ele considerava que o poder-dever de representação era uma característica intrínseca às responsabilidades parentais. Portanto, Pelosi propunha uma divisão entre o aspeto externo e o aspeto interno das responsabilidades parentais.

Segundo esta teoria, o plano interno remete à função educativa dos pais, prevalecendo as relações entre pais e filhos, que se desenvolvem no núcleo familiar, sendo considerado que este plano detenha natureza de direito subjetivo.

Já no que concerne ao nível externo, este remete para a função representativa ou substitutiva, na qual prevalecem as ações em que os progenitores agem em substituição da criança, tendo sempre em consideração o seu superior interesse, sendo que este nível se desenvolve prioritariamente em atividades com terceiros, tendo, portanto, natureza de poder funcional.

Contudo, esta não se trata de uma teoria perfeita, muito menos desprovida de críticas, já que, embora, por um lado, enfatize a função educativa do progenitor, por outro, atribui um papel primordial à função representativa, subordinando, assim, a função educativa²⁴, sendo que a segunda é considerada por muitos a principal linha dos deveres parentais.

Para além disso, esta teoria aborda o menor, objeto da ação educativa dos pais, sob o ponto de vista de subordinação de poder do filho perante os pais, sendo esta perspetiva alvo de inúmeras críticas, e rejeitada por diversas doutrinas.

Em suma, e apesar das nuances acima apresentadas acerca da perspetiva da responsabilidade parental enquanto poder subjetivo, é difícil seguir este conceito à luz da realidade de hoje.

Considerar a responsabilidade parental como autoridade subjetiva dos pais colocaria em questão a legitimidade da intervenção do Estado em circunstâncias de perigo para a criança ou em situações de necessidade de limitação ou inibição das responsabilidades parentais.

A questão à qual se quer responder é saber até que ponto estas intervenções poderiam coincidir com uma consciência da personalidade dos pais?

Não parece credível, no meu ponto de vista, e torna-se mais difícil, conforme vou aprofundando este tema, suportar esta posição.

A meu ver, apenas é possível considerar a questão caso esta seja colocada da seguinte forma: considerar duas categorias de poderes subjetivos.

Na primeira, os direitos subjetivos exercidos de forma livre e autónoma pelo seu titular.

“Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária”, in Temas de Direito da Família, Almedina, Coimbra, 1986, p. 120-122.

²⁴ Como veremos infra, no TÍTULO 5.3

Já a segunda, trata-se de uma categoria, na qual os direitos subjetivos possuem uma disciplina jurídica que os obrigue a um determinado desempenho, uma função subordinada.

A primeira categoria poderia ser denominada de direitos subjetivos. Já a segunda teria a designação de poderes funcionais ou poderes-deveres²⁵.

Intrinsecamente, mais relevante do que a discussão sobre a natureza jurídica das responsabilidades parentais, seria analisar e acentuar a natureza jurídica dos poderes funcionais²⁶.

²⁵ Cf. PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, ob.cit., p. 154.

²⁶ Ou seja, sendo, presentemente, comumente aceite a classificação das responsabilidades parentais como poder funcional, porque sujeito ao interesse do filho menor de idade, é “a caracterização do «poder funcional» (...) que assume um carácter um pouco mais controverso, especialmente no que diz respeito à sua inclusão ou não na categoria dos direitos subjetivos”, ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., ob.cit., p. 41.

3.2.3 RESPONSABILIDADES PARENTAIS COMO PODER FUNCIONAL

Poderes-deveres, também designados de poderes funcionais, tratam-se de direitos cujo titular e o interesse do mesmo que pretendem ser defendidos não são aleatórios.

Não se trata de uma absoluta liberdade de ação, já que o titular tem poder na sua esfera jurídica.

Porém, não é possível exercer estes poderes-deveres conforme desejado, já que estes dependem do interesse de um terceiro.

O desempenho dos deveres parentais, subordinados ao superior interesse do filho menor é um ótimo exemplo deste tipo de poderes funcionais.

Desta forma, e de acordo com a doutrina majoritária²⁷, é possível afirmar que “os direitos familiares pessoais não são direitos subjetivos propriamente ditos”²⁸, tendo em conta que o titular destes direitos para além de estar obrigado a exercê-los, deve ainda fazê-lo de uma determinada forma e em conformidade com o ordenamento jurídico, já que o seu exercício se encontra condicionado e subordinado ao superior interesse da criança menor.

²⁷ Vide, MOTA PINTO, Teoria Geral..., ob.cit., p. 178-180, ORLANDO CARVALHO, Teoria Geral do Direito Civil, Centelha, Coimbra, 1981, p. 77-78, PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, ob.cit., p. 152-153, ROSA MARTINS, “Poder Paternal vs. Autonomia da Criança e do Adolescente?”, in Lex familiae: revista portuguesa de direito da família, Centro de Direito da Família, Ano 1, N. 1 (2004), p. 67-68, CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais..., ob.cit., p. 17 e ss, ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., ob.cit., p. 41 e 47, HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, A Criança e a Família..., ob.cit., p. 156, ARMANDO LEANDRO, “Poder Paternal”, ob.cit., p. 120-121, CASTRO MENDES, Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, AAFDL., Lisboa, 1991, p. 339- 340.

²⁸ PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família..., ob.cit., p. 152.

3.2.4 MUDANÇA DO PODER FUNCIONAL PARA CUIDADO PARENTAL: CONCECÇÃO PERSONALISTA DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

De forma restritiva, o conceito de responsabilidade parental enquanto autoridade funcional limita-se a subordinar o seu exercício ao interesse do menor.

Porém, quando se menciona o cuidado parental, é necessário ser mais abrangente.

Tão ou mais relevante do que potencializar o desempenho das funções parentais de acordo com os interesses do menor, é aprofundar o seu conteúdo que se torna imperativo.

Já não é categórico enfatizar a resolução da incapacidade dos menores, nem a funcionalização dos deveres parentais no conceito da concretização do interesse da criança²⁹.

Torna-se, assim, necessário adicionar o conceito de cuidado³⁰, cuidado este que é considerado elemento fulcral das responsabilidades parentais, e que se caracteriza por uma dimensão altruísta, generosa e afetiva.

Esta questão é denominada pela doutrina de conceção personalista da responsabilidade parental, sendo que, na perspetiva desta teoria, a criança é entendida, não apenas enquanto verdadeiro sujeito de direitos, mas, acima de tudo, enquanto uma “pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de autodeterminação, de acordo com a sua maturidade”³¹.

Esta linha de pensamento gera um fortalecimento em relação à posição jurídica defensora de que a criança, para além de ser titular de relações jurídicas, é ainda titular de uma autonomia progressiva³², autonomia esta que, inevitavelmente e com o crescimento do menor, terá como consequência a compressão proporcional do núcleo de poderes-deveres dos pais³³.

²⁹ Para um maior aprofundamento da questão vide, ANABELA RODRIGUES, “O Superior Interesse da Criança”, in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, coord. Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Almedina, 2010, p. 35-42 e LABORINHO LÚCIO, “As crianças e os direitos – o superior interesse da criança”, in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, ob.cit., p. 177-198; CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, ob.cit., p. 39-47, e da mesma Autora, Temas de Direito das Crianças, ob.cit., p. 49-51 e HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, A Criança e a Família, ob.cit., p. 157.

³⁰ “O cuidado parental é uma instituição altruísta, dirigida a fazer prevalecer o interesse da criança sobre o interesse do adulto e materializada em actos de sacrifício diários”, CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício..., ob.cit., p. 23.

³¹ CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício..., ob.cit., p. 17.

³² A doutrina também menciona a “emancipação progressiva” ou “evolução gradual”, mas no centro de todas essas expressões encontra-se a ideia de que a criança é a autora de seu próprio projeto de vida, da sua personalidade e do seu desenvolvimento, evidente e naturalmente acompanhada, protegida, orientada e guiada pelos adultos que detêm as responsabilidades parentais, sejam eles seus pais ou não.

³³ ROSA MARTINS, Menoridade..., ob.cit., p. 229.

Este conceito traz consigo uma nova perspectiva acerca da menoridade e do princípio da impossibilidade de exercício de direitos³⁴, que, por um lado, apresenta uma óbvia diferenciação entre a incapacidade de agir dos menores e a instituição da responsabilidade parental, por outro, o destaque do pensamento e o debate na *dimensão relacional entre pais e filhos menores*³⁵.

Para além disso, esta conceção também é acompanhada por uma ideia inspirada na *Teoria da Ética do Cuidado*, de CAROL GILLIGAN³⁶.

Isto significa que, se é um facto que os filhos menores se encontram numa posição de vulnerabilidade e dependência perante os progenitores, sendo que esta evolui progressivamente no sentido da autonomia plena, e que, assim, necessitam da proteção e cuidado dos adultos, sobretudo dos pais; também é um facto que, da mesma forma, todos nós, incluindo os adultos, dependemos uns dos outros e, apesar de parecer contraditório, também precisamos da proteção e cuidado dos nossos filhos menores de idade, naturalmente numa outra dimensão e com níveis diferentes de necessidade, mas, em última instância, necessitamos de proteção e cuidado emocional³⁷.

³⁴ Ibidem, ob.cit., p. 109 e ss.

³⁵ Ibidem, ob.cit., p. 168.

³⁶ A *Ética do Cuidado*, desenvolvida por CAROL GILLIGAN, oferece uma abordagem alternativa às conceções individualistas. Nas palavras de Gilligan, “a *Ética do Cuidado* foca-se na dinâmica das relações e dissipa a tensão entre o egoísmo e a responsabilidade através de um novo entendimento das interligações entre o outro e o eu”. Essa teoria entende o cuidado como a força motriz das relações pessoais, primeiro com aqueles próximos a nós e, em segundo lugar, com terceiros fora do nosso círculo íntimo. Ela se baseia na ideia de que o cuidado sustenta uma rede de conexões interpessoais para garantir que ninguém fique isolado. De acordo com essa teoria, as relações pessoais são fluidas, e o indivíduo atomizado é subordinado, pois acredita-se que ninguém é autossuficiente, e todos dependemos mutuamente uns dos outros. Em vez de dar prioridade aos direitos individuais que entram em conflito com os direitos dos outros, o foco é colocado nas responsabilidades que todos temos em relação aos outros, fortalecendo os laços pessoais e a rede de solidariedade na comunidade. A *Ética do Cuidado* destaca a importância do “Eu-Social” e pode ser aplicada ao Direito, especialmente ao Direito das Crianças e ao Direito da Família, uma vez que nas relações familiares é difícil separar e autonomizar os direitos de cada parte, uma vez que todos estão interligados e interdependentes. Nesse contexto das Responsabilidades Parentais, parece razoável introduzir esse conceito para enfatizar que um filho menor de idade não é apenas um objeto de interesse a ser protegido; ele é também uma pessoa com dignidade igual à dos pais e, gradualmente, assume o papel de protetor e cuidador dos pais. Cf. JO BRIDGEMAN, DANIEL MONK, “Reflections on the relationship between Feminism and Child Law”, ob.cit., p. 10 e 14-15; SHAZIA CHOUDHRY, JONATHAN HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, 2010, p. 122-127.

³⁷ Certamente, é importante reconhecer que adultos também dependem das crianças em seu ambiente diário. Existem vários exemplos disso, como crianças que cuidam de adultos dependentes ou de irmãos mais novos, ou até algumas crianças com mais de 14 anos de idade que trabalham e contribuem para o sustento da família, vide, JO BRIDGEMAN, DANIEL MONK, “Reflections on the relationship between Feminism and Child Law”, ob.cit., p. 10. Estes Autores fazem aqui uma comparação com o trabalho doméstico das mulheres que tende a ser desvalorizado e pouco reconhecido. Sobre este tema, vide, VAZ TOMÉ, “Qualidade de vida: conciliação entre Trabalho e a Família”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, N.º 1 (2004), p. 51-64.

Esta conceção personalística reflete, portanto, uma mudança no paradigma da família, que se libertou das *amarras* das conceções e reflexos culturais profundamente paternalistas³⁸, abrindo espaço à participação dos filhos menores na dinâmica familiar³⁹.

Em suma, refletir acerca do conceito de cuidado parental é sinónimo de ultrapassar algumas barreiras à expressão terminológica *Responsabilidade parental*⁴⁰, sendo que esta se centra apenas nas obrigações, não mencionando as exigências dos pais em relação ao filho, o que poderá levar à possibilidade de cair quer num sistema do filiocentrismo⁴¹ quer num individualismo extremo⁴².

Não obstante, esta reflexão e mudança de paradigma pretende também promover uma nova forma de exercer o cuidado parental “em que a relação entre pais e filhos se baseia no afeto e respeito mútuos e na particular atenção a prestar à necessidade de autonomia própria do filho como ser em desenvolvimento, sem descuidar a atividade de direção e supervisão da educação e formação do filho, no contexto de uma relação interativa e dialética”⁴³.

Do mesmo modo, torna-se essencial ressaltar a ideia de que a criança, no que concerne à sua personalidade, é uma pessoa independente dos pais e, finalmente, que tanto os pais como os filhos são interdependentes na proteção e nos cuidados mútuos, apesar de apresentarem graus diferentes de dependência, sendo que estes se vão alterando conforme o desenvolvimento e maturidade do menor⁴⁴.

³⁸ A partir dessa perspetiva, as crianças não são mais vistas como seres transitórios que apenas aguardam atingir a maioridade. Elas são consideradas pessoas com capacidade de tomada de decisão, com opiniões e direito a serem ouvidas, tendo suas opiniões avaliadas e consideradas. Acerca do sistema patriarcal autoritário e da hierarquização das relações familiares, vide, CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício...*, ob.cit., p. 23.

³⁹ Como por exemplo, o descrito no art. 12º da Convenção dos Direitos da Criança, que reconheceu “pela, primeira vez, às crianças, espaços de autodeterminação e direitos de participação, nas decisões que lhes dizem respeito, sobretudo, na esfera pessoal e das relações familiares (...) cabendo às crianças um papel ativo na construção do seu projeto de vida”, vide, CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, ob.cit., p. 27.

⁴⁰ IRENE THÉRY, *Couple, filiation et parente aujourd’hui*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, p. 190, apud, ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p. 227.

⁴¹ Entendido desta maneira enquanto termo referente à completa desresponsabilização dos pais em relação à orientação na educação da criança, atendendo a todos os desejos do filho e deixando de impor regras ou disciplina.

⁴² CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício...*, ob.cit., p. 19.

⁴³ ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p. 227, e ARMANDO LEANDRO, “Poder Paternal...”, ob.cit., p. 119, caracterizando a natureza das responsabilidades parentais enquanto “um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que tem de ser exercido de forma vinculada, de harmonia com a função do direito, consubstanciada no objetivo primordial de proteção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral”.

⁴⁴ Ao afirmar a existência de uma relação de interdependência entre filhos menores de idade e pais, não estou a sugerir que a lei deva tratar as crianças como adultos. Acredito que a lei deve evitar considerar a menoridade da criança como um estado estático e imutável. Trata-se de um processo que ocorre gradualmente ao longo da infância e adolescência. Ao continuar a enfatizar o conceito ultrapassado de menoridade, o nosso legislador persiste num equívoco constantemente. Sobre este tema, vide, ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit.

4. NATUREZA JURÍDICA DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

A partir de 2008, com a aprovação da Lei n.º 68/2008, de 31 de outubro, o termo *poder parental* foi suprimido, e foi criado o termo “*responsabilidades parentais*”.

Esta nova conceção veio reforçar a ideia de que aos pais é confiada a função de promover os interesses do menor, sendo ambos responsáveis pelo seu bem-estar e desempenhando poderes legalmente concedidos para tal.

A adoção de uma visão semelhante à visão presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, que veio também consagrar o princípio de que ambos os pais têm responsabilidade conjunta na educação e no desenvolvimento do menor, bem como a ideia de que a sua principal responsabilidade é a educação e o bem-estar geral da criança⁴⁵.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, veio concretizar, no Conselho da Europa, em 25 de janeiro de 1996, e promover a utilização do termo “*responsabilidades parentais*” no que concerne à eficácia e exercício de poderes e obrigações que se encontram abrangidos pelo poder paternal⁴⁶.

Desta forma, foi aceite unanimemente que o conceito de “*responsabilidades parentais*” demonstra claramente o carácter funcional destes poderes-deveres, bem como o carácter do seu desempenho.

Para além disso, há um melhor reconhecimento da realidade relativa ao seu desempenho e à sua titularidade, bem como uma merecida centralização na atenção e interesse naqueles cujos direitos devem ser protegidos, as crianças.

Este conceito torna, portanto, relevante a necessidade de manutenção desta relação mesmo após um eventual término do casamento dos pais, pois a realização do superior interesse do menor encontra-se essencialmente relacionada com a execução de dois princípios basilares:

- i. O desenvolvimento do menor está necessariamente dependente de ambos os progenitores, sendo que nenhum pode substituir o exercício que cabe ao outro;
- ii. Os relacionamentos entre pais e filhos situa-se num nível diferente dos relacionamentos conjugais.

Desta forma, e como consequência dos princípios acima mencionados, tornou-se regra a realização conjunta de assuntos de especial importância na vida do menor, ou seja, das *responsabilidades parentais*, mesmo após uma situação de separação conjugal.

Todavia, com base em decisão, necessariamente justificada, por parte do Tribunal, tendo sempre em consideração o superior interesse da criança, pode entender-se que existem determinadas situações em que esta prestação não poderá ser realizada em conjunto e, nos casos em que tal é determinado, a responsabilidade parental é atribuída a apenas um dos pais⁴⁷.

⁴⁵ Artigos 18.o, n.o 1 e 27.o, n.o 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁴⁶ Artigos 1.o, n.o 3, 2.o, alínea b), 4.o, n.o 1 e 6.o, alínea a), da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

⁴⁷ Artigo 1906.o, n.o 2 do Código Civil.

Nestes casos, caberá ao progenitor que coabita com o menor, ou com quem o mesmo permaneça temporariamente, a tomada de decisões acerca as atividades da vida quotidiana.

Porém, e tomando em consideração a estabilidade do menor, a autonomia de decisão do progenitor a quem não foi confiada a guarda do mesmo, ficará sempre dependente das instruções adequadas, tal como definidas pelo progenitor com quem o menor vive⁴⁸.

Sempre com o intuito de encontrar uma solução para as situações de reconstituição familiar, “o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”⁴⁹.

Apesar de ser possível o surgimento de algumas dúvidas no concerne ao conteúdo dos poderes/deveres de transferência, a viabilidade de confiar um filho a uma terceira pessoa ou a uma instituição encontra-se regulamentada no art. 1907º do Código Civil, que suprime a referência ao "estabelecimento de reeducação ou assistência”.

Por fim, e tendo em conta que cabe ao Estado dotar-se de um arsenal jurídico, legal, doutrinal e jurisprudencial, forte o suficiente para garantir o cumprimento das decisões judiciais e um conjunto de sanções adequadas para assegurar os direitos das partes envolvidas, a tutela penal de incumprimento de decisões tem sido reforçada por processos judiciais relativos ao exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente no que se refere às relações pessoais entre pais e filhos e às obrigações alimentares⁵⁰.

⁴⁸ Artigo 1906.o, n.o 3 do Código Civil.

⁴⁹ Artigo 1906.o, n.o 4 do Código Civil.

⁵⁰ Artigos 249.o e 250.o do Código Penal.

4.1. RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

A Constituição da República Portuguesa estabelece um conjunto de princípios, que se encontram elencados nos seus artigos 36.º, 67.º, 68.º e 69.º, e que assumem particular importância na disciplina das relações familiares.

De entre os princípios constitucionais do direito de família, a relação entre pais e filhos é expressa diretamente nos seguintes princípios:

- i. O princípio da igualdade dos cônjuges em matéria de manutenção e educação dos filhos, consagrado no n.º 3 do artigo 36.º da CRP;
- ii. O princípio da outorga do direito/dever aos pais de educar e sustentar os filhos, previsto no n.º 5 do artigo 36.º da CRP;

E finalmente,

- iii. O princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais, consagrado no n.º 6 do artigo 36.º da CRP.

No que concerne ao princípio da igualdade entre os cônjuges em matéria de educação e manutenção dos filhos, este traduz-se na aplicação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP e reveste-se de grande importância, não só no contexto das relações entre cônjuges, mas também no contexto das relações entre pais e filhos. Com efeito, este princípio cria um vínculo entre o titular e o exercício do poder parental.

Embora a disposição do n.º 3 do artigo 36.º da Constituição apenas mencione a proteção e educação dos filhos, é necessário entender também que o mesmo consagra o princípio geral da igualdade entre os cônjuges, sendo que este princípio abrange todos os aspetos da relação entre eles e, como pais, com seus filhos.

O direito civil procurou abranger o princípio da igualdade entre pais casados aos não casados, não só no que diz respeito à titularidade, mas também relativamente ao exercício do poder paternal. Assim, o n.º 3 do artigo 1911.º do Código Civil, alterado com a Reforma de 1977, determina que nos casos em que os progenitores vivam em regime de semelhante ao do matrimónio, o exercício do poder paternal pertence aos dois, quando os mesmos manifestarem a sua vontade.

Quanto ao princípio da atribuição aos pais do direito/dever de educação e manutenção dos filhos, previsto no n.º 5 do artigo 36.º, n.º 5 da Constituição, este divide-se em dois aspetos:

- i. O primeiro encontra-se consubstanciado no direito/dever para com os filhos, uma vez que compete aos pais gerir a educação dos filhos menores de idade⁵¹ não de forma intransigente, mas sim de forma a respeitar a personalidade da criança e proporcionar a sua emancipação⁵².
- ii. Já o segundo traduz-se num direito/dever relativamente ao Estado, uma vez que os pais têm o direito preeminente de instruir os filhos de acordo com as suas convicções

⁵¹ Artigo 1878.o, n.o 1 do Código Civil.

⁵² Artigos 1874, n.o 1 e 1878.o, n.o 2 do Código Civil.

ideológicas, filosóficas, políticas, morais e religiosas, podendo definir e aplicar as orientações que considerem necessárias para o desenvolvimento intelectual, ético e para a formação espiritual do seu filho.

O princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais está consagrado no n.º 6 do artigo 36.º da Constituição. Este princípio refere-se ao direito subjetivo dos pais de não serem privados de seus filhos.

Assim, os filhos só podem ser retirados/afastados dos pais nos casos expressamente previstos na lei, ou seja, nos casos em que os pais não cumpram as suas obrigações primárias para com os filhos, e esta decisão apenas pode ser tomada com base em decisão judicial⁵³.

Não obstante a análise da relação entre pais e filhos ter sido até ao momento realizada sob o prisma dos princípios constitucionais centrados principalmente nos direitos dos pais, torna-se imperativo continuar a analisar os mesmos, tendo como principal foco agora os direitos das crianças.

Sendo, agora, a matéria constitucional também direcionada para os filhos, esta contém princípios de direito de família que afetam diretamente a relação entre pais e filhos, a saber:

- i. O direito de os filhos serem ensinados pelos pais, consagrado no n.º 5 do artigo 36.º, e no n.º 2 alínea c) do artigo 67.º da CRP;
- ii. O direito a que os filhos vivam com os pais, ou seja, o direito a não serem separados dos mesmos, previsto no n.º 6 do artigo 36.º da Constituição;
- iii. O direito de ser afastado dos pais, caso estes não cumpram as obrigações que lhes são confiadas, previstas no n.º 6 do artigo 36 da CRP;

E finalmente,

- iv. O direito à proteção quanto ao seu desenvolvimento global, previsto no n.º 1 do artigo 67.º da Constituição.

Assim sendo, a nossa Constituição parece atribuir à função pedagógica a importância de principal motor do poder paternal.

Com efeito, a maternidade e a paternidade são entendidas como “valores sociais eminentes”⁵⁴, tratando-se de “proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação”⁵⁵.

⁵³ Artigos 1915.o e 1918.o do Código Civil.

⁵⁴ Artigo 68.o, n.o 2 da CRP.

⁵⁵ Artigo 68.o, n.o 1 da CRP.

4.2. RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DEPOIS DA REFORMA DE 1977

A reforma do Código Civil pela Decreto-Lei nº 496/77 de 15 de novembro teve como principal bandeira o princípio da igualdade, à semelhança do que aconteceu com outros ordenamentos jurídicos europeus no início de 1970.

Tratando-se de uma consequência da Constituição de 1976, a reforma do Código Civil de 1977, colaborou não só para a constatação da evolução da família na sociedade⁵⁶, mas também para o facto de em certos aspetos se ter progredido relativamente “aos costumes sociais, pretendendo atuar pedagogicamente sobre eles”⁵⁷.

SOTTOMAYOR considera que se tratou de uma reforma “impulsionada por sentimentos de justiça em relação às mulheres e às crianças face a regimes jurídicos que consideravam o sexo e a idade como fatores determinantes de estatutos legais de inferioridade e de subordinação”⁵⁸.

No contexto das relações parentais, a reforma “institucionalizou a faceta funcional do chamado «poder paternal», tendo passado de poder (direito) a função (dever) e de poder exclusivo do pai, a autoridade conjunta da mãe”⁵⁹.

Trouxe, desta forma, um novo paradigma para o direito de família, essencialmente “o título do Código Civil relativo à filiação [foi] o mais profundamente alterado”⁶⁰.

A introdução da lei sobre a proibição de discriminação contra os filhos nascidos fora do casamento, bem como no casamento, o reforço e disposição legal da subordinação da autoridade dos pais aos interesses da criança (art. 1878, nº 1 do Código Civil⁶¹), o alargamento das razões de limitação das responsabilidades parentais (art. 1915, nº 2 do CC)⁶² e o reconhecimento da autonomia progressiva do filho menor (artigo 1878.º, nº 2 do CC).

⁵⁶ Ao eliminar institutos obsoletos como por exemplo as discriminações irracionais, bem como ao promover a igualdade no exercício das responsabilidades parentais entre pai e mãe, e ao combater a inferiorização da figura feminina na família, procurando uma legislação mais justa e equitativa.

⁵⁷ PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família..., ob.cit., p. 190. Na mesma linha de pensamento, vide, CLARA SOTTOMAYOR, “A Situação das Mulheres...”, ob.cit., p. 88-89, 97.

⁵⁸ CLARA SOTTOMAYOR, “A Situação das Mulheres...”, ob.cit., p. 94.

⁵⁹ HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, A Criança e a Família..., ob.cit., p. 163.

⁶⁰ MAGALHÃES COLLAÇO, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966”, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 31.

⁶¹ De agora em diante com a referência CC.

⁶² Com as alterações introduzidas pela Reforma de 1977, foi estabelecida uma cláusula geral que abrange tanto as causas objetivas quanto as causas subjetivas para a inibição das responsabilidades parentais. Vide, CLARA SOTTOMAYOR, “A Situação das Mulheres...”, ob.cit., p. 140-142.

As alterações apresentadas no quadro dos efeitos da filiação, ainda que não tenham provocado alterações na terminologia – mantendo-se do conceito de poder paternal – provocaram alterações significativas no seu conteúdo, titularidade e atuação⁶³.

No entanto, “a interpretação tradicional sobreviveu mesmo à ‘remodelação’ do instituto do poder paternal pela Reforma de 1977⁶⁴” e os mesmos ‘dogmas’⁶⁵ perturbaram a interpretação da nova perspectiva da posição do filho menor na família, desvalorizando a grande inovação de reconhecer a sua autonomia, e evitando automaticamente a discussão acerca dos limites que tal conceção do exercício das responsabilidades parentais trouxe, discussão essa que só recentemente ocorreu.

⁶³ Manteve-se a obrigação de obediência por parte dos filhos, mas enfatizou-se a crescente autonomia do filho menor de idade e o seu direito a ser ouvido nas decisões relativas a assuntos familiares de importância. Eliminou-se do texto legal o poder de correção, mantendo, em contrapartida, deveres mútuos de respeito, assistência e apoio entre pais e filhos. Isso contribuiu para o gradual desaparecimento da conceção das relações parentais e filiais como fortemente hierárquicas e para a emergência do modelo democrático de família.

⁶⁴ ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p. 165.

⁶⁵ ROSA MARTINS, fala em três dogmas: da incapacidade geral de agir do menor; do poder paternal como poder-substituição, e; da sujeição do filho menor aos pais, vide, *Menoridade...*, ob.cit., p. 165.

4.3. RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO CÓDIGO PENAL

A perspetiva adotada pelo sistema penal português trata-se de uma perspetiva racional, na qual o direito penal é entendido como cumprindo a função de proteção suplementar dos bens jurídicos que sejam dotados de dignidade penal.

Isto significa que o Estado deve seguir o princípio da não intervenção ou da intervenção mínima, utilizando o direito penal e as respostas punitivas apenas se se revelar absolutamente necessário e se o recurso a outras medidas ou meios se revelar insuficiente para resolver os litígios e para efeitos de prevenção geral e especial no domínio da política criminal⁶⁶.

Na visão de ANDRÉ LAMAS LEITE, esta intervenção deve ser fragmentária.

No entanto, o legislador cada vez mais utiliza as sanções penais como forma de garantir o cumprimento de normas jurídicas que pouco ou nada têm a ver com valores nucleares comunitários e nos quais o arsenal punitivo do direito penal geralmente piora o problema, em vez de o solucionar⁶⁷.

Já na opinião de MANUEL COSTA ANDRADE, ao nível transsistémico que confere racionalidade e legitimidade ao discurso da criminalização, a falta de tutela penal da expressão do princípio da subsidiariedade e da última ratio do direito penal.

O direito penal deve intervir apenas quando a proteção dos bens jurídicos não pode ser alcançada por meios menos prejudiciais à liberdade, aplicando-se este preceito também no que concerne às responsabilidades parentais.

A alegação sobre a carência de proteção do direito penal significa que a proteção do mesmo é adequada e necessária também para prevenir danos sociais e que a intervenção do direito penal num caso específico não cause efeitos secundários desproporcionalmente prejudiciais⁶⁸.

Segundo o Professor FIGUEIREDO DIAS, o direito penal (...) só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, sobretudo a não penal, se revelem insuficientes.

Afirma o autor que caso isso não aconteça, esta intervenção pode e deve ser acusada de violação do princípio da proporcionalidade, precisamente na forma de violação do princípio da proibição do excesso.

Isso ocorrerá, por exemplo, quando se determinar a intervenção penal para proteger bens jurídicos que podem ser adequadamente protegidos pela intervenção de meios civis (...), pelas sanções do

⁶⁶ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/03/2009, proc. 36/03.3GCTCS.C1., disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/79f9dc60815ace9d8025758900525bb5?OpenDocument>

⁶⁷ ANDRÉ LAMAS LEITE, O CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR UMA LEITURA DO REFORMADO ART.249.º DO CÓDIGO PENAL, JULGAR, Nº7, COIMBRA, COIMBRA EDITORA, 2009, PÁGS. 100.

⁶⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, A Dignidade e a Carência de Tutela Penal, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 1, fasc. 2, 1992, pág. 186.

direito administrativo (...). Da mesma forma, isso acontecerá sempre que se demonstrar a inadequação das sanções penais para prevenir determinados delitos (...)⁶⁹.

Sublinhando ainda o carácter subsidiário do direito penal, relevam as palavras de JOSÉ FARIA DA COSTA, quando afirma que “o direito penal só poderá intervir – isto é: apenas deverá chamar a si a tutela de certos bens jurídicos – quando outras formas de tutela (social ou normativa) se mostrem insuficientes para assegurar a sua proteção⁷⁰”.

Posto isto, estando perante um confronto entre normas de natureza cível e criminal, deve aplicar-se a primeira quando se trate de violações dos deveres parentais, sabendo que o próprio CC e o RGPTC fornecem os instrumentos para desencadear a aplicação do regime instituído para a tutela da responsabilidade parental.

Assim, as responsabilidades de natureza penal são acionadas apenas em última ratio, quando aquela se mostra insuficiente para proteger os interesses do menor e quando este se tratar do mecanismo mais eficaz de defesa dos valores jurídicos fundamentais do menor.

Não obstante, e apesar do carácter subsidiário do direito penal, muitas vezes é através dele que os interesses e direitos são melhor protegidos quando se trata de menores e do incumprimento das responsabilidades parentais.

Na prática jurídica, diariamente se encontram diversas situações para as quais é necessário convergir para encontrar a melhor solução, sendo que, deste ponto de vista, o artigo 249º CP representa aquele que melhor protege o interesse da criança.

Porém, a sua aplicação e interpretação requerem alguns cuidados a fim de excluir situações passíveis de tutela penal.

Em última análise, o direito penal deve intervir, em última instância⁷¹, na verificação do princípio da proporcionalidade⁷².

⁶⁹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral, Tomo I - questões fundamentais da doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 121.

⁷⁰ JOSÉ FARIA DA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 183.

⁷¹ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, Pr. 687/10.6TAABF.S1, relator: Henrique Gaspar, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>

⁷² “O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).» Acórdão do Tribunal Constitucional no 632/2008 de 23-12-2008, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>

Para além disso, o código penal, de acordo com o princípio da proporcionalidade, deve ainda respeitar o aspeto da proibição por defeito⁷³, mas também o aspeto da proibição do excesso, que “trata [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação 'calibrada' - de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”⁷⁴.

⁷³Neste sentido veja-se GOMES CANOTILHO quando refere que “existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a ed., Coimbra, Almedina, pág. 273.

⁷⁴Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de 23-12-2008, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>

4.4. AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA LEI AVULSA

Para além do Constituição da República Portuguesa e do Código Civil, a lei portuguesa dispõe de três diplomas especificamente vocacionados para a proteção de menores: o Regime Geral do Processo Tutelar Civil, a Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) e a Lei da Tutela Educativa.

Existem ainda outros diplomas, que configuram as obrigações do Estado na educação dos filhos, sendo estes a Lei de Bases do Sistema Educativo e o Estatuto do Aluno e Ética Escolar.

O RGPTC⁷⁵ no seu artigo 4.º prescreve que ao processo de tutela civil se aplicam os princípios fundamentais de intervenção previstos na LPCJP.

O artigo 4.º da LPCJP⁷⁶ estabelece o princípio do superior interesse da criança como primeiro princípio fundamental e basilar de intervenção, e o seu artigo 3.º estabelece a presunção de que a criança se encontra em risco, quando “sofre maus tratos físicos ou psíquicos”; quando “não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal”; e ainda quando “está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional”.

No seu artigo 4.º, a LTE⁷⁷ fornece uma lista exaustiva de medidas tutelares válidas, que variam por ordem crescente de gravidade, desde a repreensão ao internamento em centro educativo fechado.

A LTE, no seu art. 188º da Secção VI (Regime disciplinar), do Capítulo IV (Internamento em centro educativo), estabelece enquanto princípios gerais das medidas disciplinares às quais os internados possam ser sujeitos, o da Tipicidade das medidas disciplinares, que se encontra escalonado no art. 186º da LTE, e o princípio do respeito pela saúde tanto física como psíquica e pela dignidade do menor, que se encontra no art. 188º LTE, sendo que estabelece como proibição “...a aplicação de medidas que se traduzam em tratamento cruel, desumano, degradante ou que possam comprometer a saúde física ou psíquica do menor;” (nº 2 do art 186º LTE).

Este artigo, no seu número 2 e 3, respetivamente, estabelece ainda que “A aplicação de medida disciplinar não pode, em caso algum, de maneira direta ou indireta, traduzir-se em castigos corporais...;” e que “Nenhuma sanção disciplinar pode ser executada com violação do respeito pela dignidade da pessoa do menor”.

Já a LBSE⁷⁸, no seu Artigo 3º estabelece os princípios organizacionais do sistema educativo, afirmando que este se organiza de forma a, entre outras coisas, “a) Contribuir para a realização do educando, através do pleno desenvolvimento da personalidade, da formação do carácter e da cidadania, preparando-o para uma reflexão consciente sobre os valores espirituais, estéticos, morais e cívicos...; c) Assegurar a formação cívica e moral dos jovens;”.

⁷⁵ Regime Geral do Processo Tutelar Civil, Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&so_miolo

⁷⁶ Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

⁷⁷ Lei da Tutela Educativa, Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis

⁷⁸ Lei de Base do Sistema Educativo, Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1744&tabela=leis&so_miolo=

É ainda relevante mencionar que a EAAE estabelece, no artigo 7º, que entre os direitos dos alunos, se destacam para o tema em questão os de “a) Ser tratado com respeito e correção por qualquer membro da comunidade educativa...; j) Ver salvaguardada a sua segurança na escola e respeitada a sua integridade física e moral...;”.

No que diz respeito às medidas disciplinares, destaca-se o art. 24º EAAE que prevê que estas “...prosseguem finalidades pedagógicas, preventivas, dissuasoras e de integração, visando, de forma sustentada, o cumprimento dos deveres do aluno, o respeito pela autoridade dos professores no exercício da sua atividade profissional e dos demais funcionários, bem como a segurança de toda a comunidade educativa”.

Tratam-se de medidas disciplinares as presentes no nº 2 do art. 26º EAAE⁷⁹): “a) A advertência; b) A ordem de saída da sala de aula e demais locais onde se desenvolva o trabalho escolar; c) A realização de tarefas e atividades de integração na escola ou na comunidade, podendo para o efeito ser aumentado o período diário e ou semanal de permanência obrigatória do aluno na escola ou no local onde decorram as tarefas ou atividades, nos termos previstos no artigo seguinte; d) O condicionamento no acesso a certos espaços escolares ou na utilização de certos materiais e equipamentos, sem prejuízo dos que se encontrem afetos a atividades letivas; e) A mudança de turma.”

De importante menção é o facto de que em nenhuma das medidas ou princípios mencionados acima se encontra permitido o castigo físico, ou qualquer tipo de violência física.

O artigo 105.º do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade⁸⁰ explana ainda as medidas disciplinares que podem ser aplicadas ao recluso, desde a advertência escrita até à colocação em cela disciplinar, sendo que, uma vez mais, o uso de punição corporal não é permitido em nenhuma circunstância.

A meu ver, a análise destas leis torna-se imperativa para esta dissertação, atendendo ao facto de que em nenhum dos diplomas analisados anteriormente prescreve ou permite o uso da violência na função educativa ou de reinserção social.

Mais relevante é ainda o facto de que, para além de não autorizar, a LTE vem proibir expressamente o castigo corporal enquanto parte das medidas disciplinares nos centros educativos.

⁷⁹ Estatuto do Aluno e Ética Escolar, Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro, disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/51-2012-174840>

⁸⁰ Artigo 105º CEPML, Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis

5. CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Desde o início, é importante distinguir entre o conteúdo das responsabilidades parentais no plano pessoal e patrimonial.

Neste estudo, o propósito será apenas no conteúdo relativo à pessoa do filho menor de idade⁸¹, deixando de lado o património.

Destaco ainda a impossibilidade de elaborar uma lista completa e abrangente do conteúdo prático das responsabilidades parentais no plano pessoal.

Isso se deve ao fato de o conteúdo ser adaptável às necessidades do filho menor de idade, ao seu grau de desenvolvimento e às circunstâncias específicas em que este se encontra.

De acordo com LOBATO GUIMARÃES e ROSA MARTINS⁸², existem certos aspetos que compõem as responsabilidades parentais, embora, como mencionei anteriormente, seja impossível elaborar uma lista exaustiva devido à natureza moldável e adaptável dessas responsabilidades.

Esses aspetos encontram-se essencialmente no que está previsto no artigo 1878.º, n.º 1, do CC, que estabelece que “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação”.

Apesar da impossibilidade de elaboração de uma lista exaustiva, é possível detalhar o conteúdo do artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil, e identificar as principais áreas de atuação das responsabilidades parentais no âmbito pessoal.

Conforme LOBATO GUIMARÃES e ROSA MARTINS, podemos apontar como linhas de força⁸³ dessas responsabilidades o poder-dever de guarda, de vigilância, de cuidado com a saúde, de prover o sustento e de educação dos filhos.

⁸¹ Ficando excluídos da análise tanto o poder-dever de representação, como o poder-dever de administração dos bens do filho menor de idade.

⁸² ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p, 192.

⁸³ Mas não sendo esta uma lista taxativa, sabemos que as responsabilidades parentais, no plano pessoal, extravasam esta enumeração, podendo inclusive, apontar-se outros poderes-deveres, como os presentes nos art. 97.o, n.o 1, alínea a), art. 1875.o e 1876.o CC e art. 103.o CRegCiv, entre outros. Vide, sobre este assunto, ROSA MARTINS, *Menoridade...*, ob.cit., p, 197, e ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal...*, ob.cit., p. 75

5.1. O PODER-DEVER DE GUARDA

A doutrina faz uma distinção entre o poder-dever de guarda em sentido amplo e o poder-dever de guarda em sentido estrito.

O primeiro compreende o conjunto de poderes-deveres que formam a totalidade das responsabilidades parentais⁸⁴.

Já o segundo refere-se apenas ao poder-dever incluído no plano pessoal das responsabilidades parentais, que se concretiza na possibilidade de ter o filho em sua companhia (art. 36.o, n.o 6 CRP)⁸⁵ e de fixar a sua residência, exigindo que o filho permaneça lá (art. 1887.o, n.o 1 e 2 CC, art. 191.o a 193.o OTM e art. 249.o CP).

Dentro desse contexto, é importante destacar o poder-dever que os pais têm em fiscalizar e restringir as relações dos filhos com terceiros, embora esse poder-dever não seja ilimitado e esteja sujeito a restrições estabelecidas pelo Código Civil (art. 1887.o-A).

Essa norma foi introduzida pela Lei n.o 84/95, de 31 de agosto, que reconheceu o direito de convivência entre a criança menor de idade, seus irmãos e ascendentes⁸⁶.

⁸⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO utiliza o conceito amplo, *O Direito da Família...*, ob.cit., p. 291-292. Já ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal ...*, ob.cit., p. 74 e ss, adotou outro método, destacando nas responsabilidades parentais o dever-poder de educar e o dever-poder de zelar pela segurança e saúde. No mesmo sentido, CRISTINA DIAS, “A Criança como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção”, in *Julgar*, N. 4, 2008, p. 97.

⁸⁵ Do ponto de vista da criança, este dever-poder concretiza-se no direito a não ser afastada ou separada dos pais, exceto quando estes não cumpram os seus deveres e sendo sempre necessária uma decisão judicial, de acordo com o estabelecido no artigo 36.º, n.º6, da Constituição da República Portuguesa.

⁸⁶ O sistema legal anterior à introdução desta norma não previa qualquer solução. Existia uma lacuna, uma vez que a ordem jurídica não continha qualquer disposição sobre as relações entre avós e netos. Nos casos que surgiam, o pedido de reconhecimento desse direito era simplesmente negado, pois considerava-se que não existia um fundamento legal para o seu reconhecimento. Alternativamente, recorria-se a um mecanismo cuja aplicação era limitada. A Reforma do Código Civil de 1977 não introduziu qualquer alteração a este respeito, embora no ano seguinte, com o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, tenha sido introduzida uma disposição, no artigo 175.º, n.º1, que permitia a presença de avós e outros parentes na conferência de regulamentação do exercício do poder paternal. Contudo, permitir a presença não implicava reconhecê-los como titulares de um direito próprio e autónomo. Portanto, o único mecanismo que era considerado aceitável, embora ineficaz na maioria dos casos, para assegurar o convívio entre avós e netos era o previsto no artigo 1918.º do Código Civil, ou seja, sempre que a criança estivesse em perigo para a sua vida, saúde, segurança ou educação. Vide, ARMANDO LEANDRO, *Poder Paternal...*, ob.cit., p. 145-146. E também, CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, ob.cit., p. 194- 198; CRISTINA DIAS, “A criança como sujeito de direitos...”, ob.cit., p. 98.

Esse direito pode ser interpretado como um direito de personalidade da criança menor de idade de conviver com pessoas que sejam importantes na sua vida, como os seus ascendentes⁸⁷, irmãos e outras figuras de referência⁸⁸.

Considero ainda relevante mencionar aqui as mudanças terminológicas na noção de guarda e residência.

A Lei nº 61/2008, de 31 de outubro substituiu o conceito de guarda pelo conceito de residência, mas somente para fins de regulamentação das responsabilidades parentais.

Em termos interpretativos, poderíamos considerar a noção de residência como sendo apenas o poder-dever de determinar onde o filho menor de idade reside, enquanto a noção de guarda seria um conceito mais amplo como já analisado anteriormente.

No entanto, segundo SOTTOMAYOR⁸⁹, nada impede “considerar o conceito de residência idêntico ao de guarda”.

A autora considera desnecessário criar uma interpretação mais ampla ou mais restrita, dependendo se estamos a falar de guarda ou residência.

⁸⁷ Estamos perante uma densificação do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e historicidade pessoal presente no art. 26º CRP. “O direito subjetivo de a criança se relacionar com avós e irmãos é um direito de personalidade que tutela os aspetos mais íntimos da criança e exclusivamente seus (os seus sentimentos, afetos, projeções pessoais), que excedem aquilo que os outros, inclusivamente os seus próprios pais podem ditar-lhe ou impor-lhe”, CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, ob.cit. p. 198 (nota 478). Vide, também, ROSA MARTINS, PAULA VÍTOR, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, in *Julgar*, n. 10, 2010, p. 70..

⁸⁸ A doutrina tem evoluído neste campo e fala-se, não apenas em avós e irmãos, mas também em figuras de referência. De acordo com ROSA MARTINS e PAULA VÍTOR, a omissão do legislador não exclui a participação de terceiros, uma vez que existe o direito da criança à convivência com terceiros e figuras de referência. Esse direito encontra respaldo no superior interesse da criança. Vide CLARA SOTTOMAYOR, ob.cit. , p. 194 e p. 201, VÍTOR, ROBBINS, BASSET, *Statutory review of third party rights regarding custody, visitation and support*, in *FamLQ*, vol. XXV, no1, 1991, p. 18 e ss. E ainda, Conferência "O Direito da Criança à Convivência com Familiares e Outras Pessoas de Referência", disponível online em www.justicav.com

⁸⁹ Para uma pormenorização da questão, vide, CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício...*, ob.cit., p. 24-25

5.2. O PODER-DEVER DE VIGILÂNCIA

O poder-dever de vigilância decorre, em certa medida, do poder-dever de guarda, ou pelo menos estão tão interligados que é quase impossível mencionar um sem mencionar o outro.

O poder-dever de ter a companhia do filho traz consigo a necessidade implícita de controlar e vigiar, protegendo a integridade física e moral do filho.

Além disso, a proteção e a vigilância dependem da presença física do filho menor de idade no mesmo espaço que o pai/mãe, sendo apenas desta forma que este poder-dever pode ser exercido⁹⁰.

O poder-dever de vigilância inclui, igualmente, a obrigação de proteger o filho menor de idade contra riscos externos e também de si próprio⁹¹.

É importante destacar que existe o direito de vigiar a correspondência, sempre respeitando a privacidade do filho, considerando seu grau de maturidade e interesse (art. 1874º, nº1 e 1878º, nº 2 CC).

É possível argumentar que este direito de vigilância deve ser estendido não apenas à correspondência física, mas também à correspondência eletrônica.

⁹⁰ Na esfera jurídica dos pais, o dever-poder de vigilância é limitado quando os filhos não estão sob sua companhia. No entanto, é seu dever garantir e não negligenciar a vigilância sobre as pessoas a quem confiam os filhos. Vide, ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., p. 78 e 79.

⁹¹ Vide, CRISTINA DIAS, “A criança como sujeito de direitos...”, ob.cit., p. 98.

5.3. O PODER-DEVER DE MANUTENÇÃO OU SUSTENTO

O poder-dever de prover a manutenção dos filhos menores de idade está estreitamente relacionado com a obrigação alimentar dos pais em relação a esses filhos.

Essa obrigação alimentar é especial e decorre da relação de filiação, indo além das responsabilidades parentais.

Embora seja integrada por essas responsabilidades (art. 1878.o/1 CC), ela não se limita a elas e se encerra automaticamente com a maioridade ou emancipação do filho (art. 1877.o CC).

5.4. O PODER-DEVER DE VELAR PELA SAÚDE

De facto, o poder-dever de cuidado com a saúde do filho menor de idade está diretamente relacionado com o poder-dever de vigilância.

Os pais têm o dever de zelar pela saúde⁹² do filho, prevenindo doenças, levando-o a consultas médicas e administrando tratamentos prescritos por profissionais de saúde.

Isso implica um acompanhamento constante e vigilância para detetar quaisquer sinais de problemas de saúde e agir de forma adequada e rápida para solucioná-los.

Portanto, o poder-dever de cuidado com a saúde é uma extensão do poder-dever de vigilância e proteção da integridade física e mental do filho menor de idade.

O poder-dever de velar pela saúde do filho abrange, de forma geral, o cuidado com a alimentação⁹³, higiene básica e a garantia de cuidados médicos primários.

No entanto, de forma específica, este poder-dever assume outro papel no que diz respeito ao consentimento para intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos prescritos ao filho menor de idade.

Neste âmbito, os pais têm a faculdade de decidir pelo filho, o que significa que, em princípio⁹⁴, são os pais que autorizam a realização de intervenções e/ou tratamentos médicos.

⁹² Vide, ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., ob.cit., p. 79.

⁹³ Vide CRISTINA DIAS, “A criança como sujeito de direitos...”, ob.cit., p. 98

⁹⁴ No entanto, existem exceções que dispensam a autorização dos pais para atos médicos, tais como a aplicação de políticas de saúde pública, situações de urgência e perigo iminente para o menor, bem como situações em que o próprio menor de idade está apto a tomar decisões informadas sobre o tratamento médico. Além disso, em casos não urgentes, quando a criança menor de idade necessita de tratamento médico e os pais se opõem, o Tribunal de Menores pode, a pedido dos médicos envolvidos no tratamento, ao abrigo do artigo 19 do Código de Processo Civil, decretar a supressão do consentimento dos pais. Vide, DUARTE PINHEIRO, O Direito da Família..., ob.cit., p. 293, ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., ob.cit., p. 79.

5.5. O PODER-DEVER DE EDUCAR

Trata-se de um dos poderes mais comumente debatido entre os juristas que estudam o tema das responsabilidades parentais.

O poder-dever de educar o filho menor de idade é um elemento fundamental desse conjunto de responsabilidades que incumbem aos pais ou aos titulares do poder parental.

De facto, e seguindo o entendimento de LOBATO GUIMARÃES⁹⁵ e ROSA MARTINS⁹⁶, esse poder-dever de proteção é uma obrigação fundamental dos pais, que decorre diretamente do fato de que a criança ou o adolescente é uma pessoa em desenvolvimento e, portanto, vulnerável a diversos tipos de riscos e ameaças.

Nesse sentido, os pais ou titulares do poder parental devem estar atentos às necessidades do filho e tomar medidas para protegê-lo e cuidar de sua saúde física e emocional.

De acordo com o artigo 1878.º do Código Civil português, os pais têm o dever de "dirigir a educação dos filhos menores e prestar-lhes obediência, cuidados e vigilância".

Este poder-dever de educar é, portanto, composto por três elementos essenciais: direção, obediência e vigilância:

- i. A direção da educação dos filhos menores de idade implica que os pais devem definir e orientar o desenvolvimento do processo educativo, garantindo que os filhos adquiram os conhecimentos, as competências e os valores necessários para se tornarem adultos responsáveis e autónomos.
- ii. A obediência, por sua vez, implica que os filhos devem respeitar as normas e orientações definidas pelos pais em matéria de educação, de forma a garantir a continuidade e coerência do processo educativo.

E finalmente,

- iii. a vigilância implica que os pais devem estar atentos ao desenvolvimento dos filhos, detetando eventuais problemas e oferecendo-lhes o apoio necessário para ultrapassá-los.
Isto inclui, por exemplo, a supervisão das atividades dos filhos, o acompanhamento do seu desempenho escolar e o estabelecimento de regras de conduta.

O poder-dever de educar é, assim, um elemento essencial das responsabilidades parentais, pois permite garantir que os filhos menores de idade adquiram as competências e os valores necessários para se tornarem adultos responsáveis e autónomos⁹⁷.

O dever-poder de educar é a linha principal do conteúdo das responsabilidades parentais, como afirmado por ROSA MARTINS, visto que instrumentaliza os outros componentes dada a sua importância central.

⁹⁵ Cf. LOBATO GUIMARÃES, "Ainda sobre menores...", ob.cit., p. 196.

⁹⁶ Cf. ROSA MARTINS, "Menoridade, ...", ob.cit., p. 209 e ss.

⁹⁷ Cf. LOBATO GUIMARÃES, "Ainda sobre menores...", ob.cit., p. 196, ROSA MARTINS, "Menoridade, ...", ob.cit., p. 209 e ss, e BAPTISTA-LOPES e DUARTE-FONSECA, "Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos...", ob.cit., p. 232.

Com a diminuição da relevância da dimensão patrimonial dessas responsabilidades, devido à perspectiva da criança como um verdadeiro sujeito de direitos e sua subordinação ao seu interesse, o dever-poder de educar assumiu uma posição proeminente em nível nacional e supranacional.

O conteúdo deste poder-dever encontra-se estabelecido no artigo 1885º do CC, sob a epígrafe "educação".

Este artigo estabelece que cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, e proporcionar-lhes adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um, especialmente quando se trata de filhos com deficiência física ou mental.

Esta disposição legal é inovadora e não tinha precedentes no CC anterior à Reforma de 1977.⁹⁸

Deste modo, lembrando as palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "educar é (...) preparar o menor para a autonomia, para a independência (...) mas preparar para a vida numa sociedade civilizada, que tem regras necessárias de conduta individual e social"⁹⁹ e é realizá-lo integrando o filho nesse diálogo, envolvendo-o gradualmente na tomada das suas decisões.¹⁰⁰

Chegados a este ponto, é necessário fazer a distinção entre o poder-dever de educar em sentido amplo/lato e o poder-dever de educar em sentido estrito (*stricto sensu*).

No primeiro, incluem-se aspetos como a socialização da criança, o seu desenvolvimento físico, moral e intelectual, a aquisição de competências técnicas e profissionais, a assimilação de normas de conduta e comportamento, a sua formação religiosa, cívica, sexual e política¹⁰¹, bem como a sua preparação para a vida autónoma.¹⁰²

Já o poder-dever de educar em sentido estrito refere-se à educação propriamente dita.

Seguindo a decomposição do poder-dever de educar apresentada por Rosa Martins¹⁰³, é necessário distinguir entre educação propriamente dita, instrução escolar e formação técnica e profissional. No que diz respeito à instrução escolar, esta consiste no desenvolvimento técnico, intelectual e cultural dos filhos.

⁹⁸ Vide, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado..., ob.cit., p. 349-352.

⁹⁹ Vide Ibidem, ob.cit., p. 352.

¹⁰⁰ O art. 29.o da Convenção dos Direitos da Criança dispõe que educar a criança significa «preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena».

¹⁰¹ Também, ROSA MARTINS, “Menoridade, ...”, ob.cit., p. 210, e ARMANDO LEANDRO, “O Poder Paternal...”, ob.cit., p. 125.

¹⁰² Cf. DUARTE PINHEIRO, O Direito da Família Contemporâneo, ob.cit., p. 293

¹⁰³ Cf. ROSA MARTINS, “Menoridade, ...”, ob.cit., p. 210.

Desde há muito tempo, tornou-se uma tarefa partilhada entre pais e escolas¹⁰⁴.

Com as mudanças nas condições de vida causadas pela revolução industrial e pelo aumento da atividade laboral feminina, as escolas tornaram-se aliadas das famílias no cumprimento de uma tarefa que inicialmente cabia exclusivamente aos pais.

A chegada das escolas primárias contribuiu para um maior acesso ao conhecimento e uniformização do mesmo, aumentando gradualmente a igualdade entre as classes sociais.¹⁰⁵

Os pais e as escolas são considerados parceiros no exercício da instrução escolar, mas isso não significa que os pais estejam excluídos dessa função.

Cabe aos pais determinar o tipo de educação que os filhos vão receber, escolhendo o currículo escolar mais adequado, a escola pública ou privada, religiosa ou laica, artística ou técnica, e também as línguas que devem ser ensinadas aos filhos¹⁰⁶.

Essa determinação deve levar em conta as aptidões e inclinações do filho (art. 1885º, nº2 CC) e as disponibilidades económicas da família.

Embora os pais sejam obrigados a proporcionar aos filhos a instrução possível, de acordo com suas possibilidades financeiras (art. 1885º, nº1 CC), eles também têm direito a respeitar suas convicções religiosas e filosóficas ao escolher o tipo de educação que será ministrada aos filhos.

Isso é garantido pelo artigo 2º do Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo artigo 18º nº 4 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, que reconhecem o caráter prévio do direito dos pais à educação dos filhos.

No que diz respeito à formação técnica e profissional, esta consiste no desenvolvimento intelectual do filho para a aquisição de competências técnicas específicas e profissionais.

Nesta área, os pais e os institutos de formação profissional competem para fornecer essa formação.

Como se trata de uma formação diferente daquela promovida na educação escolar, a influência dos pais é menos incisiva, uma vez que a opinião e o projeto de vida do filho menor de idade começam a assumir uma forte preponderância.

No entanto, os pais ainda têm influência na escolha da profissão e da formação e na determinação do estabelecimento de ensino.

Neste âmbito, aplicam-se as mesmas restrições apresentadas acima, como a disponibilidade económica dos pais e as aptidões e inclinações do filho (artigo 1885.o do Código Civil).

¹⁰⁴ Com o aparecimento da escola pública, o poder-dever de educar passa a ser partilhado com os pais – “o Estado chama a si funções de formação escolar que cada vez mais ultrapassam a competência normal das famílias”, vide, BAPTISTA-LOPES e DUARTE-FONSECA, “Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos...”, ob.cit., p. 230-231.

¹⁰⁵ Vide, BAPTISTA-LOPES e DUARTE-FONSECA, “Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos...”, ob.cit., p. 230-231.

¹⁰⁶ ROSA MARTINS, “Menoridade,...”, ob.cit., p. 211, menciona a possibilidade de os pais poderem, “eventualmente decidir que o filho abandone os estudos, cumprida que esteja a escolaridade obrigatória”.

A educação propriamente dita consiste na “atividade dos pais orientada para a formação da consciência moral, social, religiosa, cívica e política do filho”¹⁰⁷ especialmente no que se refere à formação de sua personalidade quando ainda é menor de idade.

Existem duas questões que geram controvérsia neste contexto:

1) Educação religiosa¹⁰⁸:

Cabe aos pais decidir se desejam dar aos filhos uma educação religiosa ou secular. O Estado não deve nem pode interferir nessa questão.

Os pais escolhem a religião pela qual pretendem educar o filho e transmitem-lhe os ensinamentos correspondentes.

No entanto, a nossa ordem jurídica estabeleceu uma maioria antecipada ao atribuir ao filho que completar dezasseis anos a liberdade de autodeterminação religiosa (artigo 1886.º do Código Civil), permitindo-lhe escolher se deseja ou não continuar a sua educação religiosa, sem qualquer obrigação de obedecer aos pais enquanto ainda é menor de idade.

2) Educação Sexual¹⁰⁹:

Este é um assunto de particular importância. Ao contrário da educação religiosa, para a qual foi estabelecida uma disposição legal específica, e o legislador previu uma autonomia antecipada, ainda não foi o caso da educação sexual.¹¹⁰

Doutrinalmente, não parece haver qualquer dúvida de que a educação sexual é parte integrante do poder-dever de educar.

De facto, a preparação para a maturidade sexual¹¹¹ requer orientação e essa tarefa é incumbida principalmente aos pais.

No entanto, é um assunto intimamente relacionado à saúde e ao desenvolvimento da personalidade, refletindo-se numa dimensão pessoal. Portanto, deve haver um equilíbrio entre a orientação dos pais e a gradual e progressiva autonomia dos filhos menores de idade (conforme o disposto no art. 1878º, nº 2 do Código Civil).

¹⁰⁷ ROSA MARTINS, “Menoridade,...”, ob.cit., p. 211.

¹⁰⁸ Cf. ROSA MARTINS, “Menoridade,...”, ob.cit., p. 211 (nota 493), PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado..., ob.cit., p. 353-354.

¹⁰⁹ Cf. ROSA MARTINS, “Menoridade,...”, ob.cit., p. 211 (nota 493), ARMANDO LEANDRO, “Poder Paternal...”, ob.cit., p. 126, ABRANTES DUARTE, O poder paternal..., ob.cit., p. 87 e ss, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado..., ob.cit., p. 352, LOBATO GUIMARÃES, “Ainda sobre menores...”, ob.cit., p. 198-201. Todos estes autores sublinham o facto de a educação sexual estar compreendida no direito à educação

¹¹⁰ Por exemplo, LOBATO GUIMARÃES, refere na necessidade de “um reconhecimento expreso da lei de uma maioria sectorial”, vide, “Ainda sobre menores...”, ob.cit., p. 198.

¹¹¹ LOBATO GUIMARÃES, “Ainda sobre menores...”, ob.cit., p. 198.

Embora a educação sexual seja da responsabilidade dos pais, o Estado também tem o dever de cooperar na educação das crianças, conforme estabelecido no art. 67º, nº 2, alínea c) da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Além disso, podemos trazer para discussão o art. 67º, nº 2, alínea d) da CRP, que atribui ao Estado a função de proteger a família, no que diz respeito à liberdade individual, ao direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e meios que o assegurem, organizando e desenvolvendo as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

A conjugação desses dois artigos é importante porque, muitas vezes, o tema da educação sexual não é desenvolvido na família, por várias razões¹¹², desde logo porque ainda existe socialmente um certo pudor no tratamento deste assunto. Daí que, desde a década de 80, se tenham generalizado as consultas de Planeamento Familiar por todo o território nacional.¹¹³

Outra medida que tem sido discutida é a aplicação da educação sexual em meio escolar. Em 12 de agosto de 1999, entrou em vigor a Lei nº 120/99, de 11 de agosto, que reforçou as garantias do direito à saúde reprodutiva e que previu pela primeira vez a implementação de programas para a promoção da saúde e da sexualidade humana no Ensino Básico e Secundário.

Mais tarde, o Decreto-Lei nº 259/2000, de 17 de outubro, regulamentou a Lei nº 120/99, de 11 de agosto, fixando as condições de promoção da educação sexual e de acesso dos jovens a cuidados de saúde no âmbito da sexualidade e do planeamento familiar.

Infelizmente, esses programas de educação sexual nunca foram plenamente integrados nos currículos dos Ensinos Básico e Secundário, apesar dos aparentes esforços legislativos¹¹⁴ e criação de grupos de trabalho¹¹⁵.

A última novidade legislativa sobre o assunto foi a Lei nº 60/2009, de 6 de agosto, que estabeleceu novamente o regime de aplicação da educação sexual em meio escolar.

¹¹² Para aprofundamento, vide, PAUL MEREDITH, “Children’s Rights and Education”, in *Family Values and Family Justice*, Collected Essays in Law, Ashgate, 2010, p. 183-222, mas em particular sobre educação sexual, p. 210-220.

¹¹³ Vide, LOBATO GUIMARÃES, “Ainda sobre menores...”, *ob.cit.*, p. 193-201.

¹¹⁴ Vide, Despacho n.º 25 995/2005, de 16 de dezembro e Despacho n.º 2506/2007, de 20 de fevereiro.

¹¹⁵ Vide, Despacho n.º 19 737/2005, de 12 de setembro que ordenou a criação do Grupo de Trabalho de Educação para a Saúde por reconhecer “as dificuldades na sua aplicação nas escolas”.

6. ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA: O PODER-DEVER DE EDUCAR VS O PODER DE CORREÇÃO

O dever-poder educacional manifesta-se como a "principal força"¹¹⁶ das responsabilidades parentais.

No exercício deste dever, é incumbência dos pais ter sempre em mente o bem-estar dos filhos.

Partindo do princípio de que a educação verdadeira envolve o dever de educar e guiar a vida de um filho menor de idade, a questão que se coloca é a de saber como os pais podem exercer esse poder-dever de educar.

Primeiramente, é importante refletir sobre o dever de obediência dos filhos.

O artigo 1878º do Código Civil estipula que "os filhos devem obediência aos pais". Este dever de obediência é um componente fundamental das responsabilidades parentais.

No entanto, é vital entender que este dever não é independente por si só.

Pelo contrário, o dever de obediência não pode ser considerado isoladamente.

Deve ser abordado em conjunto com o progressivo ganho de autonomia por parte dos filhos.

A obrigação de obediência deve ser harmonizada com o desenvolvimento gradual da autonomia dos filhos, sendo necessário manter o equilíbrio certo. Nem ficar credor nem devedor.¹¹⁷

Por outras palavras, o dever de obediência não é um objetivo em si mesmo e não deve ser percebido dessa forma.

A colaboração esperada dos filhos não pode ser vista numa única dimensão, mas sim integrada numa variedade de fatores, como discernimento, maturidade, opinião e autonomia do filho menor.

Portanto, rejeito completamente a ideia de considerar os filhos menores numa perspetiva de submissão aos pais.¹¹⁸ A perspetiva que adoto vê os filhos menores como "pessoa numa posição de igual dignidade à dos pais"¹¹⁹.

Para contradizer esse raciocínio, é crucial ver a criança não como inferior ou superior aos pais, mas como estando no mesmo nível, onde a sua opinião, capacidades, desenvolvimento e maturidade são considerados nas decisões familiares.

Até à Reforma de 1977, o CC incluía explicitamente, no artigo 1884º, um poder de correção dos pais que permitia a aplicação moderada de castigos corporais como forma de corrigir comportamentos desobedientes e insubordinados dos filhos.

Tanto o Código de Seabra como o Código de 1966 "acreditavam que não havia educação possível sem severidade"¹²⁰.

¹¹⁶ ROSA MARTINS, *Menoridade...*, op. cit., p.167.

¹¹⁷ ARMANDO LEANDRO, "Poder paternal...", ob.cit., p. 127.

¹¹⁸ Vide, DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob.cit., p. 290

¹¹⁹ Vide, CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito da Criança*, ob.cit., p. 49-50.

¹²⁰ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito da Criança*, ob.cit., p. 33.

Com a reforma de 1977, esse poder foi eliminado do texto legal, seguindo a premissa de reduzir a natureza hierárquica e autoritária da relação filial¹²¹.

O desconforto com essa terminologia já havia sido sentido na Assembleia Constituinte da Constituição da República Portuguesa de 1976, que optou por não mencionar o poder de correção no artigo 69º, n.º 2 da CRP, estabelecendo uma proteção mais ampla da criança contra qualquer forma de abuso do poder parental.

A pergunta que permanece é se o poder de correção ainda é permitido no nosso sistema jurídico e, se sim, sob quais condições.

Embora o artigo 1878.º, n.º 2, do CC estipule que "os filhos devem obediência aos pais", o mesmo dispositivo indica também que os pais devem "de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida".

A questão em análise envolve a forma como este dever-poder educacional é concretizado, nomeadamente se os pais têm ou não um direito de correção.

Neste sentido existem opiniões bastante divergentes.

Na visão de FÁTIMA DUARTE "a educação de um menor não consiste unicamente no seu desenvolvimento intelectual, através da aquisição de conhecimentos técnicos e profissionais (...) consiste também na inculcação de valores morais e cívicos, essenciais para a vivência na sociedade".¹²²

A autora em questão entende como algo natural os pais recorrerem a um "poder de correção" quando os "comandos verbais dos progenitores" não conseguirem alcançar os seus objetivos, desde que tal seja feito "no interesse do menor"¹²³ e com moderação na aplicação de castigos físicos, entre outras medidas.

Na mesma linha de pensamento encontra-se a perspetiva de ARMANDO LEANDRO, que defende que o poder de correção dos pais permaneceu, sendo necessário que esse poder tenha uma natureza educativa. O autor rejeita qualquer caráter punitivo, enfatizando que esse poder deve ser exercido "dentro dos limites da autoridade amigável e responsável que a lei atribui aos pais e que, por isso, só pode ser exercida sem abusos, no interesse dos filhos e com respeito pela saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e autonomia"¹²⁴

Uma grande alteração legal concretizou-se na reforma penal de 2007, que efetivou a 23ª alteração ao Código Penal, e veio estabelecer disposições distintas para os crimes de maus tratos, violência doméstica e quebra das normas de segurança.

¹²¹Cf., CLARA SOTTOMAYOR, «Aquele que poupa na vara, estraga a criança», disponível <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Cristina-Dias-poder-correc%C3%A7%C3%A3o.pdf>

¹²² FÁTIMA DUARTE, O Poder..., op. cit., p.68

¹²³ FÁTIMA DUARTE, O Poder..., op. cit., pp.71 e 72

¹²⁴ Cf. ARMANDO LEANDRO, "A problemática da Criança Maltratada em Portugal. Alguns Aspetos Jurídicos e Judiciários" in RMP, Ano 9, N.º35 e 36 (Jul.-Dez.), 1988, p.62

Ficou estabelecido que não é necessário que os elementos que constituem o tipo legal de crime cumpram o requisito de reiteração¹²⁵ e intensidade, introduzindo-se uma agravante do limite mínimo da pena “se o agente praticar facto contra menor, na presença de menor”.

Adicionalmente, nos parágrafos 4, 5 e 6 do artigo 152º do Código Penal, foram também introduzidas penas acessórias - com destaque para a que está relacionada com o tópico em análise - como a suspensão do exercício do poder paternal, tutela ou curatela por um período de um a dez anos, levando em consideração a seriedade do ato cometido e o papel desempenhado pelo agente.

Assim, torna-se necessário esclarecer o que é classificado como um castigo legítimo e o que constitui maus-tratos, este último punível legalmente, de acordo com os artigos 152.º e 152.º-A do Código Penal.

Definir o significado de castigos corporais é uma tarefa desafiadora.

Uma possível definição de castigo físico refere o mesmo como “uma prática (por ação ou omissão), que tem usualmente como objetivo promover a correção, punindo ou reprimindo a indisciplina ou uma conduta que se considere incorreta, no sentido de induzir uma mudança de atitude ou comportamento”¹²⁶.

Acrescenta ainda que “a eliminação do CF de crianças requer mais do que mudanças legislativas, estando-lhe fortemente associados fatores cognitivos e culturais, relacionados com crenças partilhadas por cuidadores, crianças e até profissionais”¹²⁷.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, castigo corporal é caracterizado como "qualquer ação utilizando força física com a intenção de provocar algum grau de dor ou desconforto ainda que leve".

O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas expande esta definição, afirmando que castigo corporal compreende qualquer ação tomada com o propósito de punir uma criança, a qual, se direcionada a um adulto, seria considerada uma agressão injustificada.

Isso inclui qualquer uso de violência com a intenção de provocar desconforto ou dor, mesmo que seja de forma leve, assim como punições não físicas que se revelem cruéis, humilhantes e degradantes¹²⁸.

¹²⁵ A maioria da doutrina e jurisprudência considera que uma ação isolada de pouca gravidade “mesmo que in se configure uma infração criminal (p. ex., leve ofensa corporal ou injúria), não deve ser qualificada como um crime de violência doméstica ou de maus tratos”, Apud, TAIPA DE CARVALHO, Comentário..., op. cit., pp.518 e 519 2017), ainda NUNO BRANDÃO, “A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica” in JULGAR online (Nº Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores), Nº12, 2010, p.14 e ss.

¹²⁶ Cf. CISTINA RIBEIRO, AA.VV., “O castigo físico de crianças. Estudo de revisão” in RPDC, Ano 20, Nº22 (2011), p.57

¹²⁷ Ibidem, p.307

¹²⁸ Segundo o Comentário Geral n.º 8 “any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light. Most involves hitting (“smacking”, “slapping”, “spanking”) children, with the hand or with an implement – whip, stick, belt, shoe, wooden spoon, etc. But it can also involve, for example, kicking, shaking or throwing children, scratching, pinching, biting, pulling hair or boxing ears, forcing children to stay in uncomfortable positions, burning, scalding or forced ingestion (for example, washing children’s mouths out with soap or forcing them to swallow hot spices). In the view of the Committee, corporal punishment is invariably degrading. In addition, there are other non physical forms of punishment which are also cruel and degrading and thus incompatible with the Convention. These include, for example, punishment which belittles, humiliates, denigrates, scapegoats, threatens, scares or ridicules the child”.

Na prática, o castigo corporal abrange todas as ações que têm como objetivo infligir violência física em crianças, seja através de golpes com as mãos ou com o uso de objetos como cintos, chicotes, sapatos ou colheres de pau.

Além disso, também engloba ações como pontapear, abanar, atirar, arranhar, beliscar, morder, queimar, puxar cabelos ou orelhas, assim como forçar a adoção de posições desconfortáveis ou impor a ingestão de alimentos.¹²⁹

Em 2011, por meio da publicação do Comentário Geral n.º 13 pelo Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, foi definido o conceito de violência para incluir uma ampla gama de comportamentos, tanto físicos quanto psicológicos.

Isso engloba agressão, abuso, negligência, tratamento negligente, maus-tratos e exploração, incluindo casos de abuso sexual¹³⁰.

De facto, Straus e Donnelly¹³¹ realizaram uma distinção perspicaz entre castigos corporais e agressão física.

De acordo com os autores, os castigos corporais envolvem o uso da força com a intenção de causar dor, mas não lesões, com o objetivo de corrigir ou controlar o comportamento da criança.

A distinção crucial reside na ênfase na dor em vez de residir na lesão.

A meu ver, o poder-dever de educar não concede aos pais o direito “de ofender a sua dignidade, integridade física, psíquica e liberdade”¹³².

No entanto, isso não implica que estamos a adotar um sistema de educação totalmente livre, fundamentado numa compreensão excessivamente ampla da liberdade das crianças¹³³.

¹²⁹ Vide, Conselho da Europa «Abolishing corporal punishment of children: Questions and answers», dezembro 2007, disponível online em www.hub.coe.int. Na jurisprudência nacional encontramos alguns exemplos, como por exemplo no Ac. da Relação do Porto de 11 de julho de 2007, onde o pai agredia os filhos “puxando-lhes os cabelos, batendo-lhes com os nós dos dedos na nuca, desferindo-lhes pancadas na parte lateral dos músculos dos braços e na parte lateral externa das coxas, deixando-o sem qualquer reação”; e ainda no Ac. da Relação de Coimbra de 29 de janeiro de 2009, em que a arguida “os obriga a engolir comida à força, batendo ou dando palmadas na boca, mantendo a boca aberta e metendo uma colher com comida; os obriga a comer o que sai fora da boca, mesmo que caia no chão, mesmo que a criança tenha vômitos ou chore convulsivamente e expulse comida pelo nariz; os agride com estalos por deitar a comida para o chão” ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁰ “the term violence has been chosen here to represent all forms of harm to children (...) in conformity with the terminology used in 2006 United Nations study on violence against children, although the other terms used to describe types of harm (injury, abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment and exploitation) carry equal weight. In common parlance the term violence is often understood to mean only physical harm and/or intentional harm. However, the Committee emphasizes most strongly that the choice of the term violence in the present general comment must not be interpreted in any way to minimize the impact of, and need to address, non-physical and/or non-intentional forms of harm”, vide, General Comment No. 13 (2011), Committee on the Rights of the Child, disponível online em www.ohchr.org.

¹³¹ STRAUS, Murray A., DONNELLY, Michael, “Theoretical Approaches to Corporal Punishment”, in *Corporal Punishment of Children in Theoretical Perspective*, Yale University Press, New Haven and London, 2005.

¹³² CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 121

¹³³ Vide, CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 127, “a proibição de castigos corporais e de castigos humilhantes não significa a ausência de regras, numa família, nem provoca indisciplina ou uma educação sem limites. É possível a estipulação de regras na vida de uma família, assim como uma educação para a autorresponsabilidade, sem autoritarismo, num quadro em que a afetividade é o valor principal, aprendendo, neste contexto, as crianças, com maior naturalidade e sucesso, a pensar nos outros e nas consequências das suas ações”.

O objetivo é educar através da correção, em vez de recorrer à punição¹³⁴.

Isso implica que não eliminamos a necessidade de os pais repreenderem os filhos menores pelas suas falhas, de lhes ensinar regras e disciplina, mas sempre respeitando o direito dos filhos a uma educação sem qualquer forma de violência.

Conforme definido pelo Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, adotarei a expressão "castigos corporais" para englobar tanto os castigos físicos, como as formas não físicas de tratamento degradante e desproporcional.

¹³⁴ Sobre esta questão, SOTTOMAYOR considera que “não se diga, como reação, que a abolição do direito de correção dos pais, contribui para fomentar a falta de respeito pelos adultos e a violência de crianças contra adultos. Estes casos são estatisticamente muito mais raros do que a violência de adultos contra crianças, e não está provado que a causa do fenómeno seja a ausência de castigos por parte dos pais ou professores. Pelo contrário, a investigação revela que as crianças sujeitas a castigos corporais aprendem, não a respeitar os pais, mas a ter medo deles”, vide, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 128.

6.1. BEM JURÍDICO EM QUESTÃO

Em Portugal, o crime de maus-tratos foi introduzido pela primeira vez no Código Penal de 1982, sob a designação “Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”. Este crime passou por várias revisões, sendo a última em 2007, na qual foram, como já mencionado, criados os crimes autónomos de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal), Maus-tratos (artigo 152.º-A do Código Penal) e violação de regras de segurança (artigo 152.º-B do Código Penal).

O objeto de proteção desses crimes é, em geral, a dignidade humana e, mais especificamente, a saúde¹³⁵.

A saúde é um “bem jurídico complexo, que abrange a saúde física, psíquica e mental”. Esta pode ser prejudicada “por uma multiplicidade de comportamentos” que afetam a dignidade e que “dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança”. Tais comportamentos incluem injúrias, humilhações, ameaças, privação de liberdade e a omissão de cuidados de saúde, entre outros.

¹³⁵ Cf. TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2º Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.512

6.2. TEORIAS E SOLUÇÕES APRESENTADAS

A questão da legitimidade ou ilegitimidade da aplicação de castigos corporais por parte dos pais aos seus filhos é um tema que longe está de ser consensual no contexto do nosso Ordenamento Jurídico.

Neste contexto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência apresentam divergências.

Podemos identificar, de um lado, opiniões que contestam a prática de castigos corporais, defendendo que a solução adequada seria uma proibição absoluta por parte do nosso ordenamento jurídico.

No outro extremo, existem argumentos que, sob circunstâncias específicas e mediante o cumprimento de vários critérios, advogam a legitimidade dos castigos corporais aplicados pelos educadores, sendo que dentro deste último grupo, há também uma subdivisão.

Dentro dessa subdivisão, existem autores que defendem a não punição dos pais com base num direito de correção, considerando que esse direito justifica e exclui a ilicitude do comportamento, de acordo com o artigo 31º, nº2, alínea b) do Código Penal.

Por outro lado, há autores que sustentam que a solução deve ser abordada no âmbito do próprio tipo, excluindo de imediato a tipicidade do comportamento com base numa avaliação de conformidade social.

6.2.1. PROIBIÇÃO ABSOLUTA DA CONDUTA

Defendendo a proibição total da aplicação de castigos em crianças, destaca-se CLARA SOTTOMAYOR¹³⁶, que considera as "construções dogmáticas" perigosas, devido à dificuldade em criar critérios que definam "a natureza moderada ou socialmente adequada dos castigos", fazendo com que as crianças se tornem o único grupo na sociedade "que pode ser agredido sem que haja punição para os agressores".

A autora discorda da justificação destas condutas com base num direito de correção por parte dos pais, e questiona ainda mais a sua legitimidade com base num juízo de adequação social. A mesma coloca em dúvida se, no caso de papéis invertidos, seria "socialmente adequado ou legal, do ponto de vista penal, que um superior hierárquico desse uma bofetada a um subordinado, desse um tapa ou puxasse a orelha, porque ele chegou atrasado ao trabalho ou não cumpriu uma ordem ou diretriz", questionando se estaríamos a tratar as crianças como "cidadãs de segunda classe"¹³⁷.

Na sua perspetiva, "o direito dos pais de educar os filhos não inclui o direito de agredi-los, ofender a sua dignidade, integridade física e mental, ou a sua liberdade", referindo que se esse poder não existe entre adultos, "porque razão deveríamos ter o direito de castigar crianças"¹³⁸, especialmente quando, devido às suas características e limitações, são um grupo mais vulnerável na sociedade.

CLARA SOTTOMAYOR acredita no poder do afeto e do exemplo como as formas mais eficazes de educação, considerando ser inaceitável, nos dias de hoje, considerar o direito de correção como parte das responsabilidades parentais.

A autora enfatiza, ainda, que na Ordem Jurídica portuguesa não existe "qualquer poder de correção dos pais em relação aos filhos, ou qualquer direito de os castigar"¹³⁹.

Segundo a perspetiva de CLARA SOTTOMAYOR, a exclusão da ilicitude baseada num direito de correção dos pais, "mais não significa do que um vestígio cultural da antiga patria potestas do Direito Romano, que criou o entendimento das relações pais-filhos como relações de domínio"¹⁴⁰, e acrescenta que "a integridade física ou psíquica de uma criança, lesada pelo castigo dos pais, tutores ou representantes legais (...) não pode ser vista como um bem jurídico insignificante". Esta abordagem exclui "a aplicação da figura da adequação social ou da exclusão da ilicitude, devido à dor física e à humilhação que provocam"¹⁴¹.

A autora analisa esses comportamentos adotados pelos pais como "um sinal de impaciência", e declara que não é aceitável que "a ilicitude penal se inicie, apenas, com uma sova de cinto, de pau ou com a vergastada". Ela salienta que "mesmo castigos leves praticados de forma repetida, sem

¹³⁶ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, "Existe um poder de correção dos pais?" A propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-06" in *lex familiae- RPDF*, Ano 4, N° 7, 2007, p.112

¹³⁷ *Ibid.*, p.112

¹³⁸ *Ibid.*, p.121; CLARA SOTTOMAYOR, "A Situação...", *op. cit.*, p.139

¹³⁹ *Id.*, 2007, p.119

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.120

¹⁴¹ *Ibid.*, pp.123 e 124

justiça, e com expressão de raiva, por parte do adulto, rebaixam a autoestima das crianças, impedem a sua sensação de ser amada e a auto-percepção da sua dignidade humana”¹⁴².

CLARA SOTTOMAYOR considera, no entanto, que é justificável o uso de força física para afastar uma criança de uma situação de perigo¹⁴³, sempre mantendo a proporção na força aplicada. Neste contexto, está-se perante uma "medida protetora ou preventiva de danos" e não um castigo.

Segundo a autora, a “punição corporal representa mais um escape para as tensões dos adultos do que uma tentativa de educar as crianças”¹⁴⁴.

Para concluir, CLARA SOTTOMAYOR¹⁴⁵ enfatiza a necessidade “de uma medida legislativa específica que consagre uma proibição, precisa e direta, dos castigos”.

Destaca, ainda, que o objetivo dessa medida “não é a perseguição criminal dos pais, mas a atribuição de um valor mais profundo à dignidade das crianças como pessoas e a adequação da nossa ordem jurídica à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989”, concluindo que, “em matéria de direitos humanos, não devemos ceder aos costumes ou à cultura da população”.

¹⁴² Ibid., p.124

¹⁴³ CLARA SOTTOMAYOR refere como exemplos, a criança recusar-se a colocar o cinto de segurança, teimar em colocar os dedos nas tomadas, precipitar-se para fora de uma janela ou varanda, vide Ibid., p.124.

¹⁴⁴ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe...”, op. cit., p.126

¹⁴⁵ Ibid., pp.127 e 128

6.2.2. PERMISSÃO CONDICIONADA DA CONDUTA- TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA

A teoria da adequação social foi inicialmente desenvolvida por WELZEL e consiste no argumento de que as ações que historicamente se enquadram na ordem ético-social da vida em comunidade, sendo consideradas socialmente aceitáveis, não podem ser enquadradas como tipos criminais.¹⁴⁶ WELZEL enfatizou que “todos os tipos incriminadores têm de ser interpretados como contendo uma cláusula restritiva (implícita) de inadequação social, a qual conduziria a excluir do tipo de ilícito todas as ações que, embora formal e contextualmente o preenchessem, todavia não caem notoriamente fora da ordenação ético-social da comunidade”¹⁴⁷.

MARIA FARIA, que inicialmente defendeu o direito de correção como uma causa de justificação do comportamento, de acordo com o art. 31º nº2 al. b) do CP¹⁴⁸, posteriormente reconsiderou essa posição e refutou a mesma.

Atualmente, a autora sustenta que “a discussão em torno da legitimidade ou da ilegitimidade da aplicação de castigos a menores deixa-se influenciar de forma determinante pelas valorações sociais vigentes numa determinada sociedade e numa determinada época histórica”¹⁴⁹, apresentando duas críticas ao seu anterior pensamento.

Primeiramente, sustenta não parecer de “estruturar o ilícito penal em torno de um desvalor de resultado tal como se deixa depreender da afirmação segundo a qual o castigo do detentor do poder paternal lesa o bem jurídico tutelado pela norma penal”¹⁵⁰.

Para além disso, considera ainda, que o pai é detentor de um verdadeiro direito a “bater no filho”, afirmando que a “verdadeira justificação não vem do reconhecimento de um direito” mas antes “de uma ponderação mais complexa”, uma “valoração das circunstâncias em que ocorre a lesão dos bens jurídicos do menor”¹⁵¹.

Tendo em consideração que, atualmente, se trata de um juízo de adequação social da ação dos pais que afasta “a danosidade social associada à agressão sofrida pelos interesses do menor”¹⁵².

¹⁴⁶ Apud Ibid

¹⁴⁷ Apud FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.291

¹⁴⁸ Cf. MARIA FARIA, “A lesão da integridade física e o direito de educar- uma questão «também» jurídica” in *juris et de jure- Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1998, p.921

¹⁴⁹ Cf. MARIA FARIA, “O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JORGE RIBEIRO DE FARIA*, Coimbra Editora, 2003, p.608

¹⁵⁰ Ibid., p.619

¹⁵¹ Ibid., p.619

¹⁵² Ibid., p.619

Na perspectiva da autora, “a tipicidade traduz a constatação de que a imagem global da conduta coincide, pela sua gravidade e pelos seus contornos, com a imagem específica associada a um determinado tipo de crime”¹⁵³

Defende, ainda, que “a adequação social não se confunde com a justificação da conduta partindo da aceitação da autonomia formal entre a tipicidade e a justificação”¹⁵⁴, referindo que “uma conduta justificada não é socialmente adequada”¹⁵⁵. Uma vez que o tipo, ao enunciar o ato ilícito penal, não descreve nem é capaz de incluir ações socialmente aceitas, essas ações devem ser consideradas atípicas e, portanto, sem relevância jurídico-penal.

Ademais, considera a autora que “a adequação social corresponde à queda por inteiro do crime num primeiro momento”, mencionando que “onde intervém a justificação, o recorte do facto típico já foi identificado”¹⁵⁶.

Explica ainda, que “matar um homem em legítima defesa não é socialmente adequado”¹⁵⁷, neste ponto, já nos deparamos com um facto típico, tendo assim superado esta primeira etapa de “valoração da específica forma de comportamento vertida no tipo”¹⁵⁸, alcançando, desta forma, o momento “de identificação de um ponto de vista neutralizador ou justificador capaz de tornar aceitável perante o ordenamento jurídico a prática desse facto”, dando aso a uma “necessidade de recorrer à justificação, negando por consequência, e no fim da operação, o ilícito”¹⁵⁹.

A autora acrescenta ainda que “se uma conduta é socialmente adequada nunca se chegará a perguntar da consciência do ilícito por parte do seu autor, uma vez que o próprio preenchimento do tipo legal de crime não subsiste perante uma ausência completa e generalizada de consciência social do crime”¹⁶⁰.

Para além disso, “apenas se legitima falar de justificação quando a conduta praticada pelo agente corresponde ao sentido de desvaliosidade social que o tipo legal de crime incorpora ou traduz”¹⁶¹.

Na sua opinião “a lesão da integridade física do menor que ocorre no regular cumprimento da tarefa educativa não constitui uma conduta penalmente relevante”¹⁶².

¹⁵³ Cf. MARIA FARIA, “A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a Relevância do Simbolismo Social do Crime)” in Homenagem ao Professor PETER HUNERFELD, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p.331

¹⁵⁴ Ibid., p.331

¹⁵⁵ Ibid., p.334

¹⁵⁶ Ibid., p.300

¹⁵⁷ Ibid., p.300

¹⁵⁸ Ibid., p.299

¹⁵⁹ Ibid., p.300

¹⁶⁰ Ibid., p.299

¹⁶¹ Id., 2003, p.261

¹⁶² Ibid., p.617

Considera MARIA FARIA¹⁶³ que “a valoração global da conduta do educador que leva a afirmar um sentido social positivo penalmente relevante encontra ainda, à luz da nossa ordem jurídica, pontos de apoio legais, designadamente no art.1878º do Código Civil, que regula o conteúdo do poder paternal”, fazendo, portanto “assentar o juízo de adequação social da conduta do educador em determinados pressupostos subjetivos e objetivos”, que, de acordo com a situação específica em questão, devem ser satisfeitos para que se possa considerar que a aplicação de castigo físico pelo educador ainda é uma conduta compatível com os padrões sociais historicamente estabelecidos.

Primeiramente, e de uma perspetiva subjetiva, a autora considera que “o direito de correção apenas pode ser exercido por aqueles sobre os quais a ordem jurídica faz impender a correspondente obrigação de educar: os detentores do poder paternal, ou os tutores nos casos expressamente previstos na lei”¹⁶⁴. Seguidamente, é crucial que o agente atue ao abrigo de uma intenção educativa, sendo necessário “mover-se por um princípio estrito de obediência a uma ideia de formação da personalidade do menor e nunca com intuítos de vingança, por descontrolo ou raiva”¹⁶⁵.

Já no que concerne aos pressupostos objetivos, MARIA FARIA¹⁶⁶ afirma ser “necessário que exista uma razão educativa, um motivo para aplicação do castigo”, Sendo igualmente necessária proporcionalidade no castigo, a fim de garantir que se pare de “afirmar de igual modo a proporcionalidade do meio em relação à finalidade educativa visada”, sendo que se deve levar em consideração a idade, a natureza da falta cometida, a motivação subjacente, a intensidade e gravidade do castigo, bem como o local onde ocorreu, a constituição física e o nível de maturidade do educando¹⁶⁷, avançando “que existe uma proibição absoluta, independentemente de um juízo de proporcionalidade ou de ponderação, relativamente ao uso de determinados meios de correção, pela sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁸.

Ao fazer uma avaliação de proporcionalidade, é imperativo levar em conta a autonomia progressiva da criança em questões que a envolvem (conforme o art. 1878º/2 do CC), sendo que “o espaço de decisão e correção dos pais cada vez se restringe mais à medida que avança a idade do menor”¹⁶⁹.

Quando essas condições estão presentes e uma avaliação abrangente da conduta do educador é realizada, a autora considera que “poder-se-á ter o castigo aplicado ao menor como jurídico-penalmente irrelevante”¹⁷⁰ e desta forma, tomar-se a conduta do titular do poder paternal como “socialmente adequada e atípica, quer para o direito penal, quer para o direito civil”¹⁷¹.

¹⁶³ Ibid., p.624 e 625

¹⁶⁴ MARIA FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, Publicações Universidade Católica, Coimbra Editora, Porto, 2005, p.604

¹⁶⁵ MARIA FARIA, “A lesão...”, op. cit., p.925, e “O Castigo...”, op. cit., p.627 (NR 29).

¹⁶⁶ Ibid., p.627

¹⁶⁷ MARIA FARIA, comentário..., op. cit., p.323

¹⁶⁸ MARIA FARIA, “A Adequação...”, op. cit., p.609

¹⁶⁹ FARIA, “O Castigo...”, ob.cit., p.629

¹⁷⁰ Ibid., p.629

¹⁷¹ Cf. MARIA FARIA, *A Adequação...*, op. cit. pp.595 e 596

MARIA FARIA¹⁷² antecipa que uma das críticas frequentemente dirigidas à adequação social é a possível sobreposição da avaliação social sobre a avaliação jurídica presente no fato típico, enfatizando que esses são dois conceitos distintos - o social e o jurídico.

A autora contesta essa crítica, afirmando que é claro que o sentido jurídico tem primazia sobre o sentido social, atuando este último como um critério interpretativo.

A “valoração jurídica, é o critério ou regra de conduta que o legislador estabeleceu e que o tipo legal de crime incorpora”, mas “ser lida de acordo com o contexto em que o facto é praticado, e de acordo com os sentidos sociais vigentes num dado momento”¹⁷³, a fim de determinar a tipicidade ou atipicidade da conduta do autor.

MARIA FARIA conclui afirmando que “o sentido aplicável, o sentido que se indaga, não é o sentido social, mas o sentido normativo, o sentido jurídico, que apenas ganha significado e alcance onde é pensado face ao caso concreto”, no fundo averiguar se “o sentido jurídico já existente (...) se deixa cumprir face ao caso concreto”¹⁷⁴.

A mesma considera, ainda, que o abuso do meio de correção “apenas significa a perda da natureza socialmente adequada da conduta e o preenchimento dos tipos legais de crime a que corresponde a lesão do bem jurídico”¹⁷⁵, e apenas nos casos em que, “a agressão atinja um determinado nível de danosidade ou intolerabilidade social é que se pode sujeitar o seu agente a uma pena, pois que até aí nem sequer existirá tipicidade”¹⁷⁶.

Numa perspetiva oposta, FILIPE MONTEIRO¹⁷⁷ considera essencial “afastar a teoria da adequação social como causa de afastamento do tipo”, no seu ponto de vista, “a adequação social pode é funcionar como uma interpretação restritiva dos tipos penais, quando estes se expressem de uma forma demasiadamente ampla ou imprecisa, mas isto é uma análise fáctica que não pode contender com a validade geral, dada a sua relativa insegurança”.

FIGUEIREDO DIAS rejeita também a adequação social como causa para excluir o tipo, afirmando ter “dúvidas que assim se não vá longe demais”¹⁷⁸.

Segundo o autor, “de acordo com as concepções sociais hoje dominantes (...) toda a ação educativa deve processar-se através de condutas formalmente atípicas”.

Acrescenta, ainda, que “as condutas formalmente típicas em causa atingem (...) bens jurídicos do menor, nomeadamente, a sua integridade física, e não correm por isso no sentido da sua proteção ou realização”¹⁷⁹

¹⁷² Id., 2003, pp.621 e 622

¹⁷³ Ibid., p.622

¹⁷⁴ Ibid., p.622

¹⁷⁵ Id., 2005, p.610

¹⁷⁶ Id.,1998, p.907

¹⁷⁷ FILIPE MONTEIRO, O Direito..., op. cit., p.62

¹⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal..., op. cit., p.509

¹⁷⁹ Ibid., p.509

6.2.3. TEORIA BAGATELAR

Uma abordagem alternativa que também procura abordar a questão da legitimidade ou ilegitimidade da aplicação de castigos físicos a crianças pelos responsáveis pelo poder paternal no contexto da educação regular é a teoria ou princípio bagatelar.

Nesse contexto, considera-se a gravidade da lesão causada, com o objetivo de excluir sua tipicidade, aplicando-se um critério de dimensão ou de quantidade.

No entanto, esta teoria é alvo de severas críticas.

Na opinião de MARIA FARIA¹⁸⁰, o princípio bagatelar “não colhe face ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que o argumento da dimensão da ofensa nunca pode valer por si só, separado da análise das circunstâncias concretas em que se dá a lesão do interesse tutelado pela norma”. A autora acrescenta, ainda, que considera evidente que “um puxão de orelhas sem motivo é inegavelmente uma ofensa à integridade física”. A autora destaca a inegável complexidade em definir critérios quantitativos para determinar a gravidade relevante ou irrelevante de lesões para efeitos de imposição de sanções penais. Ademais, acrescenta que “o princípio bagatelar não substitui a adequação social, constituindo antes uma sub-espécie ou uma concretização da valoração abrangente da conduta que a adequação social significa”, sendo que deve apenas ser utilizado “como critério de determinação da medida da pena”¹⁸¹.

MARIA FARIA também adverte para os riscos associados à abordagem bagatelar, enfatizando o perigo de se correr o risco “de excluir do tipo legal de crime condutas justas e condutas injustas em plena igualdade de circunstâncias: acima de determinado limite de ofensa toda a atuação seria ilegítima, abaixo desse limiar tudo seria permitido”¹⁸².

No seguimento da linha de pensamento da autora, encontra-se FILIPE MONTEIRO, que considera que “as ofensas no corpo e na saúde do menor, provenientes dos castigos, para que atinjam a dignidade de proteção penal, não podem ser insignificantes, atento o papel de ultima ratio do direito penal”¹⁸³.

O autor complementa afirmando que na avaliação desses casos devem ser levados em conta critérios tanto objetivos “para aferir da gravidade das ofensas e dos seus efeitos”, como subjetivos “que atendem ao estado mental do agressor e da vítima”.

Considera ainda que se deve ter em conta “estados de cólera e exaltação desnecessários, bem como o grau de parentesco do agressor e o estado de desenvolvimento da personalidade e emocional do agredido”¹⁸⁴. O autor conclui, no entanto, ao afirmar que “acima da procura da punição penal impõe-se acelerar esta evolução social de contínuo caminhar para a não aceitação dos castigos corporais, infligidos a menores pelos respetivos educadores, como método pedagógico”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ MARIA FARIA, A Adequação..., op. cit., p.599

¹⁸¹ Id., 2013, pp.302 e ss.

¹⁸² Id., 2003, p.618

¹⁸³ FILIPE MONTEIRO, O Direito..., op. cit., p.58

¹⁸⁴ Ibid., pp. 58 e 59

¹⁸⁵ Ibid., p. 59

6.2.4. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE DA CONDUTA

De facto, permanecem incertezas quanto à inclusão do poder de correção no âmbito das Responsabilidades Parentais após a reforma de 1977 do Código Civil.

Esse poder é baseado em um direito-dever de educação dos pais (artigos 1878º e 1885º do CC).

No entanto, o artigo 1878º n.º2 do CC apenas menciona que os filhos devem obediência aos pais, não especificando como esse direito-dever de educação deve ser exercido.

A maioria da doutrina e jurisprudência, posição com a qual discordo, ainda interpreta o exercício do direito de correção como uma conduta legal, baseada na premissa de este ser “porque autorizado pela lei civil”¹⁸⁶.

Isto significa que, quando um pai aplica um castigo físico a seu filho, está a cometer um ato ilícito conforme o crime de Ofensa à Integridade Física Simples (artigo 143º do Código Penal), mesmo que seja um gesto leve, como um puxão de orelhas.

No entanto, apesar da aparente ilicitude desse comportamento, o artigo 31º, nos seus números 1 e 2 alínea b) do Código Penal, considera a exclusão da ilicitude do ato, tendo em conta o conjunto das normas vigentes, nomeadamente, quando o ato é praticado no exercício de um direito, o direito de correção.

Em conformidade com a maioria da doutrina, encontra-se FILIPE MONTEIRO¹⁸⁷, que considera que “quem cometer um facto previsto numa norma incriminadora, não comete necessariamente sempre um facto ilícito, pois pode haver alguma causa que a priori exclua a ilicitude desse facto”.

O autor acrescenta, ainda, este “é assim justificado porque o interesse protegido pela norma permissiva é considerado superior ao interesse protegido pelo tipo incriminador”, Isso permite que não ocorra a violação do princípio da unidade do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se mantém o princípio da subsidiariedade da lei penal (última ratio).

Contudo, e contrariando a posição anterior, segundo a perspectiva de FILIPE MONTEIRO, a reforma de 1977 implicou a extinção do direito de correção dos pais.

O autor considera que “em nenhum dos normativos (...) há qualquer referência explícita, ou implícita, ao direito de os pais agredirem os filhos”, sendo que na sua opinião, da expressão “dirigir a sua educação” apenas se conclui “o fundamento de um direito-dever de os pais orientarem ativamente (direito de correção) a formação da personalidade e aquisição de conhecimentos dos filhos”, e não a justificação para “as atitudes de correção agressivas”¹⁸⁸.

O autor, sustenta que do entendimento do “direito do castigo”, inerente ao “conteúdo do poder paternal” encontram-se, ainda, “resquícios das relações de domínio do antigo patria potestas romano”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ FILIPE MONTEIRO, O Direito..., op. cit., p.50

¹⁸⁷ Ibid., p.45 e 46

¹⁸⁸ Ibid., p.51

¹⁸⁹ Ibid., p.52

Contrariamente, FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁰, considera admissível “um direito de correção como justificação do facto” que poderá apenas ser exercido pelos pais e tutores.

Segundo o autor “o círculo de factos relativamente aos quais o exercício de um tal direito pode atuar tem que ver predominantemente com as ofensas à integridade física” ou com casos de violência doméstica e maus-tratos, e pode ainda “eventualmente a justificação ocorrer” nos factos típicos de “ameaças, coação e de sequestro”¹⁹¹, bem como injúria e violação de correspondência ou telecomunicações.

No entanto, ele argumenta que essa justificação só acontece quando três requisitos estão presentes, sendo um de natureza subjetiva, ocorrendo quando o agente age com “finalidade educativa e não para dar vazão à sua irritação, para descarregar a tensão nervosa ou, ainda menos, pelo prazer de infligir sofrimento ao dependente ou para lograr aquilo que apeteceria chamar um efeito de prevenção, geral ou especial, de intimidação”¹⁹².

Para além disso, são ainda necessários dois critérios de caráter objetivo.

O primeiro requer que o castigo seja “criterioso e portanto proporcional”, ou seja, que o mesmo seja leve, sem pretender alcançar a gravidade da infração cometida pela criança; o segundo exige que o castigo seja moderado, “nunca atingindo pois o limite de uma qualquer ofensa qualificada ou, de todo o modo, atentatória da dignidade do menor”¹⁹³.

Na perspectiva de TAIPA DE CARVALHO¹⁹⁴, a “eventual justificação” abrange não só os castigos corporais como também inclui não apenas os castigos corporais, mas também “outros eventuais castigos, nomeadamente as privações da liberdade”.

O autor acrescenta que mesmo que os castigos sejam aplicados com finalidade educativa, “tal não impede que eles (...) possam ser qualificados como crime”, pois um castigo grave “nunca poderá ser justificado”, salientando que, para a eventual justificação da conduta acontecer, é necessário levar em consideração “cada situação concreta”, para além de se encontrarem verificados quatro pressupostos, sendo estes a necessidade dos castigos físicos serem “necessários, adequados, proporcionais e razoáveis”¹⁹⁵.

PINTO DE ALBUQUERQUE apresenta pressupostos ainda mais rigorosos para que seja possível considerar que a ação do educador está amparada por uma causa de justificação, já que considera que “os pais e tutores têm excepcionalmente um direito de correção dos educandos, ao abrigo dos seus deveres gerais de educação e cuidado”¹⁹⁶.

O autor requer, em primeiro lugar, que o exercício do direito de correção pelos pais seja motivado por uma “ação voluntária muito grave do educando”.

¹⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, op. cit., p.506

¹⁹¹ *Ibid.*, p.506

¹⁹² *Ibid.*, p.506

¹⁹³ *Ibid.*, pp.506 e 507

¹⁹⁴ TAIPA DE CARVALHO, *Comentário...*, op. cit., p.520

¹⁹⁵ *Ibid.*, 521

¹⁹⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, op. cit., p.142

Esta gravidade “por ela ser dirigida contra bens jurídicos protegidos pelo próprio direito penal”. Por outras palavras, o autor argumenta que a justificação da conduta do educador só ocorre quando o castigo é uma resposta a um ato que resultaria em responsabilidade criminal para o menor se ele fosse considerado imputável.

Para o autor, é “dever do educador cuidar por que o castigo transmita a censura ético-social associada ao comportamento do educando, de modo a que ele não o repita no futuro”.

Isso exclui “castigos por faltas do educando que não lesem bens jurídico-penais”, como exemplificado pelo autor com “uma estrita desobediência aos pais”.

Para além disso, PINTO DE ALBUQUERQUE requer ainda que a ação realizada pelo menor seja voluntária, enfatizando que “não sendo admissível o castigo de menores de tão tenra idade ou com debilidade mental que não percebam o sentido do ato que praticaram”.

Em terceiro lugar, estipula que o castigo somente deve ser aplicado “depois de prévia advertência do educando”.

Em quarto lugar, o autor declara que o castigo deve ser de natureza não física.

Finalmente, ele estabelece que somente “só diante da reiteração do comportamento do educando se pode excecionalmente recorrer à ofensa à integridade física simples” enquanto se exclui sempre “uma ofensa corporal grave do educando”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Ibid., p.143

6.2.4.1 CONTRA-ARGUMENTOS ÀS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE DA CONDUTA

A meu ver, as causas de ilicitude de conduta, bem como as permissões condicionadas da mesma não dão uma resposta adequada à temática dos castigos físicos, visto que parecem permitir aquilo que, na minha perspetiva, legalmente é proibido.

De facto, culturalmente, existe uma conceção dominante que afirma que disciplinar as crianças também inclui a utilização de métodos mais ou menos violentos de educação. No entanto, esta é uma suposição errada.

Na minha opinião, associar o conceito de disciplina com castigos corporais ou outras abordagens educacionais degradantes, contribui para a permanência do uso de métodos educativos violentos.

A meu ver, ensinar e promover autocontrolo e comportamentos aceitáveis são aspetos fundamentais da disciplina de uma criança em todas as culturas.

A disciplina desempenha um papel crucial na educação, crescimento, desenvolvimento e maturidade de uma criança.

No entanto, é importante ressaltar que a mesma não deve ser alcançada através de métodos impositivos e temerosos.

O transmitir das regras de conduta, princípios de civilidade e respeito por outros pode e deve ser feito sem a necessidade de recorrer a métodos violentos por parte dos pais ou cuidadores.

Nesse contexto, surge o conceito emergente da "parentalidade positiva"¹⁹⁸, também conhecido como "disciplina positiva"¹⁹⁹, que se origina da Sociologia e Psicologia. Esse conceito oferece uma alternativa à disciplina baseada na violência²⁰⁰.

O castigo, ao longo de tempos²⁰¹, encontra-se ligado à noção de disciplina e pode ser descrito como a “prática (por ação ou omissão), que tem usualmente como objetivo promover a correção, punindo ou reprimindo a indisciplina ou uma conduta que se considera incorreta, no sentido de promover uma mudança de atitude ou comportamento”²⁰².

SOTTOMAYOR refere, ainda, que “o castigo pressupõe uma transgressão ou desobediência anterior da criança e uma punição do adulto, efetuada a posteriori”²⁰³.

¹⁹⁸ Vide, RICARDO BARROSO, “O Controlo e a Disciplina na Regulação do Comportamento de Crianças e Jovens”, in *Psicologia, Educação e Cultura*, Vol. XV, N. 2, 2011, p. 245-256; RICARDO BARROSO, CARLA MACHADO, “Definições, dimensões e determinantes da parentalidade” in *Psychologica*, N. 52, 2011, p. 211-230.

¹⁹⁹ Na definição apresentada pelo Comentário Geral n.º 8 (2006) do Comité dos Direitos das Crianças, a disciplina positiva abrange a ideia de que o desenvolvimento saudável das crianças depende da orientação e direção dos pais e/ou outros adultos, alinhados com as capacidades gradualmente crescentes da criança, apoiando, assim, o seu crescimento em direção a uma integração responsável na vida em sociedade.

²⁰⁰ vide, JOAN DURRANT, *Positive Discipline. What is and how to do it*, Save the Children Sweden, 2nd edition, 2011, disponível online em <https://www.scirp.org/%28S%28czech2tfqyw2orz553k1w0r45%29%29/reference/referencespapers.aspx?referenceid=2653995>.

²⁰¹ e, CRISTINA RIBEIRO, WILSON MALTA, TERESA MAGALHÃES, “O castigo físico de criança: Estudo de revisão”, in *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, Ano 20, n.º 22 (2011), p. 58.

²⁰² Vide, CRISTINA RIBEIRO, WILSON MALTA, TERESA MAGALHÃES, “O castigo físico de criança: Estudo de revisão”, in *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, ob.cit., p. 57

²⁰³ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 124.

Segundo MAGALHÃES, o castigo subdivide-se em tipos: impositivos²⁰⁴, restritivos²⁰⁵, corporais ou físicos e acrescido ainda, psicológicos.

Outro argumento que fortalece a perspectiva da proibição completa dessa conduta, é o do poder-dever de vigilância, como já referido anteriormente.

Além disso, é importante considerar o dever abrangente de vigilância, que também engloba o poder-dever de garantir a saúde do filho menor de idade.

Uma das principais funções dos pais é salvaguardar os seus filhos menores de idade de ameaças externas. Afinal, isso constitui a essência e a finalidade fundamental das responsabilidades parentais. A relação de dependência crucial entre pais e filhos durante os primeiros estágios da vida é o contexto onde esse poder-dever é mais evidente.

À medida que o filho se desenvolve gradual e progressivamente, essa responsabilidade tende a diminuir até eventualmente desaparecer por completo.

Portanto, é responsabilidade dos pais supervisionar e assegurar a saúde e segurança de seus filhos menores de idade.

Compete aos mesmos assegurar a integridade do filho, tanto física quanto psicologicamente.

Isso implica que os pais devem defendê-lo de terceiros que possam ameaçar sua pessoa ou seus direitos de personalidade.

Isso também engloba o direito de supervisionar as relações do filho menor de idade com terceiros, quando for evidente que o interesse superior do filho menor de idade está em jogo.

Frequentemente, a salvaguarda do bem-estar do menor envolve restrições à sua liberdade e, em certos casos, até a aplicação de punições corporais leves.

Na minha visão, o uso de punições corporais leves para proteger a integridade física de uma criança é aceitável, desde que determinados objetivos sejam cumpridos.

Dentro do âmbito do poder-dever de vigilância, os pais têm a obrigação de salvaguardar seus filhos menores de idade de ações ou omissões que possam colocar em risco a sua integridade física ou moral.

Isso abrange a responsabilidade de proteger os filhos até de si mesmos.

Por exemplo, uma mãe ou pai que dê um pequeno estalo na mão do filho de 6 anos que está a brincar com uma faca de cozinha, ou que empurre ou puxe o filho de 10 anos para evitar que ele corra perigo ao atravessar a estrada para buscar uma bola, não está a agir de forma inadequada.

No entanto, é crucial ajustar o uso da força de maneira a evitar um perigo iminente e de forma proporcional.

O uso justificado da força para proteger um filho de um risco iminente para a sua integridade física ou psicológica deve ser adequado e proporcionado para evitar que o perigo se concretize.

²⁰⁴ Aquele que coloca a pessoa a passar por algo de penoso ou oneroso.

²⁰⁵ Aquele que restringe a realização de uma determinada atitude.

Nesse contexto, não estamos a lidar com um castigo, mas sim com uma medida de proteção ou prevenção de danos²⁰⁶.

²⁰⁶ Sigo a mesma posição de CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...” , ob.cit., p. 124, onde a autora considera que “a força física só será lícitamente usada, se não exceder a proporção exigida pela necessidade de afastar a criança do perigo”.

6.2.5. LEGITIMIDADE ATIVA NA APLICAÇÃO DE CASTIGOS FÍSICOS

Para que a imposição de castigos a crianças possa ser considerada legítima, é imperativo, como requisito subjetivo, que o executor do castigo detenha o direito-dever de educação, isto é, que exerça as responsabilidades parentais e assuma o dever de educar²⁰⁷.

Desta forma, torna-se pertinente indagar sobre a viabilidade de se considerar como legítimos os castigos aplicados por indivíduos que não detêm a prerrogativa das responsabilidades parentais²⁰⁸.

Com efeito, não se pode considerar legítima a imposição de castigos por parte de indivíduos que não detêm a responsabilidade parental²⁰⁹.

No entanto, há circunstâncias em que se pode argumentar, conforme coloca PAULA FARIA, que existe uma "transmissibilidade" desse direito-dever de educação para determinadas pessoas²¹⁰.

Este é o caso dos avós que cuidam da criança quando os pais se encontram a trabalhar. Trata-se de indivíduos que participam ativamente na educação das crianças e em quem os pais depositam confiança²¹¹, levando a autora a considerar que se deve admitir “a legitimidade da conduta com fundamento numa certa medida de transmissibilidade de poderes de correção, e na sua valoração social, que pode não ser muito diferente daquela que merece a atuação dos pais em determinadas circunstâncias”²¹².

A autora argumenta que certas pessoas, como os avós, desempenham um papel ativo na educação das crianças, o que pode tornar legítima a imposição de castigos por elas, desde que se cumpram os requisitos apropriados.

De facto, frequentemente, os próprios pais, ao confiarem os cuidados das crianças a indivíduos específicos, como os avós, podem estar a conferir implicitamente autorização para que lhe sejam aplicadas as medidas educativas que se mostrem necessárias.

A autora considera que a solução mais adequada seria a ilegitimidade dos castigos impostos por pessoas que não detenham a responsabilidade parental, uma vez que está em jogo a “transmissão de poderes de disposição sobre a integridade física ou outros bens de natureza pessoal do menor”²¹³.

²⁰⁷ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da Lei Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005, p. 604

²⁰⁸ É relevante mencionar que, em Portugal, conforme estipulado pela Lei n.º 30/2002, de 20 de dezembro, é expressamente vedada a imposição de castigos físicos e psicológicos por parte dos professores.

²⁰⁹ FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário do artigo 143º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*, Tomo I, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 320;

²¹⁰ *Idem*, 321.

²¹¹ Cfr. No Acórdão do TRC, de 28 de janeiro de 2009, é afirmado que, embora a doutrina admita, em situações específicas, a transferência do direito-dever de educação, essa delegação só será viável quando envolver “pessoas próximas da criança e que gozem da confiança pessoal dos pais”.

²¹² FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário do artigo 143º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, dirigido por FIGUEIREDO DIAS, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.321

²¹³ FARIA, Paula Ribeiro de, “O Castigo Físico dos menores no Direito Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.625.

No entanto, considera que “o que em termos lógicos (...), ou numa linha de consideração estritamente dedutivo-formal, nos parece ser a solução interpretativa mais correta, não o é decerto, sob o ponto de vista de uma valoração global da conduta típica capaz de atender à realidade e às necessidades da vida”²¹⁴. Portanto, certos castigos aplicados, por exemplo, pelos avós, devem ser considerados socialmente apropriados, o que exclui a sua tipicidade.

No que diz respeito à viabilidade de se recorrer à presunção de consentimento dos pais para justificar o ato de castigo, concordo com a opinião de PAULA FARIA. A utilização do artigo 39º/2 do Código Penal, o qual estipula que “há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado” não parece ser a solução mais correta²¹⁵

Apesar de não concordar com a permissão da utilização dos castigos físicos em qualquer circunstância, darei a minha opinião neste tópico, tendo em consideração que a maioria da doutrina considera ainda aceitável a aplicação dos mesmos, enquanto elemento abrangido pelo dever de educar dos pais.

Sendo assim, e de forma a atenuar a excessiva permissibilidade que, a meu ver, existe nesta matéria, partirei do pressuposto que o nosso ordenamento jurídico permite legalmente a prática de castigos físicos, apesar de, ao longo desta tese, demonstrar exatamente o contrário, para que, a ser aceite, à mesma sejam impostas barreiras mais sólidas e intransponíveis.

Desta forma, e no contexto da transmissibilidade da prática do dever de correção, estou de acordo com a autora quando ela afirma que, dado que não pode haver uma transmissão legítima do direito-dever de educação, a um castigo imposto, por exemplo, por uma avó, sendo que “penalmente irrelevante é tão só a consideração da sua adequação social tendo em conta as circunstâncias, das quais faz parte a vontade dos pais do menor”²¹⁶

Neste contexto, corroboro a posição de Paula Faria, uma vez que considero ser prejudicial para os direitos e dignidade das crianças equiparar a possibilidade de aplicação de castigos por parte dos pais e por terceiros. Na realidade, é comum existirem laços afetivos e uma relação de amor muito mais forte entre uma criança e os seus pais do que entre a criança e terceiros. Aliás, muitas vezes, não há qualquer relação de afeto ou carinho²¹⁷ entre essas terceiras pessoas e a criança.

Entendo que o direito-dever de educação dos pais é mais abrangente do que o dessas terceiras pessoas, previstas no artigo 1907º e, até mesmo, do que o dos tutores (artigo 1935º do Código Civil).

No entanto, uma vez que o tutor, na maioria das vezes, é uma pessoa próxima da criança que mantém com ela uma relação afetiva ou mesmo familiar, considero que o seu direito-dever de educação deve ser mais amplo do que, por exemplo, o do diretor de uma instituição de

²¹⁴ Idem, p. 626

²¹⁵ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da Lei Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005, pp. 606 e 607.

²¹⁶ Idem, p. 607

²¹⁷ Idem, p. 605

acolhimento, que, geralmente, tem uma relação menos próxima com as crianças sob sua supervisão²¹⁸.

As circunstâncias e os contextos em que os castigos são aplicados variam, o que implica que o alcance e o conteúdo da faculdade de aplicação de castigos não podem ser os mesmos.

²¹⁸ Idem, p. 605; FARIA, Paula Ribeiro de, “A lesão da integridade física e o direito de educar – Uma questão “também” jurídica”, in *Juris et de Jure* – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1998, p. 914; FARIA, Paula Ribeiro de, “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art. 152º do Código Penal”, *Comentário ao Acórdão do STJ de 05-04-06*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 2, Abril-Junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 335

6.3. DISPOSIÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE OS CASTIGOS FÍSICOS

No contexto das disposições internacionais no seio do sistema das Nações Unidas, destaca-se o Comité dos Direitos da Criança, encarregado da supervisão da implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), tratado de manifesta pertinência para a matéria em apreciação e que foi ratificado por Portugal em 21 de setembro de 1990.

O Comité dos Direitos da Criança tem expressado preocupação relativamente à prática de castigos corporais em crianças desde os estágios iniciais do seu mandato, preconizando de forma constante a proibição integral de qualquer forma de castigo físico.

Uma pesquisa efetuada na base de dados do Índice Universal dos Direitos Humanos, promovida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, possibilita identificar mais de quinhentas recomendações sobre este tema, dirigidas aos Estados Partes de todas as regiões do mundo, desde o ano de 2007²¹⁹.

Em 2007, o Comité, no Comentário Geral n.º 8²²⁰, foi inequivocamente claro quanto à exigência da proibição dos castigos corporais em qualquer circunstância, afirmando que “eliminá-los [castigos corporais de crianças], na família, escolas ou outros ambientes, não é apenas uma obrigação dos Estados Partes à luz da Convenção. É também uma estratégia fundamental para reduzir e prevenir todas as formas de violência na sociedade”²²¹.

Já em 2011, o Comité emitiu o Comentário Geral n.º 13, o qual analisou o art. 19.º da CDC²²², considerando que a “frequência, gravidade do dano, e intenção de causar dano, não são pressupostos da definição de violência. Os estados partes podem referir-se a esses fatores em estratégias de intervenção com vista a permitir resposta proporcional no superior interesse da criança, mas as definições não podem, em caso algum, erodir o direito absoluto da criança à dignidade humana e à integridade física e psicológica, ao descreverem algumas formas de violência como legalmente e/ou socialmente aceitáveis”²²³.

O Comité afirmou que o princípio do "superior interesse da criança" não pode ser invocado para legitimar práticas que violem a dignidade humana e o direito à integridade física da criança, o que inclui os castigos corporais.

²¹⁹ Índice Universal de Direitos Humanos o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos que pode ser consultado em <https://unric.org/pt/o-que-sao-os-direitos-humanos/>.

²²⁰ É importante notar que o Comité elabora comentários gerais fundamentados nos artigos e disposições da Convenção, com o propósito de fomentar a sua aplicação mais eficaz e de apoiar os Estados Partes no cumprimento das suas responsabilidades no que concerne à apresentação de relatórios., cfr. <https://www.refworld.org/docid/460bc7772.html>.

²²¹ Comité dos Direitos da Criança, General Comment No. 8 (2006), The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), doc. CRC/C/GC/8*, disponível in <https://www.refworld.org/docid/460bc7772.html>.

²²² “Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano, abandono ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.”

²²³ Comité dos Direitos da Criança, General Comment no. 13, The right of the child to freedom from all forms of violence, doc. CRC/C/GC/13, p. 8, disponível in <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral13.pdf>.

Desta forma, é possível concluir que a Convenção sobre os Direitos da Criança não admite qualquer forma legal de violência contra as crianças.

A UNICEF considera que, independentemente da natureza, todas as formas de castigos corporais violam os direitos das crianças. É importante notar que os cuidadores, muitas vezes, não recorrem à disciplina violenta com a intenção deliberada de causar dano ou lesão na criança. Por vezes, isso decorre de raiva e frustração, falta de compreensão do potencial dano que pode causar ou de pouca familiaridade com métodos não violentos de disciplina²²⁴.

Em conformidade com o artigo 17.º da Carta Social Europeia Revista, cuja implementação é monitorizada pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais, e que está em vigor em Portugal desde 1 de julho de 2002, os Estados Partes comprometem-se a adotar “proteger as crianças e adolescentes contra a negligência, a violência ou a exploração”.

²²⁴ Cfr. <https://www.unicef.org/brazil/media/6276/file/30-anos-da-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.pdf>

6.3.1. RATIFICAÇÃO DAS DIRETRIZES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – FALHA NO CUMPRIMENTO

Com a Reforma de 1977 do Código Civil, o legislador civil português escolheu eliminar do conteúdo das responsabilidades parentais a faculdade de aplicar castigos moderados aos filhos. No entanto, não explicitou expressamente a sua proibição.

Coube ao legislador penal, por meio da 23.ª alteração ao Código Penal, criar um crime autónomo de maus-tratos.

Esta modificação no Código Penal possibilitou que Portugal se alinhasse com os Estados-Membros da União Europeia que adotaram a proibição do uso de qualquer forma de violência na educação das crianças.

No entanto, a simples supressão ou omissão do poder de correção do âmbito jurídico-civil deixou de ser suficiente.

A primeira advertência acerca do uso de violência na educação das crianças surgiu em 23 de outubro de 2003, quando a Organização Mundial Contra a Tortura (OMCT) formalizou uma queixa coletiva perante o Conselho da Europa contra Portugal.

Alegava-se que Portugal estava em transgressão do disposto no artigo 17.º da Carta, visto que a legislação nacional não proibia de forma efetiva os castigos corporais aplicados a crianças, nem tampouco vedava outras formas degradantes de punições ou tratamentos.

No entanto, a 26 de janeiro de 2005, o Comité Europeu de Direitos Sociais (CEDS) deliberou, por nove votos a favor e quatro contra, que não havia violação do artigo 17.º da Carta.

Por outras palavras, os argumentos apresentados pelo Governo Português da época foram suficientes para convencer o CEDS de que, mesmo sem uma proibição expressa e inequívoca, o sistema jurídico português já não admitia a existência de um poder de correção ou o uso de violência como método educativo.

Embora pudesse haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais internas sobre a questão do poder de correção, externamente, o assunto parecia estar encerrado perante o CEDS. No entanto, isso não se confirmou.

O surgimento do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2006²²⁵ trouxe uma nova controvérsia para o sistema jurídico português, dizendo o mesmo respeito a uma situação de maus-tratos numa instituição de acolhimento de crianças portadoras de deficiência.

Neste mesmo acórdão, o Tribunal veio a decidir que “castigos moderados aplicados a menor por quem de direito, com fim exclusivamente educacional e adequados à situação, não são ilícitos”.

²²⁵ Ac. STJ de 5/04/2006, proc. N.º 06P468, rel. João Bernardo, o qual pode ser resumido em: “a arguida, por várias vezes, fechava BB, utente do centro, à chave na despensa, com a luz apagada, quando este estava mais ativo, chegando o menor a ficar fechado cerca de uma hora; por duas vezes, de manhã, em dias coincidentes com o fim-de-semana amarrou os pés e as mãos do BB à cama para evitar que acordasse os restantes utentes do lar e para não perturbar o descanso matinal da arguida; dava bofetadas no BB (...). E ainda: deu palmadas no rabo à CC quando esta não queria ir para a escola e uma vez deu uma bofetada ao FF por este lhe ter atirado com uma faca e ao EE mandou-o uma vez de castigo para o quarto sozinho quando este não quis comer a salada à refeição, tendo este ficado a chorar por ter medo de ficar sozinho”. Acórdão disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b3cde591793c8b18025714d002b118c?OpenDocument>.

Acrescentou ainda que “umas palmadas (sempre moderadas) no rabo fazem parte da educação” e “uma bofetada a quente não se pode considerar excessiva”.

Assim, este acórdão do STJ implicou o reconhecimento da existência de um dever legal e moral de correção, que incluía a possibilidade de aplicação de certos castigos corporais de forma moderada.

Como resultado, o Comité Europeu dos Direitos Sociais analisou, em 2006, uma queixa apresentada contra Portugal pela Organização Mundial Contra a Tortura.

Alegava-se que a situação em Portugal não estava em conformidade com o artigo 17.º da Carta Social Europeia, mencionado anteriormente, uma vez que a legislação nacional não proibia de forma clara e efetiva todos os castigos corporais infligidos a crianças, o que poderia levar a interpretações e decisões contraditórias.

O CEDS deliberou que “para estar de acordo com o art. 17.º, a lei dos estados deve proibir e punir todas as formas de violência contra crianças ... a conclusão a tirar da decisão do STJ de 5/4/2006 é a de que a lei portuguesa não contém essas estatuições...”²²⁶

Nesse contexto, o ordenamento jurídico português estava em desacordo com o disposto no referido artigo, uma vez que não se encontrava estabelecida de forma explícita e inequívoca uma lei que proibisse todas as formas de violência contra crianças.

Em 2007, entrou em vigor a Lei n.º 59/2007, que promoveu a vigésima terceira alteração ao Código Penal. Esta legislação passou a qualificar os castigos corporais infligidos por educadores a crianças como crimes de violência doméstica (artigo 152.º) e de maus-tratos (artigo 152.º-A). O último dispõe que:

1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

- a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente;
- b) A empregar em atividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se dos factos previstos no número anterior resultar:

- a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.²²⁷

É plausível considerar que esta iniciativa legislativa foi influenciada pela reprimenda do Estado Português por parte do Comité.

²²⁶ SALABERT, Luís Filipe, Castigos Físicos a Crianças – Educação ou violação de direitos?, Direito da Família e das Crianças – Temas Atuais em Debate, Centro de Estudos Judiciários, p. 131, disponível in <https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/14804/Ebook+Direito+da+Fam%C3%ADlia+e+das+Crian%C3%A7as+-+Temas+atuais+em+Debate/44519c5d-2aee-4fc8-8324-116d9f9dc16f>.

²²⁷ Art. 152.º - A Código Penal, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=

Nas suas Conclusões de 2011 sobre a implementação da Carta Social Europeia Revista, o Comité Europeu de Direitos Sociais (CEDS) avaliou que a revisão do Código Penal de 2007 corrigiu a situação, colocando-a agora em conformidade com a Carta Revista²²⁸.

No entanto, as decisões judiciais publicadas posteriormente, nem sempre têm sido inequívocas na afirmação da inadmissibilidade dos castigos corporais no contexto da educação das crianças.

²²⁸ TAVARES, Raquel, Castigos Físicos a Crianças – Educação ou violação de direitos?, Direito da Família e das Crianças – Temas Atuais em Debate, Centro de Estudos Judiciários, p. 153, disponível em: <https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/14804/Ebook+Direito+da+Fam%C3%ADlia+e+das+Crian%C3%A7as+-+Temas+atuais+em+Debate/44519c5d-2ace-4fc8-8324-116d9f9dc16f>.

6.3.2. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE OS CASTIGOS FÍSICOS

Conforme mencionado anteriormente, as decisões jurisprudenciais publicadas após a alteração legislativa do Código Penal de 2007, têm suscitado bastante divergência e não têm sido constantes no considerar inadmissíveis os castigos corporais no contexto da educação das crianças.

Em algumas situações, parece transmitir a ideia de que se trata apenas de uma questão de intensidade.

Tome-se como exemplo o Acórdão do TRP de 02/07/2008 (DES. JOSÉ PIEDADE): «Por outro lado, a conduta da menor (que se mostrava recorrente) impunha o exercício do poder-dever de correção, no exercício das responsabilidades parentais. O arguido excedeu, porém, esse poder-dever de correção/educação, agindo de forma desproporcionada e com uma brutalidade desnecessária»; bem como o Acórdão do TRC (DES. JORGE RAPOSO) de 28/01/2009: «Se é certo que a finalidade educativa abrange o poder de correção, que se revela (deve revelar) essencialmente no exemplo e na palavra já é claramente discutível se esse poder de correção pode abranger castigos corporais».

No acórdão de 12/06/2013²²⁹, o TRC admite que os pais possam aplicar castigos corporais aos seus filhos, sendo a ilegalidade dessa conduta excluída em função da causa de justificação do exercício do direito dos pais de corrigirem os seus filhos. O acórdão enumera três condições de justificação, nomeadamente “1 - que o agente atue com finalidade educativa e não para dar razão à sua irritação, para descarregar a tensão nervosa, ou ainda menos pelo prazer de infligir sofrimento (...); 2 - que o castigo seja criterioso e portanto proporcional, no sentido de que ele deve ser o mais leve possível (...); 3 - e que ele seja sempre e em todos os casos moderado, nunca atingindo o limite de uma qualquer ofensa qualificada ou de todo o modo atentatório da dignidade do menor”.²³⁰

Seguindo a mesma linha de pensamento encontra-se o Acórdão TRE (DES. ALBERTO JOÃO BORGES) 11/03/2014, ao considerar «O poder-dever de educar ou corrigir supõe, sempre, por um lado, que o agente atue com essa finalidade e, por outro, que os castigos infligidos sejam criteriosamente ponderados e proporcionais à falta ou faltas cometidas, o que é de todo incompatível com a violência física, com castigos corporais ou com castigos humilhantes e atentatórios da dignidade do menor, pois estes nunca serão adequados ou justificados pelo dever de educar»; bem como o Acórdão TRP (DES. RAUL ESTEVES) de 18/02/2015 «II – Uma bofetada ou puxão de orelhas, ocasional e motivado por grave comportamento da criança não pode ser associada a uma conduta de cariz criminal. III – Mas já o será se a envolvência educativa se traduzir unicamente em comportamentos de agressividade sem qualquer reflexo de esforço positivo revelados pelo carinho, afago, compreensão e afetividade que a criança carece»;

No Acórdão do TRL de 12/10/2016²³¹, um pai aplicou um golpe com o cinto nas pernas da filha com o objetivo de interromper um comportamento desobediente. Este é um caso bastante relevante de análise da importância deste debate já que, por um lado, o tribunal de primeira instância absolveu o arguido do crime de violência doméstica (art. 152.o CP) por considerar que este

²²⁹ Ac. TRC de 19/06/2013, proc. n.o 607/11.OSMPRT.C1 (Rel. Correia Pinto), in www.dgsi.pt.

²³⁰ Ac. TRL de 7/04/2021, proc. n.o 160/16.9GEACB.L1-3 (Rel. Cristina Almeida e Sousa), in www.dgsi.pt.

²³¹ Cfr. Ac. TRL de 12/10/2016, proc. n.o 413/15.3PFAMD.L1-3 (Rel. Ana Paramés), in www.dgsi.pt.

“obedeceu a um propósito de educação e proteção da criança e a um sentimento genuíno de preocupação pela mesma”.

No entanto, a Relação condenou-o pelo crime de ofensas à integridade física qualificada por considerar que “o poder de correção dos pais e educadores não abrange a aplicação de castigos corporais, inexistindo qualquer disposição legal donde se possa retirar tal conclusão”.

Mais recentemente, e no mesmo sentido da maioria dos Acórdãos supramencionados, encontra-se o Acórdão do TRL de 7/04/2021, que apesar de entender que “O poder de correção não é, pois, uma espécie de cheque em branco que legitime os pais a punirem os filhos, praticando a pretexto do seu exercício, todas as espécies de ofensas corporais e outras violações da liberdade pessoal, da honra ou da reserva da vida privada dos filhos, sempre que estes não se comportem segundo as suas expectativas ou padrões de exigência ou, simplesmente, para neles descarregarem as suas frustrações”, considera ainda que “Está funcionalmente concebido para servir as finalidades de educação e preparação do filho para a vida adulta, de acordo com o seu superior interesse e assim deverá ser exercido, sem qualquer intuito punitivo ou de retaliação, com critério, com respeito pela dignidade do filho, com moderação, proporcionalidade e com finalidades estritamente pedagógicas”, admitindo a possibilidade de recurso a castigos físicos, como forma de aplicação do dever de correção dos pais.

O que se pode inferir de algumas das decisões supramencionadas é que o castigo corporal ainda é considerado admissível, sendo considerado ilícito ou não consoante o nível de violência envolvido.

Porém, já em 18/12/1991, o Supremo Tribunal de Justiça tinha imitado um acórdão, publicado no Diário da República n.º 33 de 08/02/1992, que uniformizou a jurisprudência da seguinte maneira: «Integra o crime do artigo 142.º do Código Penal a agressão voluntária e consciente, cometida à bofetada, sobre uma pessoa, ainda que esta não sofra, por via disso, lesão, dor ou incapacidade para o trabalho»²³².

Parece, com as decisões jurisprudenciais mencionadas anteriormente, que o espírito subjacente às decisões que permitem castigos corporais moderados em crianças, com intuito educativo, aplicados pelos pais ou responsáveis pela educação, é o de que as crianças não detêm os mesmos direitos que os adultos.

No entanto, esta perspetiva não é, nem pode ser, a correta, como aliás o Tribunal da Relação de Lisboa declarou de forma incisiva no Acórdão TRL de 05-06-2019²³³, ao referir que «Os atos praticados pelo arguido não se podem enquadrar no poder-dever de correção. Este poder dever de correção foi eliminado do nosso ordenamento jurídico em Novembro de 1977. Por força das recomendações da ONU e exigências do Conselho da Europa, que foi firmando jurisprudência sólida, os direitos da criança mais não são que direitos humanos adaptados à sua especial condição de criança, verdadeiro sujeito de direitos. Os pais e educadores têm para com as suas crianças a responsabilidade de os educar através do recurso a formas e modelos educacionais positivos onde predomine o empoderamento, o incentivo e o (bom) exemplo. Na sequência destes novos desenvolvimentos a própria Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro substituiu a expressão poder

²³² Ac. STJ 18/12/1991, Processo n.º 33 de 08/02/1992, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4870085648ffd0d5802574420048d9bd?OpenDocument>

²³³ Ac. TRL 05-06-2019, Processo 600/18.2T9VFX.L1-3 <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/acff85eac3cc60cc8025842700527f0c?OpenDocument>

paternal por responsabilidades parentais, colocando a criança no seu devido lugar na família e enquanto titular de direitos face aos próprios pais/guardiões de facto e educadores».

Em suma, é patente a ausência de unanimidade na nossa jurisprudência quanto a esta matéria, apesar do atual debate sobre a mesma.

Na maioria dos acórdãos analisados anteriormente, concebe-se que o castigo corporal se insere no âmbito do poder corretivo, sendo, por conseguinte, considerado passível de admissão. A ilicitude da conduta dependerá, portanto, da intensidade da violência empregue.

Já a notória minoria dos mesmos manifesta a inequívoca impossibilidade de se aplicarem castigos corporais, ainda que orientados para fins educativos.

7. CONCLUSÃO E APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

O poder de correção já não subsiste como uma entidade separada do conjunto das responsabilidades parentais.

Este "não tem autonomia face ao poder-dever de proteção e orientação"²³⁴.

A minha perspetiva segue a conceção apresentada por ARMANDO LEANDRO, assim como por outros autores²³⁵, já que considero o poder de correção enquanto um poder de segunda ordem, circunscrito pelas fronteiras das responsabilidades parentais, tais como o cuidado parental. Além disso, este poder carece de respeito mútuo e de um diálogo responsável e comprometido²³⁶.

Discordo veemente das perspetivas de autores como ABRANTES DUARTE²³⁷ e GUILHERME DE OLIVEIRA²³⁸, sendo, no entanto, relevante ter em mente que ambas as perspetivas mencionadas foram formuladas antes da 23ª alteração do Código Penal e da introdução do artigo 152.º-A, estando, portanto, desatualizadas.

Todavia, partilho da sua perspetiva de que pode ser excessivo afirmar que o direito e dever dos pais de corrigir os filhos menores de idade foi completamente retirado das responsabilidades parentais²³⁹.

²³⁴ ARMANDO LEANDRO, "Poder paternal...", ob.cit., p. 126.

²³⁵ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, "Existe um poder de correção dos pais?...", ob.cit., p. 118-121, que afasta, também, a terminologia do poder de correção.

²³⁶ ARMANDO LEANDRO, "Poder paternal...", ob.cit., p. 126-127. Segundo este Autor que o poder de correção "deve encarar-se sem caráter punitivo, dentro dos limites da autoridade amiga e responsável que a lei atribui aos pais e que, por isso, só pode ser exercido sem abusos, no interesse dos filhos e com respeito pela sua saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e de autonomia".

²³⁷ DUARTE ABRANTES, O Poder Paternal... , ob.cit., p.71-87. Esta trata-se de uma posição enunciada em 1989, não abarcando as mais recentes perspetivas sobre a posição jurídica da criança, nomeadamente a alteração legal nesta matéria. O autor apresenta a sua perspetiva considerando a personalidade e maturidade do filho menor como orientação. No entanto, reconhece a necessidade de recorrer a um poder de correção quando os comandos verbais dos pais não têm efeito. É claro que, no seu ponto de vista, quando os comandos verbais não são eficazes, pode haver lugar a uma punição corporal moderada, mesmo que a lei não o preveja expressamente. Explica ainda que "'os pais são livres na escolha de métodos educativos e possuem, mesmo que a lei não o diga expressamente, um poder de correção, que pode ser exercido por meios físicos". Portanto, podem exercer esse direito, desde que as punições corporais aplicadas sejam "moderadas e tenham em conta a idade, o sexo e o estado de saúde do menor".

²³⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A criança maltratada", in Temas de Direito da Família, ob.cit., p. 219 e do mesmo Autor, "Proteção de menores. Proteção familiar", in Temas de Direito da Família, ob.cit., p. 301. A opinião é anterior à 23.ª alteração do Código Penal. Este autor, segue a linha de pensamento de Duarte Abrantes, já também considera que o poder de correção não foi completamente eliminado das responsabilidades parentais. No entanto, acrescenta que, embora a disposição do Código Civil que mencionava a possibilidade de aplicação de castigos moderados tenha sido removida, a verdade é que "ninguém pretenderá que os pais tenham realmente perdido aquela faculdade de correção, usando castigos corporais proporcionados e moderados". De facto, este autor vai mais além e afirma que "ninguém afirmará que os castigos físicos leves são hoje proibidos, mas não haverá dúvida de que o legislador de 1977 omitiu a expressão que se referia às correções moderadas e fê-lo certamente por pudor e por respeito pelos menores".

²³⁹ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, "A criança maltratada", ob.cit., p. 219, CRISTINA DIAS, "A criança como sujeito de direitos...", ob.cit., p. 96, ROSA MARTINS, Menoridade..., ob.cit., p. 212-213, ARMANDO LEANDRO, "Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária", in Temas de Direito da Família, Almedina, 1986, p. 126-127 e ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal..., ob.cit., p. 71-72.

Defendo, portanto, a substituição da terminologia de "direito" ou "poder" de correção pelo termo "poder-dever de repreensão"²⁴⁰, sendo que esta pode ajudar a transmitir uma abordagem mais equilibrada e consciente por parte dos pais, destacando a responsabilidade de orientar e educar de forma respeitosa.

Do meu ponto de vista, o poder-dever de repreensão surge como uma decorrência das transformações advindas da introdução dos direitos das crianças e da sua consideração como sujeitos de direitos, o que alterou o escopo das responsabilidades parentais e restringiu a sua aplicação.

Este poder-dever de repreensão a que me refiro implica a responsabilidade dos pais em orientar e corrigir os filhos menores de idade, assegurando seu desenvolvimento e educação adequados.

No entanto, e em consonância com a visão contemporânea da criança como um ser humano digno e igual é, a meu ver, inadmissível permitir qualquer forma de violência, incluindo castigos corporais leves, na educação das crianças.

Ao procurar delinear o âmbito prático do poder-dever de repreensão, é importante considerar que este não se trata de uma lista exaustiva, mas sim de um guia orientador, sendo que, de forma geral, engloba repreensões, advertências e críticas verbais, podendo variar em intensidade.

Abrange ainda restrições na diversão, limitações à privacidade, proibição de companhias ou práticas arriscadas, imposição de horários para estabelecer hábitos de vida²⁴¹ saudáveis e a tentativa de incutir, por meio de diálogo construtivo, a compreensão do certo e errado no filho menor.

Contudo, defendo que os pais devem reconhecer e valorizar a singularidade de seus filhos menores de idade, ajustando sua abordagem de acordo, sempre respeitando a dignidade deles.

Devem escolher a maneira mais eficaz de transmitir ao filho as regras e limites da convivência social.

Discordo em absoluto de repreensões que resultem em isolar o filho menor, colocando-o em castigo no quarto, ou forçá-lo a consumir alimentos específicos.

Essas ações podem levar a uma restrição excessiva da liberdade e à submissão à vontade dos pais, potencialmente resultando em abuso de poder.

Ademais, rejeito também a ideia de recorrer a bofetadas, palmadas, chapadas, puxões de orelhas, insultos ou humilhações verbais²⁴² como métodos de repreensão.

Essas práticas, no meu entendimento, são inaceitáveis e não condizem com o respeito e a dignidade que as crianças merecem.

²⁴⁰ FILIPE MONTEIRO, *Direito de Castigo ou direito dos pais baterem nos filhos. Análise Jurídico Penal*, Braga, p. 27, onde o Autor explica a razão para que a terminologia “direito de correção” não é a apropriada, propondo a expressão direito de castigo, “pois que de castigos (ofensas ao corpo ou à saúde; à honra; à liberdade ambulatoria, etc) se trata e não de verdadeiras e diretas regras de conduta impostas com o fim de «corrigir» o comportamento, a atitude, a ação, etc, do menor «infrator», por forma a que este adote a direção mais correta”.

²⁴¹ Vide, RUI PAULO MASCARENHAS ATAÍDE, “Poder paternal, direitos da personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada”, in *Revista Direito e Justiça*, Vol. III, 2011, p. 342.

²⁴² Cf. CRISTINA DIAS, “A criança como sujeito de direitos...”, ob.cit., p. 97-100; CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 123-126.

Uma questão relevante que requer esclarecimento é a chamada "palmada educativa", seja na mão ou no rabo da criança, que pode não ter implicações penais devido à possibilidade de ser considerada de caráter insignificante.

No entanto, discordo dessa perspectiva.

Na minha opinião, a palmada moderada na mão ou no rabo da criança, assim como a bofetada na cara ou o puxão de orelhas, são atos que não devem ser considerados como ofensas corporais insignificantes ou diminutas.

Isso ocorre não apenas devido à potencial dor física, mas também devido ao sentimento de humilhação que podem provocar²⁴³.

Concordo com as palavras de SOTTOMAYOR ao não aceitar "que a ilicitude penal se inicie, apenas, com a sova de cinto, de pau ou com a vergastada"²⁴⁴.

No entanto, reconheço a complexidade em determinar o grau de intensidade da palmada que pode ser considerada inofensiva, em contraste com aquela que afeta a integridade física da criança.

Para além da complexidade teórica, em Portugal, não foi estabelecida uma proibição explícita do uso de violência como método de educação no âmbito civil, sendo que o Código Civil eliminou a previsão de aplicação de castigos moderados, mas mantém-se ambíguo em relação ao conteúdo do poder-dever de educar.

Isso tem levado parte da doutrina e jurisprudência nacional a entender que a "finalidade educativa pode justificar uma ou outra leve ofensa corporal simples"²⁴⁵.

Contudo, compartilho da opinião de que é fundamental promover uma mudança no paradigma social e jurídico em relação ao poder-dever de educação.

A meu ver, é urgente introduzir no âmbito do direito civil uma proibição total do uso de violência na educação das crianças.

Essa proibição deve ser acompanhada por medidas abrangentes de sensibilização, acompanhamento, deteção e formação de famílias que recorram à violência como método de educação.

Dessa forma, podemos aspirar a um ambiente seguro e saudável para o desenvolvimento das crianças, baseado em princípios de respeito, dignidade e proteção dos seus direitos fundamentais. Esta recomendação também é sustentada pelo Comentário Geral n.º 8 (2006) do Comité dos Direitos da Criança.

A noção de que o emprego de ofensas corporais leves no processo educativo das crianças é benéfico²⁴⁶ para o seu desenvolvimento deve ser inteiramente rejeitada, pois contribui para a perpetuação da violência.

²⁴³ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, "Existe um poder de correção dos pais?...", ob.cit., p. 124. SOTTOMAYOR aprofunda a questão da palmada, afirmando que "aplicada a crianças muito pequenas, por exemplo, na idade de 1 a 3 anos, sistematicamente, só porque se mexem e fazem barulho, como é normal, nesta idade, não é socialmente adequada nem beneficia de exclusão da ilicitude, porque não tem qualquer finalidade educativa, sendo apenas um sinal de impaciência dos pais".

²⁴⁴ CLARA SOTTOMAYOR, "Existe um poder de correção dos pais?...", ob.cit., p. 1

²⁴⁵ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense, ob.cit., p. 332 e RIBEIRO DE FARIA, quando menciona que "na educação do ser humano justifica-se uma correção moderada que pode incluir alguns castigos corporais ou outros. Será utópico pensar o contrário e cremos bem que estão postas de parte, no plano científico, as teorias que defendem a abstenção total deste tipo de castigos moderados", in "Acerca da fronteira entre castigo legítimo...", ob.cit., p. 323.

²⁴⁶ Vide, CLARA SOTTOMAYOR, "Existe um poder de correção dos pais?...", ob. cit., p. 127-128

Acreditar que a educação da criança é eficaz através do recurso à violência é um equívoco. Isso cria um sentimento de medo irracional e não promove a compreensão ou o respeito pelas normas, mas sim uma submissão cega e baseada no medo.

Não só a violência dirigida às crianças é injustificável, como também toda forma de violência contra elas é passível de prevenção²⁴⁷.

Neste sentido, o ponto crucial que considero importante abordar e ponderar é a necessidade de disseminar a mensagem não apenas de que recorrer a agressões físicas ou psicológicas, bem como adotar métodos humilhantes na educação de uma criança, equivale a violar os direitos da criança.

É necessário também difundir a ideia de que existem alternativas viáveis para disciplinar e estabelecer regras de conduta de maneira positiva e respeitosa, reconhecendo a criança como um sujeito de direitos.

No entanto, é fundamental progredir passo a passo, gradualmente, até que essa abordagem se torne um valor interiorizado pela sociedade.

Reconheço que a proibição da violência por si só não é suficiente²⁴⁸ e necessita de medidas suplementares.

Conforme delineado no plano de ação estabelecido pelo Conselho da Europa, há três eixos que considero fulcrais que devem ser abordados: uma reforma legal, uma reforma política e ações de sensibilização na sociedade civil²⁴⁹.

A reforma legal compreende a implementação de uma proibição completa e explícita do uso de violência na educação, bem como a eliminação de qualquer ambiguidade que possa permitir causas justificativas, exclusão da tipicidade ou alegações de adequação social do comportamento.

Em Portugal, na legislação civil, ainda falta uma proibição expressa que estabeleça claramente que o uso de violência na educação das crianças, mesmo que leve, está excluído do âmbito das responsabilidades parentais, independentemente do dever de educar, corrigir ou repreender.

Essa ligação deve ser estabelecida em concordância com o direito penal, criando uma harmonia no sistema jurídico que assegure uma certeza e segurança incontestáveis em relação ao respeito pelos Direitos da Criança.

A reforma política implica o estabelecimento de uma estrutura robusta de mecanismos e serviços que ofereçam apoio às famílias, incluindo a implementação de programas que promovam a parentalidade positiva.

Por fim, torna-se necessário também promover a conscientização da sociedade civil sobre essa questão, visando gradualmente estabelecer uma política de tolerância zero em relação à violência contra crianças, sem exceções.

²⁴⁷ PAULO SÉRGIO PINHEIRO, Membro da subcomissão da ONU para a promoção e proteção dos Direitos Humanos da Criança, Geneva, 2006, in «Plain Talk About Spanking», 2011, disponível online em www.nospank.net, consultado em maio de 2015.

²⁴⁸ vide MARK DAREBLOM-GRIFFITH, «The Law as a Tool for Social Reform...», ob.cit., p. 24.

²⁴⁹ Vide, «Abolishing Corporal Punishment of Children: Questions and Answers», p. 11 e ss, Conselho da Europa, dezembro de 2007, disponível online em www.hub.coe.int e ainda, PAULO SÉRGIO PINHEIRO, «World Report on Violence Against Children», p. 73 e ss, United Nations Publishing Services, disponível online em <https://digitallibrary.un.org/record/587334>.

Isso implica reconhecer um direito intrínseco ao estatuto da criança: o direito a uma educação isenta de qualquer forma de violência.

No decorrer deste último ponto, a ONU estabeleceu a meta da abolição global da violência contra as crianças até 2009. Essa meta representava uma obrigação empenhada para empreender todos os esforços visando alcançar esse objetivo. Embora a universalidade da mesma não tenha sido alcançada, novas metas têm vindo a ser discutidas.

No entanto, é relevante destacar que durante o período de 2000 a 2009, vinte países, incluindo Portugal, implementaram a proibição do uso de violência contra crianças em suas legislações; e entre 2010 e 2014, outros nove países se juntaram a essa iniciativa²⁵⁰.

A ONU indica que os governos estão, atualmente, mais propensos a combater este flagelo. Segundo os dados de 2020, 66% dos países proibiram o castigo corporal em todos os contextos. Apesar destes progressos, a OMS sustenta que a aprovação de leis é apenas uma parte da solução. Cerca de 83% dos países europeus estabeleceram um plano de ação nacional para esta matéria, mas menos de metade obteve o financiamento necessário.

As Nações Unidas conceberam um conjunto de medidas denominado "Inspire", que destacou sete estratégias eficazes para diminuir os índices de violência.

Adicionalmente, a Parceria Global para o Fim da Violência contra a Criança partilhou exemplos de Estados-membros que alcançaram êxito nestes empreendimentos²⁵¹.

Esta nova perspetiva sobre as crianças, reconhecendo-as como verdadeiros sujeitos de direitos, é nuclear.

É chegada a hora de afirmar que todas as formas de violência contra as crianças são inaceitáveis e devem ser tratadas com a mesma seriedade e rigor que qualquer violência dirigida a um adulto.

De facto, o princípio da igualdade demanda que tratemos de maneira igual aquilo que é igual e de maneira diferente aquilo que é diferente²⁵².

No contexto das crianças, que estão em processo de desenvolvimento e formação de caráter e personalidade, é crucial considerar a balança entre a necessidade de proteção e a gradual conquista da autonomia.

Nesse sentido, o direito deveria garantir uma proteção reforçada contra qualquer forma de violência para as crianças.

Com o objetivo de efetivar e solidificar no nosso sistema legal o direito da criança a uma educação livre de violência, sugiro uma modificação no teor do artigo 1885.º do Código Civil, que versa sobre a "Educação":

(Educação)

1. (...)

²⁵⁰ Dados do sítio <https://unric.org/pt/objetivo-16-paz-justica-e-instituicoes-eficazes/>

²⁵¹ Dados do sítio: <https://news.un.org/pt/story/2020/01/1700572>.

²⁵² “a doutrina, a jurisprudência do Tribunal Constitucional (...) vêm generalizadamente afirmando que o respeito pelo princípio da igualdade implica o tratamento igual de situações objetivamente iguais, e o tratamento adequadamente diverso de situações objetivamente diferentes. Por outras palavras, a observância de tal princípio “consiste em tratar por igual o que é essencialmente igual e em tratar diferentemente o que essencialmente for diferente. A igualdade não proíbe, pois, o estabelecimento de distinções; proíbe, isso sim, as distinções arbitrárias ou sem fundamento material bastante”, vide, VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, anotação ao artigo 13.º, págs. 124 a 131.

2. (...)

3. Os filhos menores de idade têm o direito a uma educação que esteja completamente isenta de qualquer tipo de violência, sendo é considerada ilícita e inaceitável qualquer forma de castigos corporais, mesmo que de intensidade leve, assim como outras medidas que possam ser consideradas degradantes ou humilhantes.

Na minha opinião, este é um tema que necessita de uma análise aprofundada e que deve ser debatido entre várias áreas de conhecimento, a fim de encontrar uma solução que seja a mais benéfica e harmoniosa para as crianças.

Além disso, é fundamental que a jurisprudência tenha uma maior consistência de interpretações legais, seguindo entendimento do Acórdão TRL de 05-06-2019 do Tribunal da Relação de Lisboa, já mencionado anteriormente²⁵³, nomeadamente quanto ao facto de que “Os pais e educadores têm para com as suas crianças a responsabilidade de os educar através do recurso a formas e modelos educacionais positivos onde predomine o empoderamento, o incentivo e o (bom) exemplo”

Há quem considere que ao Direito, especialmente ao Direito da Família e ao Direito das Crianças, não compete analisar detalhadamente as formas concretas como as pessoas interagem entre si²⁵⁴.

Contudo eu discordo desse ponto de vista.

Considero que o Direito também possui a responsabilidade de orientar comportamentos e enriquecer o âmbito das relações jurídicas com elementos que, até hoje, podem parecer fora do seu âmbito, como o afeto e o cuidado e, sempre que possível, antecipar mudanças de comportamento e mentalidade.

O papel do Direito vai além da regulação e abrange também a capacidade de ter uma visão abrangente que impulsiona as sociedades para uma consolidação dos Direitos Humanos, bem como para uma compreensão crescente de Democracia e Igualdade.

Reitero a opinião de SOTTOMAYOR, quando afirma que “a lei deve contribuir para uma cultura de afeto e de respeito interpessoal, nas relações familiares²⁵⁵”.

Em suma, e partindo dessa base em que os pais transmitem aos filhos menores de idade a importância da autorreflexão dos seus comportamentos e atitudes, promovendo a compreensão dos limites e regras, e considerando igualmente o papel crucial do exemplo diário no seio familiar, tudo isso dentro de um ambiente de afeto e respeito mútuo, a tarefa contínua e gradual de educação confiada aos pais certamente resultará em frutos positivos.

Portanto, ao ser adotado um modelo de educação não punitivo e não violento como ponto de partida, encorajando o uso de abordagens alternativas, promovendo uma nova cultura da infância e demonstrando que a formação completa, equilibrada e saudável de uma criança pode ser alcançada ao respeitar seus direitos e dignidade como sujeito de direitos, é possível eliminar, ou pelo menos afastar, a noção de que a aplicação de violência, mesmo que leve, na educação das crianças é inevitável.

²⁵³ Vide, Título 6.3.2

²⁵⁴ Muitos Autores questionam qual a legitimidade do Estado para intervir na esfera da vida privada e familiar, vide, BAPTISTA-LOPES e DUARTE-FONECA, “Aspectos da relação jurídica entre filhos e pais”, ob.cit., p. 235 e ss.

²⁵⁵ CLARA SOTTOMAYOR, “Existe um poder de correção dos pais?...”, ob.cit., p. 128.

8. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, P. P. D. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (2ª ed.). Universidade Católica Editora, 2010.

ALMEIDA, Moitinho de. "Efeitos da Filiação". In Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de.. Direito da Família e das Sucessões. Almedina, Lisboa. Análise Jurídico-Penal, Braga: Livraria Minho, 2014.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. "Poder Paternal, direitos da personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada". In Direito e Justiça, Vol. 3, 2011.

BAPTISTA-LOPES, Manuela, DUARTE-FONSECA, António Carlos, "Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos", in Infância e Juventude, Número especial, 1991.

BARROSO, R. G. Da Punição Física ao Abuso Físico: Conceptualização e Consequências Práticas. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, 20(2). (2010).

----- "O Controlo e a Disciplina na Regulação do Comportamento de Crianças e Jovens", in Psicologia, Educação e Cultura, Vol. XV, N. 2, 2011.

BOLIEIRO, H., & Guerra, P. A Criança e a Família- uma Questão de Direito(s) (2ª ed.). Coimbra Editora, 2014.

CAMPBELL-BROWN, Louise, "The Ethics of Care", in UCL Jurisprudence Review, 272, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de Lições de Direito da Família e das Sucessões, 2.ª edição revista e atualizada, reimpressão da 2ª edição de 1997, Almedina, Lisboa, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª edição, Almedina.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, Coimbra Editora, 2014.

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

CARVALHO, Orlando de, Teoria Geral do Direito Civil, Centelha, Coimbra, 1981.

CHOUDHRY, Shazia, HERRING, Jonathan, European Human Rights and Family Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010.

COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, «General Comment No. 8– The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), Convention on the Rights of the Child», 2006, disponível online em www.ohchr.org.

----- «General Comment No. 13– The right of the child to freedom from all forms of violence, Convention on the Rights of the Child », disponível online em www.ohchr.org. CONSELHO EUROPEU, «Positive Parenting – Report on the follow-up to the 28th Conference of European Ministers responsible for family affairs (Lisbon, 2006)», Conference of Ministers responsible for Family Affairs, Viena, Junho 2009, 2011, disponível em http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/ministerialconf_june2009/default_en.asp.

CONSELHO DA EUROPA, «Abolishing Corporal Punishment of children. Questions and answers», Building a Europe for and with children, Council of Europe, França, 2007, disponível em www.coe.int/children.

DIAS, C. A Criança Como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção. Revista Julgar, 4, Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, O Poder Paternal: Contributo para o Estudo do seu Atual Regime, 1ª reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1989.

DURRANT, Joan E., Positive Discipline. What is and how to do it, Save the Children Sweden, 2nd edition, 2011, disponível em <http://seap.savethechildren.se>.

----- “Physical Punishment of Children: Assessing the validity of the legal definition of “reasonable force”, in CECW Information sheet, N. 71, 2007.

FARIA, Maria Paula Leite Ribeiro de, “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus-tratos do art. 152.º do Código Penal: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2006”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n. 2, p. 317-346, 2006.

----- A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a Relevância do Simbolismo Social do Crime). In Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld. Coimbra Editora, 2013.

----- . Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.152o do Código Penal: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2006. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 16(2), 2006.

----- A lesão da integridade física e o direito de educar - uma questão "também" jurídica. In Juris et de Jure - Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP-Porto. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1998.

----- O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra Editora, 2003.

HERRING, Jonathan, Family Law, 6th edition, Pearson, 2013.

LABORINHO, L. As Crianças e os seus Direitos - O Superior Interesse da Criança. In Estudos em Homenagem a Rui Epifânio. Almedina, 2010.

LEANDRO, Armando, “Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, p. 111-164, 1986.

----- A Problemática da Criança Maltratada em Portugal. Alguns Aspetos Jurídicos e Judiciários. *Revista do Ministério Público*, 9(35-36), Julho-Dezembro. Lisboa, 1988.

----- Família do Futuro? Futuro da Criança... In *Infância e Juventude*. Janeiro - Março. Instituto de Reinserção Social, 1997.

----- Proteção dos Direitos da Criança em Portugal. In *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Direito das Crianças 3*. Coimbra Editora, 2004.

----- “Direito e Direito dos Menores: síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, in *Infância e Juventude*, N. 1, p. 9-34, 1990.

LEANDRO, Armando, EPIFÂNIO, Rui, “A Criança Maltratada Perspetivas de Intervenção”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 7, N.º 27, p. 191-200, 1986.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. V, reimpressão, Coimbra Editora, 2010.

MAGALHÃES, T., & AA.VV. *Abuso de Crianças e Jovens. Da Suspeita ao Diagnóstico*. LIDEL, 2010.

----- *Maus Tratos em Crianças e Jovens, Guia Prático para Profissionais*. Quarteto Editora, 2002.

MARTINS, R., & Paula Távora, V. *O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente*. Julgar, 10, 2010.

MARTINS, Rosa Cândido, “Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MENDES, João de Castro, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, A.A.F.D.L., Lisboa, 1991.

MEREDITH, Paul, “Children’s Rights and Education”, in *Legal Concepts of Childhood*, edit. Julia Fionda, Hart Publishing, 2001.

MIRANDA, J. Sobre o Poder Paternal. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1990.

MONTEIRO, Filipe Silva, *O Direito de Castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos. Análise Jurídico-penal*, Livraria Minho, Braga, 2002.

NAÇÕES UNIDAS, «Rights of the Child: Report of the independent Expert for the United Nations study on violence against children», disponível online em www.unicef.org, 2006.

----- «Toward a world free from violence», 2013, disponível online em <https://srsg.violenceagainstchildren.org>.

----- «Um Mundo para as crianças», 2002, disponível online em www.unicef.org/brazil/pt.

OLIVEIRA, Guilherme de, “A Criança Maltratada”, in *Temas de Direito da Família*, 2ª edição aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

PINHEIRO, J.D. O Direito da Família Contemporâneo. Lições, 4.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2013.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, «World Report on Violence Against Children», United Nations Publishing Services, disponível online em [www.unicef.org/lac/full_text\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/full_text(3).pdf).

PINTO, C. A. M. Teoria Geral do Direito Civil (4.^a Edição, 2.^a Reimpressão). Coimbra Editora, 2012.

RIBEIRO, Cristina Silveira, MALTA, Wilson, MAGALHÃES, Teresa, “O castigo físico de crianças: estudo de revisão”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano 20, n.º 22, 2011.

SALABERT, L. “Os castigos corporais a crianças e o direito atual”, in Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, 2017, Disponível em: <https://revistas.ulusoфона.pt/index.php/rfdulp/article/view/5967>.

SILVA, Gomes da, O Direito da Família no Futuro Código Civil, Lisboa, 1963.

SOTTOMAYOR, M. C. A Autonomia do Direito das Crianças. In Estudos em Homenagem a Rui Epifânio. Almedina, 2010.

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

----- Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 5.^a edição revista, aumentada e actualizada, Almedina, Porto, 2011.

----- A situação das Mulheres e das Crianças 25 anos Após a Reforma de 1977. In Comemorações dos 35 anos do Código Cível e dos 25 anos da Reforma de 1977, Volume I. Coimbra Editora, 2004.

----- Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro. In Juris et de Jure- Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da UCP. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1998.

----- “Liberdade de Opção da Criança ou Poder do progenitor? – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31 de Outubro de 2007”, in Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

----- Temas de Direito das Crianças, Almedina, 2014.

----- “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos Após a Reforma de 1977”, in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. I, Coimbra Editora, 2004.

SOUSA, Rabindranath Capelo de Direito da Família e das Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina, Coimbra, 1999.

STRAUS, Murray A., DONNELLY, Michael, “Theoretical Approaches to Corporal Punishment”, in Corporal Punishment of Children in Theoretical Perspective, Yale University Press, New Haven and London, 2005.

UNICEF, «WORLD PERSPECTIVES ON CHILD ABUSE», An Official Publication of the International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (ISPCAN), 10th edition, disponível online em www.ispcan.org

----- «WORLD PERSPECTIVES ON CHILD ABUSE», An Official Publication of the International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (ISPCAN), 9th edition, disponível online em www.ispcan.org

----- «WORLD PERSPECTIVES ON CHILD ABUSE», An Official Publication of the International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (ISPCAN), 8th edition, disponível online em www.ispcan.org

----- «REPORT CARD 5», disponível online em www.unicef-irc.org

9. OUTRAS FONTES

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, de 15 de janeiro de 2007, disponível online em www.dgsi.pt.

Ac. STJ 18/12/1991, Processo n.º 33 de 08/02/1992, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4870085648ffd0d5802574420048d9bd?OpenDocument>

Ac. TRC de 19/06/2013, proc. n.o 607/11.0SMPRT.C1 (Rel. Correia Pinto), in www.dgsi.pt.

Ac. TRL de 12/10/2016, proc. n.o 413/15.3PFAMD.L1-3 (Rel. Ana Paramés), in www.dgsi.pt.

Ac. TRL 05-06-2019, Processo 600/18.2T9VFX.L1-3
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/acff85eae3cc60cc8025842700527f0c?OpenDocument>

Ac. TRL de 7/04/2021, proc. n.o 160/16.9GEACB.L1-3 (Rel. Cristina Almeida e Sousa), in www.dgsi.pt.

CARVALHO, J. M. M. “Da criminalização dos castigos corporais aplicados pelos progenitores no exercício das responsabilidades parentais: do poder de correção ao dever de educação”, Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito - Escola do Porto, 2018. Disponível em:
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26431/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%E2%80%93%20Castigos%20Corporais%20PDF.A.pdf>.

CEPMPL, Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis

COUTINHO, A. C. P. “A proteção da reserva da vida privada de menores enquanto dever parental, em especial na era digital”, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito do Porto. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/126141/2/384898.pdf>, 2019.

Estatuto do Aluno e Ética Escolar, Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro, disponível em:
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/51-2012-174840>

FEVEREIRO, A. F. V. “A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio”, Dissertação de mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014. Disponível em:
<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/400/1/RESPONSABILIDADES%20PARENTAIS%20-%20Andreia%20Fevereiro.pdf>

Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

Lei da Tutela Educativa, Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis

Lei de Base do Sistema Educativo, Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1744&tabela=leis&so_miolo=

Lopes, S. F. M., “O Incumprimento das Responsabilidades Parentais e o Crime de Subtração de Menor”, Dissertação de mestrado, Escola de Direito - Universidade do Minho, 2020. Disponível em:

<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/74147/1/Disserta%0c3%0a7%0c3%0a3o%02bSara%02bFilipa%02bMartins%02bLopes.pdf>.

Madeira, A. L. F. “Responsabilidades Parentais: Poder de Correção na Educação dos Filhos Menores de Idade”, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, Disponível em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30067/1/Responsabilidades%20parentais.pdf>.

Madeira, L. F. “O poder-dever de repreensão versus poder de correção - Responsabilidades parentais”, 2018, Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/324039007_Responsabilidades_parentais_O_poder-dever_de_repreensao_versus_poder_de_correcao.

Regime Geral do Processo Tutelar Civil, Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro, disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&so_miolo

ÍNDICE

1. Resumo	8
Palavras-Chave	8
2. Introdução	10
3. Noção e evolução do conceito de Responsabilidades Parentais	11
3.1. Noção de Responsabilidades Parentais	12
3.2. Evolução do Conceito de Responsabilidades Parentais	13
3.2.1. Conceção Tradicional de Responsabilidades Parentais	13
3.2.2. Responsabilidades Parentais como Poder Subjetivo	15
3.3.1. Responsabilidades Parentais como Poder Funcional	18
3.3.2. Mudança de Poder Funcional para Cuidado Parental: Conceção Personalista de Responsabilidades Parentais	19
4. Natureza jurídica das Responsabilidades Parentais	22
4.1. Responsabilidades Parentais no âmbito da CRP	24
4.2. Responsabilidades Parentais no Código Civil Português: depois da Reforma de 1977	26
4.3. Responsabilidades Parentais no Código Penal	28
4.4. Responsabilidades Parentais na Lei Avulsa	31
5. Conteúdo das Responsabilidades Parentais	33
5.1. Poder-dever de guarda	34
5.2. Poder-dever de vigilância	36
5.3. Poder-dever de manutenção	37
5.4. Poder-dever de velar pela saúde	38

5.5. Poder-dever de educar	39
6. Enunciação do Problema: Poder-dever de educar vs. Poder de correção	44
6.1. Bem jurídico em causa	49
6.2. Teorias e soluções apresentadas	50
6.2.1. Proibição absoluta da conduta	51
6.2.2. Permissão condicionada da conduta: Teoria da adequação social da conduta	53
6.2.3. Teoria Bagatelar	57
6.2.4. Causas de exclusão da ilicitude da conduta	58
6.2.4.1. Contra-argumentos às causas de exclusão de ilicitude	61
6.2.2. Legitimidade ativa na aplicação de castigos a crianças	64
6.3 Disposições internacionais relativas aos Castigos físicos	67
6.3.1. Ratificação das Disposições Internacionais ao Ordenamento Jurídico português – Falha no cumprimento	69
6.3.2. Divergências jurisprudenciais sobre os Castigos Físicos	72
7. Conclusão e apresentação de proposta de alteração legislativa	75
8. Bibliografia	81
9. Outras fontes	86