

Ana Teresa Leal

A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais

O crime de subtração de menor



VERBO **jurídico**®

A tutela penal nas responsabilidades parentais

O Crime de Subtração de Menor

Ana Teresa Leal

Procuradora da República

1. Introdução

O incumprimento das decisões proferidas nos processos de regulação do exercício das Responsabilidades Parentais ocorre com relativa frequência, sendo transversal a toda a população e não escolhe estatuto social, situação económica, formação académica, raça ou religião.

As alterações introduzidas pela Lei 61/2008 de 31 de outubro no art.º 249º do Penal vieram dar uma nova dimensão a este preceito, alteraram o leque de situações que nele encontram enquadramento e têm gerado diversas dúvidas na sua interpretação e aplicação.

À al. c) do preceito em causa foi dada uma redação que constitui uma nova formulação do ilícito ali previsto, sem que a formulação anterior tivesse sido mantida.

Estamos, pois, perante uma nova modalidade do crime de subtração de menor e com o desaparecimento da previsão anterior.

Muitas interrogações se têm colocado e a jurisprudência é ainda escassa sobre esta matéria.

Este trabalho mais não pretende ser do que um pequeno contributo para a discussão que ainda só agora se iniciou e resultou da necessidade de, em termos práticos e no trabalho diário, tentar encontrar respostas para as dúvidas surgidas.

Faremos uma análise detalhada do tipo previsto nas als. a) e c) do art.º 249º, à luz das últimas modificações que lhe foram introduzidas pela Lei 61/2008 e terminaremos com uma breve resenha jurisprudencial dos mais recentes arestos sobre a matéria em causa.

2. A tutela Penal nas Responsabilidades Parentais

O exercício das responsabilidades parentais apresenta quatro vertentes essenciais cuja regulamentação, através de acordo, de decisão judicial ou decisão administrativa¹, tem que ter lugar sempre que os progenitores, casados ou não entre si, não vivam juntos em conjugalidade.

São elas a definição de com qual dos progenitores a criança fica a viver, isto se não optarem pelo regime de residência alternada, a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais, sendo que a regra legalmente imposta é que este exercício seja conjunto no que tange às questões de particular importância, o regime de convívio da criança com o progenitor com quem não reside e a fixação de uma prestação alimentícia.

Com as alterações introduzidas nos preceitos penais contidos nos art.ºs 249º e 250º, do C.Penal, a par dos meios civis disponíveis para proteger os direitos em causa, cada um destes aspetos passou também a merecer tutela penal.

Uma maior proteção dos direitos inerentes ao exercício da parentalidade foi sentida e reclamada por vários setores da sociedade, decorrendo essa necessidade da verificação de algum desamparo sentido pelos destinatários daqueles direitos, em especial pelo progenitor com quem a criança não reside.

Por outro lado, a decisão proferida pelo TEDH no conhecido “Caso Reigado Ramos”², que condenou o Estado Português por violação do art.º 8º da Convenção na medida em que “ *As autoridades portuguesas omitiram o desenvolvimento de esforços adequados e suficientes para fazer respeitar os direitos de visita do requerente (...)*”, pronunciou-se sobre a questão de não ser possível proceder-se criminalmente pelos factos em apreço, afirmando que cabe aos Estados e não ao Tribunal as opções legislativas, mormente as que se referem à matéria penal.

Não obstante, ali se pode ler que “*(...) compete a cada Estado contratante dotar-se de um arsenal jurídico adequado e suficiente para garantir o respeito pelas obrigações positivas que lhe incumbem ao abrigo do art.º 8º da CEDH. O Estado deve designadamente possuir uma panóplia de sanções adequadas, eficazes e capazes de assegurar os direitos legítimos dos interessados bem como o respeito pelas decisões judiciais*”.

Foi, pois, nesta esteira que a Lei 61/2008 de 31 de outubro veio introduzir alterações significativas e inovadoras no Código Civil no que tange ao exercício das responsabilidades parentais e, esse mesmo diploma, veio reforçar a proteção dos direitos nele consagrados, conferindo-lhes a tutela penal que se impunha como necessária e adequada à proteção dos seus destinatários.

A nova redação dada aos preceitos contidos nos art.ºs 249º e 250º, do C.Penal veio, deste modo, tornar mais abrangente o campo de aplicação dos ilícitos em causa, pelo que atualmente encontram-

¹ Do Conservador do Registo Civil nos processos de divórcio a correr termos na Conservatória.

² Ac. de 22 de novembro de 2005, proferido no Rec. 73229/01, consultável em http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/reigado_ramos.pdf.

se compreendidas na tutela penal condutas que anteriormente apenas na área civil encontravam proteção legal, sendo certo que esta se revelou muitas vezes insuficiente e ineficaz.

Temos assim que, *grosso modo*, a violação das vertentes do regime que se prendem com a guarda do filho e com o exercício das responsabilidades parentais, pode encontrar enquadramento penal no crime de subtração de menor, previsto no art.º 249º n.º1 al.a), do C.Penal e a violação do regime fixado para o convívio do menor com o progenitor não residente pode vir a encontrar esse enquadramento na al.c) da mesma norma legal.

3. O crime de subtração de menor

3.1. Numa breve **resenha histórica** deste preceito, que se pode revestir de utilidade para a sua interpretação, temos que o art.º 249º manteve-se inalterado no que tange às suas als. a) e b) mas sofreu modificação profunda no que se refere à al.c), com a redação que lhe foi dada pelo art.º 7º da Lei 61/2008 de 31 de outubro.

Em termos de moldura penal abstratamente aplicável o crime começou originalmente por ser punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias. Com a Lei 59/2007 de 4 de setembro passou a ser punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, mas a pena anterior foi mantida para as situações em que o agente fosse ascendente, adotante ou tivesse exercido a tutela sobre o menor, com a criação do tipo privilegiado previsto no n.º2.

Atualmente a pena abstratamente aplicável passou, de novo, a ser de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias mas no n.º 2 do preceito consagrou-se uma **atenuação especial da pena**, para as situações previstas na al.c), quando a conduta do agente for condicionada pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.

Com a redação introduzida pela Lei 61/2008, deixou de estar previsto o crime privilegiado que encontrava acolhimento no n.º2 do preceito na sua redação anterior. As relações de parentesco no 1º e 2º grau da linha reta, a adoção ou a tutela deixaram de constituir fundamento para uma moldura penal diversa da do tipo legal base. De notar, porém, que a pena aplicável em abstrato ao então crime privilegiado é agora aquela que é aplicável ao tipo legal.

3.2. Na redação original no preceito incriminava-se somente a subtração de menor e a recusa de entrega do menor a quem exercesse o poder paternal ou a tutela ou a quem o mesmo se encontrasse legalmente confiado. O bem jurídico tutelado pela norma era, então, o poder paternal, a tutela ou o direito de guarda decorrente de decisão judicial.

Atualmente o **bem jurídico protegido** pela incriminação continua a ser o mesmo pois a norma penal continua a garantir o respeito pelo estabelecido nos art.ºs 1906º a 1908º e 1935º, do C.Civil, mas a em face da nova redação da al. c), foi alargado o âmbito de proteção da norma, que abarca agora, nas palavras de André Lamas Leite, o “*direito ao exercício sem entraves ilícitos dos conteúdos*

ínsitos às responsabilidades parentais” e reflexamente o direito do menor ao cumprimento integral do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais, pois que está ínsito em tal exercício o acautelamento dos seus interesses³. O direito do menor a conviver com ambos os progenitores em plenitude e sem constrangimentos é agora, de forma clara e inequívoca, protegido com a norma incriminadora mesmo que apenas mediatamente, conforme defende o mesmo autor que afirma “(...) o essencial do programa protetor da norma é o interesse do menor. Contudo, tal não significa que sejam as crianças, elas próprias as portadoras do bem jurídico, na medida em que são os titulares das responsabilidades parentais que organizam o exercício do feixe dos direitos-função com o objetivo de satisfazer aquilo que for melhor para o interesse do menor”⁴.

Sobre a matéria em causa, Maria Clara Sottomayor⁵ defende que o bem jurídico protegido pela norma não pode deixar de ser o interesse da criança e a sua opinião.

Não oferece qualquer dúvida que o interesse da criança tem de ser erigido como o núcleo central dos interesses que a norma visa tutelar pois a criança é o centro e a destinatária primordial do regime legal em vigor. A salvaguarda do seu superior interesse é a trave mestra de qualquer decisão que a afete e aquele interesse é obrigatoriamente tido em conta e devidamente ponderado aquando da fixação do respetivo regime de exercício das responsabilidades parentais ou da instituição da tutela.

Mas não basta a existência de uma decisão proferida no âmbito de um processo tutelar cível, os interesses da criança só ficam devidamente acautelados se tal decisão for cumprida e respeitada pelos seus destinatários imediatos e por terceiros.

Para que o superior interesse da criança esteja devidamente garantido é imprescindível que o exercício das responsabilidades parentais possa ser levado a cabo de forma plena e sem obstáculos ou atropelos. Certo é, no entanto, que tal desiderato só é alcançado se os poderes conferidos aos progenitores se mostrarem devidamente defendidos.

Quando falamos de proteção da norma não podemos nunca dissociar a criança dos seus progenitores ou de quem a tem a seu cargo e a responsabilidade de dela cuidar.

A proteção da norma envolve agora, de forma clara e inequívoca, estas duas vertentes pois com a nova redação introduzida pela Lei 61/2008 deixou tal proteção de se centrar na vertente da guarda e passou também a abranger as relações da criança com o progenitor com quem não reside habitualmente, as quais se pretendem regulares e gratificantes, o mais próximo possível daquelas que existiam quando a família vivia em comunhão.

É esta a nova dimensão que atualmente o bem jurídico protegido com a norma apresenta. Não estamos perante uma tutela diversa da anterior, apenas o seu âmbito foi alargado.

³ “ *O crime de subtração de menor – uma leitura do reformado art.º 249º do Código Penal*”. Revista Julgar, nº7, p. 116.

⁴ Ob.cit., p. 120.

⁵ “ *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*”, 5ª edição, Almedina, 2011, p. 136.

O interesse da criança está sob o alcance de defesa da norma penal mas em primeira linha é o interesse daqueles a quem cabe legalmente o exercício sobre ela dos poderes-deveres inerentes à parentalidade ou à tutela que o preceito penal visa proteger.

3.3. Tendo em consideração a pena abstratamente aplicável ao ilícito e o disposto no art.º 23º n.º1, do C.Penal, **a tentativa** não é, agora, punível, ao contrário do que acontecia na redação anterior quanto ao crime base, atenta a pena que, então, lhe era abstratamente aplicável.

3.4. O ilícito, em qualquer das suas vertentes, reveste sempre **natureza semipública**, pelo que para que o Ministério Público tenha legitimidade para promover o processo necessário se torna que o ofendido apresente queixa pelos factos em causa, nos termos do art.º 49º, do CPP.

Ofendidos no crime previsto na al.c) pode ser qualquer um dos progenitores e nas situações das als. a) e b), também a pessoa a quem a guarda do menor tenha sido legalmente entregue e o tutor.

Sob pena de extinção do respetivo direito a queixa tem que ser apresentada no prazo de 6 meses a partir da data em que ocorreram os factos face ao disposto no art.º 115º n.º1, do C.Penal.⁶

3.5. A al.a) do preceito mantêm-se, como já vimos, inalterada desde 1995 no que se refere à sua previsão, “*Quem subtrair menor*”.

No concernente à al.c), na redação que lhe foi dada pelo DL 48/95 de 15 de março rezava a previsão “*Quem se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado*”.

A distinção entre as condutas a integrar em cada uma destas alíneas nem sempre se mostrou clara, ocorrendo algumas situações em que ambas se mostravam preenchidas.

Estas duas normas eram, pois, sobreponíveis em alguns dos seus elementos, havendo situações que caíam na previsão de ambas.

Com a atual redação da al.c) do art.º 249º, onde a tónica é agora colocada não já na recusa de entrega do menor a quem tinha a sua guarda mas na sua convivência com ambos os progenitores no âmbito do regime de regulação das responsabilidades parentais, algumas das condutas que eram anteriormente enquadráveis naquela, são-no agora na al.a).

⁶ Mesmo que a conduta se prolongue no tempo, para o início da contagem do prazo o momento relevante é o do conhecimento do facto e de quem seja o seu autor. Sobre esta matéria, Ac. da Relação de Coimbra, de 10-05-2006, em que foi Relator Gabriel Catarino, proferido no proc. 1010/06, consultável em www.dgsi.pt, “*No caso de accionamento do direito de queixa, releva não o momento em que cessa a terminação da situação antijurídica, mas sim o momento em que o titular do interesse juridicamente protegido teve conhecimento do facto delitivo e do autor.*”

Em sentido oposto, Ac. da Relação do Porto, de 03-04-2002, proferido no proc. 0111309, em que foi Relator Fernando Monterroso “*A crime de maus tratos a cônjuge de previsão do artigo 152 n.2 do Código Penal é de execução permanente, que se prolonga e persiste no tempo, porque há uma voluntária manutenção da situação anti-jurídica até que a execução cesse, ficando só então o crime exaurido. O prazo de caducidade do direito de queixa só tem início após ter cessado a execução.*”

Afastar o menor da esfera de atuação de quem sobre ele exerce a tutela ou a quem foi legitimamente entregue é uma atuação que pode agora encontrar acolhimento na previsão da al.a) do preceito.

Certo é, no entanto, que a eliminação do preceito penal na vertente “*recusar a entregar o menor*” no que se refere a quem sobre ele exerce a tutela ou a quem esteja legitimamente confiado determina que algumas condutas abrangidas pela incriminação da al.c) na anterior redação, atualmente não encontram proteção penal, tendo ocorrido uma **descriminalização** das mesmas.

Na redação original dada ao art.º 249º, na al.a) encontrava-se prevista, tal como acontece atualmente, a subtração de menor, sendo que a previsão da al.c) estava reservada para as situações, não de subtração mas de recusa da sua entrega.

Em causa estavam duas realidades diversas, a determinar duas previsões igualmente diversas e só em algumas situações as mesmas eram sobreponíveis.

Todas aquelas que, então, integravam simultaneamente as duas alíneas são agora, sem margem para dúvidas, enquadráveis na al.a).

Porém, outras há que deixaram de ter enquadramento penal em face da atual redação da al.c), já que esta é completamente inovadora e não encontra qualquer similitude com previsão anterior.

A alteração da previsão que constituía o tipo legal previsto na al.c) não foi acompanhada de qualquer outra que enquadrasse, total ou parcialmente, as condutas ali abrangidas noutro segmento do preceito legal em análise, nem noutro normativo legal.

Subtrair é substancialmente diferente de recusar-se a entregar e tanto assim é que o legislador teve necessidade de diferenciar os dois comportamentos e coloca-los em alíneas distintas do preceito legal.

Aliás, reforçando a ideia de que em causa estão duas realidades distintas, também na redação do art.º 196º do Código Penal de 1982 a distinção era feita em termos idênticos.⁷

Se a opção do legislador não tivesse sido, como até agora, a de distinguir de forma clara as duas condutas poder-se-iam encontrar argumentos que legitimassem uma interpretação mais lata da expressão subtrair, de molde a nela integrar um maior número de situações e a abranger a recusa de entrega, mas em face das sucessivas redações que têm sido dadas ao preceito julgamos que tal não se mostra possível.

A interpretação histórica é, a nosso ver, impeditiva de uma interpretação mais lata da expressão “*subtrair*” contida na al.a) do art.º 249º.

Subtrair menor, por contraposição à recusa de entrega significa retirá-lo da esfera de atuação de quem o tem a seu cargo naquele momento.

⁷ Previa o nº 1 do art. 196º do C.Penal de 1982 “*Quem subtrair um menor ou, por fraude, violência ou ameaça de grave mal, o determinar a fugir a quem tem o exercício do poder paternal, ou da tutela ou se recusar a entregá-lo a quem legitimamente o reclame, será punido com prisão até 3 anos e multa até 100 dias.*” (sublinhados nossos)

Recusar a entrega importa que o menor esteja na esfera de atuação de um terceiro, para onde entrou temporariamente e com o consentimento de quem tem a sua guarda legal, e este terceiro nega-se, em momento posterior, a permitir o seu regresso.

Tomemos como exemplo a conduta de um familiar do menor com quem o tutor o deixou para passar férias e que, findo tal período, se recusar a entregá-lo. Anteriormente era inequivocamente enquadrável na previsão da al.c), mas na atualidade esta conduta deixou de encontrar acolhimento na norma em face da nova redação dada ao preceito legal.⁸

O mesmo acontece se a entrega em causa, por período de tempo mais ou menos longo, tiver lugar por parte dos progenitores da criança a um terceiro, que depois não permite o seu regresso.

Estas situações não podem deixar de causar estranheza e perplexidade pois enquanto outras, aparentemente de menor gravidade em face dos interesses tutelados pela norma, como o incumprimento de um regime de visitas, se enquadram na previsão do crime de subtração de menor, a recusa de entrega da criança aos progenitores ou a outra pessoa a quem tenha sido legalmente confiada já não encontra tal enquadramento penal.

Certo é que as alterações introduzidas no preceito penal em análise a tal conduzem e não nos parece possível uma interpretação da norma de forma tão extensa e com a latitude necessária a abranger as condutas em causa, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Estamos em sede de uma norma penal e a sua interpretação terá sempre que ser feita de uma forma precisa e até restritiva e nunca de modo a que seja ultrapassada a letra da lei e a sua razão de ser.

Constitui uma das regras basilares da interpretação das normas que o legislador soube expressar corretamente a sua vontade, pelo que teremos que aceitar que as alterações introduzidas no preceito penal, conjugadas com as que ocorreram nas normas do C.Civil, deixaram de fora do âmbito da tutela penal, em sede de crime de subtração de menor, algumas situações anteriormente abrangidas pela incriminação.

Mesmo que consideremos incorreta esta opção legislativa e dela discordemos, certo é que tal não nos legitima a fazer uma interpretação da norma penal de modo a conferir-lhe uma latitude que não tem correspondência com a sua letra.

E o mesmo raciocínio terá que ser aplicado às situações em que a criança se encontra sob a guarda e responsabilidade de alguém que não respeita uma decisão judicial de entrega da criança a outra pessoa e se recusa a cumprir a mesma.

O conhecido “caso Esmeralda”, em que o STJ considerou estar preenchido o crime de subtração de menor, então previsto na al.c) do art.º 249º, do C.Penal⁹, analisado à luz da lei atual certamente

⁸ Resta nestas situações o recurso ao processo de entrega judicial de menor, previsto no art. 191º e seguintes da OTM.

⁹ Ac. de 10-01-2008, em que foi relator Simas Santos, consultável em www.dgsi.pt.

teria tido outro desfecho pois a conduta não é, em nosso entender, atualmente enquadrável em qualquer das alíneas do preceito penal em causa.

No caso concreto a criança havia sido entregue pela mãe ao casal que dela cuidou durante vários anos, tendo os mesmos recusado a sua entrega ao pai, em desrespeito de uma decisão judicial nesse sentido.

Aqui, não estando em causa uma “*subtração*” da criança uma vez que a entrega foi efetuada por parte de quem, na altura, tinha a sua guarda de forma legítima, a conduta não caberia na al.a) do preceito e, não estando em causa o cumprimento de um regime de visitas fixado em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais, também não se mostraria preenchida a sua al.c), pelo que resta-nos concluir pela inexistência do crime de subtração de menor ao abrigo da atual lei.

3.6. Porque a **vertente das responsabilidades parentais** é aquela a que a norma penal dá proteção em primeira linha e com maior amplitude, cabem aqui umas breves palavras sobre o seu regime, até porque, consoante as situações, assim determinadas condutas encontrarão ou não tutela penal no crime de subtração de menor.

Desde logo há que fazer a destrição entre duas realidades, a de o exercício das responsabilidades parentais decorrer diretamente nas normas contidas na lei civil ou encontrar-se o mesmo estabelecido e regulado por decisão legal¹⁰.

A lei civil distingue diversas situações e estabelece um regime de exercício das responsabilidades parentais próprio para cada uma delas.

Se os progenitores forem casados entre si, na constância do matrimónio, as responsabilidades parentais pertencem a ambos os cônjuges e são exercidas de comum acordo. Não havendo acordo sobre questões de particular importância qualquer um deles pode recorrer ao tribunal que, caso falhe a vertente conciliatória, decidirá.¹¹

Este mesmo regime é aplicável quando a filiação se encontra estabelecida quanto a ambos os progenitores que, embora não sendo casados entre si, vivem juntos e em condições análogas às dos cônjuges.¹²

No caso de a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores é a este que pertence, em exclusivo, o exercício das responsabilidades parentais.¹³

¹⁰ Decisão judicial proferida em processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou em processo de divórcio ou decisão proferida pelo Conservador do Registo Civil em processo de divórcio a correr termos na Conservatória. Nestas decisões é obrigatório estarem contemplados os três pontos fundamentais do regime, como sejam com quem a criança fica a residir, o regime de convívio com o progenitor com quem não reside habitualmente e a fixação do montante dos alimentos a prestar ao filho.

¹¹ A ação em causa encontra-se regulada no art.º 184º, da OTM e é no art.º 1901º do C.Civil que está consagrada a disciplina do exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio, regime para que remete o art.º 1909º quando os cônjuges estão separados de facto.

¹² Por força do disposto no art.º 1911º, do C.Civil.

¹³ Nos termos do art.º 1910º, do C.Civil.

Importa aqui notar que por força do disposto no art.º 1797º, do C.Civil, para que os poderes e deveres emergentes da filiação sejam legalmente atendíveis tem esta que se encontrar legalmente estabelecida. Uma vez que a filiação é um facto obrigatoriamente sujeito a registo, nos termos do art.º 1º n.º1 al. b), do C.R.Civil, daqui decorre que, mesmo que seja consensual e aceite por todos a identidade de ambos os progenitores do menor e mesmo que estes até vivam juntos e em condições em tudo semelhantes às dos cônjuges, basta que no assento de nascimento do filho não se encontre inscrito o nome de um deles para que se considere, para todos os efeitos legais, que a filiação se encontra estabelecida apenas relativamente ao progenitor que consta do assento de nascimento, cabendo, neste caso, apenas a este e em exclusivo, o exercício das responsabilidades parentais.

Sempre que os progenitores se encontrem separados ou se entre eles nunca tiver existido convivência marital, há lugar à regulação do exercício das responsabilidades parentais por decisão judicial ou do Conservador do Registo Civil, consoante os casos¹⁴.

3.7. Vejamos agora em concreto o modo como se reflete o regime de exercício das responsabilidades parentais em vigor no preenchimento do ilícito penal, em face de comportamentos violadores daquele regime.

Atualmente e por força das novas regras introduzidas pela Lei 61/2008 de 31 de outubro, as responsabilidades parentais são sempre exercidas em conjunto por ambos os progenitores no que respeita às questões de particular importância, só assim não o sendo quando, sempre por decisão judicial devidamente fundamentada, tal exercício for considerado contrário aos interesses do filho.¹⁵

Temos, pois, que na lei atualmente em vigor o **exercício das responsabilidades parentais em exclusivo apenas por um dos progenitores**, só pode ter lugar quando exista uma decisão judicial que institua tal regime ou quando a filiação se encontra estabelecida apenas relativamente a um dos progenitores.

Para além destas situações há ainda que ter em conta todos os casos em que a respetiva fixação do regime teve lugar no âmbito do normativo em vigor antes das alterações introduzidas pela Lei 61/2008, e em que a regra era, então, a atribuição do exercício do poder paternal a apenas um dos progenitores, o que alarga em muito o universo das situações em que o exercício das responsabilidades parentais cabe em exclusivo a apenas a um dos progenitores.

Estando em causa o exercício unilateral das responsabilidades parentais¹⁶ se o menor for retirado da esfera de poder do progenitor que tem a sua guarda, pelo outro progenitor ou por terceiro, a

¹⁴ Se os progenitores estiverem divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento, nos termos dos art.ºs 1905.º e 1906.º; nas situações de progenitores casados mas separados de facto, nos termos dos art.ºs 1905.º e 1906.º *ex vi* art.º 1909.º; quando os progenitores unidos de facto se encontrem separados, nos termos dos art.ºs 1905.º e 1906.º *ex vi* art.º 1911.º, n.º 2 e por último as situações em que os progenitores nunca viveram juntos e em condições análogas às dos cônjuges, nos termos dos art.ºs 1905.º e 1906.º *ex vi* art. 1912.º, n.º 1, todos do C.Civil.

¹⁵ Art.º 1906º n.º2, do C.Civil.

¹⁶ Ou do poder paternal se no âmbito do regime anterior.

conduta pode integrar a prática do crime de subtração de menor previsto na al.a) do art.º 249º do C.Penal.

O agente no tipo legal consagrado na alínea a) tem necessariamente que ser alguém que não exerce legalmente a guarda sobre o menor. O progenitor com quem o menor reside habitualmente não pode incorrer na prática do crime consagrado na al.a) do preceito.

3.8. Nas situações em que **o exercício das responsabilidades não se encontra fixado por qualquer decisão** e apenas decorre nas normas legais consagradas na lei civil, porque a regra é o seu exercício por ambos os pais¹⁷, nenhum deles pode incorrer na prática do ilícito em causa uma vez que a guarda, como uma das vertentes das responsabilidades parentais, não se encontra atribuída, por lei, a um deles em especial e não existe qualquer decisão legal definidora da situação.¹⁸

Este nosso entendimento, que está muito longe de ser pacífico,¹⁹ assenta sobretudo na interpretação da vontade do legislador em face das alterações profundas que introduziu na lei civil e penal com a reforma da Lei 61/2008, mas também encontra apoio no caráter subsidiário e excepcional da intervenção penal nas matérias da família e suas relações. Doutro modo, a própria natureza do direito penal impõe uma aplicação sempre parcimoniosa e restritiva dos conceitos contidos na norma.

Não podemos continuar a dar às normas reguladoras das responsabilidades parentais o mesmo sentido que elas tinham na sua anterior versão quando, manifestamente, não foi essa a vontade subjacente à sua alteração.

Qualquer supremacia de direitos sobre os filhos por parte de um dos progenitores foi completamente arredada pela nova lei e a profunda alteração do art.º 1911º do C.Civil é disso exemplo inequívoco e não deixa, a nosso ver, qualquer dúvida de interpretação sobre qual a vontade do legislador.

A atribuição do exercício do poder paternal ao progenitor que exercia a guarda e a presunção de guarda que anteriormente a lei conferia à mãe foram eliminadas da nova redação do art.º 1911º.

A regra é agora a de que ambos os progenitores têm iguais direitos sobre a criança. Se os mesmos não vivem em conjugalidade a situação tem, necessariamente, que ser definida por decisão a proferir em processo próprio, até lá aplicam-se as regras gerais e estas determinam que as responsabilidades parentais são exercidas em comum.

Como consequência lógica desta alteração não incorre na prática do ilícito de subtração de menor previsto na al.a) do art.º 249º se, não estando o regime de exercício das responsabilidades

¹⁷ Art.ºs 1901º nº1, 1911º nº1 e 1912º nº2, do C.Civil.

¹⁸ Na redação anterior às alterações da Lei 61/2008, o art. 1911º do C.Civil estabelecia que o poder paternal pertencia ao progenitor que tinha a guarda do filho e estabelecia uma presunção de guarda relativamente à mãe que só podia ser ilidida judicialmente. Atualmente esta regra desapareceu e foi substituída pela que determina a pertença a ambos os pais, em igualdade de circunstâncias, do exercício das responsabilidades parentais.

¹⁹ Em sentido contrário, Cunha, Maria da Conceição Ferreira, “*A tutela penal da família e do interesse da criança*”, in *Direito Penal Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*”, Coimbra Editora, 2013, p. 938 a 941.

parentais definido por decisão legal proferida em processo próprio, um progenitor leva o filho para viver consigo depois de o mesmo ter residido durante algum tempo com o outro progenitor.

Um caso com estes contornos poderá encontrar tutela penal noutros tipos legais de crime, como seja no crime de sequestro ou raptos mas não integrará o crime de subtração de menor, sendo que é no âmbito da lei civil que a resolução da questão pode encontrar uma resposta mais célere e eficaz.²⁰

Se em causa estiver uma deslocação da criança para o estrangeiro, o direito internacional convencional a que Portugal está vinculado oferece também mecanismos de resolução de uma situação como a descrita.²¹

Se a deslocação ocorrer para um país da UE, regerá em primeira linha o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro²². Se a deslocação ocorrer para outros países fora da UE, aplicar-se-ão as regras da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia em 25 de outubro de 1980.

3.9. Ao contrário do que sucede na al.a), em que a tónica está centrada na pessoa que detém a guarda da criança, na previsão da al.c) do art.º 249º, do C.Penal, qualquer dos progenitores, tenha ou não a guarda do menor, pode incorrer na prática do ilícito.

Uma das questões a equacionar no âmbito desta vertente do preceito é a relacionada com a **mudança de residência** da criança.²³

Na hipótese de o progenitor a quem o menor se encontra confiado, o deslocar sem autorização para local que impossibilite a concretização do regime de visitas fixado,²⁴ pode esta sua conduta integrar a previsão da al.c) do art.º 249º, do C.Penal, pois em causa está o afastamento da criança do convívio com ambos os progenitores.

Deslocar a criança para o estrangeiro ou para um lugar geograficamente muito distante constitui um ato que “*dificulta significativamente*” e pode mesmo ser impeditivo da entrega da criança no

²⁰ Em caso de urgência e se estiverem em causa os interesses da criança deverá ser, de imediato, intentada uma ação de regulação das responsabilidades parentais onde se requererá a fixação de um regime provisório no que respeita à guarda da criança e, se tal se mostrar necessário, poderá haver lugar à emissão de mandados de entrega, a cumprir pela autoridade policial competente.

²¹ Por maioria de razão a resposta dada será a mesma se a criança for deslocada para o estrangeiro por um dos progenitores ou por um terceiro, à revelia do fixado pela lei ou por decisão proferida em processo próprio.

²² Aqui se define, no seu art.º 2º, a guarda como o conjunto de direitos e obrigações relativos aos cuidados devidos à criança, em particular o direito de decidir sobre o seu lugar de residência (n.º10) e que se considera a guarda exercida conjuntamente quando os titulares das responsabilidades parentais não possam decidir sobre o local da residência da criança sem o consentimento do outro (n.º11.b).

²³ Aqui quando falamos de residência estamos a referir-nos ao local onde a criança efetivamente reside, a sua morada, e não ao conceito mais vasto de residência referido no art.º 1906º n.º5, do C.Civil, que se prende com a determinação de com qual dos progenitores a criança reside habitualmente.

²⁴ Nestas situações, pretendendo o progenitor a quem o menor se encontra confiado, passar a ter a sua residência no estrangeiro ou noutro lugar do país que importe um grande afastamento, deverá interpor uma ação de alteração do regime em vigor, nos termos do art.º 182º da OTM, de molde a que possa ser estabelecido um novo regime de visitas adequado à nova realidade.

cumprimento do regime de visitas estabelecido pelo que a conduta pode, deste modo, integrar a previsão legal do preceito penal em apreço.

Só assim não acontecerá nos casos excecionalíssimos em que a decisão não tenha fixado qualquer regime de visitas do menor ao outro progenitor.²⁵

No que tange às situações de exercício conjunto das responsabilidades parentais, que, como vimos, constitui atualmente a regra, há que atender se a residência da criança foi fixada apenas com um dos progenitores ou se pelo contrário, numa realidade cada vez mais frequente, o regime fixado foi o de residência alternada, passando a criança períodos de tempo idênticos com cada um dos progenitores.

É comumente aceite que uma alteração de residência do menor que implique uma mudança geográfica para um local distante dentro do próprio país ou para o estrangeiro constitui uma questão de particular importância, a ser decidida por acordo de ambos os progenitores ou, na falta deste, por decisão judicial a proferir em processo próprio, regulado no art.º 184º, da OTM.

Temos, assim, que, por regra, o progenitor com que o menor reside habitualmente não pode unilateralmente decidir-se pela mudança de residência deste, desde que tal implique um grande afastamento geográfico do outro progenitor o que acontece, com especial acuidade, nos casos em que a mudança tem lugar para outro país.²⁶

3.10. Na vigência da norma, na sua anterior redação, era entendimento comum que para estar preenchido o crime de subtração de menor necessário se tornava que o agente não detivesse poderes relativamente à guarda do menor.²⁷

Julgamos, porém, que esta interpretação não encontra atualmente qualquer apoio legal em face da nova redação da al.c) do art.º 249º, fazendo apenas sentido no que respeita à situação de subtração de menor prevista na al.a).

A verificação do ilícito no que se refere à modalidade de comportamento prevista na mencionada al.a) e que se reporta à subtração de menor, implica que o agente do ilícito não seja o detentor dos poderes-deveres inerentes à guarda e cuidados da criança pois subtrair significa exatamente retirar a quem de direito.

Porém, o mesmo não acontece com a alínea c) na sua nova redação. Aqui, qualquer dos progenitores, quer tenha ou não a guarda do filho menor, pode ser agente do crime pois o que está em causa é o incumprimento do regime fixado para o convívio do menor com os seus progenitores e a sua violação pode ser levada a cabo por qualquer deles, independentemente do facto de o filho viver ou não habitualmente consigo.

²⁵ O que acontece apenas quando tal convívio se mostra contrário aos interesses da criança.

²⁶ O mesmo se diga quando a residência/guarda é alternada sendo que, desta feita, as considerações em causa se aplicam a ambos os progenitores.

²⁷ Neste sentido decidi o Ac. do STJ de 04-01-2007, consultável em www.dgsi.pt, numa situação em que em causa estava o incumprimento do regime de visitas.

Aliás, nem o contrário faria sentido pois as questões que com maior frequência se levantam prendem-se exatamente com o incumprimento do regime de visitas por parte do progenitor guardião e foi esta realidade que levou o legislador a alterar o preceito legal em causa.

Analisemos agora quais os reflexos que uma **decisão de deslocação da criança para o estrangeiro ou para local do país significativamente distante da anterior residência**, tomada unilateralmente²⁸, pode ter em termos de vir a integrar a prática do crime de subtração de menor.

Sendo a decisão tomada pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente, pode a sua conduta preencher o ilícito previsto na al.c) do art.º 249º.

Aqui não está em causa uma subtração no sentido mais restrito do termo, tal como prevista na al. a) do preceito, mas a conduta importa uma impossibilidade ou dificuldade significativa de convívio do filho com o outro progenitor, que caberá na previsão daquela al.c).

Se a deslocação da criança para outra cidade ou até para outro país for levada a cabo pelo progenitor com quem a mesma não reside habitualmente e se tal situação importar uma impossibilidade de o outro progenitor exercer sobre o menor as responsabilidades parentais inerentes à guarda que lhe está atribuída, pode mostrar-se preenchido ilícito previsto na al. a) do preceito pois a conduta configurará, por princípio, uma situação de subtração de menor.

Quando em causa está um regime de **residência alternada**, em que a guarda do filho é partilhada por ambos os progenitores, situação em que o convívio com os progenitores e a guarda se interligam, a conduta daquele que retira o menor da esfera de atuação do outro poderá constituir uma subtração de menor para efeitos do disposto na al.a), uma vez que as responsabilidades parentais e a guarda estão radicadas em cada um deles em medida idêntica e a conduta impossibilita o exercício cabal por parte do outro progenitor das responsabilidades parentais que lhe cabem. Na medida em que uma conduta destas impede ou torna particularmente difícil a relação da criança com o outro progenitor, pode, de igual modo, estar preenchida a previsão da al.c).

Como a seguir veremos com maior desenvolvimento, a redação atual da al.c) contém uma previsão inovadora, cujo alcance se centra agora no convívio da criança com ambos os progenitores e não já nos poderes conferidos a quem detém a sua guarda.

3.11. Em causa está um **crime permanente**, de execução reiterada ou duradoura.

A sua consumação prolonga-se ao longo do tempo e apenas termina com a cessação da situação.

Se esta se mantiver até o menor atingir a maioridade é este evento que determina a consumação do ilícito.

²⁸ Havendo acordo por parte dos progenitores na alteração da residência ou decisão do tribunal em sede de resolução do diferendo relativo a esta questão de particular importância, mesmo que tal importe uma maior dificuldade ou até impossibilidade no convívio do filho com um dos progenitores, nunca estará preenchido o ilícito.

Para efeitos de decisão sobre a competência territorial do tribunal e a competência para a realização do inquérito, em face do disposto nos arts.ºs 19º n.º3 e 264º n.º1, do C.P.Penal, releva o local da prática do último ato de execução ou da consumação do crime.

4. A al.a) do art.º 249º, do C.Penal

4.1. Dispõe o preceito em causa que “ *Quem subtrair menor é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias*”.

A subtração de menor importa retirar ou tirar sem autorização pessoa com idade inferior a 18 anos e não emancipada²⁹, a quem legalmente a tenha a seu cargo, de modo a que esta fique impedida, de facto, de exercer os poderes-deveres inerentes àquela guarda.

Para que esteja verificado este elemento objetivo do tipo, a conduta do agente tem que ser determinante de uma **separação física** entre o menor e a pessoa a quem se encontra entregue mas, como bem se compreende, esta não é só por si suficiente. Tal separação tem que ser de molde a impossibilitar o exercício dos poderes-deveres, por parte de quem os detém, em toda a sua extensão.

Por outro lado, esta separação física “*deve durar algum tempo*”, o suficiente a impossibilitar o exercício total poderes ou, pelo menos, impedir o exercício de alguns aspetos essenciais dos mesmos.³⁰

Se a conduta, traduzida no retirar o menor da alçada de quem o tem a seu cargo, não perdurar no tempo de molde a determinar uma inversão para o autor dos factos dos poderes-deveres inerentes à guarda do menor, o legítimo titular destes poderes não os vê beliscados, razão pela qual não se encontra preenchido o ilícito.

A conduta só é suscetível de integrar a prática do crime se dela decorrer uma separação do menor da pessoa à guarda de quem se encontra, desde que esta separação se mantenha por um período de tempo suficiente de modo a importar uma transferência para o agente do crime dos poderes inerentes aquela guarda.³¹

4.2. Para a verificação do crime mostra-se irrelevante o **acordo do menor**. E também assim é mesmo que a iniciativa de sair da esfera de atuação de quem sobre ele exerce o poder de guarda tenha sido iniciativa do próprio menor.

De notar que a vontade do menor apenas releva para efeitos de atenuação da pena prevista, tal como estabelecido no n.º2 do preceito legal, mas mesmo nestas circunstâncias tal atenuação apenas se reporta à conduta prevista na al.c) e não à prevista na al.a).

²⁹ Arts. 122º e 132º, do C.Civil.

³⁰ Cunha, J.M.Damião - “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 615.

³¹ Também neste sentido, Albuquerque, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, 2010, p. 738.

André Teixeira dos Santos³² defende, no entanto, a relevância do consentimento do menor não emancipado mas com idade superior a 16 anos, desde que tenha maturidade suficiente para tomar a decisão e se determine que a sua vontade não foi instrumentalizada, concluindo pela ausência, nestas situações, de danosidade social suficiente que justifique a punição.

Diversamente, se o **acordo** acontecer entre **progenitores** ou partir da **pessoa a quem se encontra legalmente atribuída a guarda** do menor, o mesmo afasta a existência de crime pois a subtração importa, sempre, uma conduta contrária à vontade de quem tem o menor na sua esfera de poder.

4.3. No que tange à necessidade de, em processo próprio, ter havido uma **decisão sobre a quem e de que modo cabe a guarda do menor**, temos que, no que concerne às responsabilidades parentais, para o preenchimento do ilícito previsto na al. a), não se torna necessário ter sido regulado o seu exercício, desde que o autor do crime não seja um dos progenitores.

Sempre que a conduta tenha lugar por parte de um terceiro e ofenda os poderes deveres decorrentes da parentalidade, é indiferente que o exercício das responsabilidades parentais tenha sido objeto de decisão ou resulte diretamente da lei civil.

Mesmo que se esteja perante um caso em que os pais se encontrem separados, situação que como vimos importa a necessidade de regulação das responsabilidades parentais em processo próprio para o efeito, se uma terceira pessoa retirar o menor da esfera de atuação de qualquer um dos seus progenitores, mesmo na ausência de tal regulação, vigorarão as normas do C.Civil que estabelecem em que moldes são exercidas as responsabilidades parentais e, nesta medida, pode mostrar-se verificado o crime.

E assim é porque, como atrás já tivemos oportunidade de referir, a lei civil³³ estabelece qual o regime de exercício das responsabilidades parentais nas diversas situações e, não tendo tal regime sido regulado judicialmente ou na Conservatória do Registo Civil, são estas as normas que se aplicam.

A previsão da norma penal abrange ainda as situações em que o menor é retirado da esfera de atuação de um **terceiro que o tem a seu cargo por vontade dos seus progenitores ou de quem sobre ele exerce legalmente a guarda**.³⁴

Aqui há como que uma delegação de alguns dos poderes sobre o menor, por parte dos seus titulares, a terceiros, que os passam a exercer em seu nome e que, nesta medida, gozam da mesma proteção.

³² “Do crime de subtração de menor nas “novas” realidades familiares”, Revista Julgar, nº12, p. 243.

³³ Art.ºs 1901º a 1912º, do C.Civil.

³⁴ Colocar o filho ao cuidado de familiares próximos, por tempo mais ou menos longo, para que o mesmo possa fazer os seus estudos ou até por outras razões de saúde, ocorrem com alguma frequência sem que o exercício das responsabilidades parentais na sua plenitude seja beliscado.

Retirar um menor de casa de um tio a quem foi entregue pelos pais para que dele cuidasse por período mais ou menos prolongado no tempo é, para efeitos de previsão da norma, o mesmo que retirá-lo da esfera de atuação direta dos seus progenitores. Os poderes destes estendem-se e materializam-se, por sua vontade, nesta terceira pessoa.

Claro está e por maioria de razão, se a guarda do menor foi, pontualmente e por curto período de tempo, entregue pelos seus detentores a uma terceira pessoa³⁵ e, nestas circunstâncias, a mesma é-lhe retirada, pode igualmente mostrar-se preenchido o ilícito.

Certo é que, nestes casos, os ofendidos no crime são sempre os próprios progenitores e é sempre nestes que radica a legitimidade para o exercício do direito de queixa.

Quanto à necessidade de existência de uma decisão reguladora, diferente é se o poder de guarda decorrer não já do exercício das responsabilidades parentais mas de um regime de tutela ou de uma confiança a terceira pessoa ou a instituição, nos termos do art.º 1907º, do C.Civil. Aqui, para que a conduta possa enquadrar-se penalmente no conceito de subtração e integrar a previsão do art.º 249º, al.a), necessário se torna que situação tenha sido definida por decisão judicial, pois só deste modo encontra proteção jurídica na norma, já que se tratam de vínculos jurídicos que, ao contrário das responsabilidades parentais, não decorrem diretamente da lei, pelo que para a sua constituição é necessária uma decisão judicial.

4.4. Questão diversa é a de saber se a retirada de um menor a quem tenha sido confiado na sequência da **aplicação de medida de promoção e proteção**³⁶ pode configurar a prática do crime de subtração de menor.

Aqui defrontamo-nos com algumas dificuldades decorrentes do facto de, em face da nova redação da al.c), ter desaparecido do preceito legal a menção “*pessoa a quem esteja legitimante confiado*”, que era então interpretada como podendo abranger as situações em que o menor se encontrava confiado a um terceiro no âmbito de medida aplicada em processo próprio da jurisdição de menores.

A resposta há de ser encontrada na concretização de qual o bem jurídico protegido pela norma.

Dúvidas não subsistem que no âmbito do preceito contido na al.a) apenas cabem as situações em que o menor é retirado a quem detém os poderes inerentes à sua guarda.

A questão está pois em saber se esta guarda, no caso de não decorrer diretamente das responsabilidades parentais atribuídas legalmente aos progenitores, terá necessariamente que ser estabelecida em processo tutelar cível ou também o poderá ser em processo de promoção e proteção.

Porque estamos perante uma norma penal que não admite interpretação analógica, julgo que não é possível alargar a sua previsão a situações em que a definição de a quem cabe a guarda do menor

³⁵ Exemplo típico da entrega da criança a uma ama.

³⁶ Apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, acolhimento familiar ou acolhimento em instituição, previstas no art. 35º n.º 1 al. b), c), e) e f) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

não decorra diretamente da lei ou não tenha tido lugar no âmbito de um processo de natureza tutelar cível.

Este nosso entendimento resulta da interpretação que fazemos da vontade do legislador ao retirar da al. c) do preceito legal a menção “*a quem o menor estivesse legitimamente confiado*”, desaparecida da atual redação sem que tivesse sido substituída por outra idêntica ou da mesma natureza.

A referência lata a uma confiança legítima do menor, como anteriormente era feita na al.c), permitia uma interpretação mais alargada e abrangente do âmbito de proteção da norma no que tange à previsão da al.a).

A este propósito, alguns autores³⁷ defendiam que o bem jurídico protegido era tão só o poder paternal e a tutela, na medida em que essa proteção era dirigida a quem exercia os poderes legalmente consagrados como meio de suprir a incapacidade decorrente da menoridade mas, outros havia, como Cunha Damião³⁸, que iam mais longe e consideravam que no âmbito de proteção da norma estavam também abrangidos os poderes atribuídos a pessoas singulares ou coletivas por força do disposto no art.º 1907º, do C.Civil.

Certo é que, já então, era entendimento largamente maioritário que no âmbito da norma apenas encontravam proteção as situações que decorressem diretamente da lei civil ou cuja regulamentação fosse estabelecida por decisão proferida em processos de natureza tutelar cível.

Atualmente, não contendo a norma penal qualquer outra menção expressa que não seja a da al.c), e onde apenas se refere o exercício das responsabilidades parentais, julgamos que não suporta a mesma uma interpretação mais lata, de molde a abranger outras realidades para além das definidas pela lei civil.

A verificação do crime só poderá ocorrer quando o menor for retirado a alguém que, não sendo seu progenitor, o tenha à sua guarda e cuidados na sequência de decisão proferida no âmbito de uma ação tutelar cível.

Estando em causa o exercício das responsabilidades parentais pelos respetivos progenitores, não é naturalmente necessária a existência de qualquer decisão judicial pois o mesmo decorre diretamente das normas que o regulam.³⁹

Se o menor estiver à guarda de um terceiro na sequência de uma medida aplicada no âmbito de processo de promoção e proteção e se a situação não tiver sido ainda objeto de decisão num processo

³⁷Por exemplo, Leal-Henriques, Manuel e Santos, Manuel Simas – *Código Penal Anotado*, 2º vol, Rei dos Livros, 1996, p. 695; Albuquerque, Paulo Pinto, ob.cit, p. 738.

³⁸ Ob.cit., p. 614.

³⁹ Arts. 1901º e ss do C.Civil.

tutelar cível, a conduta poderá eventualmente integrar o crime de rapto ou sequestro mas não o de subtração de menor.⁴⁰

Recentemente ocorreu um caso em que os progenitores retiraram o filho de uma instituição em que estava acolhido no âmbito de aplicação da medida prevista no art.º 35º al.f) da LPCJP e com ele fugiram para o estrangeiro. Aqui, em nosso entender, não se mostra verificado o crime de subtração de menor, podendo a conduta em causa enquadrar-se no crime de rapto⁴¹.

4.5. Para além das situações mais comuns, em que a guarda do menor está atribuída aos seus progenitores, em conjunto ou singularmente ou a um tutor no âmbito de um processo em que foi sujeito a tutela e que constitui o instituto legal destinado a suprir do poder paternal nos casos previstos na lei⁴², há ainda que equacionar aquelas em que **a criança se encontra à guarda e cuidados de um terceiro**, por **decisão** proferida no âmbito de um processo de natureza **tutelar cível**. Julgamos que aqui, dada a natureza da decisão, pode caber na previsão da norma do art.º 249º al.a) a conduta de alguém que ilegítimamente retire a criança da esfera de atuação da pessoa a quem foi entregue.

O bem jurídico protegido com a incriminação, tal como já atrás tivemos oportunidade de ver, é não só o poder paternal e a tutela mas também o direito de guarda decorrente de decisão judicial, pelo que a sua violação pode constituir o cometimento do ilícito.

As situações mais comuns de entrega da criança a terceiro ou a instituição encontram-se reguladas nos art.ºs 1907º e 1918º, do C.Civil. Aqui a vertente das responsabilidades parentais no que diz respeito à guarda da criança deixa de caber aos progenitores e passa para uma terceira pessoa ou para uma instituição, pelo que a norma penal alberga no seu âmbito de proteção a atuação de terceiro que consista em retirar a criança da esfera de poder daqueles a quem foi confiada.

Mas existem ainda outros dois casos em que a criança está a cargo de um terceiro e que, em nosso entender, podem estar também abrangidas no âmbito de proteção da norma contida na al.a) do art.º 249º se ocorrer uma subtração da criança. Em causa estão as situações em que a criança se encontra a cargo de um terceiro porque, por força da lei, os pais estão impedidos de exercerem as responsabilidades parentais e ocorre a nomeação de um curador provisório ao menor como forma de suprir esse impedimento.

Falamos, por um lado, das situações de **confiança administrativa** do menor ao candidato à adoção, em que este pode requerer ao tribunal a sua designação como curador provisório⁴³ e das situações de **confiança judicial** com vista à adoção em que na respetiva sentença deve ser designado

⁴⁰ A acrescer a tantas outras, esta é mais uma das razões para que, após a intervenção no âmbito de promoção e proteção, a situação da criança deva ser definida em termos definitivos no mais breve espaço de tempo, competindo aqui um papel primordial ao Ministério Público, a quem caberá instaurar o competente processo tutelar cível.

⁴¹ Crime previsto e punido no art.º161º nº1 al.d), do C.Penal.

⁴² Art.º 1921º, do C.Civil.

⁴³ caso não desencadeie tal processo no prazo de 30 dias, caberá ao Ministério Público fazê-lo e, por outro lado,

o curador provisório, o que igualmente acontece sempre que no âmbito de um processo de promoção e proteção é aplicada a medida de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista à adoção.⁴⁴

Nesta última, embora se esteja no âmbito de um processo de promoção e proteção, a natureza da decisão partilha de todas as características da decisão proferida em processo tutelar cível, para onde a norma da Lei de Promoção de Crianças e Jovens remete expressamente.⁴⁵

Não se mostra curial defender solução diversas para situações em tudo semelhantes.

4.6. Concluimos, assim, que no âmbito de proteção da norma penal contida no art.º 249º al.a), do C.Penal, cabem as situações em que a subtração do menor ocorre quando o mesmo se encontra entregue:

- Aos progenitores, quer tal decorra diretamente da lei civil ou de decisão proferida em processo de regulação das responsabilidades parentais ou de divórcio;
- A um terceiro nos termos dos art.ºs 1907º e 1918º, do C.Civil;
- A um curador provisório nomeado na sequência de uma confiança administrativa com vista à adoção;
- A um curador provisório no âmbito de uma confiança judicial com vista à adoção ou de uma medida de promoção e proteção de confiança judicial a pessoa ou instituição com vista à adoção.

5. A al.c), do art.º 249º, do C.Penal

5.1. Resultante da necessidade de dar nova dimensão à proteção de situações da vida familiar decorrentes do exercício abusivo da autoridade parental por parte de um dos progenitores em detrimento do outro e como salvaguarda dos interesses do próprio filho, surge a nova redação da al. c) do crime de subtração de menor.

Esta nova incriminação encontra cobertura constitucional nos art.ºs 69º n.ºs 1 e 2, 67º n.º 2 al.d), da Lei Fundamental e emerge da necessidade de proteger a criança nos seus direitos contra abusos da autoridade familiar, sendo que é papel do Estado a proteção da família em todas as suas vertentes.

Doutro modo, a igualdade entre os cônjuges no que se refere à manutenção e educação dos filhos e a garantia de que os filhos apenas são separados dos pais quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais e sempre por decisão judicial, consagradas no art.º 36º da CRP são, de igual modo, direitos constitucionais que a nova redação do preceito penal tem por objetivo salvaguardar.

O desenvolvimento harmonioso de uma criança está interligado com diversas vertentes, sendo que o convívio efetivo, salutar e sem obstáculos com os seus progenitores, mesmo que a separação

⁴⁴ Arts. 163º e 167º da OTM e 62º-A n.º2 da LPCJ que manda aplicar o disposto no mencionado art. 167º.

⁴⁵ Art.º 62º-A da LPCJ.

de ambos determine que o tempo de permanência com um deles seja superior ao do outro, é um direito que lhe assiste.

As ruturas familiares entre pessoas que partilham uma vida em comum, cada vez mais frequentes, geram muitas vezes conflitos graves entre os progenitores que se repercutem de forma muito negativa na vida das crianças. Estas são, não raras vezes, utilizadas como “moeda de troca” ou “arma de arremesso” nas disputas entre os pais.

O convívio regular das crianças com ambos os progenitores, a par do cumprimento da prestação alimentícia são os segmentos das responsabilidades parentais que mais incumprimentos geram.

O afastamento da criança de um dos seus progenitores pode provocar sequelas graves e irreversíveis no seu desenvolvimento harmonioso. A presença efetiva e afetiva dos pais na vida da criança é um dos seus direitos fundamentais e impõe ao Estado a tomada de medidas para a tornar uma realidade.

A nova redação dada à al. c) do art.º 249º, do C.Penal surge, assim como uma resposta que visa proteger a criança dos conflitos parentais e impedir que tais conflitos se projetem negativamente na sua vida e no seu bem-estar. Para tanto, a relação de ambos os progenitores com o filho de uma forma salutar, gratificante e regular deve ser salvaguardada e acautelada.

Tendo sido este o objetivo do legislador, passemos, então, a analisar os elementos do tipo de crime.

5.2. A redação atual da al. c) do art.º 249º, do C.Penal estabelece que *“Quem, de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.”*

Um dos elementos típicos do crime previsto na al.c) é, pois, a violação do **regime** estabelecido para a **convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais**.

É pressuposto da verificação do crime a fixação do exercício das responsabilidades parentais em qualquer das modalidades previstas na lei. Tal pode ter lugar em ação própria de regulação das responsabilidades parentais⁴⁶, que corre termos no tribunal, ou no âmbito de uma ação de divórcio que, consoante as situações, será intentada no tribunal ou na Conservatória do Registo Civil.

Claro está que este elemento do tipo do ilícito poderá igualmente estar preenchido se o regime tiver sido fixado antes da entrada em vigor das alterações da Lei 61/2008, no âmbito de uma ação de regulação do exercício do poder paternal, pois em causa está, apenas, uma diferente terminologia para uma mesma realidade.

⁴⁶ Havendo acordo, pode este ser submetido a homologação judicial sem necessidade de se intentar a respetiva ação.

De notar que a decisão a fixar o regime de regulação das responsabilidades parentais não tem que ser, obrigatoriamente, uma decisão definitiva e transitada em julgado.

O incumprimento de uma **decisão provisória** proferida ao abrigo do art.º 157º, da OTM que contemple um regime de convívio entre a criança e os seus progenitores pode fazer incorrer o progenitor inadimplente na prática do ilícito em análise. É que não faz qualquer sentido tratar de forma diferente as duas realidades. Quer o regime fixado seja provisório ou definitivo o que se visa é assegurar o regular convívio da criança com ambos os progenitores, que constitui precisamente desiderato da norma penal, com a incriminação da conduta violadora deste aspeto concreto da relação entre pais e filhos.⁴⁷

Também não constitui, a nosso ver, obstáculo à verificação do crime o facto de ter sido interposto recurso da decisão, seja ela provisória ou não, já que, por força do preceituado no art.º 185º da OTM, os recursos interpostos de decisões de regulação do exercício das responsabilidades parentais têm sempre efeito meramente devolutivo.

À semelhança do que atrás dissemos quanto ao preenchimento da previsão da al.a), o elemento do tipo poderá igualmente mostrar-se preenchido se o regime de visitas tiver sido regulado em processo tutelar comum, como por exemplo nas situações previstas nos art.ºs 1918º e 1919º, do C.Civil. Estamos aqui perante um caso em que no âmbito do processo tutelar é decretada uma providência de entrega do menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação e assistência, mas nesse mesmo processo é também regulada uma das vertentes do exercício das responsabilidades parentais, aquela que se prende com o convívio da criança com os seus progenitores.

A inclusão desta realidade na área de previsão da norma penal configura uma mera ampliação do seu sentido, admissível no direito penal.

Diversa é a situação em que o regime de visitas à criança é estabelecido em processo de promoção e proteção, no âmbito de aplicação de uma medida de promoção e proteção.

Não é de todo invulgar que aquando da aplicação destas medidas, se estabeleça um regime de convívio da criança com os seus progenitores, sendo que as situações mais comuns se prendem com a aplicação das medidas consagradas nas als. a) a c), do art.º 35º, do regime de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovado pela Lei 31/2003 de 22 de agosto, a de apoio junto dos pais ou outro familiar e a confiança a pessoa idónea.

A eventual violação, mesmo que reiterada e injustificada, do regime de convívio dos progenitores com o seu filho fixado num processo de promoção e proteção não preenche, na nossa perspetiva e pelas razões já atrás explanadas, o tipo legal previsto no n.º1 al.c) do art.º 249º, do C.Penal.

⁴⁷ Ao que acresce que muitas decisões provisórias, não obstante a sua natureza, vigoram durante largos períodos de tempo, algumas delas por mais de um ano.

Defender o contrário importaria a criminalização de uma conduta por recurso à analogia, violando expressamente o princípio da legalidade, que a proíbe para qualificar um facto como crime, tal como preceituado no art.º 1º, n.º3, do C.Penal.

Em causa está um processo de natureza protecional, dirigido a crianças que se encontrem em perigo, cuja natureza é muito diversa da do processo tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais a que se reporta a norma penal em análise.⁴⁸

De igual modo entendemos não se encontrar abrangida pela incriminação a conduta do progenitor que impede, cria obstáculos ou dificulta a visita do menor aos seus avós ou irmãos, na sequência de uma decisão proferida ao abrigo do preceituado no art.º 1887º-A, do C.Civil uma vez que, também aqui, não estamos perante uma situação de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Diferente é se, na sequência de uma destas visitas aos avós ou aos irmãos, o progenitor com quem o menor reside habitualmente e a quem cabe singular ou conjuntamente o exercício das responsabilidades parentais se recusar a recebê-lo, de novo, em sua casa.

Esta conduta pode constituir a prática do ilícito em análise pois o progenitor com quem a criança reside por força do regime em vigor e que assim age, está a violar o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais e não propriamente a decisão que fixou o regime de visitas do menor aos seus avós ou irmãos.⁴⁹

5.3. A previsão da al.c) do art.º 249º, do C.Penal abrange tanto a **entrega** como o **acolhimento**.

Em qualquer destas formas, três comportamentos distintos são penalmente sancionados, a recusa pura e simples de entregar ou acolher o filho, o retardar de modo significativo essa entrega ou acolhimento e, por último, o criar obstáculos sérios a que a entrega ou o recebimento da criança aconteça nos termos fixados no regime em vigor.

O significado do ato de entregar não apresenta dificuldades de maior de interpretação. Aqui qualquer dos progenitores, quer aquele com quem a criança reside quer aquele em benefício do qual foi estabelecido o regime de convívio com o filho, que se recuse a entregar a criança ao outro pode incorrer na prática do crime.

⁴⁸ Em face deste estado de coisas a forma de assegurar que o convívio da criança com o progenitor com quem não reside não seja colocado em causa e possa a sua violação beneficiar da tutela penal, deve ser instaurada ação de regulação das responsabilidades parentais que, por força do art. 154º da OTM, correrá por apenso ao processo de promoção e protecção. Se o regime já tiver sido fixado mas de forma substancialmente diversa da consagrada no processo de promoção e protecção, haverá que instaurar uma ação de alteração do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art.º 182º, da OTM, de modo a adequar o regime já existente à nova realidade.

⁴⁹ Esta situação configurada num quadro em que não existe regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais, quer porque a ação nunca foi instaurada quer porque os progenitores vivem juntos, não pode ser enquadrada na al. c) do art.º 249º do C.Penal. A recusa dos pais em acolherem o filho configurará, então, uma situação de perigo para a criança, a justificar a instauração imediata de um processo de promoção e protecção.

A norma tanto sanciona o comportamento do progenitor com quem a criança reside e que não a entrega ao outro progenitor para que com ele passe o tempo de convívio fixado pelo regime em vigor, como o do progenitor com quem o filho não reside habitualmente e que não o entrega ao progenitor guardião.

A vertente do acolhimento já não se apresenta de forma tão linear.

Ao estender a previsão da norma penal também ao acolhimento da criança, o legislador levou mais além a proteção do direito do menor ao convívio com ambos os progenitores. Esta proteção encontra aqui uma das suas expressões mais inovadoras embora, em nosso entender, o legislador não tenha querido ir tão longe de modo a aqui abranger os casos em que o progenitor não guardião, pura e simplesmente, ignora o filho e não o quer ter consigo nem quer com ele conviver.

Algumas situações existem em que os progenitores, por variadíssimas razões, que podem passar pelo simples comodismo até à completa ausência de afeto, não querem estar com os filhos e não tomam qualquer iniciativa no sentido de tornar efetivo o regime de convívio estabelecido.

A questão coloca-se em saber se a conduta do progenitor que não vai buscar o filho para estar com ele no período estipulado pelo regime de visitas está abrangida na previsão da norma.

Porque o processo legislativo associado às alterações introduzidas nas normas penais em causa não contém elementos que nos ajudem à sua interpretação, pois da leitura da Exposição de Motivos do Projeto Lei nº 509/X, que esteve na génese da Lei 61/2008, nada se retira, na tentativa de encontrar uma resposta, iniciemos o nosso raciocínio pelo significado da própria palavra.

Segundo o dicionário, acolhimento, traduz-se no ato de acolher e significa receber ou recolher⁵⁰.

Acolhimento importa, pois, uma atuação positiva, a de receber ou recolher alguém.

O progenitor com quem a criança não reside habitualmente que pura e simplesmente se afasta do filho, ignora o regime de visitas estabelecido e abdica de estar e conviver com ele, não o indo buscar para estar consigo, adota um comportamento omissivo e de indiferença e desapego que não se enquadra na conduta prevista na norma e definida como acolhimento.

Para se mostrar preenchido o crime o progenitor tem que atuar de modo a impedir, dificultar ou criar obstáculos a que o seu filho seja por si recebido em sua casa, não bastando uma mera conduta omissiva traduzida na não recolha do menor no local onde o mesmo se encontra, a fim de passar consigo o período de tempo estabelecido no regime fixado.

O comportamento do progenitor que não desenvolve qualquer diligência para se encontrar com o filho e para o ter consigo nos períodos de tempo constantes do regime em vigor, traduzir-se-á num incumprimento desse regime, a dirimir em sede de processo tutelar cível próprio⁵¹ mas que, em nosso entender, não integra a prática do ilícito em causa.

Este raciocínio é também sustentado pela própria definição do bem jurídico protegido pela norma. Se no âmbito dessa proteção se encontra o direito ao exercício sem obstáculos dos vários

⁵⁰ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, consultável em www.priberam.pt.

⁵¹ Através do incidente de incumprimento, a requerer nos termos do art.º 181º, da OTM.

segmentos do exercício das responsabilidades parentais, tendo sempre como pano de fundo o superior interesse do filho, o progenitor que, de forma voluntária, não quer manter contacto com o filho, não só não vê beliscado qualquer direito seu, como a imposição de conduta diversa poderá até mostrar-se contrária ao interesse da criança.

Pelo contrário, se o progenitor com quem o filho não reside desenvolver as diligências necessárias a ter consigo o filho, marcando horas para a entrega e combinando a forma como a criança irá ter consigo e depois, de forma sistemática, não o recebe em sua casa quer porque se ausenta, quer porque invoca uma qualquer razão para o não fazer, poderá equacionar-se se esta sua conduta poderá integrar o ilícito em apreço.

É que aqui estamos perante um comportamento ativo do progenitor com quem o menor não reside destinado a receber o filho em sua casa que depois, de forma voluntária, não é concretizado, o que configura claramente uma recusa de acolhimento do filho.

Em face da gravidade de uma conduta desta natureza e da danosidade de que se reveste para o menor inclinamo-nos a considerar que poderá a mesma integrar a prática do crime.

Porém tal não significa que o cometimento do ilícito, na sua vertente do acolhimento, tenha que ser sempre por ação.

Na previsão da norma cabe ainda a conduta do progenitor com quem a criança reside que recusa, atrasa ou dificulta o regresso à sua casa. Estas condutas tanto podem ter lugar por ação como por omissão.

O progenitor guardião que não permite que o filho seja acolhido na residência que lhe foi fixada ao abrigo do disposto no art.º 1906º n.º5, do C.Civil, pode incorrer na prática do crime independentemente do tipo de conduta que adote para alcançar o seu objetivo.

5.4. Mas para estar preenchido o tipo de crime não basta recusar, atrasar ou dificultar significativamente a entrega ou acolhimento da criança, tais **condutas** terão que ser **repetidas e injustificadas**.

Estes conceitos genéricos e abertos a que o legislador recorreu causam sempre dificuldades acrescidas na determinação das condutas que os integram⁵². É uma técnica legislativa sempre a evitar, mormente quando estão em causa normas penais, mas tendo o nosso legislador optado por ela, caberá ao intérprete dar conteúdo a tais conceitos e à jurisprudência está atribuído um papel preponderante na sua definição.⁵³

⁵² Sobre os perigos da utilização destes conceitos genéricos, cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira, ob. cit., p. 929 e 930.

⁵³ Como mais à frente teremos oportunidade de verificar, a jurisprudência tem interpretado estes conceitos de forma muitíssimo restritiva, de tal modo que, temo, a seguir-se esta linha de entendimento, a previsão da al.c) mais não seja do que uma norma vazia de conteúdo e sem aplicação prática. Estamos, no entanto, perfeitamente de acordo com a decisão do STJ quando aí se afirma que não é qualquer incumprimento do regime que configura a prática do ilícito. É a gravidade desse incumprimento, no caso concreto, que determinará a verificação ou não do ilícito.

Conduta repetida significa necessariamente que tem que ser mais do que uma. Dependendo da gravidade da conduta e dos reflexos que a mesma tem na vida familiar do menor assim um comportamento que se repete por duas vezes poderá ou não integrar o tipo de ilícito e também nem sempre uma conduta levada a cabo por forma mais ou menos sistemática, integrará, necessariamente, o crime em causa.

Caso a caso terá que se apreciar e ponderar qual o grau da lesão nas relações entre os progenitores e o seu filho decorrente da conduta de um deles quando desrespeita o regime de visitas estabelecido e constatar se tal conduta é ou não violadora do bem jurídico protegido pela norma, traduzido no direito que os progenitores têm de conviver com o filho de forma regular e sem impedimentos ou obstáculos.

A conduta da mãe que, com frequência, se atrasa na entrega o menor ao pai, fazendo-o meia hora ou até uma hora depois do horário determinado no regime, por muito transtorno que isso possa provocar ao outro progenitor e até ao menor, em nosso entender não preenche o tipo de ilícito em causa.

Numa situação como a descrita, o bem jurídico protegido com a norma não está propriamente a ser violado. O progenitor continua a poder exercer o seu direito e o menor continua a poder conviver com o progenitor. Os atrasos verificados poderão, até serem compensados com a entrega da criança um pouco mais tarde.

Diversa é a situação de um pai, residente no Porto, que se desloca a Faro para ir buscar o filho a fim de o ter consigo no período de tempo estipulado no regime em vigor. Se neste caso a mãe se recusar a entregar a criança, mesmo que apenas por duas vezes, desde que em períodos de tempo mais ou menos próximos, poderá esta sua conduta integrar a prática do crime. Se à distância, só por si potenciadora de algum afastamento do progenitor do seu filho, acrescentarmos um incumprimento no que tange à entrega, por duas vezes e em datas próximas, pode esta conduta ter efeitos muito negativos na vida do menor e é certamente violadora do direito ao convívio entre pai e filho.

Aqui o crime poderá estar preenchido.

Por outro lado, a repetição da conduta pode acontecer não apenas com a sua verificação em diversas ocasiões mas também com a sua continuação no tempo.

Como salienta André Teixeira dos Santos⁵⁴ a recusa tanto pode consistir em protelar no tempo a entrega da criança como a ocorrência de várias situações de não entrega.

Na previsão da norma cabe a conduta do progenitor que impede a concretização do regime de convívio do filho com o outro progenitor, quer o faça de forma continuada, através de uma ação que se prolonga no tempo, quer de modo entrecortado, através de várias ações que se vão sucedendo.

Agente do ilícito pode ser qualquer um dos progenitores, quer tenha ou não a guarda do filho.

Caberá, assim, no âmbito da incriminação da al.c) do art.º 249º a conduta do progenitor com quem o menor não reside que se nega a entregar o filho findo o período de tempo estabelecido para

⁵⁴ Ob.cit., p. 237.

estar com o mesmo, desde que esta decisão se prolongue no tempo, de modo a determinar que o exercício dos poderes inerentes à guarda passem a ser exercidos por ele, sem que seja o seu titular. Estamos perante uma conduta continuada que integrará a previsão da al.c) do art.º 249º e não a al.a) dado que, como já atrás referimos, não estamos perante uma subtração da criança pois ela já se encontrava sob o poder de facto do progenitor infrator.

Doutro modo, o progenitor que, de forma sistemática, se recusa a entregar o filho ao progenitor com quem a criança reside, no dia e nos horários estabelecidos pelo regime e com ela permanece durante um período de tempo substancialmente superior ao determinado, poderá incorrer na prática do ilícito em causa.

Quanto à necessidade de a **conduta ser justificada**, tem o termo que ser entendido em sentido lato e de molde a abranger não apenas as causas de justificação da ilicitude e da culpa⁵⁵, pois se assim fosse não seria necessária a referência no tipo pois a causa de justificação sempre operaria. Outras situações há que, embora não preenchendo os requisitos daquelas causas de justificação, de alguma forma delas se aproximam e podem ser consideradas justificativas da conduta, de molde a determinar o não preenchimento do ilícito.

Temos como exemplo a situação clássica de o menor se encontrar doente e não ser aconselhável que saia de casa.

A esta acrescentarão outras de igual relevo, como seja a realização de exames médicos, a frequência de aulas extraordinárias de recuperação ou de preparação para exames e outras provas e a efetivação desses exames ou provas.

Por maioria de razão, se estiver em causa a integridade física da criança devido ao facto de o progenitor ser maltratante ou sobre ele cometer abusos, mormente de natureza sexual, é manifesto tratem-se, igualmente, de situações justificativas de uma não entrega da criança ao outro progenitor⁵⁶ mas mais do que isso, estas situações devem ser, no imediato, comunicadas ao Ministério Público e à Comissão de Proteção de Crianças e Jovens e importam uma alteração do regime em vigor quanto ao exercício das responsabilidades parentais e a eventual propositura de ação tutelar cível de inibição das responsabilidades parentais, bem como a instauração de processo de promoção e proteção.

Não é, no entanto, qualquer justificação que serve para afastar a previsão da norma em análise. É nosso entender que a conduta só pode ser considerada justificada se a não entrega do filho ao outro progenitor se prender com questões de particular relevo para a vida da criança, designadamente relacionadas com a saúde ou com a educação, mas centradas num núcleo restrito que se revele essencial para aqueles segmentos da sua vida, a sua saúde, bem-estar ou educação.

⁵⁵ Nos termos dos art.ºs 31º e seguintes do C.Penal.

⁵⁶ Aqui poderá até configurar-se uma situação de legítima defesa.

A frequência de atividades extracurriculares, de atividades de lazer ou uma simples dor de barriga não constituirá certamente justificação relevante para impedir que outro progenitor e a criança possam disfrutar do tempo que ficou estabelecido para o convívio entre ambos.

No conceito de justificação não caberão, por regra, as situações relacionadas com o próprio progenitor a não ser que as mesmas sejam inusitadas, inultrapassáveis e de força maior.

Claro está que uma doença repentina, um acidente ou qualquer outro evento de natureza semelhante constituirá uma justificação da conduta, de molde a que não esteja verificado o crime mas o mesmo não se poderá dizer de outras situações que se prendem com a própria vida pessoal do progenitor e interligadas com a forma como ele a gere, mesmo que, reflexamente, tal se reflita de forma positiva na vida do filho.⁵⁷

Sob pena de esvaziarmos a norma de conteúdo, a reiteração e a justificação das condutas têm sempre que ser vistas à luz do interesse que se quis proteger com a norma e do seu reflexo no bem-estar da criança e no seu superior interesse de manter uma vida familiar gratificante com ambos os progenitores.

Todas as situações que ficam de fora da previsão da norma penal não estão, no entanto, fora da proteção do direito já que qualquer incumprimento do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais no que à residência do menor e ao regime de visitas diz respeito é sempre tutelado pelos meios civis, configurem ou não a prática de crime, podendo dar lugar a instauração de ação de incumprimento nos termos do art.º 181º, da OTM, no âmbito da qual, para além da possibilidade de utilização de meios coercivos para impor o cumprimento do estabelecido, sempre pode haver lugar a uma condenação em multa do prevaricador e ao pagamento de uma indemnização a favor do menor, do progenitor requerente do incidente de incumprimento ou de ambos.⁵⁸

5.5. No que concerne às várias condutas que cabem na previsão do art.º 249º nº1, al.c), do C.Penal, pode ser **agente do crime** qualquer dos progenitores, independentemente de ter ou não a guarda da criança.

A recusa, atraso ou criação de obstáculos para a entrega ou acolhimento do menor pode ocorrer relativamente a qualquer dos progenitores. Isto independentemente de a conduta ter lugar por parte do progenitor com quem o filho reside habitualmente ou por parte daquele com que não tem a guarda da criança.

Por força do disposto no art.º 1907º do C.Civil⁵⁹ e dada a circunstância de, como atrás referimos, considerarmos que na previsão da norma cabem também as situações de regulação do exercício das responsabilidades parentais no âmbito de uma ação tutelar comum, mormente a intentada nos termos dos art.ºs. 1918º e 1919º, do C.Civil, o agente do crime pode, de igual modo, ser uma terceira pessoa

⁵⁷ Assim não o entendeu o Ac. da Relação de Coimbra, infra mencionado.

⁵⁸ Art.º 181º nº 1 da OTM.

⁵⁹ Consagra o nº1 deste artigo que “ *por cordo ou decisão judicial, ou quando se verificarem algumas das circunstâncias previstas no art.º 1918º, o filho pode ser confiado a terceira pessoa.*”

a quem a criança esteja entregue por decisão judicial e que impede, cria obstáculos ou dificulta, de forma repetida e injustificada, que a mesma conviva com os progenitores, nos exatos termos constantes daquela decisão.

O mesmo raciocínio se aplica quando as condutas em causa são levadas a cabo por parte do responsável pelo estabelecimento de educação e assistência a quem a criança foi entregue no âmbito de uma providência decretada ao abrigo do disposto no art.º 1918º, do C.Civil.

Agente do crime previsto na al.c) pode agora ser qualquer pessoa que tenha o poder de facto sobre o menor e se encontre vinculada pela decisão ao cumprimento do regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais na vertente do convívio do menor com os seus progenitores.

A previsão da al.c) do art.º 249º, na redação anterior abrangia a recusa de entrega do menor a quem exercesse o poder paternal, a tutela ou a quem o mesmo estivesse legitimamente confiado.

Aqui o agente do crime tanto podia ser o progenitor que não exercia o poder paternal como um qualquer terceiro. Então, só quem não tinha a guarda do menor podia ser autor do crime.

Com a nova redação da norma, algumas das situações que se podiam enquadrar na al.c), agora encontram acolhimento na previsão da al. a) do mesmo preceito.

O bem jurídico tutelado na al.c) deixou de ser o poder paternal, a tutela ou a guarda legal sobre um menor para passar a ser o direito de convívio, sem obstáculos, entre os progenitores e os filhos de modo a estabelecerem entre si uma relação afetiva, próxima, e gratificante.

Estamos perante um crime específico impuro ou impróprio, em que agente do ilícito apenas pode ser quem seja titular de direitos sobre a criança, decorrentes do regime legalmente estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais.

No entanto, nas situações de participação, esta qualidade transmite-se, podendo o crime ser imputado mesmo que o participante não se encontre diretamente vinculado à decisão que está a ser violada com a conduta.

5.6. Posto é que o crime só se encontra preenchido se não existir um **acordo**, mesmo que tácito, **entre os progenitores**.

Citando André Lamas Leite⁶⁰ “ *A inexistência de acordo é um elemento implícito do tipo*”

São muitas as situações em que os progenitores, de comum acordo, não cumprem de forma escrupulosa o regime estabelecido para o exercício das responsabilidades parentais.

As decisões, ao contrário da vida, são estáticas e estão longe de conseguirem prever todas as ocorrências que sempre podem surgir, pelo que muitas vezes as regras estabelecidas não se adequam a determinadas realidades que vão surgindo no dia-a-dia.

Se é certo que se uma alteração de circunstâncias suscetível de se prolongar no tempo e que importe uma modificação substancial do regime de exercício das responsabilidades parentais deve

⁶⁰ Ob.cit., p.127.

ser objeto de tratamento em sede de ação própria de alteração, não menos verdade é que, com frequência, ocorrem situações que importam alterações mais ou menos pontuais e transitórias na execução desse regime.

Os progenitores, como principais garantes do bem-estar dos filhos e no exercício de uma parentalidade responsável podem e devem adequar o regime à realidade que no momento é vivida.

O assentimento de ambos, naturalmente afasta a verificação do crime.

Se a frequência de determinada atividade por parte da criança tem o acordo dos dois progenitores mas importa a impossibilidade de cumprimento do horário fixado para o regime para e visitas, há aqui uma aceitação por parte de ambos dessa realidade que não pode nunca constituir um incumprimento subsumível ao crime do art.º 249º n.º1 al.c), do C.Penal.

5.7. Quanto ao **consentimento do menor** há em primeira linha que equacionar se o mesmo é relevante nos termos gerais previstos no art.º 38º do C.Penal, que no seu n.º3 prevê a eficácia do consentimento de menor com mais de 16 anos, desde que possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance desta manifestação de vontade.

Certo é que o consentimento só opera se for prestado pelo titular do interesse juridicamente protegido pela norma.

Como atrás já tivemos oportunidade de referir, o bem jurídico protegido pela al.c) do art.º 249º é em primeira linha o direito dos progenitores ao exercício dos poderes-deveres inerentes à parentalidade e ao cumprimento pontual da decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais.

O menor não é o titular direto dos interesses protegidos pela norma, embora o seu superior interesse esteja implicitamente protegido com a mesma.

Nesta conformidade, o seu eventual acordo, mesmo que tenha idade superior a 16 anos, não tem qualquer relevância no segmento da exclusão da ilicitude do facto, podendo, no entanto, equacionar-se a justificação da punição quando se verificar uma completa ausência de dano.⁶¹

Por outro lado, o n.º2 do art.º 249º, ao consagrar uma atenuação especial da pena para quando a conduta do agente tenha sido condicionada pela vontade do menor com idade superior a 12 anos, está a afastar a possibilidade de a vontade deste constituir um motivo justificativo da ação, de molde a arredar a prática do crime.

Continua, pois, à semelhança do que acontecia com a anterior redação, a ser irrelevante o consentimento ou a vontade do menor para efeitos de verificação do ilícito.

Atualmente a atuação do agente determinada pela vontade do menor apenas releva para efeitos da pena que será, nesses casos, especialmente atenuada.

Esta posição do legislador penal está longe de constituir um alheamento inadmissível daquela que seja a vontade da criança, tal como já vimos defender.

⁶¹ Ver supra, p. 17, ponto 2.

É certo que o art.º 1878º nº2, do C.Civil prevê que os filhos, consoante a sua maturidade, têm direito a que a sua opinião seja tomada em conta nos assuntos familiares importantes e a Convenção sobre o Direito das Crianças⁶² no seu art.º 12º, impõe que os Estados partes garantam à criança o direito a manifestar a sua opinião e a ser ouvida nos processos judiciais que lhes digam respeito.

Porém, é no respetivo processo tutelar cível onde foi regulado o exercício das responsabilidades parentais, que a criança deve ser ouvida e a sua opinião tomada em conta na decisão a proferir.⁶³

A norma penal sanciona as condutas violadoras de um regime pré-estabelecido e que é pressuposto tenha, na sua génese, tido em consideração a opinião da criança.

A existência de uma qualquer alteração das circunstâncias existentes à data da fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais importa a instauração da competente ação para alteração do regime vigente e não o seu puro e simples incumprimento.

A opinião da criança tem, pois, que ter sido tida em conta num momento anterior e ponderada devidamente aquando da fixação do regime e a relevância da sua vontade para efeitos penais, no segmento em análise, queda-se pela atenuação especial da pena, não tendo qualquer relevância para efeitos de verificação do ilícito.

5.8. Para além das questões que se prendem com o consentimento do menor outra pode ainda ser levantada e a ela se refere Maria da Conceição Ferreira da Cunha.⁶⁴ Prende-se a mesma com as situações em que a vontade do menor, atenta a sua idade e sua maturidade, não é facilmente manobrável e sérias dificuldades existem em impor-lhe o cumprimento de um regime de visitas que o mesmo se recuse a cumprir.

É natural que o progenitor que detém a guarda de um adolescente com 16 ou 17 anos não tenha capacidade para o obrigar a visitar o outro progenitor.

Aqui o incumprimento não pode ser imputado ao progenitor mas ao menor pelo que o tipo legal de crime não estará preenchido.

Há, no entanto, que ter especial atenção e salvaguardar as situações em que o querer do menor foi manipulado pelo próprio progenitor pois, a mostrar-se verificada tal hipótese, como é natural, o crime pode mostrar-se verificado pois aquela sua vontade não foi livremente formada mas influenciada pelo progenitor, de modo a justificar um incumprimento do regime de visitas e de molde a não ser responsabilizado pelo mesmo. Aqui a vontade do adolescente não pode ser valorada de modo a afastar o preenchimento do tipo.

⁶² Assinada em Nova Iorque em 26 de janeiro de 1990, aprovada e ratificada por Portugal em 12 de setembro do mesmo ano, publicada no DR nº 211, Iª Série.

⁶³ Mesmo que se trate de uma decisão homologatória de acordo entre os progenitores, quer esta tenha lugar em processo judicial ou a correr termos na Conservatória do Registo Civil. A citada Convenção sobre os Direitos da Criança impõe a sua audição, excetuando apenas as situações em que, por força da sua idade, a criança não tiver capacidade de discernimento.

⁶⁴ Ob.cit., p.934.

6. A Jurisprudência

São ainda escassas as decisões proferidas pelos nossos Tribunais Superiores sobre a matéria aqui em análise.

As três decisões cujos sumários aqui deixamos transcritos são emblemáticas da corrente jurisprudencial que se está a formar, no sentido de a aplicação da lei penal ser o último reduto da intervenção legislativa nas relações familiares e, nesta sequência, fazem uma interpretação muitíssimo restritiva do sentido da norma penal contida no art.º na al.c) do art.º 249º, do C.Penal.

Embora concordando que a intervenção do Estado nas relações familiares se deve restringir ao estritamente necessário e que o direito penal deverá ser sempre subsidiário na tutela dos direitos, desde que a lei faculte outros mecanismos de salvaguarda desses direitos, certo é que estes princípios não podem ser levados ao extremo, de modo a tornarem quase inútil a previsão penal.

Concorde-se ou não, certo é que o legislador pretendeu, com a alteração introduzida na mencionada al. c), passar a sancionar criminalmente as condutas violadoras do regime fixado na regulação das responsabilidades parentais no que tange ao convívio da criança com qualquer um dos progenitores, desde que qualquer uma das condutas ali mencionadas possa ser classificada de “significativa”. Um “*incumprimento qualificado*” nas palavras do Acórdão do STJ.

6.1. Ac. da Relação do Porto de 25-03-2010⁶⁵

I- Não basta um mero incumprimento do regime de visitas ou das responsabilidades de guarda do menor, para que se tipifique o crime de subtração de menor, na vertente do subtipo do art.º 249º, 1, al. c) do C. Penal (recusa de entregar o menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legalmente confiado).

II- A recusa, o atraso, ou estorvo significativo na entrega do menor, só têm relevância jurídico-penal para efeitos do referido crime de subtração de menores, se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica ruptura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o mesmo se encontra confiado, e corresponderem ainda a uma lesão nos direitos ou interesses do menor e não em relação àqueles a quem o mesmo está confiado.

Julgamos que foi, efetivamente, intenção do legislador não banalizar a criminalização dos comportamentos inadimplentes, reservando a tutela penal para aqueles que se mostram relevantes do ponto de vista dos interesses em jogo e da proteção dos bens jurídicos tutelados pelo preceito legal.

Porém, a interpretação a dar à norma não pode ser de tal modo restritiva que inviabilize a sua aplicação e a torne absolutamente inútil.

⁶⁵ Em que foi relator Joaquim Gomes, proferido no proc. 1568/08.9PAVNG.P1, consultável em www.dgsi.pt

A apreciação da conduta tem que ser sempre balizada por reporte à criança em concreto, aos seus interesses e ao direito dos progenitores de conviverem com o filho, sem obstáculos e de modo gratificante.

Exigir-se para a verificação do crime, uma “*autêntica rutura na relação familiar*” é, salvo o devido respeito, ir para além do querido pelo legislador e constitui uma interpretação demasiado restritiva do preceito.

O que a norma penal visa, exatamente, prevenir é a existência dessa rutura familiar, punindo as condutas que, pela sua gravidade, possam conduzir a um afastamento físico e afetivo entre os progenitores e os filhos, determinante de uma quebra de laços, com repercussões muito nefastas no seio familiar e na vida da criança.

O aresto em causa coloca ainda em equação quais os interesses em causa e que a norma visa proteger, afirmando que os mesmos se encontram radicados no menor e não na pessoa a quem se encontra confiado.

Também nesta vertente a decisão vai ao arrepio do que tem sido defendido maioritariamente pela doutrina, que, como já tivemos oportunidade de ver, defende que o bem jurídico protegido pela norma é, em primeira linha, o poder paternal e a tutela, bem como, atualmente e em face no novo preceito contido na al.c), o interesse dos progenitores em manterem com o filho um convívio efetivo.

6.2. Ac. da Relação de Coimbra de 18-05-2010⁶⁶

I – Tanto no texto da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, como no da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a previsão da alínea a) do artigo 249.º do Código Penal pressupõe necessariamente um agente que não detenha poderes (e deveres) relativos à custódia do menor; quem detiver a guarda do menor não poderá, por exclusão típica, ser agente do crime, precisamente porque a incriminação se destina a proteger e a garantir os direitos e os poderes que cabem a quem aquele seja confiado.

II – Com respeito à alínea c) do n.º 1 do artigo 249.º do CP, face à anterior redação do tipo legal, não constituía «subtração de menor» a recusa, pelo progenitor guardião, do direito de visita ao outro progenitor ou progenitores.

III – Todavia, perante a nova configuração típica daquela alínea, conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, estão atualmente abrangidos no tipo incriminador quer os comportamentos do progenitor guardião que não entrega a criança ao outro para que este exerça o seu regime de convívio, quer as do progenitor não guardião que não entrega o filho ao guardião na pós-visita.

⁶⁶ Em que foi relator Alberto Mira, proferido no proc. 35/09.8TACTB.C1, consultável em www.dgsi.pt

IV – Estando suficientemente indiciado: (i) à arguida foi atribuída, no quadro da regulação das responsabilidades parentais surgidas no domínio de divórcio por mútuo consentimento, devidamente homologado, a guarda de seu filho menor; (ii) no âmbito do acordo firmado, foi fixado um regime de visitas, nos termos do qual o pai poderia ver o menor seu filho sempre que o entendesse, mediante prévia combinação com a mãe; (iii) em determinado momento, a mãe abandonou o país, rumo à Suíça, na companhia do filho menor, este conspecto fáctico evidencia objectivamente uma situação de incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor, porquanto, relativamente ao regime de visitas fixado, a permanência da mãe do menor no estrangeiro cria, inevitavelmente, dificuldades sensíveis no direito (natural) de relacionamento pessoal entre o progenitor e a criança.

V – Porém, sabendo-se também que o abandono do país por parte do mãe do menor foi determinado pela obtenção, em novo mundo, de outras, e melhores, condições de vida para a primeira, quer no campo familiar quer no domínio profissional, criando, ao mesmo tempo, a possibilidade de inserção do menor num contexto mais adequado ao seu bem-estar, segurança e formação, esse comportamento, porque justificado, não é ilícito, à luz da atual redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 249.º do Código Penal.

Neste aresto a questão central prende-se com o que deve ser considerado como incumprimento justificado do regime fixado na regulação das responsabilidades parentais quanto ao convívio da criança com o progenitor com quem não reside.

No caso concreto, entendeu o Tribunal Superior que a deslocação da criança para a Suíça, para onde foi levada pela mãe sem o acordo do outro progenitor, a favor do qual havia sido fixado um regime de visitas ao filho, é uma conduta justificada à luz do estabelecido na al.c) do art.º 249º, do C.Penal, na medida em que subjacente a tal conduta está uma motivação atendível, a obtenção de melhores condições de vida para a mãe e para o próprio menor.

Mais uma vez nos deparamos com uma decisão que, fazendo uma interpretação muito ampla do que pode ser considerado como justificado para efeitos de afastar a previsão da norma penal, acaba por esvaziá-la de conteúdo.

No caso em apreço está uma situação comum em que, no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, a guarda da criança foi atribuída à mãe e foi fixado um regime de visitas ao pai.

Não há nos autos qualquer nota de que entre pai e filho não existisse uma relação normal, saudável e gratificante.

A mudança de residência da criança para o estrangeiro constitui uma questão de particular importância pelo que a decisão em causa cabe a ambos os progenitores e não apenas àquele com quem a criança reside.⁶⁷

⁶⁷ Art.º 1906º nº1, do C.Civil.

Um eventual desacordo dos pais teria sempre que ser dirimido em sede de processo próprio e no âmbito do respetivo processo tutelar cível⁶⁸, onde ao tribunal caberia ponderar da motivação da mãe e se a mudança de residência para um país estrangeiro deveria ou não ser autorizada à luz do superior interesse da criança.

Na situação em apreço a mãe limitou-se a fixar residência com o filho num país estrangeiro, passando por cima do assentimento do pai e ignorando os reflexos que essa sua atitude poderia ter na vida afetiva do filho.

Neste quadro, julgo não poder considerar-se justificada a saída para o estrangeiro da criança sem o aval do progenitor com quem não reside, constituindo tal deslocação um impedimento grave do regular convívio da criança com o pai.

As razões económicas e de “melhoria do nível de vida” não se podem sobrepor, sem mais, ao bem superior que se traduz na possibilidade de a criança ter uma mãe e um pai presentes e com eles poder estabelecer uma relação próxima e gratificante.

A justificação da conduta determinante do afastamento da previsão do ilícito por ausência de um dos elementos do tipo objetivo tem que ser encontrada por reporte aos bens jurídicos visados pela norma e não podem obter acolhimento razões que apenas se prendem com a satisfação do interesse do progenitor incumpridor, por mais legítimas que elas possam ser do seu ponto de vista pessoal.

De notar que no Acórdão do STJ que adiante se refere, a “*fuga para o estrangeiro*” e situações de “*semelhante dimensão*”, são exatamente consideradas como enquadráveis na al. c), do art.º 249º, do C.Penal.

6.3. Ac. do STJ de 23-05-2012⁶⁹

(...)

III -O crime de «subtração de menores», na nova redacção da al. c) do n.º 1 do art. 249.º do CP, introduzida pela Lei 61/2008, de 31-10, afasta-se inteiramente da estrutura e construção típicas das als. a), b) e c) (na anterior redacção), divergindo mesmo do significado semântico que enquadrava consistentemente a construção tradicional da estrutura típica. No enquadramento de tipicidade, a al. c) do n.º 1 do art. 249.º na actual formulação não traduz nem expõe manifestamente uma «subtração», mas apenas uma rejeição do cumprimento, ou no rigor, o incumprimento das obrigações decorrentes do regime fixado ou acordado de regulação das responsabilidades parentais de menores: a formulação típica não representa nem prevê uma retirada ou ocultação do menor, ou recusa de entrega à pessoa que exerça o poder paternal, constituindo apenas, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento de uma forma instrumental e funcional

⁶⁸ Nos termos do art.º 184º, da OTM.

⁶⁹ Em que foi Relator Henriques Gaspar, proferido no proc. 687/10.6TAABF.S, consultável em www.dgsi.pt

de injunção ao cumprimento de obrigações decorrentes do regime de responsabilidade parentais, no rigor, uma modalidade constitutivamente aproximada de uma desobediência.

IV -Mas, sendo assim, o princípio de subsidiariedade de intervenção do direito penal – que supõe a carência de tutela penal de determinado comportamento que afecte bens e valores com relevo axiológico constitucional – não poderá, sem afectar o princípio da proporcionalidade, sustentar a criminalização e o sancionamento penal de um puro e simples incumprimento de um regime sobre direitos civis que tem meios próprios de injunção e coerção ao cumprimento. Por isso, a «subtracção» ou o não cumprimento, com o sentido da al. c), só deve e pode ter sentido quando se refira a situações de *ultima ratio*, e os meios normalmente adequados para fazer respeitar o cumprimento das obrigações parentais não se revelam eficazes. É nesta perspectiva que os elementos da tipicidade do crime do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, na redacção da Lei 61/2008, devem ser interpretados e integrados.

V - A actual redacção do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, interpretada logo pela construção da tipicidade, visa acorrer às situações em que a recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor, se faz, por exemplo, através da fuga para o estrangeiro de um dos vinculados pelo regime de regulação das responsabilidades parentais, ou através de comportamentos ou abstenções de semelhante dimensão, com graves prejuízos para a estabilidade e os direitos dos menores; é em tais circunstâncias que se impõe, não uma exigência de abstenção dos Estados face às relações jurídico-familiares, mas também deveres de conteúdo positivo, fazendo impender sobre os Estados o dever de criar mecanismos legais expeditos para o cumprimento.

VI -Conhecidas as críticas a que a intervenção penal está sujeita nesta área, a lei penal não se pode satisfazer com uma qualquer forma ou modalidade de incumprimento; exige, por isso, logo pela descrição do tipo e como elemento da tipicidade, um incumprimento qualificado, não se satisfazendo, por uma projecção quantitativa, com uma única hipótese de incumprimento, mas sim, ao invés, exigindo que seja «repetido». Classificando o incumprimento como «injustificado», o legislador utiliza a noção desligada dos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, alargando-a a outras realidades e circunstâncias que se impõem na definição como elementos do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude: «repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projecções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais»;

«recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são acções que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes, densificando quantitativamente, e pela quantidade e persistência, qualitativamente, a gravidade *in se* e as consequências do não cumprimento do regime estabelecido.

VII - Nesta perspectiva de leitura e interpretação dos elementos do tipo do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, os factos indiciados não integram, nem se aproximam do limiar de tipicidade descrito na norma penal, independentemente de circunstâncias afloradas e que poderiam ser consideradas no plano da justificação, o comportamento da denunciada não foi «repetido», com o sentido com que a tipicidade acolhe a noção; estando em causa apenas um intervalo de tempo entre 06-05-2010 e 01-06-2010, em que teve lugar nova conferência no processo de regulação das responsabilidades parentais suscitadas para a resolução da divergência, não existe reiteração, recorrência, contumácia ou persistência determinada no não cumprimento, que a norma penal necessariamente pressupõe e impõe. Não estão, assim, indiciariamente integrados os elementos do tipo.

Para além de salientar a nova estrutura do crime de subtração de menor e da ausência de correspondência com a previsão anterior no que tange à al.c) do preceito, este aresto faz uma reflexão sobre que condutas devem atualmente integrar aquela previsão.

De notar que, no caso concreto, o recurso foi interposto de uma decisão instrutória, que manteve o despacho de arquivamento do inquérito, proferido com base na falta de indícios da prática do crime.

Foi entendido pelo Supremo Tribunal que a conduta em causa, para efeitos da previsão da norma, não podia ser considerada como repetida, dado o curto intervalo de tempo em que decorreu o incumprimento do regime de visitas estabelecido.

Nestas situações, se o incumprimento perdurar, pode sempre ser reaberto o inquérito ao abrigo do disposto no art.º279º, pois a permanência da conduta pode sempre adquirir a virtualidade de ser considerada “repetida” para efeito de preenchimento deste elemento do tipo.

7. Conclusão

As alterações introduzidas no crime de subtração de menor pela Lei 61/2008 vieram alargar o âmbito de aplicação do preceito, conferindo tutela penal ao incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor.

Porém, a nova redação dada à al.c) do preceito legal, sem que se mantivesse a sua previsão anterior, determinou a descriminalização das condutas que se prendem com a recusa de entrega do menor a quem exerce as responsabilidades parentais, a tutela ou a quem tenha sido legalmente confiado.

A opção do legislador em introduzir na nova redação do preceito conceitos genéricos e abertos, a necessitar de concretização, abriu a porta à possibilidade de a aplicação da norma ser muito residual.

A corrente jurisprudencial que se vem formando vai exatamente no sentido de uma interpretação muito restritiva daqueles conceitos e, a manter-se a tendência, muito poucas serão as condutas do progenitor inadimplente suscetíveis de integrar a prática do ilícito penal.

Referências Bibliográficas

- Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da constituição da república e da Convenção dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Universidade católica Editora, 2010.
- Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º vol., tomos I e II, a.a.f.d.l., 1980.
- Bolieiro, Helena; guerra, Paulo, *A Criança e a família – uma Questão de Direito(s)*, Coimbra Editora, 2009.
- Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1980.
- Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 1971.
- Cunha, J.M.Damião da, *Comentário Coninbricense do Código Penal*, em anotação ao art.º 249º, Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *A tutela penal da família e do interesse da criança*, in *Direito Penal Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013.
- Feitor, Sandra Inês, *Rapto Parental Internacional: Crime de Subtração de Menor e Convenção de Haia*, disponível em www.fd.unl.pt
- Fialho, António, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, disponível em www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_familia.php.
- Gonçalves, Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 13ª edição, Almedina, 1999.
- Henriques, Manuel Leal e Santos, Manuel Simas, *Código Penal Anotado*, 2º vol., Rei dos Livros, 1996.
- Leite, André Lamas, *O crime de subtração de menor – uma leitura do reformado art. 249º do Código Penal*, Revista Julgar nº 7, janeiro/Abril 2009, p. 99 (131).
- Melo, Helena Gomes de, et. al., *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Quid Juris, 2010.
- Ramião, Tomé d’Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada*, 6ª edição, Quid Juris, 2010.
- Santos, André Teixeira dos, Revista Julgar nº 12 (especial) 2010, p. 222 (252).
- Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª Edição, Almedina, 2011.