



UNIVERSIDADE  
CATOLICA  
PORTUGUESA

# A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS – UM DIREITO SOCIAL

A decisão do Comité Europeu dos Direitos Sociais que  
fortaleceu a proteção de menores em Portugal

Doutoramento em Direito  
Seminário “Cidadania e Sociedade Inclusiva”  
Módulo de Direito Constitucional – Prof. <sup>a</sup> Doutora Catarina  
Santos Botelho

Mariana Mesquita Vilas Boas  
Novembro de 2021

## ÍNDICE

Lista de Abreviaturas.....	2
Introdução.....	3
Os direitos sociais na CRP.....	3
Os atos jurídico-públicos internacionais (gerais e regionais) e da União Europeia e os direitos sociais.....	5
A queixa n.º 34/2006 e a decisão do CEDS .....	6
Análise crítica .....	9
Conclusão - a importância da posituação dos direitos sociais e o impacto da CSER .....	12
Bibliografia .....	13

## Lista de Abreviaturas

CEDH - Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEDS – Comité Europeu dos Direitos Sociais

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSE – Carta Social Europeia

CSER – Carta Social Europeia Revista

OMCT – Organização Mundial contra a Tortura

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

## Introdução

O presente trabalho foi motivado pela análise da Decisão sobre o Mérito (em diante “Decisão”) do CEDS sobre a queixa n.º 34/2006 apresentada pela OMCT contra Portugal, por este não respeitar o artigo 17.º da CSER.

Começaremos este excuro por uma breve contextualização e posicionamento relativos aos direitos sociais, em particular quanto ao seu regime, à pertinência do catálogo constante da CRP, à sua justiciabilidade e às fontes existentes no Direito Internacional Geral, Internacional Regional (europeu) e da União Europeia.

Posteriormente, debruçar-nos-emos sobre a mencionada queixa da OMCT e a Decisão do CEDS, explorando o seu conteúdo. Versando esta deliberação sobre a proteção das crianças e jovens contra a violência, referir-nos-emos à aplicação, em Portugal, de algumas normas penais aos castigos corporais, à doutrina e jurisprudência quanto a este assunto, veiculando também a nossa perspetiva sobre o problema.

Procuraremos concluir esta resumida exposição salientando o impacto desta Decisão no ordenamento jurídico português.

## Os direitos sociais na CRP

Face ao catálogo de direitos sociais consagrado na CRP, entre os seus artigos 58.º e 79.º, gostaríamos de manifestar a nossa concordância com o “aspiracionalismo<sup>1</sup>” da Lei Fundamental portuguesa.

Tal como parte importante da doutrina portuguesa e estrangeira<sup>2</sup>, afastamo-nos de uma bipartição rígida, de uma diferenciação estrutural entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, que eleja os primeiros a direitos fundamentais de primeira classe e os segundos a direitos fundamentais de segunda classe.<sup>3</sup>

CATARINA SANTOS BOTELHO, defensora de uma solução intermédia entre as teses unitárias e as teses da antinomia, destacando como principal elemento de destriça da maioria dos direitos sociais, a sua falta de determinabilidade<sup>4</sup> constitucional, entende que “a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspetivas: (i) a aplicabilidade *stricto sensu*, que se relaciona com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela

---

<sup>1</sup> “Aspirational constitutionalism does not limit itself to the ways in which a community is presently arranged, constrained as it may be by the practical realities of finite resources, internal limitations, and a narrow imagination of possibilities for collective and individual growth. Aspirational constitutionalism, instead, sees a constitution as reflecting a vision of society as it could be”; sobre a distinção entre o constitucionalismo funcional e o constitucionalismo aspiracional ver ALBERT, R., “The cult of constitutionalism”, *Florida State University Law Review*, vol 39, 373, 2012, pp. 378. a 383.

<sup>2</sup> BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise – Ou visitar as normas programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 283.

<sup>3</sup> BOTELHO, C.S., “A proteção multinível dos direitos fundamentais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na jurisprudência constitucional portuguesa”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, ISSN-e 2174-6419, vol 7, n.º extra 1, (Exemplar dedicado a: Conferência Internacional “A crise e o impacto dos instrumentos europeus de proteção dos direitos sociais nas ordens jurídicas internas”), 2017, p. 102.

<sup>4</sup> “(...) Uma norma possuirá determinabilidade quando o intérprete aplicador, pela sua simples leitura ou recorrendo à exegese hermenêutica, consiga descortinar nela uma suficiente densidade de conteúdo que lhe permita concretizá-la.” em BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise, cit.*, p. 310.

suscetibilidade de invocação autónoma; (ii) e a aplicabilidade *lato sensu*, que se prenderá já com a capacidade de derogar normas contrárias.<sup>5</sup> Assim, aos direitos sociais análogos aos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da CRP<sup>6</sup>, aplica-se o regime dos últimos, gozando, nomeadamente<sup>7</sup>, de aplicabilidade direta *stricto sensu*. Já os restantes direitos sociais, ainda que não sejam concretizados pelo legislador ordinário, beneficiarão de aplicabilidade direta *lato sensu*.<sup>8</sup>

Face, nomeadamente, à vinculatividade dos direitos sociais - ainda que a maioria, pela falta de determinabilidade do seu conteúdo, não seja passível de invocação judicial direta<sup>9</sup> - nos posicionámos de início pela importância da sua ampla previsão constitucional. Esta consagração na Lei Fundamental dos direitos económicos, sociais e culturais protege-nos de alterações das maiorias parlamentares que os pudessem pôr em causa.<sup>10</sup>

Razões, como a anterior, que advogam no sentido da catalogação dos direitos sociais nos textos constitucionais nacionais, têm validade, também, quanto à previsão de tais direitos nos tratados

---

<sup>5</sup> BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 132.

<sup>6</sup> Ou antes pela sua natureza, pela determinabilidade do seu conteúdo e pela sua densidade normativa, uma vez que o “legislador constituinte não tem, neste domínio margem de criação?”, perguntamos face à ideia de Jorge Reis Novais de que a aplicabilidade direta não é uma característica que o legislador constituinte possa atribuir aos direitos, mas sim algo de intrínseco aos mesmos - ver NOVAIS, J. R., *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366 a 370. Ao que respondemos: por ambos. O conteúdo dos direitos sociais deve ser determinável para que estes se considerem análogos e se lhes aplique o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º. Não estamos com Jorge Reis Novais, por vermos na sua ideia o perigo que lhe aponta Catarina Santos Botelho - “Se é assim, no rigor dos termos, então a desrinça é ainda mais evidente e endógena aos direitos do que defende a maioria da doutrina.”, em BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 319. Ao enveredar por este caminho, abre-se espaço para a questionação dos poderes do legislador constituinte de se pronunciar quanto à aplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias, podendo pôr-se em causa a sua aplicabilidade aos direitos sociais análogos, baseada no artigo 17.º, o que não se deseja de todo.

<sup>7</sup> Quanto à extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aplicável aos direitos sociais análogos, pendemos, numa primeira abordagem, para a sua totalidade, face ao texto do artigo 17.º que iguala os direitos “enunciados no título II” e os “direitos fundamentais de natureza análoga”.

<sup>8</sup> Relativamente à força jurídica dos direitos sociais, veja-se BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., pp. 303 a 306. Especificamente no que respeita aos direitos previstos em lei ordinária estabelecidos em cumprimento dos direitos sociais previstos na CRP, ou *direitos a prestações derivados da lei*, como os apelidou a doutrina germânica, gostaríamos de manifestar a nossa concordância com Jorge Reis Novais quando, pugnano pelo seu caráter jusfundamental, diz que “os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizados na lei” (NOVAIS, J. R., *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, cit., pp. 174 e 178), embora tenhamos presente que este entendimento acarreta ponderação quanto a uma possível contenda com o princípio da separação de poderes.

<sup>9</sup> Sobre o esbater dos limites entre direitos de liberdade e direitos sociais, note-se que a intervenção legislativa pode ser necessária para assegurar o exercício e concretizar o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Esta possível necessidade é uma ideia comum em NOVAIS, J. R., *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, cit., p. 370., GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 438, BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., pp. 130 e 209 e VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 188 e 189. Do que pudemos depreender, enquanto a lei concretizadora pretende somente dar exequibilidade aos direitos, liberdades e garantias e direitos sociais análogos, visto estes já terem aplicabilidade direta, relativamente aos restantes direitos sociais, é o legislador ordinário quem lhes vai dar determinabilidade e permitir a sua invocação direta perante os tribunais, não acarretando esta dependência do legislador, como vimos, falta de vinculatividade.

<sup>10</sup> Aquando da tomada de medidas legislativas de austeridade, o Tribunal Constitucional logrou (embora não na medida desejada pela maioria dos seus juízes, como se depreende das declarações de voto de acórdãos que viabilizaram algumas dessas medidas) evitar o sacrifício de direitos sociais: ver acórdãos n.º 862/2013, de 19/12/2013, n.º 413/2014, de 30/05/2014 e n.º 575/2014, de 14/08/2014, em [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Início \(tribunalconstitucional.pt\)](#).

internacionais (gerais e regionais) e nos tratados da União Europeia.<sup>11</sup> Gostaríamos de destacar ainda, de entre estas razões, que “os direitos de liberdade não terão significado sem meios para os usufruir”.<sup>12</sup>

Vista a “justiciabilidade” dos direitos sociais, parece-nos também relevante reiterar o esbatimento de fronteiras entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais, por os primeiros, tradicionalmente vistos como negativos, apresentarem, igualmente, dimensões positivas e prestacionais e os segundos, tradicionalmente encarados como positivos, acarretarem dimensões negativas e de defesa, implicando ambos custos para o Estado, pelo que o argumento da especial onerosidade dos direitos sociais não deverá prevalecer.<sup>13</sup>

### Os atos jurídico-públicos internacionais (gerais e regionais) e da União Europeia e os direitos sociais

Como refere GOMES CANOTILHO, “a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da Humanidade.”<sup>14</sup>

Tem-se, então, ao nível nacional e internacional, procurado a conciliação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, económicos e culturais.

No Direito Internacional Geral, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, foi dos primeiros diplomas internacionais a juntar direitos de liberdade e direitos sociais, não tendo procedido a uma distinção clara entre estes. Tal bipartição só surgiu em 1966, com a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.<sup>15</sup>

No Direito Internacional Regional, mais concretamente na Europa, a CEDH, replicou esta bipartição, sendo, porém, poucos os direitos sociais nela referidos.<sup>16</sup>

A CSE foi assinada em Turim, em 1961. Trata-se do “instrumento regional europeu de proteção dos direitos sociais que acompanha e complementa a CEDH.”<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre os argumentos a favor e contra a inclusão de um catálogo de direitos sociais nas constituições nacionais e nos tratados internacionais e da União Europeia, ver BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., pp. 158 a 165; 335 e 336.

<sup>12</sup> Remetemos para a bibliografia mencionada em BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 160, notas de rodapé n.º 610, 611 e 612, nomeadamente, HELMUT WILKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie – Schritte z. e. Normativen Systemtheorie*, Duncker & Humblot, Berlim, 1975, p. 219. Não retiramos, porém, desta ideia uma maior relevância dos direitos sociais face aos direitos de liberdade, como também parece não o fazer o autor referido.

<sup>13</sup> BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., pp. 119-124, NOVAIS, J. R., *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, cit., pp. 93 a 103 e GOMES CANOTILHO, J. J., “O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”)", *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n.º 22, Porto Alegre, §§ 3º, ponto 1, alínea d), 2008, disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm).

<sup>14</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 385.

<sup>15</sup> A breve resenha das fontes de Direito Internacional a que se procede acompanha a exposição feita em BOTELHO, C. S., “A proteção multinível dos direitos fundamentais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista?”, cit., pp. 95 a 100;

<sup>16</sup> Sobre a “permeabilidade” da CEDH e o princípio da interpretação evolutiva ver BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., pp. 228-231.

<sup>17</sup> BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 231.

O controle do cumprimento das obrigações que impunha para os Estados era feito por um sistema de relatórios.

Em 1995, o Protocolo Adicional à CSE criou, fortalecendo a monitorização do cumprimento da carta, um sistema de reclamações coletivas, que permite às organizações (tais como organizações não governamentais, organizações internacionais de comércio e de trabalhadores e representativas de parceiros sociais) submeter queixas e iniciar procedimentos de supervisão.

A 3 de maio de 1996, foi aberta para assinatura a CSER.

O CEDS foi criado nos termos do artigo 25.º da CSE para se pronunciar sobre a observância pelos Estados das disposições da Carta e é composto por quinze peritos independentes.

Eventualmente procurando obviar às críticas da doutrina no sentido da falta de “justiciabilidade” da CSER, impõe-se, desde outubro de 2007, que os Estados apresentem um relatório anual num dos quatro grupos temáticos em que foram divididas as disposições da CSE/CSER.

No contexto da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) foi aprovada a 7 de dezembro de 2000.<sup>18</sup>

#### A queixa n.º 34/2006 e a decisão do CEDS

De seguida, olharemos à queixa apresentada pela OMCT a 31 de maio de 2006, registada sob o n.º 34/2006, no sentido de requerer ao CEDS que declarasse que Portugal não atuava em conformidade com o artigo 17.º da CSER, que versa sobre o “Direito das crianças e adolescentes a uma proteção social, jurídica e económica<sup>19</sup>”.

A OMCT arguia “que, face ao Acórdão do STJ de 5 de abril de 2006, processo n.º 06P468, a situação em Portugal não está em conformidade com o artigo 17.º da CSER, uma vez que a legislação nacional não prevê explícita, nem efetivamente, a proibição de todo e qualquer castigo corporal infligido a crianças. De acordo com a OMCT, o efeito desta decisão é explicitamente contrário ao efeito retirado pelo Comité de decisões anteriores do mesmo tribunal, no qual baseou o indeferimento de reclamação prévia.<sup>20</sup> A OMCT requer ainda ao

---

<sup>18</sup> Sobre este “tímido protótipo constitucional europeu” ver BOTELHO, C.S., *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 241 a 252. Saliente-se que a CDFUE não prevê um regime distinto para os direitos civis e políticos e para os direitos económicos, sociais e culturais.

<sup>19</sup> “Artigo 17.º Direito das crianças e adolescentes a uma proteção social, jurídica e económica

Com vista a assegurar às crianças e aos adolescentes o exercício efetivo do direito a crescer num ambiente favorável ao desabrochar da sua personalidade e ao desenvolvimento das suas aptidões físicas e mentais, as Partes comprometem-se a tomar, quer diretamente quer em cooperação com as organizações públicas ou privadas, todas as medidas necessárias e apropriadas que visem:

1:

a) Assegurar às crianças e aos adolescentes, tendo em conta os direitos e os deveres dos pais, os cuidados, a assistência, a educação e a formação de que necessitem, nomeadamente prevendo a criação ou a manutenção de instituições ou de serviços adequados e suficientes para esse fim;

b) Proteger as crianças e adolescentes contra a negligência, a violência ou a exploração;

c) Assegurar uma proteção e uma ajuda especial do Estado à criança ou adolescente temporária ou definitivamente privados do seu apoio familiar;

2) Assegurar às crianças e aos adolescentes um ensino primário e secundário gratuitos, assim como favorecer a regularidade da frequência escolar.” em CSER, disponível em [carta\\_social\\_europeia\\_revista.pdf \(ministeriopublico.pt\)](#)

<sup>20</sup> De facto, o CEDS, na sua *Decision on the merits*, de 7 de dezembro de 2004, relativa à queixa n.º 20/2003, também apresentada pela OMCT, declarou que o acórdão do STJ de 09-02-2004 (em que o tribunal determina que o direito de correção não exclui a ilicitude do crime de ofensas corporais simples praticado pelo pai que agrediu a filha com deficiência mental com duas bofetadas), entre outros, era decisivo na definição da situação jurídica portuguesa, no que aos castigos corporais respeitava. Com base nas decisões deste tribunal, nos artigos do CP referentes à ofensa à

Comité que dê precedência a esta queixa, por estarem em causa os direitos de crianças vulneráveis e por considerar que a interpretação do artigo 17.º é clara a este propósito.<sup>21</sup>”

Verificados os requisitos de admissibilidade da reclamação apresentada<sup>22</sup>, o texto desta decisão formal foi comunicado às devidas entidades, nas quais se incluía o Governo português, tendo sido fixado prazo para a apresentação de declarações quanto ao mérito da queixa. O Governo veio, então, asseverar que “O Código Penal Português proíbe explicitamente o uso de violência contra qualquer pessoa. Não existe nenhum preceito na Lei Portuguesa que autorize qualquer violação da integridade física de crianças ou o emprego de castigos físicos.<sup>23</sup>”

Na sua Decisão sobre o Mérito, proferida a 6 de dezembro de 2006, o CEDS mencionou a lei nacional com relevo para a sua decisão<sup>24</sup>, da qual nos cumpre destacar parte do artigo 152.º do CP, então correspondente ao tipo legal de crime de “Maus tratos e infração das regras de segurança”:

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

- a) Lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente;
- b) A empregar em atividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, (...)”<sup>25</sup>”

---

integridade física simples e aos maus-tratos então vigentes e na irrelevância atribuída aos dados apresentados pela reclamante, que demonstravam que os castigos corporais eram utilizados na prática, ainda que, aparentemente, fossem vedados pela lei, o CEDS indeferiu a reclamação. Esta decisão do CEDS, como as daqui em diante referidas, encontram-se em [HUDOC-ESC \(coe.int\)](http://HUDOC-ESC(coe.int)).

<sup>21</sup> Conteúdo da queixa da OMCT traduzido e retirado da *Decision on Admissibility*, de 12 de junho de 2006, do CEDS, p.2.

<sup>22</sup> “2. O Comité constata que, nos termos do artigo 4.º do Protocolo, ratificado por Portugal a 30 de maio de 2002 e cuja entrada em vigor se deu a 1 de julho de 2002, a reclamação foi submetida por escrito e diz respeito ao artigo 17.º da CSER, disposição aceite por Portugal aquando da ratificação deste tratado e à qual está vinculado desde a data da entrada em vigor do mesmo.

3. Os fundamentos da reclamação são enumerados.

4. O Comité observa, igualmente, que nos termos dos artigos 1.º, al. b) e 3.º do Protocolo, a OMCT é uma organização internacional não-governamental dotada de estatuto consultivo junto do Conselho da Europa. Está inscrita na lista, elaborada pelo Comité Governamental, de organizações não-governamentais que têm legitimidade para apresentar queixas.

5. O Comité já considerou que a OMCT é uma organização particularmente qualificada para o fazer. (Ver o caso OMCT v. Portugal, reclamação n.º 20/2003, decisão sobre a admissibilidade de 9 de dezembro de 2003, §5). Não se operou nenhuma mudança significativa desde então que justifique outra decisão.

6. A queixa é assinada pelo Sr. Eric Sottas, Diretor da Organização. Por esse motivo o Comité considera que a queixa cumpre com o requerido pela regra 23. (Ver o caso OMCT v. Portugal, reclamação n.º 20/2003, Decisão sobre a Admissibilidade de 9 de dezembro de 2003, §5).

7. Pelos motivos elencados, o Comité, não entendendo como necessário convidar o Governo a submeter a sua apreciação quanto à admissibilidade (artigo 6.º do Protocolo e regra 29 §3), com base no relatório apresentado pelo Sr. Jean-Michel Belorgey e sem prejuízo da sua decisão quanto ao mérito da queixa, declara esta última admissível.” em *Decision on Admissibility*, de 12 de junho de 2006, do CEDS, p.3.

<sup>23</sup> *Decision on the Merits*, de 6 de dezembro de 2006, do CEDS, p.2.

<sup>24</sup> Artigos 36.º, n.º 5 e 69.º da CRP, 143.º e 152.º do CP e 1878.º e 1885.º do Código Civil.

<sup>25</sup> Redação do artigo 152.º do CP, dada pela Lei n.º 7/2000, prévia, portanto, às alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, passível de consulta em [DL n.º 48/95, de 15 de Março \(pgdllisboa.pt\)](http://DL.n.º48/95,de15deMarço(pgdllisboa.pt)).



No que a jurisprudência nacional diz respeito, o Comité trouxe à colação o já por si referido acórdão do STJ de 9 de fevereiro de 1994, no qual fundamentou o indeferimento da queixa n.º 20/2003<sup>26</sup>, focando-se *a posteriori* na decisão que motivou a reclamação em análise - acórdão do STJ de 5 de abril de 2006<sup>27</sup> - cujo conteúdo contrastava com o primeiro. Esta decisão versava sobre a conduta de uma funcionária de um lar para jovens portadores de deficiência que, por várias vezes, fechou um utente (menor e com psicose infantil grave) à chave, na despensa, com a luz apagada, quando o menor estava mais ativo, chegando a ficar fechado cerca de uma hora, lhe deu bofetadas e amarrou os seus pés e mãos à cama, deu palmadas no rabo a outra utente quando esta não queria ir para a escola, deu uma bofetada a um jovem por lhe ter atirado com uma faca e mandou outro jovem para o quarto sozinho quando o mesmo não quis comer a salada à refeição, tendo este ficado a chorar por ter medo de ficar sozinho.

Debruçando-se sobre a decisão, o CEDS dela destacou um conjunto de argumentos no sentido da exclusão da ilicitude de todas as condutas, exceto das relativas ao primeiro utente. O STJ entendeu que os comportamentos imputados à arguida não comportavam a gravidade necessária para conduzirem ao preenchimento do tipo legal de crime de crime de maus-tratos, sendo, inclusivamente, lícitos, por força de teorias como a do direito de correção e a da adequação social e discorrendo sobre a aplicabilidade das mesmas ao caso.

Face à análise do acórdão e perante as declarações das partes, nomeadamente do Governo Português, que mencionou que o artigo 152.º se encontrava a ser revisto, o Comité veio relembrar “que no âmbito do procedimento das reclamações coletivas deve basear a sua avaliação de conformidade com a CSER na lei nacional e nas práticas em vigor na data da decisão sobre o mérito da queixa (ver *European Council of Police Trade Unions v. Portugal*, reclamação coletiva n.º 11/2001, decisão sobre o mérito de 21 de maio de 2001, pontos 47-48 e 67-68). No caso em análise, o Comité deve, então, ter em consideração apenas a lei aplicável e abster-se de avaliar as revisões propostas, que podem vir a ser alvo de novas alterações ao longo do processo legislativo. (...)”<sup>28</sup>

Afirmou, seguidamente, que “De forma a cumprir com o exposto no artigo 17.º, a lei nacional dos Estados deve proibir e punir todas as formas de violência contra crianças, isto é, todos os atos ou comportamentos suscetíveis de afetar a integridade física, a dignidade, o desenvolvimento ou o bem-estar psicológico das crianças. (...) Os preceitos legais relevantes devem ser suficientemente claros, vinculativos e precisos, de modo a impedir os tribunais de recusar a sua aplicação à violência contra crianças. (...) Ademais, os Estados devem agir com a diligência necessária, de forma a garantir que este tipo de violência é eliminado na prática. (...) A conclusão que se retira do acórdão do STJ de 5 de abril de 2006 é a de que a lei portuguesa não contém tais preceitos (...). A isto acresce que o Governo não forneceu a informação necessária para mostrar que as medidas implementadas na prática são suscetíveis de erradicar todas as formas de violência contra crianças.”<sup>29</sup>

Por todos estes motivos, o CEDS decidiu unanimemente pela violação do artigo 17.º da CSER.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Ver nota de rodapé n.º 20.

<sup>27</sup> Ver [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](http://dgsi.pt)

<sup>28</sup> *Decision on the Merits*, de 6 de dezembro de 2006, do CEDS, p.7.

<sup>29</sup> *Decision on the Merits*, de 6 de dezembro de 2006, do CEDS, pp. 7 e 8.

<sup>30</sup> Na Resolução do Comité de Ministros de 27 de fevereiro de 2008, este órgão regista que Portugal alterou o CP, de modo a proibir os castigos corporais infligidos a crianças.

### Análise crítica

Como referido *supra*, a versão do artigo 152.º do CP que então previa o crime de “Maus tratos e infração das regras de segurança” não previa expressamente, como constituindo maus tratos, os castigos corporais. Face a isso, a doutrina ponderava se os castigos (e que castigos) deviam conduzir ao preenchimento deste tipo legal de crime, assim como de outros, tais como a ofensa à integridade física simples.

TAIPA DE CARVALHO<sup>31</sup> defende que os castigos físicos e as privações da liberdade, quando aplicados a menores, mesmo que impostos com uma finalidade ou intenção educativa, podem preencher o crime de violência doméstica nos termos do art.152º ou de maus tratos nos termos do art. 152ºA, mas não levam, necessariamente, à responsabilização por tais tipos legais. Assim, para este autor a figura do poder/dever de educação-correção dos pais, ou daqueles que os substituam de acordo com o art. 152ºA, pode servir como causa de justificação para certos castigos ou privações da liberdade, desde que estes sejam necessários, adequados, proporcionais e razoáveis. No mesmo sentido, posicionou-se CONDE FERNANDES<sup>32</sup>.

FIGUEIREDO DIAS<sup>33</sup> também fala da existência de um direito de correção como causa de justificação dos castigos aplicados por pais e tutores que preencham os tipos legais de crime dos artigos 143º e 152º, principalmente, mas também de tipos que violem a liberdade pessoal, a honra ou a reserva da vida privada.

A propósito, exatamente, do acórdão do STJ de 5 de abril de 2006, PAULA FARIA<sup>34</sup> pronunciou-se no sentido de certos castigos verem a sua tipicidade excluída em função da sua adequação social - referindo-se os tipos legais de crime a condutas social e juridicamente desvaliosas, não pode ser típica uma conduta socialmente aceitável, adequada e, logo, sem esse desvalor. A autora estabelece, então, dois pressupostos subjetivos - a legitimidade do agente e a sua intenção educativa - e dois pressupostos objetivos - a finalidade educativa e a proporcionalidade do castigo - para além do interesse educativo a ter em conta que, quando se verificarem, excluem a tipicidade do castigo.

Uma das vantagens da teoria da adequação social é a sua adaptabilidade ao passar do tempo e à mudança de mentalidades. Assim, para quem defendesse a aplicação desta teoria neste contexto, o que podia eventualmente ser socialmente adequado em 2006, perante a alteração da lei, a evolução da jurisprudência e da doutrina e a atuação de entidades públicas, organizações não governamentais e sociedade civil no sentido da sensibilização para a necessidade de educar as crianças sem empregar nenhum castigo físico ou humilhante, poderá já não o ser em 2021.

---

<sup>31</sup> Face aos artigos 152.º e 152.ºA já nas suas versões posteriores a 2007, ou seja, já prevendo, a título de exemplo, os castigos físicos como constituindo maus tratos: CARVALHO, A.T., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol II, artigos 152º e 152ºA, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 520-521 e 538.

<sup>32</sup> FERNANDES, P. C., “Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal”, *Revista do CEJ*, 1.º semestre, n.º 8 (Especial - Jornadas sobre a revisão do Código Penal), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 308-309.

<sup>33</sup> DIAS, J. F., *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 506.

<sup>34</sup> FARIA, M. P. R., “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art. 152º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.330.

Mencione-se, finalmente, a posição manifestada por CLARA SOTTOMAYOR<sup>35</sup>, motivada também pelo polémico acórdão do STJ, no sentido de não ser possível excluir a atipicidade destes castigos, através da adequação social, nem a ilicitude das condutas, através do poder de correção (sendo que nenhuma disposição legal o consagra), tendo em consideração a importância do bem jurídico lesado - a integridade física e psíquica das crianças - e a sua danosidade social. Esta autora entendia que o legislador tinha que intervir, por forma a alterar a mentalidade da população, isto é, com um intuito educativo.

A nossa posição<sup>36</sup> acompanha o entendimento da última autora.

Com efeito, defendemos que o acórdão que motivou a queixa por parte da OMCT pôs em perigo as crianças portuguesas<sup>37</sup>, ao exigir gravidade acrescida aos castigos enquadráveis no artigo 152.º de então e ao considerar lícitas condutas atentatórias da integridade física e psíquica de crianças com deficiências, entregues a uma instituição.

Note-se, inclusivamente, que no que respeita aos maus tratos perpetrados contra o primeiro utente mencionado – recordando: a funcionária, por várias vezes, fechou um utente (menor e com psicose infantil grave) à chave, na despensa, com a luz apagada, quando este estava mais ativo, chegando o menor a ficar fechado cerca de uma hora, deu-lhe bofetadas e amarrou os seus pés e mãos à cama – pelos quais houve condenação nos termos do artigo 152.º, a pena foi de 18 meses, suspensa na sua execução. Entendemos, assim, que a severidade e tortuosidade destes comportamentos, tendo também em conta que adotados por terceiro (e não pelos pais da criança) e contra uma criança gravemente doente, não foram devidamente sopesadas na determinação da medida concreta da pena.<sup>38</sup>

Quanto ao direito de correção, encontrando-se a nossa argumentação devidamente desenvolvida em sede de dissertação de mestrado, gostaríamos de acrescentar e sublinhar que já na Exposição de Motivos correspondente à Lei n.º 7/2000 se fazia referência expressa à abolição do direito de correção dos pais como causa de justificação.<sup>39</sup>

Recuperando o já escrito, reafirmamos que “fazer depender a licitude ou a atipicidade dos castigos aplicados a menores da aplicação pelo juiz de um conjunto de pressupostos, que ainda que visem a segurança e certeza na aplicação do Direito, não são suficientes, deixa uma grande margem de subjetividade à decisão. Subjetividade essa que entendo não poder existir quando em causa estão bens jurídicos como a integridade física e a dignidade de crianças. Crianças essas que, tendo em conta a sua dependência e fragilidade, devem receber a mesma, ou até superior proteção por parte da lei que os adultos. Se não se justificam ou tornam atípicas ofensas pouco

---

<sup>35</sup> SOTTOMAYOR, C., “Existe um poder de correção dos pais? A propósito do acórdão do STJ de 05-04-2006”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora, Coimbra, janeiro-junho, 2007, pp. 123 a 127.

<sup>36</sup> Exposta com mais detalhe em VILAS BOAS, M., *Violência contra Menores – análise crítica dos artigos 152.º e 152.ºA do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Porto, 2013, pp. 50-53.

<sup>37</sup> Perigo esse perpetuado no tempo, visto que, até hoje, as defesas de pais ou pessoas que cuidam de crianças e que as violentam se socorrem desta decisão do STJ – ver o acórdão do TRC de 12/02/2020 (estes e todos os acórdãos mencionados daqui em diante estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).)

<sup>38</sup> Como, aliás, entendemos que acontece de sobremaneira nas sentenças sobre crimes contra as pessoas, nomeadamente, na área da violência doméstica, maus tratos e violência sexual, sendo, nestes casos, igualmente, aplicada amiúde a pena de substituição de suspensão da execução da pena de prisão, sem a devida ponderação, face aos artigos 40.º e 70.º do CP, das necessidades de prevenção geral (e mesmo especial) e da importância dos bens jurídicos em causa, sendo o julgador, por vezes, demasiado otimista nos seus juízos de prognose favorável, a fazer nos termos do artigo 50.º do CP, descurando a proteção das vítimas.

<sup>39</sup> FARIA, M. P. R., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol II, 2ª ed., artigo 143º, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 320.

graves à integridade física de adultos, como meio de corrigir os seus erros, porquê defender outra conceção em relação a crianças?<sup>40</sup> Creio ainda que a aceitação de um poder de correção dos pais como causa de justificação, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, poderá, erroneamente, validar a ideia, ainda enraizada na mentalidade de parte da nossa população, de que os pais, para educar os seus filhos, podem recorrer a quaisquer meios que entendam apropriados, ao invés de a contrariar. Daí que a proibição legal dos castigos físicos, cruéis ou degradantes pela lei penal, traduzida nas decisões judiciais, tivesse um importante efeito educativo e preventivo, criando um mundo mais seguro para as crianças (...).”

Caso se alegue que a proibição que se encontra patente nos atuais artigos 152º e 152ºA é suficiente, repare-se, por um lado, que os castigos físicos e humilhantes não correspondem apenas a estes tipos de crime<sup>41</sup> e, por outro, que a doutrina e a jurisprudência continuaram a ponderar o direito de correção e a irrelevância penal de certos castigos após a introdução nestes tipos legais da menção aos castigos corporais como exemplo de maus tratos, revelando-se, assim, insuficiente a mensagem transmitida pelo legislador.<sup>42</sup>

Quanto ao complexo problema da “criminalização da família” e às ofensas insignificantes, dada a natureza diminuta da lesão, lembramos a nossa dissertação de Mestrado e destacamos a utilização do princípio bagatelar, acompanhando LAURA MADEIRA<sup>43</sup>, no sentido de que este não terá aplicabilidade em relação à palmada moderada na mão ou no rabo da criança que faz uma asneira, à chapada na cara ou ao puxão de orelhas.

Acompanhando o intento educativo de uma proibição total e clara de castigos corporais<sup>44</sup> e humilhantes ao nível penal, devem ser dirigidas à sociedade civil campanhas de sensibilização, em prol da generalizada consciencialização de que a utilização de ofensas corporais, ainda que leves, de insultos ou humilhações nunca se identifica com o que é melhor e desejável para uma criança.

---

<sup>40</sup> Principalmente tendo em conta que, no âmbito da Psicologia, não se discute, atualmente, que a melhor forma de educar uma criança é através do exemplo e da palavra e que os castigos físicos, mesmo que pouco graves, têm consequências prejudiciais para o desenvolvimento saudável das crianças.

<sup>41</sup> Pelo que, não havendo referência clara aos castigos em sede, nomeadamente, da ofensa à integridade física simples, na ausência de uma disposição geral, poder-se-á arguir que os castigos que se integrem neste tipo legal são lícitos.

<sup>42</sup> CARVALHO, A.T., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, cit., pp. 520-521 e 538, FERNANDES, P. C., “Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal”, cit., pp. 308-309 e FARIA, M. P. R., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, cit., pp. 319-323. Quanto à jurisprudência, veja-se, a título de exemplo e corroborando as necessidades que apontamos, o recente acórdão do TRL de 7 de abril de 2021, que configura o poder de correção como causa de justificação ou como gerador de atipicidade, no âmbito da adequação social, nos seguintes termos: “admite-se que os pais inflijam penas educativas, as quais serão, necessariamente, sentidas como um mal (dor corporal e reprovação enérgica) mas destinam-se a influir na conduta futura dos menores que, deste modo, interiorizarão o desvalor da conduta que suscitou tal reação corretiva, não a voltando a repetir. Nesta medida, este direito correccional é ainda direito educativo. (...) Porém, alguns castigos corporais, como sejam alguns açoites, apesar de constituírem uma conduta típica são legalmente justificados (desde que não causem danos à saúde ou não sejam infligidos de modo degradante ou humilhante), sendo ainda socialmente adequados e aceites - é o que sucede com o estalo na cara ou a palmada no “rabo”. Tratam-se, pois, de condutas que, constituindo um castigo e, por conseguinte, infligirem dor (física ou emocional) estão autorizadas justamente em face do fim a que se destinam.”

<sup>43</sup> MADEIRA, L. F., “Castigos Corporais na Educação das Crianças”, *Revista Julgar on-line*, 2014, p. 17.

<sup>44</sup> Atente-se na forma como o Conselho da Europa define castigos corporais: “qualquer ação empregue na punição de uma criança que, se dirigida a um adulto, constituiria ofensa à integridade física.”, em Conselho da Europa, *Abolishing corporal punishment of children: Questions and answers*, 2007, disponível online em [untitled \(coe.int\)](https://www.coe.int/t/t09/child/article09_en.asp), p.7.

## Conclusão - a importância da positivação dos direitos sociais e o impacto da CSER

Gostaríamos de finalizar este breve excursus comentando o papel fundamental que esta decisão do CEDS desempenhou na criminalização dos castigos corporais<sup>45</sup> e consequente alteração da doutrina e jurisprudência.<sup>46</sup>

No sentido da abolição dos castigos corporais, ao nível internacional (geral e regional) e ao nível da União Europeia, ao tempo da revisão, existiam já a Convenção dos Direitos da Criança (mais concretamente, o seu artigo 19.º) adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada por Portugal em 1990, a Recomendação 1666 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 2004, sobre a proibição dos castigos corporais às crianças na Europa e o Comentário Geral n.º 8 do Comité dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, de 2006, que pretende, como é referido logo na sua parte inicial, reforçar a necessidade de os Estados-membros da Convenção dos Direitos da Criança eliminarem todos os castigos físicos, cruéis ou humilhantes contra as crianças e traçarem medidas legislativas para o fazer, assim como, outras medidas relativas à educação e à consciencialização da população. Também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, na sua jurisprudência, havia vindo a decidir no sentido de que os castigos físicos violam os direitos da criança, tal como estes se encontram previstos na CEDH.

Porém, esta decisão do CEDS, como referido no relatório sobre Portugal elaborado pela iniciativa global “*End Corporal Punishment*”, foi a principal impulsionadora da alteração ao CP.<sup>47</sup>

Diga-se, então, que o CEDS não foi “evasivo”, mas antes perentório, tendo produzido efetiva mudança. Apesar de ser verdade que, como refere CATARINA SANTOS BOTELHO, “(...) cumpre, pois, concluir que, ao nível do Direito Internacional Regional europeu, há ainda um longo caminho a percorrer para dotar os direitos sociais de uma plena efetividade.”<sup>48</sup>, parece-nos inegável a relevância assumida neste contexto pela CSER, pelo seu sistema de reclamações coletivas e pelo CEDS.

Terminamos, assim, como começamos, advogando pela essencialidade da consagração de direitos sociais ao nível internacional, internacional regional, da União Europeia e nacional, para “numa lógica de coadjuvação assente na horizontalidade, levar a cabo a importante missão da tutela dos direitos fundamentais sociais<sup>49</sup>.”

---

<sup>45</sup> No seguimento da alteração introduzida pela Revisão Penal de 2007, o CEDS pronunciou-se no seu relatório de 2011 no sentido da conformidade da situação em Portugal com o artigo 17.º da CSER. Ver [Conclusions 2011 - Portugal - Article 17-1 \(coe.int\)](#).

<sup>46</sup> No plano doutrinário, ainda que tenham continuado a ser sugeridas causas de justificação ou atipicidade, a inclusão dos castigos no conceito de maus tratos e a possibilidade de estes conduzirem ao preenchimento dos tipos legais de crime previstos nos artigos 152.º e 152.ºA passou a ser indiscutível e aquelas causas tiveram que ver necessariamente o seu âmbito restringido face à mensagem transmitida pelo legislador no sentido da erradicação dos castigos corporais ou humilhantes como forma de educar as crianças. Quanto à jurisprudência, note-se que relativamente às decisões dos tribunais superiores, ainda que algumas mencionem o direito de correção e teorizem sobre a justificação de certos castigos, acabam por entender que as condutas em juízo são puníveis pela lei penal – ver acórdão do TRP de 16-12-2020, acórdão do TRL de 07-04-2021, acórdão do TRC de 02-02-2020 e acórdãos do TRE de 08-10-2019, 10-11-2020 e 09-03-2021. Mencionam-se acórdãos recentes, mas da análise de decisões dos anos que medeiam entre a alteração legislativa e o presente retiram-se conclusões semelhantes. Refira-se ainda que, estas e outras decisões demonstram, igualmente, que só condutas com certa gravidade se colocam aos tribunais, pelo que o receio de que surtissem processos por bagatelas não parece ter fundamento.

<sup>47</sup> [Portugal | Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children \(endcorporalpunishment.org\)](#)

<sup>48</sup> BOTELHO, C. S., “A proteção multinível dos direitos fundamentais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista?”, *cit.*, p. 100.

<sup>49</sup> BOTELHO, C. S., “A proteção multinível dos direitos fundamentais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista?”, *cit.*, p. 110.

## Bibliografia

ALBERT, Richard, “The cult of constitutionalism”, *Florida State University Law Review*, vol 39, 373, 2012

BOTELHO, Catarina Santos, “A proteção multinível dos direitos fundamentais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na jurisprudência constitucional portuguesa”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, ISSN-e 2174-6419, vol 7, nº. extra 1, (Exemplar dedicado a: Conferência Internacional “A crise e o impacto dos instrumentos europeus de proteção dos direitos sociais nas ordens jurídicas internas”), 2017

BOTELHO, Catarina Santos, *Os direitos sociais em tempos de crise – Ou visitar as normas programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol II, artigos 152º e 152ºA, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art. 152º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol II, 2ª ed., artigo 143º, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

FERNANDES, Plácido Conde, “Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal”, *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº8 (Especial - Jornadas sobre a revisão do Código Penal), Almedina, Coimbra, 2008

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2002

GOMES CANOTILHO, José Joaquim., “O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”)”, *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n.º 22, Porto Alegre, 2008, disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm).

MADEIRA, Laura Fernandes, “Castigos Corporais na Educação das Crianças”, *Revista Julgar on-line*, 2014

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

SOTTOMAYOR, Clara, “Existe um poder de correcção dos pais? A propósito do acórdão do STJ de 05-04-2006”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, nº 7, Coimbra Editora, Coimbra, janeiro-junho, 2007

VILAS BOAS, Mariana, *Violência contra Menores – análise crítica dos artigos 152.º e 152.ºA do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Porto, 2013