



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Carolina Marques Moreira

EXECUÇÃO DAS MEDIDAS TUTELARES
EDUCATIVAS – O CASO PARTICULAR DO
INTERNAMENTO E A SUA INTERAÇÃO COM AS
MEDIDAS DE PROTEÇÃO E COM AS PENAS

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico
– Forenses orientada pela Professora Doutora Ana Rita da Silva
Samelo Alfaiate e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Janeiro de 2024



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

EXECUÇÃO DAS MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS –
O CASO PARTICULAR DO INTERNAMENTO E A SUA INTERAÇÃO COM AS
MEDIDAS DE PROTEÇÃO E COM AS PENAS

ENFORCEMENT OF EDUCATIONAL GUARDIANSHIP MEASURES – THE
PARTICULAR CASE OF INTERNMENT AND ITS INTERACTION WITH
PROTECTION MEASURES AND PENALTIES

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de Mestre) orientada pela Professora Doutora Ana Rita da Silva
Samelo Alfaiate e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Carolina Marques Moreira

Coimbra, 2024

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor, esforço e compreensão.

À minha irmã, por me mostrar que é a diferença que nos enriquece.

À Professora Doutora Ana Rita Alfaiate, pela atenção e disponibilidade manifestadas.

A todos aqueles com quem, ao longo deste percurso, me cruzei, pelo tanto que me acrescentaram.

Por fim, a Coimbra, pelas memórias tão bonitas.

RESUMO

No ordenamento jurídico português, temos três regimes que merecem a nossa atenção: o Regime de Promoção e Proteção, que visa a remoção da situação de perigo em que crianças e jovens se encontrem; o Regime Tutelar Educativo destinado aos jovens que cometam factos qualificados como crime, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos e ainda o Regime Penal Especial destinado a jovens adultos entre os 16 e os 21 anos, que evita uma transição repentina para o sistema penal tradicional.

À primeira vista, pode parecer que estes regimes se aplicam a situações distintas e estão devidamente compartimentados. Contudo, não raras as vezes, se verifica a sua coexistência. Não só um jovem pode estar sujeito a uma medida de promoção e proteção e ser decretada uma medida tutelar educativa (ou vice-versa), como também um jovem pode estar a cumprir uma medida tutelar, por facto praticado antes dos 16 anos, e ser-lhe aplicada uma pena, por crime cometido depois desta idade (ou o inverso).

Assim, é destas situações de sobreposição de fronteiras que pretendemos cuidar e ainda desvendar se o instituto do desconto, previsto no artigo 80º do CP, deve ser aplicado de forma analógica à Lei Tutelar Educativa, subtraindo-se o tempo que o menor esteve sujeito a medida cautelar de guarda em centro educativo na medida tutelar de internamento que, posteriormente, lhe seja aplicada.

Palavras-Chave: medidas tutelares educativas, penas, medidas de promoção e proteção, medida cautelar de guarda em centro educativo, desconto

ABSTRACT

There are three types of systems in the Portuguese legal system that deserve our attention: the Promotion and Protection Regime that aims at children and young adults danger's situations removal; the Educational Guardianship Regime aimed at teenagers ages 12-16 that commit crimes and Special Penal System specially aimed at young adults ages 16-21, which avoids a sudden transition to the traditional penal system.

At first sight, it may look like those systems all apply to different situations and are properly compartmentalized, however, not rarely, we verify their coexistence. Not only a youngster may be subjected to a promotion and protection measure and be applied an educational guardianship measure (or vice versa) at the same youngster at the same time; but also, a young person be complying with an educational guardianship measure for a fact committed before sixteen years old, and be confronted with a sentence, for a crime committed after that age (or the other way around).

Thus, this thesis focuses mainly on this overlapping border situations and it also aims to figure out if the discount, regulated in article 80º CP, may be analogically applied to the Educational Guardianship Regime, subtracting the time that the minor was subjected to a precautionary measure of custody in an educational center in the guardianship measure of internment subsequently decreed.

Keywords: educational guardianship measures, penalties, promotion and protection measures, precautionary measure of custody in educational center, discount

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LTE	Lei Tutelar Educativa
Nº	Número
Ob. cit.	Obra Citada
OTM	Organização Tutelar de Menores
p. / pp.	página / páginas
Proc.	Processo
RPEJA	Regime Penal Especial de Jovens Adultos
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE:

Introdução	9
Capítulo 1	
O Fenómeno da Delinquência Juvenil	11
Capítulo 2	
A Evolução do Sistema de Justiça de Menores em Portugal	15
Capítulo 3	
Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo	18
3.1. Legitimidade da Intervenção, Pressupostos e Âmbito de Aplicação	18
3.2. Princípios Orientadores da Intervenção Protetiva	19
Capítulo 4	
Lei Tutelar Educativa	21
4.1. Âmbito de Aplicação, Pressupostos e Legitimidade	21
Capítulo 5	
Intervenção Protetiva e Intervenção Tutelar	25
5.1. Notas distintivas e Aspetos Comuns	25
5.2. A Interação entre Intervenção Protetiva e Intervenção Tutelar	27
5.3. Articulação entre medidas de promoção e proteção e medidas tutelares ...	29

Capítulo 6

Da (in)Aplicabilidade do Desconto na Lei Tutelar Educativa	33
6.1. O Instituto do Desconto	33
6.2. Medidas cautelares: em especial, a guarda em centro educativo	34
6.3. Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 3/2009	35
6.4. Considerações Finais	42

Capítulo 7

A Intervenção Tutelar e a Intervenção Penal	46
7.1. Regime Penal Especial para Jovens Adultos	46
7.1.1. O Conceito de Jovem Adulto	49
7.2. A interatividade entre Penas e Medidas Tutelares	52
7.2.1. A condenação em pena de prisão efetiva e as medidas tutelares ...	54
7.2.2. A condenação em pena de multa, prestação de trabalho a favor da Comunidade ou suspensão da execução da pena de prisão e as medidas tutelares	57
7.2.3. A condenação em pena de substituição detentiva e as medidas tutelares	59
7.3. A medida de coação de prisão preventiva e as medidas tutelares	61
Conclusão	64
Referências Bibliográficas	67
Outras Fontes	71
Jurisprudência Consultada	71

INTRODUÇÃO

A presente dissertação surge de uma preocupação, já antiga, com a delinquência juvenil e com os “pequenos” protagonistas deste velho e malfadado fenómeno. Quem com ele convive fala em insegurança e medo. Contudo, não deixa de ser curioso que os geradores destes sentimentos sejam aqueles que, em tantos momentos, são vistos como indefesos e carecidos de proteção. Talvez, muitos deles, órfãos de pais vivos, que escolhem o lado errado do caminho, como forma de tentar apaziguar um certo vazio emocional e afetivo.

Desta forma, é com um grande sentido de responsabilidade que, ao longo destas páginas, procuraremos dar resposta a algumas questões controversas, com implicações práticas na vida destas crianças e jovens.

Num primeiro momento, começaremos por analisar o fenómeno da delinquência juvenil e os respetivos fatores de risco, seguindo-se uma viagem histórica pelos caminhos da Justiça de Menores, por forma a compreender como eram entendidas as crianças e os seus direitos. Este percurso iniciar-se-á no momento anterior à aprovação da Lei de Proteção da Infância para terminar com a aprovação da Lei Tutelar Educativa e com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, ainda vigentes. Claro está que não poderíamos deixar de fazer uma breve referência aos modelos de intervenção que vigoraram ao longo dos tempos e que, com os seus prós e contras, contribuíram para a construção do modelo atual, tantas vezes, denominado de “terceira via”, por nele congregar a vertente educativa, do modelo de proteção, e a vertente responsabilizadora, do modelo de justiça.

Mais adiante, debruçar-nos-emos sobre a intervenção tutelar e a intervenção protetiva, com vista a conhecer os seus pressupostos, âmbito de aplicação, legitimidade e ainda o que as distingue ou aproxima.

Posteriormente, um olhar atento sobre o artigo 3º, nº 2 da LPCJP, permitir-nos-á notar que muitas das situações de perigo aí plasmadas fazem parte do leque de fatores que potenciam a adoção de condutas desviantes. Por esta razão, poderemos ter casos em que, relativamente ao mesmo jovem, se encontram reunidos tanto os pressupostos da intervenção tutelar, como da intervenção protetiva, tornando-se necessária uma articulação entre si. Desta forma, a

primeira questão que se coloca é a de saber o que acontece à medida de promoção e proteção de acolhimento residencial que estava a ser executada quando é aplicada a medida tutelar de internamento, uma vez que sendo duas medidas incompatíveis, a execução de uma inviabiliza a execução da outra. Também dedicaremos algumas palavras a demonstrar que interação entre estes dois processos vai além dos casos em que uma criança pratica um facto qualificado como crime e, concomitantemente, está numa situação de perigo.

A segunda questão pretenderá averiguar se o instituto do desconto, previsto no artigo 80º do CP, deve ser aplicado de forma analógica, à LTE, por forma a subtrair o tempo de privação de liberdade sofrido pelo menor, em virtude do cumprimento de uma medida cautelar de guarda em centro educativo, no tempo de duração da medida tutelar de internamento e para discorrer sobre este tema analisaremos o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 3/2009 e os argumentos empregues.

Por último, teceremos algumas considerações acerca dos jovens adultos, estes recém imputáveis para quem o legislador reservou um Regime Penal Especial, de natureza mais reeducadora do que sancionatória. Eis que surge a terceira questão, que incide sobre a articulação das medidas tutelares com as penas e a medida coação de prisão preventiva; uma vez que um jovem pode estar sujeito a um processo tutelar enquanto é arguido em processo penal.

CAPÍTULO 1

O Fenómeno da Delinquência Juvenil

O fenómeno da delinquência juvenil não é recente; existe desde os tempos mais remotos até aos nossos dias, ainda que com particularidades distintas - não fosse este conceito criado por referência a valores e normas jurídicas vigentes numa determinada época e contexto social. Se recuarmos à sua origem etimológica, deparamo-nos com o termo latim “*delinquere*”, que remete para a prática de um delito ou para uma violação legalmente punida. Assim, não podemos caracterizar uma conduta como delinquente, sem antes atendermos às regras da sociedade em que nos inserimos, o que explica a complexidade e pluralidade de manifestações deste fenómeno. Na literatura, a delinquência tanto pode ser vista de uma perspectiva mais estrita, abarcando apenas as violações dos normativos jurídicos, como de uma perspectiva mais ampla, englobando não apenas estas infrações, como também os “delitos de estatuto”, que se traduzem em comportamentos que, embora não tenham aquela conotação mais pesada, são considerados problemáticos quando praticados por crianças e jovens, como por exemplo, a fuga de casa, a mendicidade, indisciplina, embriaguez pública ou faltas voluntárias à escola¹. A nossa opção, ao longo da presente dissertação, foi no sentido de tratar a delinquência, de acordo com a visão mais restrita, que se reporta à prática de atos qualificados legalmente como crime, por crianças e jovens.

Frequentemente, este fenómeno é potenciado por fatores de risco que surgem numa fase muito inicial da vida de uma criança e que comprometem o normal desenvolvimento da sua personalidade. Inúmeros são os casos que demonstram que a exposição a ambientes agressivos e degradantes, as dificuldades económicas, a ausência de apoio emocional, a inadequada monitorização parental e os abusos do mais variado tipo originam baixa autoestima, frustração, menor capacidade de lidar com as emoções e, conseqüentemente, uma maior apetência para o crime².

¹ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, Delinquência Juvenil, in GOUVEIA, Jorge Bacelar e SANTOS, Sofia, *Enciclopédia de Direito da Segurança*, Coimbra: Almedina, 2015, pp.101 e 103

² MARIA DO ROSÁRIO PINHEIRO, *(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação*, in VIDAL, Joana Marques (Ed.), *O Direito dos Menores: Reforma ou Revolução*, Lisboa: Edições Cosmos, 1998, pp. 95-103

No entanto, é na fase da adolescência – um período marcado pela necessidade de autoafirmação, crescente desapego das relações familiares e aumento da importância dos grupos de pares - que, muitos jovens, movidos por uma necessidade de validação e de pertença, cometem os primeiros ilícitos, ainda que, para a maior parte deles, tal não passe de condutas isoladas, com a correspondente quebra com o aproximar da maioridade³. Todavia, mesmo nesta etapa da vida de um jovem, a família é determinante na dissuasão ou na propulsão do cometimento de delitos. Se, por um lado, os menores com uma base familiar estável, perante o aliciamento, pelos pares, para o cometimento de um facto ilícito, têm em consideração as orientações parentais, e, portanto, acabam por não ser tão facilmente persuadíveis; por outro lado, os menores sem qualquer amparo cedem irrefletidamente às solicitações dos “amigos”. Nas palavras de Pedro Moura Ferreira, “a família atua como um travão contras as influências desviantes, proporcionando ao jovem uma fonte de motivações para se conformar com as normas e regras sociais”⁴.

No que toca à distribuição da delinquência no território português, verificamos que este fenómeno apresenta maior relevo nas zonas urbanas, com especial ênfase nas Áreas Metropolitanas de Porto e Lisboa, devido à elevada concentração de população nestas zonas.

Além disso, os jovens de sexo masculino parecem ter uma maior presença nos estudos sobre este problema, à semelhança do que sucede com os menores provenientes de ambientes empobrecidos. Muitas vezes, as estratégias educacionais adotadas podem ter influência nestes resultados, uma vez que famílias de estratos socioeconómicos baixos tendem a adotar estratégias educativas coercivas, de que são exemplo as ameaças, a supressão de privilégios e os castigos físicos, que em vez de educar, acabam por ter o efeito contrário, potenciando comportamentos delinquentiais. O insucesso académico, a familiarização com o mundo do crime, a falta de objetivos e de visão de futuro também fazem parte da maioria das situações de delinquência⁵.

³ PEDRO MOURA FERREIRA, “*Delinquência Juvenil*” família e escola, in *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 916

⁴ *Idem*, pp. 919-920

⁵ PEDRO MOURA FERREIRA, ob. cit., pp. 918, 921, 922 e LUENA MARINHO, *O regime especial para jovens adultos que cometem crimes no atual plano judicial: Articulações e tendências*, in BRANCO, Patrícia e MARINHO, Luena, *Jovens adultos imputáveis: direito penal e resposta judicial*, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, N° 32, maio 2022, pp. 86-8

Os fatores de natureza individual, como a escassez de competências pessoais e sociais ou a personalidade antissocial são igualmente determinantes neste contexto. Embora com menor expressão, também são conhecidos casos de jovens sem qualquer vulnerabilidade económica ou manifestos fatores de risco, que acabam por praticar atos ilícitos de relevo penal. É ainda de salientar que, nos dias de hoje, se verifica uma nova tendência deste fenómeno, devido ao contacto com o mundo digital e com as tecnologias⁶.

Ora, se tal caracterização demonstra a transversalidade deste fenómeno aos vários grupos sociais, deixo a questão: será que os resultados das estatísticas que apresentam os jovens com carências económicas, como aqueles que mais delinquem, não estarão enviesados? Não serão resultado do processo social de seletividade? A verdade é estes jovens vivem, muitas vezes, em bairros, assinalados pela sociedade como problemáticos ou sensíveis, o que leva a uma maior monitorização policial. Logo, é de antever que, praticando um facto qualificado como crime, mais facilmente serão intersetados, do que aqueles que vivem em zonas não consideradas críticas, e, que, portanto, não têm uma vigilância tão apertada⁷.

Segundo o Relatório Anual de Segurança Interna, em 2022, no que à delinquência juvenil diz respeito, verificou-se um aumento de 50,6% do registo de ocorrências, quando comparado com o ano de 2021, e tiveram início 7 756 inquéritos tutelares educativos, sendo de salientar as idades cada vez mais precoces dos menores sujeitos a esta intervenção. Se fizermos uma breve análise sobre os tipos de crime mais frequentemente praticados, tomando por referência os jovens internados em centro educativo entre 2010 e 2022, reparamos que há uma prevalência dos crimes contra as pessoas (60,5%), seguidos dos crimes contra o património (34,5%). Contudo, esta tendência inverteu-se de 2021 para 2022, onde se verificou uma redução de 8,5% do número de jovens internados por crimes contra as pessoas e um aumento de 6,9% do número de jovens internados por crimes contra o património⁸.

⁶ Cfr. Primeiras Recomendações do Relatório Intercalar da Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta, Universidade Lusófona, 19 de abril de 2023

⁷ JOÃO PEDROSO, “*O meu sonho é não ser preso*”: *A disrupção social da (in)visibilidade dos jovens adultos dos “bairros” e a racialização da justiça criminal*, in BRANCO, Patrícia e MARINHO, Luena, ob. cit., pp. 51-53 e 55

⁸ Valores recolhidos do Destaque Estatístico Anual, Nº 89, maio 2023, sobre os reclusos nos estabelecimentos prisionais e jovens internados em centros educativos (2010-2022), p. 4

Acreditamos que, muitas vezes, os comportamentos avessos ao direito são reflexo de carências físicas, psíquicas, sociais e afetivas. E a sua adoção nada mais é do que um pedido de atenção, para que deixem de ser invisíveis aos olhos da sociedade. Segundo o Relatório Intercalar da Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta, do ano transato, cerca de 70% dos jovens que praticaram crimes mais graves, no âmbito do Processo Tutelar Educativo, já tinham sido alvo de um processo de promoção e proteção e mais de 60% tinham sido sujeitos a uma medida de acolhimento residencial, ao abrigo da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei nº 147/99, de 1 de setembro). Números estes que não nos podem ser indiferentes, e que nos devem fazer questionar se estamos verdadeiramente comprometidos com a proteção e educação das nossas crianças.

A verdade é que neste campo do Direito é essencial que as instâncias judiciais, os centros educativos e os restantes profissionais que lidam com jovens delinquentes, se coloquem no lugar daquele concreto ser e tomem em consideração as suas vivências e personalidade. Além de investigar a prática do facto, com vista à aplicação de uma consequência jurídica, é importante que estas entidades invistam tempo a entender o que motivou aquela conduta, que talentos tem aquele jovem para oferecer, quais os seus sonhos, por forma a desviá-lo de uma vida marcada pelo crime⁹. É certo que uma intervenção deste tipo é mais dispendiosa, mas consideramos que os resultados serão recompensadores.

Por fim, como é melhor prevenir do que remediar, consideramos pertinente apostar em medidas preventivas eficazes, com vista a uma diminuição destes comportamentos criminógenos. Quanto mais precoce for a atuação, consciencializando o jovem para os efeitos adversos do crime e fornecendo-lhe as ferramentas indispensáveis a uma correta regulação das suas emoções e comportamentos, menor será a sua predisposição para o cometimento de factos típicos e ilícitos. Deste modo, revela-se imprescindível uma maior capacitação das famílias, da comunidade escolar e dos vários profissionais que, diariamente, contactam com estas crianças e jovens, por forma a aprofundar as suas competências e detetar eventuais sinais de alerta. Também se revelaria importante uma melhor articulação entre os vários organismos competentes em matéria de infância e juventude.

⁹ PAULO GUERRA, *A Lei Tutelar Educativa – Para onde vais?*, in Julgar, Nº 11, Coimbra Editora, 2010, p.107

CAPÍTULO 2

Evolução do Sistema de Justiça de Menores em Portugal

Tendo em vista uma melhor compreensão dos atuais diplomas, cumpre, agora, fazer uma viagem histórica pelos caminhos da Justiça de Menores.

Inicialmente, as crianças eram vistas como adultos em ponto pequeno e, como tal, as penas privativas de liberdade eram cumpridas nos mesmos estabelecimentos que estes, não havia distinção de tribunais ou de regras do processo penal¹⁰ e vigorava um sistema de repressão.

Posteriormente, com a aprovação da Lei de Proteção da Infância, pelo Decreto-Lei de 27 de maio de 1911, a criança deixou de ser equiparada à pessoa adulta e foram criadas as Tutorias de Infância, que se estenderam a todo o país em 1925, com o Decreto nº 10767, de 15 de maio, com o objetivo de afastar o menor do direito penal tradicional¹¹. Além disso, as penas passaram a ser executadas em estabelecimentos distintos dos adultos, as medidas de natureza protetiva e educacional ganharam maior relevo e a idade de imputabilidade penal foi fixada nos 16 anos. Assim, os jovens com idade inferior a esta não seriam suscetíveis de um juízo de culpa, em sentido jurídico-penal. Apesar da prática de factos ilícitos, aqueles seriam desresponsabilizados, pois, a responsabilidade era atribuída a fatores exógenos, de que são exemplo a exclusão social, a ausência de proteção e as carências afetivas, sociais e económicas¹².

O referido diploma, ao pretender proteger e defender os menores delinquentes, desamparados, indisciplinados e os que se encontrassem numa situação de perigo moral, nomeadamente por terem sido alvo de maus-tratos, de abandono ou de pobreza¹³, consagrou uma nova forma de intervenção - *o modelo de proteção*. No entanto, apesar de constituir um marco incontestável no que respeita à tutela das crianças, padecia de algumas fragilidades,

¹⁰ JOÃO PEDROSO/ PAULA CASALEIRO [et. al.], *Desvio e Crime Juvenil no Feminino: da invisibilidade dos factos, seleção e percursos no sistema judicial*, in FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João (Coord.), *Justiça Juvenil: A Lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*, Porto: Vida Económica, 2016, p. 162

¹¹ LEONOR FURTADO/ PAULO GUERRA, *O novo direito das crianças e jovens – um recomeço*, CEJ, 2001, pp. 27 e 28

¹² ERNESTO CANDEIAS MARTINS, *O sistema de proteção à infância portuguesa (séc. XX): dos normativos jurídicos e pressupostos científicos aos dispositivos de intervenção* in *CLIO: Revista de Pesquisa Histórica*, Vol.40, 2022, p. 243

¹³ *Idem*, pp. 242-243

nomeadamente pela indeterminação da duração das intervenções e pela ausência de direitos e garantias processuais do menor, de que são exemplo o direito de audiência, direito ao contraditório, possibilidade de intervenção ativa no processo e de assistência por um mandatário judicial¹⁴.

Mais tarde, em 1962, numa tentativa de compilar os vários preceitos normativos referentes à justiça de menores, surgiu a Organização Tutelar de Menores (OTM), aprovada pelos Decretos-Lei nº 44287 e 44288, de 20 de abril, com a intenção de, através da educação, preparar o jovem para a vida em sociedade e prevenir a prática de comportamentos delinquentes¹⁵. A função de representar o menor passou a estar nas mãos do Ministério Público, ficando o tribunal dispensado de ser o tutor daquele e a família e o meio envolvente do jovem passaram a assumir um papel determinante na resolução dos problemas que conduziam a condutas delituosas. Foram ainda introduzidas duas formas processuais: “uma relativa a matéria de natureza penal-tutelar e outra para providências de natureza tutelar-cível”¹⁶.

Contudo, embora fosse reconhecido o aperfeiçoamento do modelo de proteção, a OTM continuava a não oferecer, ao menor, quaisquer garantias processuais ou meios de defesa, tanto que no seu artigo 41º, posteriormente declarado inconstitucional, o mandatário judicial só poderia intervir para efeitos de recurso. A intervenção ainda era encarada, exclusivamente, como uma forma de proteção do menor e não distinguia os jovens em perigo daqueles que praticavam atos criminosos¹⁷.

A partir de 1970, tal modelo começou a ser severamente contestado devido à fraca eficácia das finalidades educativas e sobretudo por entender o jovem como uma “vítima das injustiças sociais”, isentando-o de responsabilidade. Com o aparecimento, no final do século XX, de vários diplomas legais internacionais adeptos de uma maior atribuição, ao menor, de garantias ao longo do processo e com o vislumbre daquele como um sujeito de direitos e

¹⁴ CARLOS PINTO DE ABREU/ INÊS CARVALHO SÁ [et. al.], *Proteção, Delinquência e Justiça de Menores: Um manual prático para juristas... e não só*, Lisboa: Edições Sílabo, 2010, p. 16

¹⁵ JOÃO PEDROSO/ PAULA CASALEIRO [et. al.], ob. cit. pp.165 e ERNESTO CANDEIAS MARTINS, ob. cit., p. 246

¹⁶ ERNESTO CANDEIAS MARTINS, ob. cit., p.246

¹⁷ LEONOR FURTADO/PAULO GUERRA, ob. cit., pp.29-30 e CARLOS PINTO DE ABREU/ INÊS CARVALHO SÁ [et. al.], ob. cit., pp.15-16

obrigações, livre e apto a exprimir as suas convicções, o modo de tratamento da delinquência juvenil sofreu alterações. Como tal, não só o menor passou a ser responsabilizado pela prática de atos legalmente qualificados como crime e a deter mais direitos e garantias, como também as vítimas destas condutas delinquentes passaram a ser tidas em consideração. Assim, surgiu o *modelo de justiça*, que se caracterizava, segundo Duarte-Fonseca, pela estrutura acusatória, a obrigatoriedade de assistência por defensor, a fixação da duração da intervenção, a natureza pública da decisão e a valorização da gravidade do facto praticado na determinação da sanção a aplicar¹⁸.

Em 1999, mais um grande passo foi dado no que respeita à Justiça de Menores, com a aprovação de dois diplomas – a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei nº 147/99, de 1 de setembro) e a Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166/99, de 14 de setembro) – que se mantêm em vigor até aos dias de hoje e marcaram a cisão entre o sistema tutelar de proteção e o sistema tutelar educativo e, conseqüentemente, a diferença de tratamento entre o jovem em perigo e o jovem infrator¹⁹.

O modelo consagrado na LTE é considerado um modelo misto ou híbrido, muitas vezes denominado de “terceira via”, pois conjuga elementos das anteriores formas de intervenção, com vista à superação das suas insuficiências. A par do respeito pelos direitos de defesa do menor e da sua responsabilização pelos factos praticados, que nos remete para um modelo de justiça e possibilita ao jovem entender que as suas condutas têm uma consequência; temos uma intervenção estadual com uma finalidade reeducadora, característica do modelo protecionista, sempre que um menor até aos 16 anos viole as normas jurídicas²⁰.

Já a LPCJP tem um carácter essencialmente protetor, com o intuito de fornecer as condições necessárias ao saudável desenvolvimento físico e psíquico do menor, procurando prevenir, desta forma, a eventual prática de atos ilícitos – artigo 1º.

¹⁸ JOÃO PEDROSO/ PAULA CASALEIRO [et. al.], ob. cit. pp.167-170 e DUARTE-FONSECA, *apud* JOÃO PEDROSO/ PAULA CASALEIRO [et. al.], ob. cit. p.170

¹⁹ Cumpre salientar que abaixo dos 12 anos, o menor é tratado de igual forma, quer tenha praticado um facto qualificado como crime, à luz da lei penal, quer esteja numa situação de perigo, aplicando-se-lhe uma medida de promoção e proteção, como veremos adiante. A verdadeira diferenciação de tratamento verifica-se a partir do referido limite etário.

²⁰ JOÃO PEDROSO/ PAULA CASALEIRO [et. al.], ob. cit. p.171 e LEONOR FURTADO/ PAULO GUERRA, ob. cit., p.101

CAPÍTULO 3

Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo²¹

3.1. Legitimidade da Intervenção, Pressupostos e Âmbito de Aplicação

A LPCJP, de acordo com o seu artigo 1º, visa “a promoção dos direitos e a proteção das crianças e jovens em perigo”. Como tal, é entendida como uma concretização do preceito constitucional, previsto no artigo 69º, e do artigo 19º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Crianças, de acordo com os quais incumbe ao Estado a proteção das crianças, nomeadamente contra o abandono, discriminação, negligência, abusos de autoridade, maus-tratos físicos e psicológicos, violência sexual, discriminação, opressão, exploração. No entanto, este dever estadual tem de ser articulado com o poder-dever dos pais de educar, manter e assegurar o desenvolvimento dos filhos, consagrado nos artigos 36º, nºs 5 e 6 da CRP e 18º, nº1 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Assim, e atendendo ao facto de a expressão “crianças e jovens em perigo” ter sido desenhada à luz do artigo 1918º do CC ²², o Estado apenas estará autorizado a intervir, limitando os direitos dos pais, quando estes (ou “o representante legal ou quem tenha a guarda de facto do menor”) descurem as suas responsabilidades parentais, colocando “em perigo a segurança, saúde, formação, educação ou o desenvolvimento” dos filhos, ou ainda quando aquele perigo advier de uma ação ou omissão de terceiros ou da própria criança a que o adulto não se oponha de modo adequado a removê-lo – artigo 3º, nºs 1 e 2 da LPCJP.

Desta forma, a justificação para a restrição estadual dos direitos dos pais à manutenção e educação dos seus descendentes encontra-se na necessidade de salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos - artigo 18º, nº 2 da CRP, dos quais se salienta o direito à integridade moral e física e o direito ao desenvolvimento da livre personalidade da criança²³, consagrados, respetivamente, nos artigos 25º, nº 1 e 26º, nº 1 da Lei Fundamental.

²¹ As normas referidas no presente ponto, sem indicação do diploma a que respeitam, pertencem à LPCJP

²² Exposição de Motivos da Proposta de Lei Nº 265/VII, in FURTADO, Leonor; GUERRA, Paulo, *O novo direito das crianças e jovens...*, ob. cit. p. 147

²³ PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, *Comentário à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra: Edições Almedina, 2020, pp. 22 e 190

Já vimos que para haver lugar a uma intervenção desta natureza tem de existir uma real situação de perigo, contudo ainda é necessário que essa situação seja atual e objetiva. É de salientar que a situação de perigo, a que aludimos, se distingue da “situação de mero risco” – um conceito mais abrangente e que, portanto, abarca situações não suscetíveis de legitimar a intervenção com vista à promoção e proteção²⁴.

Quanto ao âmbito de aplicação do presente diploma, não podemos deixar de mencionar o artigo 2º, de acordo com o qual este se aplica às crianças e jovens em perigo residentes em território nacional ou que aqui se encontrem, não atribuindo relevância à nacionalidade. Neste contexto e segundo o artigo 5º, alínea a), considera-se criança ou jovem a “pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes dos 18, e ainda a pessoa até aos 25 anos, sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional”.

No nº 2 do artigo 3º da LPCJP encontramos elencadas, a título meramente exemplificativo, embora de forma bastante abrangente, circunstâncias que configuram “situações de perigo”, com vista a auxiliar as várias entidades na concretização deste conceito e a direcionar a sua intervenção para as situações que verdadeiramente dela carecem, com a consequente diminuição de instauração de processos de promoção e proteção que não assentem em verdadeiras situações de perigo, evitando, por esta via, o esbanjamento de recursos e a sobrecarga das CPCJ e dos tribunais.

3.2. Princípios Orientadores da Intervenção Protetiva

Toda e qualquer intervenção destinada à promoção e proteção de crianças e jovens em perigo deve ser norteadada pelos princípios previstos no artigo 4º da LPCJP, sob pena de ser considerada ilegal ou, até mesmo, inconstitucional²⁵.

Posto isto, o superior interesse da criança (alínea a), consagrado também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção sobre os Direitos da Criança, nos artigos 24º e 3º, respetivamente, é a força motriz de toda a intervenção, traduzindo-se num

²⁴ *Idem*, pp.44-45

²⁵ CARLOS PINTO DE ABREU/ INÊS CARVALHO SÁ [et. al.], ob. cit., p.84

“conceito jurídico indeterminado que visa assegurar a solução mais adequada para a criança no sentido de promover o seu desenvolvimento harmonioso físico, psíquico, intelectual e moral (...), sendo, por isso, aferível em função das circunstâncias de cada caso”²⁶. Desta forma, se houver interesses em conflito ou dúvidas quanto à interpretação de um preceito, deve sempre atender-se à opinião e à situação concreta da criança, à sua identidade, às relações afetivas de qualidade que esta estabeleceu²⁷, sem nunca descuidar a sua proteção, segurança e saúde.

Ademais, a intervenção de natureza protetiva deve realizar-se assim que a situação de perigo seja conhecida, por forma a eliminá-la rapidamente (alínea c) e ter em consideração a “intimidade [da criança], o seu direito à imagem e à reserva da vida privada” (alínea b)²⁸, limitando-se ao estritamente necessário para a promoção dos direitos daquela e ainda deve “ser adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada” (alínea e). Esta intervenção deve ser realizada somente pelas entidades cuja ação se considere imprescindível para a salvaguarda daqueles direitos (alínea d), de acordo com o princípio da subsidiariedade (alínea k), o que significa que, em primeira linha, intervêm as entidades com competência em matéria de infância e juventude, e só se estas se revelarem incapazes de salvaguardar e proteger os direitos das crianças é que há lugar à intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens e, num último momento, dos tribunais²⁹.

Sabendo do impacto negativo que uma quebra repentina das relações afetivas pode ter no normal desenvolvimento da personalidade da criança, o legislador optou por preservar esses laços de afeto, através da prevalência das medidas que garantam a “continuidade de uma vinculação securizante” (alínea g)³⁰. Além disso, se o artigo 1878º do Código Civil atribui

²⁶ Ac. do STJ, de 27-01-2022, Proc. nº 19384/16.2T8LSB-A. L1.S1

²⁷ As relações de afeto de qualidade e significativas só passaram a ser consideradas relevantes para a determinação do superior interesse da criança, com as alterações introduzidas pela Lei nº 142/2015, de 8 de setembro.

²⁸ Para tanto contribui o carácter reservado do processo, consagrado no artigo 88º.

²⁹ PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, ob. cit., pp.55-59 e 63

³⁰ O princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas encontra-se interligado com a situação de perigo prevista no artigo 3º, nº 2, al. d) da LPCJP – caso em que uma criança “está aos cuidados de terceiros, durante um período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais”. Se, por um lado, alguns autores, defendem que esta alínea não configura uma verdadeira situação de perigo, que justifique um processo de promoção e proteção, uma vez que existe um terceiro capaz de fornecer todos os cuidados necessários ao normal desenvolvimento da criança. Por outro lado, há quem entenda que a situação de perigo resulta da

responsabilidades aos pais, todo o processo deve ser desenhado por forma que estes as assumam e cooperem na resolução dos problemas dos filhos (alínea f). Também, na escolha da medida protetiva a aplicar, deve ser dada preferência àquelas que integrem a criança em família, independentemente de esta ser a biológica, adotiva ou outra, pois o importante é que a criança cresça num ambiente estável (alínea h).

Em termos processuais, destaca-se a obrigatoriedade de informar a criança e o jovem, os respetivos pais, representante legal ou detentores da guarda de facto dos motivos da intervenção, da forma como se desenrola todo o processo e ainda dos seus direitos (alínea i). Relativamente a estas pessoas, ainda se encontra consagrada a sua audição obrigatória e participação ativa ao longo do processo³¹ (alínea j).

CAPÍTULO 4

Lei Tutelar Educativa³²

4.1. Âmbito de Aplicação, Pressupostos e Legitimidade

Entendendo o nosso ordenamento jurídico, a culpa como um dos elementos constitutivos do crime, em conjunto com a ilicitude, tipicidade e punibilidade da conduta, então, em bom rigor, os menores com idade inferior a 16 anos, não têm capacidade para cometer crimes, mas apenas para praticar factos que são qualificados, pela lei penal, como crime. Assim, a LTE aplica-se a jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos que tenham praticado tais factos (artigo 1º).

instabilidade gerada pela falta de correspondência entre a situação de facto e a situação de direito. Basta pensar na hipótese em que uma criança estabelece laços afetivos com terceiros que sempre de si cuidaram (não sendo esta relação tutelada judicialmente), e os pais biológicos decidem requerer a sua entrega, afastando-a da “família de facto”, através da instauração de um processo de regulação do poder parental, que pode ocorrer a todo o tempo. Assim, por forma a evitar estas situações e atendendo ao superior interesse da criança, o nosso legislador, introduziu o referido princípio. Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, n.º 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, pp. 57-58

³¹ PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, ob. cit., pp. 62-63.

³² As normas referidas no presente ponto, sem indicação do diploma a que respeitam, pertencem à LTE

É de referir que uma criança com idade inferior a 12 anos que execute um ato desta natureza apenas estará sujeita à LPCJP, pois entende-se que ainda não é capaz de apreender o sentido da intervenção tutelar educativa, traduzindo-se a prática do facto numa «tragédia», com a qual a comunidade terá de conviver³³. Já os adolescentes com idade igual ou superior a 16 anos, sendo considerados penalmente imputáveis e, portanto, suscetíveis de suportar um juízo de culpa jurídico-penal – artigo 19º do CP, *a contrario*, ficarão sob alçada do direito penal, embora até aos 21 anos possam gozar da aplicação de um regime especial, como decorre do artigo 9º do CP – o Regime Penal aplicável a Jovens Delinquentes, aprovado pelo Decreto – Lei nº 401/82, de 23 de setembro.

No ordenamento jurídico português, a idade da imputabilidade penal não coincide com a da maioridade civil, fixada nos 18 anos - artigo 122º do CC, *a contrario*. Contudo, autores existem que defendem esta equiparação, não só porque esta discrepância faz com que o jovem seja visto “com *dois pesos e duas medidas*”³⁴, como também por razões biológico-evolutivas, atendendo, especialmente, ao “processo de maturação do menor e à sua personalidade em formação”, e por razões político-sociais, uma vez que é aos 18 anos “que se reconhece a plena integração político-social da pessoa”.³⁵

Regressando aos pressupostos da intervenção tutelar educativa: além da idade mínima de 12 anos, esta pressupõe a ofensa de um bem jurídico penalmente tutelado e a necessidade de educação segundo o dever - ser jurídico, materializado nos preceitos jurídico-penais, traduzindo-se a finalidade deste processo na socialização do jovem, no sentido de o integrar na vida em comunidade (artigo 2º, nº1 da LTE). Portanto, se não se verificar esta necessidade, isto é, se o jovem não demonstrar uma personalidade avessa ao direito, estiver devidamente inserido e a gravidade do facto assim o permitir, sendo o cometimento do ato ilícito uma mera manifestação da tendência própria dos jovens de testarem os limites, não

³³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou realidade?* Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, Fascículo 3º, Julho-Setembro 1997, p.385

³⁴ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Menores, mas imputáveis: que proteção?*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, n.º 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, p.391

³⁵ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Repensar o Direito de Menores em Portugal ...*, ob. cit., pp. 374 e 382. Também a favor desta equiparação se manifesta CAROLINA GIRÃO SANTOS, *Da especificidade do direito penal dos Jovens Adultos na perspetiva das consequências jurídicas do crime*, In *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Ano 8, Nº 16, 2011, p.102

existirá uma necessidade de educar aquele jovem para o direito e, conseqüentemente, não haverá um processo tutelar educativo, o que evidencia o carácter não punitivo desta intervenção e a diferencia do Direito Penal³⁶. É ainda de salientar que, no momento da decisão acerca da aplicação de uma medida tutelar educativa, a necessidade de educação tem de subsistir, por forma a dar cumprimento ao princípio da atualidade – artigo 7º, nº 1. Nas palavras de António Carlos Duarte-Fonseca, esta “exigência da atualidade do défice [de educação] (...) projeta a intervenção para o futuro e evita que fique presa a um momento passado (o da prática do facto) e aberta, assim, a tentações de tipo puramente retributivo”³⁷.

Esta situação demonstra que, apesar de o Estado ter um dever de assegurar as expectativas comunitárias de segurança e paz social, sendo-lhe permitido comprimir direitos dos jovens que delinquem, nomeadamente a sua liberdade e autodeterminação pessoal, e dos respetivos pais (à semelhança do que sucede na LPCJP), não são aquelas exigências que devem prevalecer na intervenção tutelar, mas sim o interesse do jovem³⁸ em desenvolver uma personalidade conforme ao dever - ser jurídico e assimilar os valores que regem a vida em coletividade. Tal é evidenciado pelo artigo 6º, nº 3, que toma o interesse do menor como o critério orientador para a escolha da medida tutelar e ainda pelo artigo 7º, nº 1, de acordo com o qual a “medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito”. Contudo, as necessidades de “educação para o direito” e de salvaguarda da paz comunitária estão intimamente conectadas, pois sendo os jovens os adultos de amanhã, uma sociedade mais segura só será alcançada, se envergarmos esforços no sentido da sua socialização³⁹.

Aos três pressupostos supramencionados, que devem estar verificados de forma cumulativa, são de acrescentar os seguintes: não ter sido aplicada pena de prisão efetiva, em processo penal, por crime praticado por menor com idade compreendida entre os 16 e os 18

³⁶ CARLOS PINTO DE ABREU/ INÊS CARVALHO SÁ [et. al.], ob. cit., pp.111-113

³⁷ Neste sentido, ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Privação de Liberdade na Justiça Juvenil: Contornos de Problemas entre Meios e Fins*, in Julgar, Nº 22, Coimbra Editora, 2014, pp. 82 e ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2000, p. 62

³⁸ PAULO GUERRA, ob. cit., pp.99-100

³⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Lei Tutelar Educativa – Entre o passado e o futuro*, in FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João (Coord.), *Justiça Juvenil: A Lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*, Porto: Vida Económica, 2017, p.48

anos – artigo 28º, nº 2, alínea a) - e o menor, à data da decisão de 1ª instância, não ter completado 18 anos – artigo 28º, nº 2, alínea b).

Cumpra ressaltar que se o menor padecer de uma anomalia psíquica que o impeça de compreender o alcance da intervenção, não haverá lugar a intervenção tutelar educativa, como salienta o artigo 49º. Neste sentido, é necessária a realização de uma perícia psiquiátrica, com vista a avaliar a incapacidade do menor para entender o sentido da intervenção e, sendo esta verificada, o processo é imediatamente arquivado, independentemente da fase em que esteja, com o consequente reencaminhamento, pelo Ministério Público, do menor para os serviços de saúde mental⁴⁰.

No fundo, se um jovem ofender um bem jurídico penalmente protegido, manifestando uma personalidade contrária ao direito e às regras fundamentais de uma vida em sociedade, o Estado arrega-se no direito de intervir, mesmo contra a vontade dos titulares das responsabilidades parentais, por forma a educá-lo para o direito, que nada mais é do que fazê-lo interiorizar os valores nucleares da ordem jurídica⁴¹, estabelecendo um projeto adequado à sua pessoa. Estamos, por esta razão, perante uma intervenção conflituante, casuística, levada a cabo pelo tribunal e intencionada, pois visa uma alteração das condutas do jovem⁴². Contudo, esta ingerência estadual encontra-se subordinada aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sob pena de configurar uma restrição injustificada dos direitos do jovem. Deste modo, a atuação do Estado estará justificada sempre que vise a tutela de outros direitos constitucionalmente relevantes - como seja o desenvolvimento da personalidade, a criação de condições para a efetiva integração do jovem na vida ativa e o sentido de serviço à comunidade⁴³, previstos no artigo 70º, nº 2 da CRP, em observância do disposto no artigo 18º, nº 2 do mesmo diploma.

⁴⁰ CRISTINA DIAS/MARGARIDA SANTOS [et. al.], *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 202-203

⁴¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Lei Tutelar Educativa...*, ob. cit., p.48

⁴² RENATA TERRA, *Breves apontamentos sobre a medida cautelar de guarda em centro educativo*, in *Julgar*, Nº 8, Coimbra Editora, 2009, p. 28

⁴³ PAULO GUERRA, ob. cit., p. 99

CAPÍTULO 5

Intervenção Protetiva e Intervenção Tutelar

5.1 Notas distintivas e aspetos comuns

Tendo por referência aquilo que foi anteriormente mencionado, e confrontando a intervenção protetiva com a intervenção tutelar, verificamos que elas diferem, tanto ao nível do âmbito de aplicação, como ao nível das finalidades que prosseguem. Enquanto, a Lei de Proteção se aplica às crianças ou jovens com idade compreendida entre os 0 e os 18 anos que estejam numa situação de perigo; a Lei Tutelar Educativa aplica-se aos casos em que uma criança ou jovem entre os 12 e os 16 anos, praticam um facto qualificado pela lei como crime. Neste sentido, a primeira visa a remoção da situação de perigo em que a criança se encontra, proporcionando-lhe as condições necessárias ao seu bem-estar e desenvolvimento integral - artigo 1º da LPCJP; ao passo que a segunda, visa a “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” – artigo 2º, nº 1 da LTE. Também no que respeita à natureza de intervenção encontramos disparidades, uma vez que o processo tutelar educativo corre nos tribunais e o processo de promoção e proteção, por regra, pertence às entidades com competência em matéria de infância e juventude e às CPCJ's, apenas havendo lugar a intervenção judicial nos casos descritos no artigo 11º da LPCJP.

Ao nível do processo, são vários os aspetos em comum. Desde logo, cumpre realçar o seu carácter único e individual, uma vez que aquele pertence somente a uma criança e a cada criança corresponde um único processo, com vista à salvaguarda das suas particularidades e à concentração, no mesmo processo, de todas as informações consideradas relevantes ao proferimento de uma decisão congruente com o superior interesse daquela concreta criança – artigos 78º da LPCJP e artigo 34º da LTE. No entanto, tanto no processo de proteção, como no processo tutelar, a regra da individualidade admite exceções: nos casos enunciados nos artigos 80º da LPCJP e 35º LTE, respetivamente, é permitida a organização de um só processo para vários menores. Deste modo, economiza-se tempo, dinheiro e trabalho, através do aproveitamento de atos processuais e documentos anteriormente obtidos, honrando o princípio da economia processual, e, paralelamente, evitam-se soluções díspares para

situações idênticas, promovendo-se a uniformidade de decisões⁴⁴. Também verificamos semelhanças nas regras da apensação processual, devendo esta ocorrer no processo instaurado em primeiro lugar – artigos 81º da LPCJP e 37º da LTE e nas regras de competência territorial, vigorando o princípio do lugar da residência. Assim, o tribunal competente será o da área de residência da criança ou jovem, pois beneficia da proximidade com o ambiente familiar e social da criança, considerando-se, por esse motivo, o mais apto para aplicar as medidas⁴⁵ - artigos 79º, nº1 da LPCJP e 31º, nº1 da LTE⁴⁶.

Outra característica comum aos dois modelos de intervenção, prende-se com a tipicidade das medidas, sendo apenas admitida a aplicação daquelas que se encontram previstas na lei. As medidas de promoção e proteção previstas são o apoio junto dos pais, o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idónea, o apoio para a autonomia de vida, o acolhimento familiar, o acolhimento residencial e a confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção⁴⁷ e encontram-se consagradas nas alíneas do artigo 35º, nº 1 da LPCJP. Tais medidas podem ser executadas no meio natural de vida - como é o caso das previstas nas alíneas a), b), c), d) e g), quando a criança ou jovem seja confiada a pessoa selecionada para a adoção - ou em regime de colocação, nas restantes situações - artigo 35º, nº 2 e 3 da LPCJP. Já as medidas tutelares educativas encontram-se previstas no artigo 4º, nº 1 da LTE e são a admoestação, a privação do direito de conduzir ciclomoteres ou de obter permissão para conduzir ciclomoteres, a reparação do ofendido, a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade, a imposição de regras de conduta, a imposição de obrigações, a frequência de programas formativos, o acompanhamento educativo e o internamento em centro educativo⁴⁸. Todas elas são executadas na comunidade, à exceção desta última, que é executada em centro educativo, segundo o disposto no nº 2 do artigo anteriormente mencionado.

⁴⁴ PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, ob. cit., pp. 371-373 e 384-388 e CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., pp. 158 e 159

⁴⁵ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p. 154-155

⁴⁶ ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, *A intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa – caminhos que se cruzam*, in *Julgar*, Nº24º, Coimbra Editora, 2014, p.93

⁴⁷ Para uma pormenorizada análise sobre as medidas de promoção e proteção executadas em meio natural de vida e medidas de colocação, PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, ob. cit., pp. 224-244 e pp.245-265, respetivamente.

⁴⁸ Para um maior desenvolvimento sobre medidas tutelares educativas, artigos 9º a 18º da LTE e CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., pp.52-112

Tanto num processo, como no outro, verifica-se uma preferência pelas medidas de carácter não institucional, executadas na comunidade, em detrimento das medidas institucionais, por aquelas representarem uma menor intrusão nos direitos e na vida das crianças e respetivas famílias, sendo a escolha da medida sempre orientada pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da necessidade e ainda do superior interesse da criança – artigos 4º, alíneas a), e) da LPCJP e 6º da LTE.

Por fim, cumpre ainda aludir aos mecanismos legais de que dispõem tanto a LPCJP, como a LTE, para, num primeiro momento, identificar situações de perigo ou condutas avessas ao direito e, posteriormente, remover o perigo e inverter essas mesmas condutas. São de salientar o direito de audição da criança e jovem, para que possam contar a sua versão dos factos - artigos 84º e 86º da LPCJP e 77º da LTE. Aliás, ouvi-los, por forma a entender as motivações que estiveram na base da prática do facto típico e ilícito, pode contribuir para uma intervenção mais incisiva e eficaz. O envolvimento da família e da comunidade onde o jovem se insere, essencialmente, na fase de diagnóstico e de execução das medidas, é, igualmente, determinante para o sucesso da intervenção – artigos 85º da LPCJP; 82º, nº1; 101º, nº 2, alínea b); 104º, nº 2, alínea b) da LTE. No mesmo sentido, mostra-se essencial, nos processos de promoção e proteção, a intervenção de equipas multidisciplinares e, nos processos tutelares, da Direção Geral de Reinserção Social, com vista ao reconhecimento de situações concretas de perigo, proposta de soluções e acompanhamento da execução das medidas – artigos 59º, nº 3 e 108º, nº 2 da LPCJP e 16º, nº 4, 141º, 142º, 149º e 150º da LTE; do mesmo modo que se revela indispensável ter como critério orientador na aplicação das medidas o superior interesse da criança ou do jovem⁴⁹ – artigos 4º, alínea a), 34º e 35º da LPCJP e 2º, 4º e 6º, nº 3 da LTE.

5.2. A Interação entre Intervenção Protetiva e Intervenção Tutelar

Embora à primeira vista, possa parecer que estamos perante dois caminhos que não se cruzam, a realidade dá-nos uma perspetiva distinta. Não raras as vezes, temos um jovem prevaricante que é, também ele, um jovem em perigo ou um jovem numa situação de perigo

⁴⁹ ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, ob. cit., p. 97

que adota condutas desviantes, levando à coexistência de um processo de promoção e proteção e de um processo tutelar educativo⁵⁰.

Esta interação entre intervenção protetiva e intervenção tutelar é também evidenciada pela comunicação que a lei pretende assegurar entre as várias entidades. Neste sentido, cumpre, desde logo, referir as alíneas do artigo 43º, nº 1 da LTE, que estabelecem ser da competência do Ministério Público, em qualquer fase do processo tutelar, a comunicação às entidades competentes - CPCJ's e ou tribunais - dos casos em que o menor careça de proteção social, a adoção de iniciativas processuais relativamente ao exercício ou suprimento de responsabilidade parentais e ainda a requisição da aplicação de medidas de proteção⁵¹. De forma idêntica, o artigo 64º, nº 1 da LPCJP, admite que as entidades policiais e as autoridades judiciárias comuniquem as situações de perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções às CPCJ's. Nesta matéria, cumpre ainda aludir ao artigo 72º, nº 1 da LTE, que atribui a qualquer pessoa a faculdade de denunciar, ao Ministério Público ou a órgão de polícia criminal, a prática, pelo menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de um facto considerado penalmente ilícito e o artigo 73º, nº 1 da LTE, que prevê a obrigatoriedade de denúncia “para os órgãos de polícia criminal, quanto a factos de que tomem conhecimento” (alínea a) e “para os funcionários, quanto a factos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas” (alínea b), considerando-se para este efeito as entidades abrangidas pelo artigo 386º do CP⁵². Desta forma, permite-se que entidades como as CPCJ's e as Entidades com Competência em Matéria de Infância e Juventude, típicas de processos de promoção e proteção, transmitam a notícia do facto, dando o primeiro passo no desencadear da intervenção tutelar⁵³. Tal demonstra que um processo e outro andam de mãos dadas.

Salienta-se ainda, como contributo para a interação das intervenções, o nº 2 do artigo 43º da LTE, de acordo com o qual, em caso de urgência, podem as medidas de proteção ser decretadas, a título provisório, no processo tutelar educativo. Verificando-se, no entanto, a sua caducidade, se não forem confirmadas em ação própria proposta no prazo de um mês.

⁵⁰ PAULO GUERRA, ob. cit., p.107

⁵¹ ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, ob. cit., pp. 94-95

⁵² CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p. 261

⁵³ Vide *Educar para o direito: Uma forma de (também) proteger*, Guião de procedimentos de comunicação - documento elaborado pelo Gabinete da Família, da Criança e do Jovem no âmbito do Plano de Ação relativo à intervenção Tutelar Educativa para o ano 2020, p. 11

Também o regime de apensações de processos, é relevante para este efeito. Basta olhar para o artigo 81º da LPCJP que refere que “quando, relativamente à mesma criança ou jovem, forem instaurados, sucessivamente ou em separado, processos de promoção e proteção (...), tutelar educativo ou relativos a providências tutelares cíveis, devem os mesmos correr por apenso” e para o artigo 37º da LTE, que segue o mesmo pensamento.

Assim, parece-nos vantajosa a criação de pontes entre um processo e outro, com vista a salvar a infância destas crianças. Até porque quanto maior a capacidade de articulação dos dois processos, maior a eficácia da intervenção tutelar educativa⁵⁴.

5.3. Articulação entre medidas de promoção e proteção e medidas tutelares educativas

Atendendo à possibilidade suprarreferida de, em simultâneo, correr a favor de uma criança ou jovem um processo de promoção e proteção e um processo tutelar educativo torna-se imperativo, num primeiro momento, entender o que motiva esta resposta dupla por parte da justiça e, num segundo momento, articular a execução das medidas protetivas com as medidas tutelares.

Primeiramente, não podemos deixar de salientar que esta dupla intervenção tem lugar apenas quando se verifique o preenchimento dos pressupostos referentes a cada uma das modalidades de intervenção (protetiva e tutelar educativa), de forma concomitante. É evidente que se um jovem se encontra numa situação de perigo, mas não manifesta qualquer necessidade de educação para o direito, não temos porque instaurar um processo tutelar, ficando apenas pelo processo de promoção e proteção. Da mesma forma que se um jovem, dentro do limite etário já referido, praticar um facto típico e ilícito, mas não experienciar qualquer perigo para o seu desenvolvimento, não pode ser sujeito a um processo de proteção, mas sim e unicamente a um processo tutelar educativo.

⁵⁴ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004, p. 298

Feito este alerta, cabe dedicarmo-nos aos casos que realmente nos trouxeram até aqui e que reclamam uma intervenção simultânea da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e da Lei Tutelar Educativa.

Existindo um facto qualificado legalmente como crime praticado por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, a adoção de uma intervenção meramente protetiva, com fundamento na situação de perigo em que o mesmo se encontra, inviabilizaria a interiorização por parte do jovem do desvalor da sua conduta e a inversão destas condutas contrárias ao dever – ser jurídico. Na mesma linha de pensamento, uma intervenção meramente tutelar ignoraria a situação de perigo que, potencialmente, esteve na origem da prática delitual, subsistindo a raiz do comportamento delinquente. Tal sucede, porque as finalidades de cada intervenção “não se confundem, não se substituem, antes se complementam”⁵⁵, sendo esta a razão que subjaz à concomitância de dois processos distintos. Assim sendo, torna-se necessária a sua articulação, por forma a compatibilizar os respetivos objetivos e as medidas que possam vir a ser aplicadas. Esta deve sempre respeitar “as finalidades prosseguidas por cada um dos processos, e, ao mesmo tempo, salvaguardar os aspetos mais relevantes de cada um deles”, pois só assim se evitará, “por um lado, intervenções paternalistas e ilegítimas e, por outro, procedimentos e medidas exclusivamente de controlo social”⁵⁶.

No entanto, sempre que o antagonismo entre as duas intervenções se revele insuperável, devemos atribuir especial atenção ao nº 3 do artigo 43º da LTE, que entendemos ditar a prevalência da “finalidade visada com a aplicação de medida tutelar educativa”. Fazendo uso das palavras de Paulo Guerra, existe “aqui um “*prius*” metodológico do processo tutelar educativo face a outros processos de natureza protetiva ou de natureza tutelar cível, sempre que concorrerem na vida de um jovem”⁵⁷. Todavia, autores há, embora em minoria, que consideram que esta norma nada mais prevê do que a articulação das medidas, não instituindo uma qualquer hierarquização entre elas. Estes argumentam que todos os casos se

⁵⁵ Gabinete da Família, da Criança e do Jovem, cit. p.17

⁵⁶ ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, ob. cit., pp.93-94

⁵⁷ PAULO GUERRA, ob. cit., p.107

revestem de particularidades e, portanto, devemos ponderar, em concreto, qual das medidas se revelará mais eficaz⁵⁸.

Ora, uma das situações de conflito inultrapassável ocorre quando, no âmbito de um processo de promoção e proteção, é decretada uma medida de acolhimento institucional, e, posteriormente a esse decretamento, é instaurado um processo tutelar educativo, do qual resulta a aplicação de uma medida de internamento em centro educativo; uma vez que a medida de acolhimento é executada em casa de acolhimento - artigo 50º, nº 1 da LPCJP - e a medida de internamento é executada em centro educativo - artigo 17º, nº 2 da LTE. Assim, temos duas medidas, mas a execução de uma é inviabilizada pela execução da outra.

No entanto, tomando em consideração o que foi dito anteriormente, se a medida de acolhimento institucional pretende afastar a situação de perigo em que a criança ou jovem se encontra, proporcionando-lhe as condições necessárias e adequadas ao seu integral desenvolvimento - artigo 34º da LPCJP - e a medida de internamento tem como objetivo a “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade” – artigo 2º da LTE, é esta última que deve prevalecer, por se considerar a sua finalidade mais imediata e abrangente⁵⁹, dando-se, desta forma, cumprimento ao disposto no artigo 43º, nº 3 da LTE.

A pedra de toque reside, agora, na questão de saber se o início da execução da medida tutelar de internamento, impõe a revisão da medida de proteção de acolhimento residencial, com a sua consequente cessação, nos termos do artigo 62º, nºs 2, 3, alínea a) e 4 da LPCJP, por se entender que a sua continuação é desnecessária.

Na verdade, existem autores que adotam esta perspetiva, por entenderem que os fins visados por cada um dos processos não são coincidentes. Deste modo, aquando do início da execução da medida tutelar de internamento, determinar-se-ia a cessação da medida de proteção de acolhimento residencial e o, consequente, arquivamento do processo de promoção e proteção.

⁵⁸ Assim, ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, ob. cit., p.99

⁵⁹ Neste sentido, CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., pp. 183- 185;

Contudo, a doutrina maioritária, com a qual concordamos, segue um caminho diferente, aludindo a razões de economia processual. Ou seja, a medida de internamento tem sempre uma duração máxima – art.18º da LTE, mas, frequentemente, é possível fazer-se um juízo de prognose acerca da necessidade de execução de medida de proteção de acolhimento residencial após a execução da medida tutelar de internamento, por ser evidente que a família não tem capacidade de fornecer as condições apropriadas ao desenvolvimento do jovem. Portanto, colocados diante desta possibilidade, o ideal é, logo que se inicie a execução da medida tutelar de internamento declarar a insusceptibilidade de execução da medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, com a correspondente suspensão da instância – artigo 276º, nº 1, alínea c) do CPC, até à cessação da execução daquela medida tutelar educativa. Por fim, subsistindo a necessidade de execução da medida protetiva, o Ministério Público deve pronunciar-se no sentido da sua retoma⁶⁰, evitando-se, assim, o acionamento do nº 2 do artigo 43º da LTE e o desperdício de tempo e recursos. A tomada de tal decisão é auxiliada pelos relatórios elaborados, periodicamente, pelo Diretor do Centro Educativo, sobre a execução da medida de internamento e a evolução do processo educativo do menor, e pelo relatório final – artigo 154º LTE. É ainda de realçar que, atendendo às regras da apensação, previstas no artigo 81º, nº 1 da LPCJP, o processo que foi instaurado em momento posterior correrá por apenso ao primeiramente instaurado⁶¹. Foi este o sentido da orientação proferida no 4º Encontro de Magistrados da Jurisdição de Família e Menores do Distrito de Lisboa, realizado no dia 6 de dezembro de 2010, no Tribunal da Relação de Lisboa.

⁶⁰ Concordando com este ponto de vista, ANABELA RAIMUNDO FIALHO/ BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS, ob. cit., p. 98 e CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., pp. 182-184

⁶¹ Ac. do TRE de 16-06-2016, Proc. nº 390/10.7TBCCH-D.E1

CAPÍTULO 6

Da (in)Aplicabilidade do Desconto na Lei Tutelar Educativa

6.1. O Instituto do Desconto

A figura do desconto, prevista no artigo 80º do CP, tal como o próprio nome sugere, visa descontar, na pena que vier a ser imposta, o tempo de privação de liberdade “de natureza processual que o agente tenha sofrido”. As medidas processuais abrangidas por esta figura são a “detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação”, que segundo o nº1 do referido artigo, devem ser “descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão”. O desconto destas medidas também se deverá manifestar na duração das penas de substituição que venham a ser aplicadas, mas já não das penas acessórias, por não existirem razões político-criminais que o fundamentem. Apesar de o nosso legislador nada dizer acerca da aplicação do regime do desconto no cumprimento da medida de segurança de internamento, regulada no artigo 91º do CP, tem-se entendido que o artigo 80º CP deve ser aplicado por analogia⁶², uma vez que “não faria sentido discriminar negativamente (...) o arguido sujeito a medida de segurança, sem que para tal se verificassem razões de peso”.⁶³

Este instituto justifica-se por razões de justiça material, pois a sua inexistência conduziria a violações do princípio da igualdade, estabelecido no artigo 13º da CRP, na medida em que, perante a prática do mesmo tipo de crime em contexto idêntico, um agente podia estar mais ou menos tempo privado de liberdade, consoante a morosidade do processo. Contudo a sua consagração na lei penal também não deixa de levantar algumas questões, nomeadamente quanto à subversão da pena, do ponto de vista das exigências de prevenção. Ou seja, durante o tempo em que alguém está preso preventivamente não pode haver qualquer ressocialização, pois o arguido ainda se encontra a coberto do princípio da presunção de inocência – artigo 32º, nº2 da CRP. Mas este período de privação de liberdade vai ser, posteriormente, descontado na pena em que o agente for condenado, podendo dar-se o caso de não haver tempo suficiente para o ressocializar⁶⁴.

⁶² MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Edições Almedina, 2017, p.67-69

⁶³ Ac. do STJ, de 02-10-2003, Proc. 03P2449. No mesmo sentido, Ac. do TRP, de 04-06-2003, Proc. 0341486

⁶⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., p. 67

Feito um breve enquadramento desta figura, é imperativo debruçarmo-nos sobre a segunda questão a que nos propusemos responder: devemos, por analogia, proceder ao desconto do tempo de sujeição a medida cautelar de guarda no período de cumprimento da medida tutelar de internamento?

6.2. Medidas Cautelares: em especial, a Guarda em Centro Educativo

Numa fase anterior à aplicação da medida tutelar educativa pode ser necessário decretar uma medida cautelar, como forma de evitar a perturbação da investigação e a obtenção de prova, garantir o não cometimento de novos factos pelo menor e impedir que este se esquive à intervenção tutelar⁶⁵. É no artigo 57º da LTE que encontramos um elenco taxativo, dando cumprimento ao princípio da tipicidade e da legalidade das medidas, de entre as quais cumpre destacar a guarda do menor em centro educativo – alínea c), por ser esta que vai merecer especial atenção ao longo do presente capítulo. A disposição deste elenco não é desprovida de sentido, dando ênfase ao princípio da subsidiariedade, o que significa que, na aplicação da medida cautelar, deve ser dada primazia àquela que se encontra consagrada na primeira alínea e, só no caso de esta se revelar desapropriada ou insuficiente é que se devem aplicar as medidas previstas nas alíneas subsequentes. Verificamos aqui uma expressão do princípio, comum a todo o sistema penal, do uso da privação da liberdade somente em última instância, isto é, quando as outras vias se mostrarem incapazes de dar uma resposta adequada⁶⁶.

A aplicação de qualquer medida cautelar é realizada por despacho do juiz – artigo 59º, nº 1 da LTE e pressupõe a verificação cumulativa de vários requisitos, mencionados nas alíneas a), b) e c) do artigo 58º, nº1 da LTE. Desde logo, é necessária a existência de elementos probatórios suscetíveis de sustentar uma convicção, por parte do juiz, sobre a ocorrência do facto e respetivo autor; sendo certo que esta convicção não precisa de ser tão forte como a exigida na decisão final⁶⁷. Ademais, tem de existir uma alta probabilidade de vir a ser

⁶⁵ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p. 221

⁶⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.162

⁶⁷ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p. 225 e RENATA TERRA, ob. cit., pp.29-30

aplicada uma medida tutelar ao menor e haver fundado perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados pela lei como crime.

No entanto, a aplicação da medida cautelar de guarda em centro educativo - a mais gravosa, do ponto de vista da restrição dos direitos do menor -, não se satisfaz apenas com a verificação destes pressupostos gerais. Por isso, só haverá lugar à sua aplicação se, acrescentar a estes, o menor tiver “cometido um facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima de prisão, abstratamente aplicável, superior a cinco anos ou tiver cometido dois ou mais factos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos” e ainda se o menor tiver idade igual ou superior a 14 anos aquando da aplicação da medida, segundo o disposto no artigo 17º, nº 4, alíneas a) e b) da LTE, por remissão do artigo 58º, nº 2, também ele da LTE. O seu regime de execução é influenciado pela idade do menor, de acordo com o artigo 58º, nº 3 da LTE.

Esta medida de guarda tem o prazo máximo de 3 meses, contudo pode ser prorrogada por mais 3 meses, nos casos de especial complexidade, de acordo com o artigo 60º, nº 1 da LTE. Relativamente ao seu cumprimento, este ocorre em centro educativo, em espaço fechado, manifestando-se numa privação de liberdade para o menor – artigo 145º, alínea b) da LTE, numa fase em que este ainda se presume inocente, à semelhança do que sucede, no direito penal, com a aplicação das medidas processuais acima referenciadas. É esta a razão que nos leva a ponderar a aplicação do desconto, por analogia, na Lei Tutelar Educativa, uma vez que este diploma nada diz.

6.3. Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 3/2009

Sabemos que a questão que serve de fundamento a este capítulo não é pacífica. Desde logo, basta pensar na votação do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 3/2009, no âmbito do Processo 07P2030, onde apesar de a posição que fez vencimento, com dez votos, ter sido no sentido de não haver lugar, na medida tutelar de internamento, a desconto do tempo em que o menor permaneceu em guarda em centro educativo, seis votos houve em sentido oposto.

Dada a extensa e rica fundamentação, entendemos que a análise desta matéria só teria a ganhar se começássemos por estudar o referido Acórdão e respetivos fundamentos, com uma visão crítica à mistura.

Neste sentido, começemos por descrever os factos de forma simplificada: um menor interpôs recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Acórdão do TRP, de 14-03-2007⁶⁸, em que se decidiu pelo não desconto do tempo de duração da medida cautelar de guarda em centro educativo, na duração da medida tutelar de internamento que, posteriormente, lhe fora aplicada em processo tutelar educativo⁶⁹, por oposição à decisão proferida no Acórdão do TRL, de 04-11-2004⁷⁰, que admitiu o desconto do tempo sofrido pelo menor em centro educativo, na duração da medida de internamento.

O Ministério Público veio pronunciar-se no sentido do acórdão recorrido, ao pugnar pela inaplicabilidade do instituto do desconto, previsto no artigo 80º do CP, ao processo tutelar educativo, alegando que a sua não previsão não é uma lacuna, mas sim uma escolha do legislador tendo em conta as finalidades, âmbito, natureza e instrumentos do sistema tutelar e que os princípios da necessidade e da atualidade lhe atribuem particularidades que determinam a sua autonomia do direito penal. Por sua vez, o menor, interessado no desconto do tempo em que esteve privado de liberdade, na execução da medida de internamento, baseou as suas alegações na ideia de justiça material subjacente a este instituto e na inexistência de norma expressa impeditiva da aplicação do Código Penal à Lei Tutelar.

Com vista à análise da decisão do referido Acórdão de Uniformização, cumpre, agora, apresentar os argumentos proferidos, relativamente à aplicação (ou não) do desconto, por analogia, manifestando a nossa concordância ou discordância com os mesmos.

Em sentido desfavorável ao desconto do tempo de permanência em guarda na duração da medida tutelar de internamento, e, portanto, em concordância com a posição que fez vencimento, argumentou-se que as finalidades das penas e das medidas tutelares não são coincidentes, o que afasta o direito criminal do direito tutelar educativo. No fundo, verificamos uma inversão de prioridades. Ou seja, enquanto as primeiras visam a tutela de

⁶⁸ Ac. do TRP, de 14-03-2007, Processo n° 4118/06 - 4ª Secção

⁶⁹ Processo Tutelar Educativo n° 468/06.1TMPRT, do 2º Juízo do Tribunal de Menores e Família do Porto

⁷⁰ Ac. do TRL, de 04-11-2004, Proc. n° 6359/2004-9

bens jurídicos com relevância penal, por forma a assegurar a defesa da sociedade, e, sempre que possível, a ressocialização do agente⁷¹ - artigo 40º, nº1 do CP; as segundas têm como fim primordial o interesse do menor de ser educado para o direito, isto é, de se conformar segundo as regras que regem a vida em sociedade – artigo 2º, nº1 da LTE, relegando para segundo plano, a segurança e paz comunitárias⁷². No entanto, há autores, como Sofia Almeida Cabrita, que entendem que as finalidades educativas e as finalidades que subjazem à aplicação de uma pena de prisão não são tão distintas quanto isso, uma vez que, no momento da decisão sobre a sanção penal a adotar, o juiz terá de considerar as exigências de prevenção especial, ou seja, a ressocialização do agente, prevalecendo estas sobre as exigências de prevenção geral, de proteção dos bens jurídicos e de defesa da paz social⁷³. Ora, na nossa opinião, apesar de tal corresponder à verdade quando haja várias penas adequadas e suficientes a prosseguir as finalidades de prevenção, tal não invalida que a finalidade principal das penas continue a ser a tutela de bens jurídicos.

Decorre do artigo 70º do CP, com a epígrafe “critério de escolha da pena”, que no caso de serem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa de liberdade, em alternativa, o tribunal deve dar preferência à segunda, sempre que esta se mostre adequada e suficiente a realizar as finalidades da punição, ou seja, as finalidades preventivas - artigo 40º do CP. Todavia, havendo conflito, sempre prevalecerão as exigências de prevenção geral positiva - salvaguarda da ordem jurídica e da paz social e proteção de bens jurídicos - sobre as exigências de prevenção especial positiva – ressocialização do agente. Isto é, “ainda que a escolha da pena não privativa da liberdade seja compatível com a reintegração do agente na sociedade, o tribunal não dará preferência a tal pena, se esta não realizar de forma adequada e suficiente a finalidade de proteção do bem jurídico violado com a prática do crime”⁷⁴.

Outro aspeto, realçado no acórdão, com vista a fortalecer a ideia de afastamento do direito tutelar e do direito penal, prende-se com a não imperatividade da intervenção tutelar, que

⁷¹ MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., p. 18

⁷² Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit. p.62 e HELENA SUSANO, *A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação*, in Julgar, Nº 11, Coimbra Editora, 2010, p.120, 125, 126

⁷³ SOFIA ALMEIDA CABRITA, *A figura do desconto no direito tutelar educativo. Comentário ao acórdão de uniformização de jurisprudência proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça a 8 de Novembro de 2008*, in Julgar Online, 2021, p.10

⁷⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., pp.76-77

contrasta, segundo o tribunal, com a automaticidade da intervenção penal. Passando a explicar: se não existir um défice educativo que prevaleça até ao momento da decisão sobre a aplicação da medida tutelar, mesmo que o menor tenha praticado um facto qualificado pela lei penal como crime, não haverá lugar a intervenção tutelar. Isto ocorrerá se a prática do facto não revelar uma grave rutura com os valores jurídicos fundamentais ou se aquela se inserir nos “processos normais de desenvolvimento da personalidade”⁷⁵, uma vez que a aplicação de uma medida tutelar, nestes casos, irá contribuir para a estigmatização do menor, mostrando-se desvantajosa para a sua inserção na sociedade. Todavia, mais uma vez, Sofia Almeida Cabrita discorda deste entendimento, aludindo à flexibilidade do sistema jurídico-penal ao consagrar mecanismos como a dispensa de pena, nos artigos 74º do CP e 280º do CPP e a suspensão provisória do processo, no artigo 281º do CPP⁷⁶. No primeiro instituto, considerando a irrisória gravidade do facto praticado e a desnecessidade de pena, em virtude de finalidades de prevenção, do artigo 40º, nº1 do CP, se encontrarem asseguradas, o tribunal declara o agente culpado, mas não lhe aplica qualquer pena⁷⁷. Já no segundo, também devido à reduzida gravidade do crime praticado, o Ministério Público suspende o processo penal, com a concordância do juiz de instrução, do assistente e do arguido, mediante a imposição a este de injunções e regras de conduta. Contudo, apesar de nem sempre o processo penal desembocar na aplicação de uma pena, a verdade é que aquele sempre terá lugar quando se tome conhecimento da prática de um crime. O mesmo não sucede no processo tutelar, uma vez que este nem se iniciará se inexistirem necessidades educativas.

Mais uma diferença cumpre salientar, desta vez, quanto ao regime de execução da pena de prisão e da medida tutelar de internamento. Tendo em conta que a medida tutelar de internamento é aplicada a um menor, cuja personalidade ainda está em formação e que pode sofrer alterações de modo mais repentino que um adulto, ela é suscetível de revisão obrigatória de seis em seis meses, de acordo com o artigo 137º, nº4 da LTE, podendo aquela ter lugar antes de decorrido este prazo, a requerimento do Ministério Público, do menor, dos detentores das responsabilidades parentais ou do defensor passados três meses do início da sua execução ou após a última decisão de revisão – nº 6 do mesmo artigo, com os efeitos decorrentes do artigo 138º da LTE. A previsão da revisão, neste contexto, acaba por ser

⁷⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.57

⁷⁶ SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit. p. 13

⁷⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., p.72

vantajosa, na medida em que permite acompanhar o desenvolvimento da personalidade daquele menor e, em função deste, ajustar a medida tutelar, por forma a cumprir as finalidades educativas e a respeitar o princípio da contingência. Ao contrário, do que sucede com a pena de prisão onde não se prevê qualquer revisão. Contudo, há autores, que consideram este argumento incapaz de justificar o desconto do tempo de permanência em guarda na duração da medida tutelar de internamento, uma vez que surgem em “momentos temporais distintos” e são “questões autónomas uma da outra”. Enquanto a revisão tem lugar durante a execução da medida tutelar, o desconto ocorre no momento de aplicação desta e refere-se ao tempo em que o menor ficará privado de liberdade⁷⁸.

Por fim, o tribunal alicerça a ideia de que a não previsão do desconto não configura qualquer lacuna, nos trabalhos preparatórios da LTE, uma vez que estes são úteis para reconstituir o pensamento do legislador – artigo 9º, nº1 do CC - e neles nunca se menciona a obrigatoriedade de proceder ao desconto. Ademais, o artigo 155º, nºs 1 e 2 da LTE - que prevê o desconto do tempo em que o menor se ausentou do centro educativo sem autorização na duração da medida de internamento - também contribui para sustentar tal argumento, pois, da mesma forma que o legislador previu expressamente esta hipótese, se ele pretendesse o desconto, na medida de internamento, do tempo em que o menor permaneceu privado de liberdade, em decorrência do cumprimento da medida cautelar de guarda, também o teria previsto. Acrescentando, seria de estranhar que sendo a omissão nesta matéria uma lacuna, o legislador não a tivesse consagrado nas diversas reformas legislativas que foram ocorrendo. Assim, manifestando a nossa concordância com o tribunal, somos levados a concluir que esta foi uma opção do legislador⁷⁹, e não uma lacuna, que careça da integração e justifique o recurso ao artigo 10º, nºs 1 e 2 do CC.

Neste contexto, o STJ, no Pleno das suas Secções Criminais, fixou jurisprudência no sentido de que não há lugar a desconto, na medida tutelar de internamento que posteriormente é aplicada ao menor, do tempo em que este permaneceu em centro educativo, sujeito a medida cautelar de guarda.

⁷⁸ SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., pp. 13-14 e TÂNIA ALMEIDA, *O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)*, in *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, Nº 6, 2006, p.152

⁷⁹ Em sentido contrário, TÂNIA ALMEIDA, ob. cit., p.153

Opostamente a esta decisão, pronunciou-se o Senhor Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa, no seu voto de vencido. Para tanto, sublinhou que o instituto do desconto foi consagrado por imperativos de justiça material⁸⁰, tendo em vista a subtração do tempo que um agente esteve privado de liberdade, numa fase em que ainda não existe prova, nem da prática do facto, nem da sua responsabilidade criminal e vigora o princípio da presunção de inocência. Além disso, refere que se considera privação de liberdade, “qualquer forma de detenção ou prisão ou a colocação de uma pessoa num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não possa sair por sua própria vontade, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública” – ponto 11 das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, pelo que, tanto a medida cautelar de guarda, como a medida de internamento em centro educativo configuram privações de liberdade, sendo aquela equivalente à prisão preventiva e esta, principalmente quando executada em regime fechado, equivalente à pena de prisão⁸¹. Por essa razão, e por considerar que os momentos de privação de liberdade se podem revelar especialmente angustiantes para um jovem e até ter efeitos perversos, o referido Juiz Conselheiro entende que o tempo de cumprimento da medida cautelar deve ser descontado na duração do internamento.

Com vista a demonstrar a aproximação do direito tutelar do direito criminal, acrescenta que os dois processos seguem termos muito parecidos e que as garantias processuais concedidas ao menor num processo tutelar educativo e as concedidas ao arguido no âmbito do processo penal são semelhantes, destacando o princípio do contraditório – artigos 45º, nº 2, alínea a) e 92º, nº 2 da LTE e artigos 289º, nº 1; 323º, alínea f); 327º, nº 2 do CPP, o princípio da legalidade processual – artigos 74º da LTE; 262º, nº 2 e 283º, nº 1 do CPP e o direito a constituir advogado – artigo 46º da LTE e 61º, nº1, alínea e) do CPP. Segundo Rodrigues da Costa, também as medidas cautelares consagradas na LTE têm parecenças com as medidas de coação consagradas no CPP. Para além da sua natureza transitória, tanto umas, como as outras se regem por princípios de necessidade, adequação, proporcionalidade e tipicidade - artigos 56º a 58º da LTE e 191º e 193º do CPP e alguns dos pressupostos para a sua aplicação são idênticos⁸² – artigos 58º da LTE e 204º do CPP. Salieta ainda que a

⁸⁰ Com o mesmo entendimento, Ac. do TRL, de 23-06-2004, Proc. 5543/2004-3; Ac. do TRL, de 21-10-2004, Proc. 7205/2004-9 e SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., pp. 17 e 19

⁸¹ Neste sentido, SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., pp. 17-19

⁸² *Idem*, p.12

medida de coação de prisão preventiva e a medida cautelar de guarda em centro educativo, por serem as mais gravosas de entre as medidas do seu núcleo, só operam em última instância. Ora, esta similitude não é de estranhar, uma vez que o processo tutelar se inspirou no processo penal, contudo, é imperativo reforçar que aquele nunca teve a pretensão de ser um sucedâneo deste⁸³, evidenciando diferenças ao nível das finalidades que consideramos decisivas para a não aplicação analógica do instituto do desconto, previsto no artigo 80º do CP.

Outro argumento utilizado pelo Senhor Juiz Conselheiro prende-se com o facto de o instituto do desconto ser aplicado, por analogia, às medidas de seguranças, por forma a respeitar o patamar mínimo de justiça⁸⁴, procedendo-se à subtração do tempo de prisão preventiva sofrida pelo agente inimputável na duração da medida que lhe venha a ser aplicada, quando também aqui se poderia rebater que as finalidades visadas com a medida de segurança poderiam ficar comprometidas, por não sobrar tempo para o cumprimento de tal medida ou o tempo que restar ser muito curto para alcançar a cessação da perigosidade.

Por fim, salienta-se não haver motivo de força maior para não descontar o tempo que o menor esteve privado de liberdade, em decorrência do cumprimento de uma medida cautelar de guarda em centro educativo, na duração da medida tutelar de internamento, configurando o não desconto uma violação do princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13º da CRP. Esta ideia foi ainda realçada pelo Senhor Juiz Conselheiro José Vaz dos Santos, que referiu que a opinião jurisprudencial que fez vencimento evidenciava uma discriminação negativa em função da idade, devido ao tratamento diferenciado entre menores e adultos, manifestando, desta forma, a sua concordância com a declaração de voto do Conselheiro Rodrigues da Costa, no sentido da aplicação analógica do artigo 80º do CP, por forma a subtrair o tempo de privação de liberdade, na medida de internamento.

Este argumento serviu de mote para que, em 2013 o Tribunal Constitucional fosse chamado a apreciar a constitucionalidade da norma⁸⁵, resultante do acórdão em análise, de acordo com a qual “não há lugar, em processo tutelar educativo, ao desconto do tempo de permanência do menor em centro educativo, quando, sujeito a tal medida cautelar, vem,

⁸³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.426 e 442

⁸⁴ De forma concordante, SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., p. 18

⁸⁵ Ac. do TC nº 177/2013, Proc. nº 40/13, 2ª Secção

posteriormente, a ser-lhe aplicada a medida tutelar de internamento”. Também aqui, movido por um pensamento idêntico ao acima mencionado, o recorrente alegava que a mesma se encontrava em contradição com o princípio da igualdade e que, apesar das reconhecidas diferenças entre o direito penal e o direito tutelar, este tinha natureza penal, caso contrário o artigo 4º, nº 1, alínea i) da LTE, que prevê a aplicação da medida tutelar de internamento em centro educativo, seria inconstitucional por violar o artigo 27º, nº 2 da CRP. Contudo, o TC, concluiu que o tratamento diferenciado, entre os menores e os adultos, no processo tutelar educativo e no processo penal, respetivamente, se justificaria face às finalidades distintas que cada um prosseguia, decidindo pela não inconstitucionalidade da norma. Quanto ao segundo argumento utilizado pelo recorrente, parece-nos que o mesmo desconsidera a alínea e) do nº 3 do artigo 27º da CRP, que admite a privação de liberdade nos casos de “sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente”.

6.4. Considerações Finais

Tendo, ao longo da exposição sobre o acórdão, demonstrado a nossa inclinação no sentido contrário ao desconto da duração da medida cautelar de guarda na duração da medida tutelar de internamento, cabe, agora, enunciar os argumentos que consideramos preponderantes na fundamentação de tal posição, sendo que alguns deles vão além daqueles com os quais já manifestámos concordância.

Desde logo, uma das razões que nos leva a adotar tal entendimento prende-se com o artigo 7º, nº 1 da LTE, nos termos do qual “a medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação para o direito”, devendo esta subsistir no momento da decisão. O que significa que, atendendo ao princípio da atualidade, o tribunal, na ponderação sobre a duração da medida tutelar tem de considerar as necessidades educativas do menor, que àquela data ainda persistam. No entanto, ao avaliar as necessidades educativas do menor, o juiz terá de considerar, além de outros fatores, o comportamento anterior ou posterior à prática do facto⁸⁶. Logo, o tempo de privação de liberdade, em virtude do cumprimento da

⁸⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., pp.72-73

medida cautelar de guarda em centro educativo, sempre será ponderado na determinação do quantum da medida a aplicar⁸⁷. Desta forma, se o juiz, tendo em consideração todo o percurso do menor, decide aplicar uma medida de internamento com uma determinada duração é porque considera ser esse o período ainda necessário para que o menor interiorize as normas e valores nucleares da ordem jurídica. Como tal o “encurtamento da duração da medida pelo desconto automático e aritmético do tempo de duração da medida cautelar de guarda em centro educativo”, comprometeria de forma decisiva a finalidade educativa⁸⁸, como ressalva, e bem, o Ministério Público nas suas alegações, no âmbito do supramencionado Acórdão de Uniformização de Jurisprudência.

Alguns autores afirmam que perante a prática de um mesmo tipo de crime em circunstâncias idênticas e não havendo desconto, um menor pode ficar mais tempo privado de liberdade, caso o processo seja mais demorado, violando-se, desta forma, o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da CRP⁸⁹. Contudo, entendemos que se a determinação da duração da medida tutelar é norteadada pelas necessidades educativas, existem razões, nomeadamente o interesse do menor em interiorizar as regras essenciais a uma vida em sociedade, que justificam o maior ou menor tempo de privação de liberdade. Ou seja, não é a morosidade do processo (algo alheio ao menor), que determina uma maior duração da privação de liberdade, mas antes as necessidades educativas que podem diferir de pessoa para pessoa. Tanto que, se durante o período em que cumpre a medida cautelar, o menor revelar progressos no sentido da adesão ao direito, tal será tido em consideração no momento da determinação da duração da medida de internamento e o quantum da medida tutelar a aplicar para atingir o escopo educativo será menor, quando comparado com o menor que não demonstrou progresso algum, evidenciando necessidades de educação acrescidas.

Para além disso, se o tribunal decide aplicar uma medida de internamento significa que subsistem necessidades educativas que precisam de ser satisfeitas. Se, posteriormente, considerarmos essa medida tutelar compensada pelo tempo que o menor permaneceu em guarda em centro educativo, caímos em contradição⁹⁰. Como é que vamos dar cumprimento

⁸⁷ HELENA SUSANO, ob. cit., pp. 125-126, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Lei Tutelar Educativa...*, ob. cit. p. 57 e alguns dos magistrados entrevistados em BOAVENTURA SANTOS, ob. cit., pp. 320-321

⁸⁸ Neste sentido, Ac. do TRP, de 24-01-2007, Proc. 0647191

⁸⁹ SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., pp.19-20

⁹⁰ Ac. do TRP, de 01-06-2005, Proc. 0541369

às exigências educativas que entendemos existirem no momento da decisão, se depois não aplicamos qualquer medida ou aplicamo-la, mas com uma duração inferior àquela que era exigida pelas necessidades de educação?

Ademais, a integração analógica pressupõe sempre a existência de uma lacuna, que se traduz numa “insuficiência do direito positivo constituído para dar resposta às exigências da realização concreta da juridicidade”. Como nem todas as omissões, postulam verdadeiras lacunas, o recurso à analogia com o instituto do desconto, consagrado no artigo 80º do CP, só seria possível se se pudesse concluir que a sua transposição para o direito tutelar ainda seria coerente com os princípios e finalidades a este iminentes, e que a sua não previsão configuraria uma incompletude da lei, carecida de solução jurídica. Além disso, as semelhanças evidenciadas entre o direito penal e o direito tutelar tinham de prevalecer sobre as dissemelhanças ou torná-las irrelevantes⁹¹.

Ora, como já bem notámos, no nosso entender, não podemos comparar o direito tutelar educativo, orientado especialmente para a satisfação do interesse do menor em corrigir a sua personalidade no sentido do dever – ser jurídico, com o direito penal tradicional, que visa a defesa da paz e segurança comunitárias. Consequentemente, não podemos concordar com a ideia de que a medida de coação de prisão preventiva é correlativa da medida cautelar de guarda em centro educativo ou que a pena de prisão é correlativa da medida tutelar de internamento. Basta prestar atenção à letra do artigo 42º, nº 1 do CP, que refere que a execução da pena de prisão serve a defesa da sociedade e a prevenção da prática de crimes, e do artigo 17º, nº 1 da LTE, que alude à “interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável”, para serem evidentes as diferenças. Logo, consideramos que a omissão do legislador quanto à previsão da regra do desconto na LTE foi propositada e não existe lacuna que justifique o recurso à analogia.

Ainda sobre a aplicação analógica do artigo 80º do CP, não podemos concordar com o entendimento do Senhor Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa em sentido favorável à mesma, por esta ser benéfica ao menor, uma vez que, ocorrendo o desconto, o período de

⁹¹ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp.213-214, 216 e 248

privação de liberdade seria inferior, quando comparado com o tempo que aquele cumpriria se essa compensação não ocorresse. Parece-nos, com todo o respeito, que se assim fosse, o escopo educativo ficaria prejudicado, funcionando esta analogia contra o interesse do próprio menor⁹², como salienta o STJ.

Assim, por todos os argumentos enunciados, concluímos manifestando a nossa concordância com a decisão que fez vencimento no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência. No entanto, tal não significa que não reconheçamos eventuais fragilidades desta posição, nomeadamente a possibilidade de um menor ficar internado, na prática, por um período de tempo superior ao máximo previsto no artigo 18º da LTE, se lhe for aplicada uma medida de internamento com a duração máxima ou se a mesma for prorrogada até esse máximo, ao abrigo do artigo 139º, nº 2, alínea b) da LTE ⁹³, sendo certo que uma privação de liberdade por um longo período pode ser extremamente marcante, ainda mais numa idade em que o menor se está a descobrir a si e ao mundo que o rodeia⁹⁴. No entanto, cumpre salientar que a obrigatoriedade de revisão da medida de internamento de 6 em 6 meses ou a possibilidade de esta ocorrer, a requerimento, decorridos 3 meses sobre o início da sua execução ou a última decisão de revisão, permite que o menor não cumpra a totalidade da medida de internamento, podendo esta cessar ou ser substituída por outra – artigo 137º, nºs 4 e 6 da LTE. Ainda que esta seja uma mera hipótese, nos casos em que seja de ocorrer, pode servir para contornar o problema enunciado.

Assim, a nosso ver, as consequências decorrentes da aplicação analógica do desconto são mais desvantajosas. A verdade é que uma intervenção tutelar eficaz, com vista à inserção do jovem na sociedade de forma digna e responsável, poderá ser a última hipótese que o menor terá, principalmente se estiver perto do limiar dos 16 anos, para apreender os valores da ordem jurídica.

⁹² No polo oposto, TÂNIA ALMEIDA, ob. cit., p.156

⁹³ SOFIA ALMEIDA CABRITA, ob. cit., p. 20

⁹⁴ TÂNIA ALMEIDA, ob. cit., p.155

CAPÍTULO 7

Intervenção Tutelar e Intervenção Penal

7.1. Regime Penal Especial para Jovens Adultos

O Regime Penal Especial para Jovens Adultos foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro, com vista a “instituir um direito mais reeducador do que sancionador”⁹⁵, aplicável aos jovens que tenham praticado um facto qualificado pela lei como crime e à data dessa prática hajam já completado 16 anos, mas não os 21 anos – artigo 1º, nºs 1 e 2 do RPEJA, por se entender que o “jovem imputável é merecedor de um tratamento penal especializado”⁹⁶, em virtude da sua imaturidade.

Na jurisprudência, a caracterização deste Regime tem sido alvo de grande “discussão”. Por um lado, há quem o considere um “regime penal geral relativo aos jovens delinquentes”⁹⁷, constituindo, para os jovens desta classe etária, um regime-regra ou, por outras palavras, um “regime específico”⁹⁸. Por outro lado, há quem o entenda como um “regime especial que prevalece sobre o regime geral, subsidiariamente aplicável”⁹⁹.

A função deste diploma tem sido reduzida à atenuação especial da pena de prisão, nos termos dos artigos 73º e 74º do CP, nos casos em que o juiz tiver sérias razões para acreditar que da “atenuação [resultarão] vantagens para a reinserção social do jovem” – artigo 4º do RPEJA. De modo inverso, sempre que estas razões sérias não se verificarem, não haverá lugar a atenuação especial da pena de prisão. Tal ocorrerá quando o agente atuar com culpa grave, na forma de dolo direto, e o facto por aquele praticado manifestar elevado grau de ilicitude¹⁰⁰.

Neste regime especial, as necessidades de ressocialização do jovem - finalidades de prevenção especial – sobrepõem-se às necessidades de defesa da sociedade e de proteção de

⁹⁵ Preâmbulo do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro, ponto 4

⁹⁶ *Idem*, ponto 2

⁹⁷ Ac. do STJ, de 27-10-2004, Proc. 04P1409

⁹⁸ Ac. do STJ, de 07-11-2007, Proc.07P3214

⁹⁹ Ac. do STJ, de 29-04-2009, Proc. 6/08.1PXLSB.S1

¹⁰⁰ FILIPA DE FIGUEIROA, «A Punição no Limiar da Idade Adulta»: *O Regime Penal Especial para Jovens Adultos e, em especial, a interatividade entre penas e medidas tutelares educativas*, in *Julgar*, Nº 11, 2010, pp. 163-164

bens jurídicos, à semelhança da intervenção tutelar educativa, ainda que os conceitos de “educação para o direito” e de “reinserção social” sejam portadores de pequenas dissemelhanças, uma vez que o primeiro tem um escopo fundamentalmente educativo, visando a transformação da personalidade de um jovem no sentido da congruência com o direito e o segundo tem um escopo essencialmente ressocializador¹⁰¹. No entanto, a prevalência das finalidades de prevenção especial não determina o esquecimento das finalidades de prevenção geral. Estas devem ser igualmente tomadas em consideração. Tanto assim é que se prevê a possibilidade de aplicar pena de prisão, embora em *ultima ratio*, quando esta seja necessária para assegurar as finalidades de prevenção geral, o que acontecerá se a pena de prisão a aplicar for superior a 2 anos¹⁰².

A atenuação especial constante do diploma legal constitui, não uma mera faculdade, mas antes um poder-dever vinculado do juiz, como se salienta no Acórdão do STJ, de 03-03-2005, Processo nº 04P4706. Desta forma, o tribunal tem de averiguar e decidir se existem ou não razões sérias que nos levem a crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção do jovem, sob pena de omissão de pronúncia, cominada com a nulidade da sentença, nos termos do artigo 379º, nº 1, alínea c) do CPP¹⁰³, como se realça no Acórdão do STJ, de 11-10-2007, Processo nº 07P3199. Para tal, o juiz terá de atender à situação concreta do jovem, considerando o seu percurso de vida, a personalidade e condições pessoais¹⁰⁴. Posteriormente, se concluir pela existência dessas razões sérias, terá de optar pela atenuação especial da pena. É ainda dever do tribunal justificar a posição adotada, qualquer que seja o sentido da sua decisão¹⁰⁵.

Por fim, nas situações em que à prática do facto qualificado como crime corresponda uma pena concreta de prisão igual ou inferior a 2 anos, mas esta não seja de aplicar, atendendo às circunstâncias do caso e à personalidade do jovem, por se revelar desnecessária ou

¹⁰¹ RENATA TERRA, ob. cit., p. 38

¹⁰² FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., pp.163-165 e Preâmbulo do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro, ponto 7

¹⁰³ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p. 164

¹⁰⁴ Ac. do STJ, de 22-05-2013, Proc. 179/11.6JAPDL.L1.S2; Ac. do STJ, de 24-10-2007, Processo nº 07P3220; RENATA TERRA, ob. cit., p. 38

¹⁰⁵ MARIA JOÃO LEOTE CARVALHO, *Uma realidade invisível: os jovens adultos condenados em Tribunais Judiciais de 1ª Instância em Portugal*, in Revista do Ministério Público, 162, abril-Junho, 2010, p.126

inconveniente para a sua reinserção social, prevê-se um conjunto de medidas de correção¹⁰⁶ no artigo 6º do RPEJA, aplicáveis aos jovens com mais de 18 anos e menos de 21 anos. São elas a admoestação, a imposição de obrigações, multa e o internamento em centro de detenção – respetivamente, alíneas a), b), c) e d) do nº 2 do artigo 6º e artigos 7º a 10º, todos do RPEJA. Infelizmente, apesar das boas intenções do legislador, verifica-se um desaproveitamento destas medidas, não se encontrando na jurisprudência exemplos da sua aplicação. Tal facto poderá encontrar justificação, pelo menos quanto à medida de correção de internamento, na não criação de centros de detenção, o que inviabiliza a sua execução. Acreditamos que estas medidas de correção mereciam um trato diferente, em especial a medida de imposição de obrigações, dada a margem de manobra que confere ao juiz para adequar tal medida às concretas necessidades do caso¹⁰⁷.

Já se os jovens tiverem entre 16 e 18 anos, o artigo 5º do RPEJA consagra a possibilidade de o juiz aplicar as medidas previstas no artigo 18º do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de outubro. Este artigo continha uma enumeração das medidas tutelares, no entanto, o diploma foi revogado pela Lei nº 141/2015, de 08 de setembro, que aprova o atual Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Assim, por forma a que os menores não fiquem sem a possibilidade de lhes serem aplicadas medidas substitutivas da pena de prisão, ainda para mais numa fase da vida considerada fulcral no que toca à decisão sobre a continuação ou não da atividade criminosa, tem-se entendido que o artigo 5º do RPEJA prevê uma aplicação subsidiária da LTE, podendo, nas circunstâncias acima descritas, aplicar-se as medidas tutelares, neste diploma, consagradas; por forma a evitar um tratamento desigualitário entre estes jovens e aqueles que possuem mais de 18 anos¹⁰⁸ e, conseqüentemente, a violação do princípio constitucional da igualdade. No entanto, cumpre salientar que, “tal não significa, como nos

¹⁰⁶ Estas medidas de correção podem ser entendidas como medidas de substituição da pena de prisão. *Vide* ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, Fasc. 2º, Coimbra Editora, Abril-Junho 2001, p.282

¹⁰⁷ RUI CARIA, *Os princípios do regime penal aplicável a jovens delinquentes: Um regime esquecido para sujeitos esquecidos*, in *Jovens adultos imputáveis: direito penal e resposta judicial*, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Nº 32, 2022, p. 101

¹⁰⁸ CAROLINA GIRÃO SANTOS, *ob. cit.*, p. 89. Em sentido contrário, ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Menores, mas imputáveis...*, *ob. cit.*, p. 391

parece evidente, que se esteja, por aí, a bulir com aquilo que é a imputabilidade penal, mas apenas, eventualmente, com a consequência jurídica do facto de um imputável”.¹⁰⁹

Feita esta análise, verificamos que são restritos os casos em que as medida tutelares são admitidas, pelo que poderíamos pensar num alargamento dos mesmos. Assim, acreditamos que seria vantajoso estender a possibilidade de aplicação das referidas medidas até aos 21 anos, considerando sempre a maturidade e grau de autodeterminação do agente em causa. Para tal, sempre que ao crime praticado correspondesse uma pena de prisão inferior a 2 anos, sugeríamos a realização de uma perícia, com vista a avaliar aqueles elementos psicológicos e a determinar a suscetibilidade de educar o jovem para o direito. Se a resposta fosse afirmativa e caso estivessem asseguradas as finalidades de prevenção, ainda seria de aplicar uma medida tutelar¹¹⁰, em detrimento da aplicação de uma pena, afastando, desta forma, tanto quanto possível, o jovem do meio prisional. Além disso, seria de atribuir competência ao tribunal de execução de penas para executar estas medidas tutelares¹¹¹, uma vez que, segundo o artigo 28º, nº1, alínea c) da LTE, esta função pertence, em exclusivo, às secções de família e menores.

7.1.1. O conceito de Jovem Adulto

Ao longo do processo de transição para a vida adulta, são muitos os estágios de desenvolvimento que gradualmente vão sendo superados e aos quais correspondem características distintivas de cada faixa etária. Assim, à medida que a idade avança, é de esperar que a imaturidade, irreflexão e impulsividade, próprias da infância, deem lugar à ponderação e à responsabilidade. Ora, tendo o direito como objetivo regular as condutas sociais, não se pode alhear das transformações biopsicológicas que vão ocorrendo ao longo da vida, uma vez que não é comparável, pelo menos ao nível do juízo de culpa, a prática de um facto por uma criança cuja personalidade ainda está em formação com a prática de um

¹⁰⁹ ANA RITA ALFAIATE, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, Coimbra, 2016. Tese de Doutoramento, pp. 124 e 188

¹¹⁰ FILIPA DE FIGUEIROA, *ob. cit.*, p. 170

¹¹¹ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, *ob. cit.*, p.296

facto por um adulto cuja personalidade já se encontra completa¹¹². Se a culpa em sentido jurídico-penal “consiste num juízo de censura ético-social [dirigido] à personalidade do agente”¹¹³, para que a mesma se afirme é necessário um certo amadurecimento da personalidade e que, no momento da prática do facto, o agente disponha da maturidade suficiente para compreender e querer o facto e determinar-se segundo o dever - ser jurídico. Foi nesta linha de pensamento, e por considerar que antes dos 16 anos a personalidade ainda está em formação, que o legislador estabeleceu esta idade como aquela a partir da qual se é suscetível de culpa e, portanto, penalmente imputável. Ou seja, um menor com idade inferior a 16 anos até pode ser capaz de avaliar a ilicitude dos seus atos e de se determinar segundo essa avaliação, mas como a sua personalidade ainda está em formação, é insuscetível de juízo de culpa e, como tal, deve ser poupado à mais onerosa das intervenções. Desta forma, “para efeitos de imputabilidade, apenas relevará a personalidade que se encontre tendencialmente definida e com certo grau de capacidade de autodeterminação e maturidade”¹¹⁴.

No entanto, é de realçar que a fixação da imputabilidade penal com base num critério etário, estritamente objetivo e inflexível, como sucede no ordenamento jurídico português, acaba por trazer alguns inconvenientes, pois é certo que as idades legais não passam de meras “construções sociais”¹¹⁵, e, como tal, nada garante que, na realidade, dois jovens com a mesma idade tenham a mesma maturidade ou grau de desenvolvimento.¹¹⁶

¹¹² Já em 1985, aquando da adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 40/23, de 29 de novembro, das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens (Regras de Beijing), se previa que, perante a prática de “um delito”, as crianças e jovens mereciam um tratamento diferenciado dos adultos – regra 2.2, alínea a), última parte.

¹¹³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 36

¹¹⁴ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., pp. 150-153

¹¹⁵ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, *Uma realidade invisível* (...), ob. cit., p. 118

¹¹⁶ É nesta senda que merece referência a proposta de ANA RITA ALFAIATE, no sentido da alteração do art. 19º do CP. A autora entende que a par do critério objetivo seria conveniente a existência de um critério subjetivo, que permitisse apurar, casuisticamente, a maturidade daquele concreto menor para ser sujeito de culpa penal, sob pena de violação do princípio da culpa. Assim, antes dos 16 anos teríamos uma inimputabilidade absoluta e para lá desta idade teríamos uma “(in)imputabilidade sob condição”. Dentro desta, teríamos ainda de distinguir duas situações: entre os 16 e os 18 anos, a avaliação do critério subjetivo seria obrigatória e, depois dos 18 até aos 21 anos, tal avaliação seria meramente facultativa e só teria lugar a requerimento. Para uma detalhada análise sobre o tema, vide ANA RITA ALFAIATE, *O artigo 19º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade penal em razão da idade*, in Revista do CEJ, 1, 2017, pp. 157-188 e ainda da mesma autora, *O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*, ob. cit., pp. 145-155

Feito este aparte, voltemos ao tema que dá nome ao presente subcapítulo. Apesar de se considerar que a partir dos 16 anos, um jovem é penalmente imputável, entende-se que a transição imediata de um sistema tutelar educativo para um sistema penal seria demasiado repentina, ainda para mais quando até aos 21 anos, o jovem se encontra num “período de latência social”, que estimula a prática de ilícitos, mas que, como resulta do artigo 5º, alínea e) dos Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios de Riade), adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, tende a diminuir (ou mesmo a desaparecer) com a passagem para a vida adulta, por via da assunção de responsabilidades características desta nova e desafiante fase de vida¹¹⁷. Foi neste contexto e considerando as particularidades próprias desta faixa etária, que o legislador português criou o conceito jurídico-penal de jovem adulto, para se referir aos jovens, com idade superior a 16 e inferior a 21 anos, que tenham cometido um facto qualificado pela lei como crime, emergindo desta forma, o Regime Penal Especial para Jovens Adultos, em conformidade com o imperativo decorrente do artigo 9º do CP.

Contudo, esta demarcação etária varia conforme o contexto social e a cultura em que nos encontremos e se, por um lado, há um amplo consenso relativamente aos 16 anos, enquanto limite mínimo, por outro lado, o mesmo não se verifica quanto ao limite máximo, podendo ir dos 18 aos 21, 23 ou até mesmo 25 anos. Neste sentido, entende António Carlos Duarte-Fonseca que a designação jovens adultos abrange “todos os indivíduos que, tendo deixado a adolescência, não adquiriram ainda a autonomia e maturidade pessoais implicadas na inserção e interação social que traduzem a vida adulta”¹¹⁸.

Aliados à elevada formação académica, responsável pelo adiamento da entrada no mercado de trabalho e da independência financeira e habitacional, são vários os estudos, da área das neurociências, que demonstram que o desenvolvimento do cérebro se prolonga para a idade adulta. Logo, não é de estranhar que estes jovens, recentes imputáveis, apresentem características muito parecidas com os menores inimputáveis, principalmente no que

¹¹⁷ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., pp. 154 e 155; MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, *Uma realidade invisível ...*, ob. cit., p.119 e 123 e ainda *Proposta de Lei n.º 275/VII*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.532

¹¹⁸ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., pp. 252-253

concerne “aos padrões de delito, ao grau de maturação e às circunstâncias da vida”¹¹⁹, o que pode justificar a feição reeducadora de que se reveste este regime e a não sujeição ao sistema penal “puro e duro”. A verdade é que a existência de uma resposta penal especialmente direcionada para estes jovens adultos, além de os afastar de uma intervenção mais severa, ainda permite a adequação das “reações de controlo formal (...) às especificidades das práticas de crime por jovens nestas idades”¹²⁰.

7.2. A Interatividade entre Penas e Medidas Tutelares

Como vimos anteriormente, os 16 anos são um marco importante no Direito Penal. A partir da sua completude, o menor deixa de ser considerado inimputável e sujeito ao sistema tutelar, para passar a responder, em termos penais, ao lado dos adultos, com sujeição às mesmas penas e medidas de coação que estes; ainda que o legislador, apercebendo-se das particularidades dos recém imputáveis, tenha concebido um regime penal especial a estes destinado.

Contudo, a cisão entre regimes não é total, uma vez que a intervenção tutelar educativa e a intervenção penal podem cruzar a vida do mesmo jovem no mesmo momento, principalmente quando este tem entre 16 e 21 anos. Assim, levantamos, a “ponta do véu” relativamente ao último tema que nos propusemos tratar: o problema da compatibilização das medidas tutelares e das penas.

Em primeiro lugar, temos de descortinar as causas da interseção dos dois regimes. Estas são essencialmente quatro: (1) a possibilidade de estender a execução das medidas tutelares até aos 21 anos – artigo 5º da LTE, por forma a garantir a execução daquelas que sejam decretadas próximo dos 18 anos¹²¹; (2) a possibilidade de aplicar uma medida tutelar educativa, pela prática de facto qualificado como crime antes dos 16 anos, a um jovem que

¹¹⁹ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, *Uma realidade invisível...*, ob. cit., p. 120

¹²⁰ *Idem*, p. 125

¹²¹ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p. 156

não tenha completado os 18 anos à data da decisão em 1ª instância^{122 123} e ainda (3) o facto de um menor com mais de 16 a quem foi aplicada uma medida tutelar educativa pela prática, antes dos 16 anos, de um facto qualificado pela lei como crime, cuja execução já se tenha iniciado ou não, poder ser sujeito a uma pena em processo penal, por crime cometido depois desta idade, ou, de forma inversa, (4) um jovem da mesma idade condenado em pena (ou que já se encontre a cumpri-la) por crime praticado depois dos 16 anos, poder ser sujeito a uma medida tutelar, em virtude da prática de um facto qualificado como crime antes desta idade.¹²⁴

Ao contrário do que sucede hoje, durante a vigência da OTM de 1978, não se colocava o problema da interatividade entre medidas tutelares e penas, pois se o menor estivesse a cumprir uma medida tutelar e praticasse um crime, depois dos 16 anos, a medida tutelar aplicada seria revista, inexistindo o processo penal, ou então o tribunal de menores concluía que, atendendo à personalidade do menor e ao facto por este praticado, haveria de ter lugar o processo penal e colocava fim à intervenção de proteção, assistência e educação, arquivando o processo tutelar¹²⁵. No entanto, nos dias de hoje, temos regras por forma a tentar compatibilizar as duas intervenções.

Deste modo, em matéria de interatividade entre penas e medidas tutelares assume relevo o Capítulo IV, Título II, da LTE. Segundo o seu artigo 23º, se um menor submetido a processo tutelar for também arguido em processo penal e, em virtude disso, sujeito, respetivamente, a uma medida tutelar e a uma pena, as mesmas devem ser cumpridas de forma cumulativa, salvo se forem concretamente incompatíveis. Esta é a regra geral, que consagra o princípio da execução cumulativa. Desta forma, a condenação por um crime, praticado depois dos 16 anos, não determina, necessariamente, a cessação da intervenção tutelar, pois pode suceder

¹²²Saliente-se que se o jovem completar os 18 anos antes do proferimento da decisão em primeira instância, cessa a competência das secções de família e menores, com o conseqüente arquivamento do processo tutelar educativo, de acordo com o disposto no artigo 28º, nº 2, alínea b) e nº 3 da LTE.

¹²³ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., pp.155 e 156. A previsão desta possibilidade prende-se com a necessidade de educar o jovem, uma vez que ainda é menor de idade e, além disso, com a demora inerente ao apuramento dos factos, à identificação do autor e à própria tramitação processual, pois se um menor praticasse um facto típico e ilícito com 15 ou 16 anos e a medida tutelar não pudesse ser aplicada depois dos 16 anos, seria muito difícil haver lugar a uma intervenção. *Vide Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 516.

¹²⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 106

¹²⁵ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., pp. 266 e 267

que o crime praticado seja de pequena gravidade e ainda seja de esperar uma correção da personalidade avessa ao direito, manifestada na prática do facto qualificado legalmente como crime. Neste caso, a execução da pena e da medida tutelar serão coadjuvantes uma da outra, nas finalidades que cada uma vise prosseguir. Tal como a execução da medida tutelar pode auxiliar no propósito ressocializador da pena, também a execução da pena pode ajudar a atingir o propósito educativo da medida tutelar¹²⁶, sem nunca esquecer que uma tem intenção “prospetiva e pedagógica” e a outra uma intenção “retrospectiva e retributiva”¹²⁷.

7.2.1. A condenação em pena de prisão efetiva e as medidas tutelares

A pena de prisão é uma das penas principais, previstas no CP e caracteriza-se pela sua execução em estabelecimento prisional. Por esta razão, o seu cumprimento não será compatível com muitas das medidas tutelares, determinando o n.º 1 do artigo 24.º da LTE que, quando um jovem, maior de 16 anos, se encontrar cumprir uma medida tutelar e for condenado em pena de prisão, a execução da primeira cessa com o trânsito em julgado da sentença condenatória, dando-se início à execução da pena – n.º 3 do mencionado artigo. Se o cumprimento da medida tutelar ainda não se tiver iniciado, então nem sequer será executada¹²⁸. Segundo Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca, “após a execução de uma pena tão gravosa e marcante como a prisão, muito dificilmente subsistem e se mantêm as circunstâncias pessoais do menor ou do jovem que dão sentido e finalidade à medida tutelar educativa, pelo que não é razoável que esta se inicie ou prossiga”¹²⁹.

Contudo, existem situações, como as previstas no n.º 2, em que a execução da pena de prisão não é incompatível com a execução das medidas tutelares. Nestes casos, a execução cumulativa mantém-se, em observância da regra geral do artigo 23.º da LTE. Sendo assim, se o menor estiver a cumprir uma medida tutelar de admoestação – artigo 9.º, de reparação de ofendido na modalidade de compensação económica - artigo 11.º, n.º 1, alínea b), ou de

¹²⁶ *Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.520, FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p.158 e ainda ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., pp.274-275

¹²⁷ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p 158

¹²⁸ *Idem*, p.159

¹²⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.107

prestações económicas a favor da comunidade – artigo 12º, a sua execução não cessa, se durante a execução da pena, o menor mantiver as “disponibilidades económicas bastantes para satisfazer os encargos resultantes do cumprimento das medidas”.

Debrucemo-nos agora sobre uma situação mais específica e imaginemos que a medida tutelar em execução é a de internamento. Vimos, anteriormente, que se o menor estiver a cumprir uma medida tutelar e esta seja incompatível com o cumprimento da pena de prisão que lhe venha a ser aplicada, deve cessar o cumprimento da primeira com o trânsito em julgado da sentença condenatória, com vista ao início da execução da pena de prisão. Contudo, o entendimento adotado pela Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas ia num sentido um pouco diferente, fazendo uma distinção, consoante a duração da pena de prisão. Assim, esta seria a solução a adotar, mas apenas para os casos em que ao crime cometido correspondesse uma pena de prisão efetiva com duração igual ou superior a 3 anos. Já se a pena de prisão fosse de duração inferior, o trânsito em julgado da sentença condenatória não determinaria a cessação da execução da medida tutelar de internamento, mas sim a sua revisão¹³⁰. Neste contexto, se o menor estivesse a cumprir a medida de internamento em regime semi-aberto ou em regime fechado comum, deveria o juiz modificar as condições de execução da medida e decretar o internamento em estabelecimento especializado de segurança¹³¹. Cessado o cumprimento da medida tutelar, dar-se-ia, imediatamente, início à execução da pena de prisão ou, verificados determinados pressupostos, o menor seria colocado em liberdade condicional.

A Comissão, embora reconhecendo a incompatibilidade da execução das duas reações privativas de liberdade, defendia, nesta última hipótese, a não cessação da execução da medida de internamento, pois tal conduziria à desconsideração das expectativas da comunidade e a efeitos criminógenos¹³². Ou seja, supúnhamos que a um jovem era aplicada uma medida de internamento em regime fechado, pelo período de 3 anos, ao abrigo do artigo 18º, nº 3 da LTE, pela prática, antes dos 16 anos, de vários factos graves. Decorrido 1 ano sobre o início da sua execução, o mesmo jovem é condenado em pena de prisão efetiva com duração de 6 meses, com sentença transitada em julgado. Ora, se a execução da medida de

¹³⁰ *Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, pp.523 e 524

¹³¹ *Idem*, p.441

¹³² *Idem*, pp. 524 e 525

internamento cessasse (como cessa atendendo à solução plasmada na LTE) com o trânsito em julgado da sentença que o condenou em pena de prisão, o jovem a quem tinha sido aplicada uma medida de internamento de 3 anos, via o seu tempo de privação de liberdade reduzido para 1 ano e 6 meses, em virtude da prática de um crime. Ao invés, com a solução proposta pela Comissão, este jovem cumpriria os 3 anos referentes à medida de internamento, ao fim dos quais se ponderaria a sua colocação em liberdade condicional. E se esta não fosse de conceder, iniciar-se-ia a execução dos 6 meses de prisão efetiva.

No entanto, parece que a solução preconizada pela Comissão também padece de algumas incoerências, pois, em determinados casos, contabilizando-se o tempo de cumprimento das duas reações privativas de liberdade, um jovem condenado numa pena de prisão mais curta poderia ficar mais tempo privado de liberdade do que um jovem condenado numa pena de prisão mais extensa. Imaginemos a seguinte hipótese: dois jovens aos quais é aplicada uma medida tutelar de internamento em regime fechado pelo período de 2 anos. Decorrido 1 ano desde o início da sua execução, um dos jovens (A) é condenado, por sentença transitada em julgado, numa pena de prisão efetiva de 3 anos, enquanto o outro (B) é condenado numa pena de prisão efetiva de 2 anos e 6 meses. Relativamente ao primeiro jovem, o trânsito em julgado da sentença faz cessar o cumprimento da medida tutelar de internamento e determina o início da execução da pena de prisão; já relativamente ao segundo tal não sucede. Visto isto, o A fica 4 anos privado de liberdade, ao passo que o B, fica privado de liberdade 4 anos e 6 meses.

Neste sentido, entendemos que poderia ser distinta a solução prevista na LTE quando estivesse em causa a medida tutelar de internamento, optando-se pela manutenção da execução da mesma em regime fechado, por visar a educação do menor para o direito e ser menos onerosa, e, depois de finda, se se revelasse necessário, tendo em conta as finalidades de prevenção, iniciar-se-ia a execução da pena de prisão¹³³.

Por fim, cumpre fazer referência à situação em que a um jovem é aplicada, em processo penal, uma pena de prisão efetiva, em virtude do cometimento de um crime entre os 16 e os 18 anos de idade e se encontra a correr um processo tutelar educativo ou este ainda não teve início. Parece-nos, neste caso, que a resposta está no artigo 28º, nº 2, alínea a) e nº 3 da LTE,

¹³³ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p. 128

que nos diz que cessa a competência das secções de família e menores e o processo tutelar é arquivado ou então nem sequer é iniciado. Segundo a Comissão, não faz sentido aplicar uma medida tutelar, ainda que “compatível com a execução da pena privativa de liberdade, relativamente a alguém *que se encontra já a cumprir uma pena institucional*”, pois tal denuncia “uma fortíssima carência de prevenção geral e especial, pelo que (...) a intenção presente na aplicação da medida tutelar educativa se encontrará, nessa altura, definitivamente, frustrada”¹³⁴.

7.2.2. A condenação em pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou suspensão da execução da pena de prisão e as medidas tutelares

A pena de multa, a prestação de trabalho a favor da comunidade e a suspensão da execução da pena de prisão, previstas, respetivamente, nos artigos 45º, 50º a 57º, 58º e 59º do CP, são penas de substituição em sentido próprio¹³⁵ e nascem de um “movimento de luta contra a pena de prisão”. Como tal são penas não institucionais, executadas em liberdade e pressupõem a “determinação prévia da medida da pena de prisão, sendo aplicadas em vez desta”¹³⁶.

Vimos que a regra geral do artigo 23º da LTE determina a execução cumulativa das penas e das medidas tutelares, sempre que as mesmas sejam, entre si, compatíveis. Assim, por forma a garantir esta compatibilização¹³⁷, o artigo 26º, nºs 1 e 2 da LTE dispõe que quando um jovem maior de 16 anos esteja a cumprir uma medida tutelar de internamento, pela prática antes desta idade de facto qualificado legalmente como crime e lhe seja aplicada uma das penas mencionadas, pelo cometimento de um crime, deve o juiz de julgamento penal adequar a pena à situação concreta do jovem, fixando ou modificando os deveres, regras de conduta ou obrigações daquela decorrentes. Para tal, se achar necessário, o juiz pode pedir informações ao tribunal que aplicou a medida tutelar.

¹³⁴ *Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 521

¹³⁵ A pena de multa também pode ser considerada uma pena principal – artigo 47º do CP

¹³⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., pp. 30 e 31

¹³⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 111

Segundo o disposto no nº 1, alínea a) do artigo 26º da LTE, se o juiz aplicar uma pena de multa e o menor estiver impossibilitado de a cumprir dada a sua concreta situação, deve aquele suspender a execução da prisão subsidiária e subordinar essa suspensão ao cumprimento de deveres ou regras de conduta, de acordo com o disposto no artigo 49º, nº 3 do CP. Já se a pena aplicada for uma pena de prestação de trabalho a favor da comunidade – alínea b) do mesmo artigo, o tribunal da condenação declara a impossibilidade de prestação desse trabalho a que o menor foi condenado, “por causa que lhe não seja imputável”, e suspende “a execução da pena de prisão determinada na sentença, por um período que fixa entre um e três anos, subordinando-a, nos termos dos artigos 51º e 52º [do CP], ao cumprimento de deveres ou regras de conduta”, de acordo com o artigo 59º, nº 6, alínea h) do CP. Por fim, se a pena for a suspensão da execução da pena de prisão, deve o tribunal modificar os deveres, regras de conduta ou obrigações impostas – alínea c) do nº 1 do artigo 26º da LTE.

A ocupar-se da situação em que um jovem maior de 16 anos se encontra a cumprir uma das penas referidas e lhe é aplicada uma medida tutelar de internamento, temos o nº 3 do artigo 26º da LTE. Este preceito dirige-se ao juiz da secção de família e menores e refere que, na aplicação da medida tutelar, deve compatibilizar, tanto quanto possível, o regime de execução desta medida com o da pena que o jovem se encontra a cumprir. Neste caso, as exigências de prevenção não conduziram à aplicação de uma pena privativa de liberdade e, “assim sendo, fará sentido executar a medida de internamento, com os fins que a orientam em geral, sem prejuízo da execução das penas criminais”¹³⁸. Segundo Tomé D’Almeida Ramião, pode acontecer que apenas depois da aplicação da medida tutelar de internamento, o juiz se aperceba da execução daquelas penas e, nesse caso, deverá optar pela revisão oficiosa da medida, nos termos dos artigos 136º e 137º da LTE¹³⁹.

Como bem sabemos a pena de multa tanto pode ser uma pena principal, como uma pena de substituição. Neste sentido, alguns autores entendem que ambas merecem tratamento idêntico, uma vez que a regra geral, prevista no artigo 23º LTE, cuida da interatividade entre medidas tutelares e penas, não especificando a natureza destas. Além disso, parece-nos que

¹³⁸ *Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 522

¹³⁹ TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO *apud* CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p.139

o argumento preponderante, se prende com o facto de o artigo 26º, nº 1, alínea a) da LTE remeter para o artigo 49º, nº 3 do CP, que se aplica não só à pena de multa enquanto pena substitutiva - artigo 45º, nº 2 do CP, como também enquanto pena principal¹⁴⁰ – artigo 47º do CP. Contudo, o entendimento de Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca vai num sentido diferente, considerando que este preceito apenas abarca as penas de substituição não detentivas¹⁴¹ e já não a pena de multa aplicada a título principal. Também a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas ao dispor sobre o efeito da aplicação de uma medida de internamento a um jovem que se encontrasse a cumprir uma pena, se refere apenas às penas de substituição. No entanto, deste leque não constava a pena de multa¹⁴², sendo esta proposta diferente da plasmada na LTE.

7.2.3. A condenação em pena de substituição detentiva e as medidas tutelares

As penas de substituição detentivas a que nos referimos são a pena de internamento em centro de detenção, a colocação por dias livres em centro de detenção e a colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, mencionadas no artigo 25º da LTE.

Estas constavam da Proposta de Lei nº 275/VII, que visava a alteração do Regime Penal Especial para Jovens Adultos, apresentada à Assembleia da República, em 1999, a propósito da Reforma do Direito dos Menores. No entanto, ao contrário do que sucedeu com as propostas tendentes à modificação da LTE e da LPCJP, aquela nunca foi aprovada, determinando a inexistência jurídica destas penas¹⁴³ e mantendo-se em vigor, até hoje, o Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro.

Assim, este artigo não tem qualquer aplicação prática, não se percebendo a razão pela qual ainda não foi suprimido. Poderíamos considerá-lo pertinente para a harmonização entre medidas de correção, previstas nos artigos 6º e seguintes do RPEJA, e as medidas tutelares, uma vez que tal ficou sem regulação, por se acreditar que à data da entrada em vigor da LTE,

¹⁴⁰ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p.136

¹⁴¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p.111

¹⁴² *Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*, in ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 522

¹⁴³ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p.133

o Decreto-Lei nº 401/82 já estaria revogado¹⁴⁴ e são vários os autores que consideram aquelas medidas de correção uma espécie de medidas de substituição da pena privativa de liberdade, à semelhança das penas de substituição detentivas. Contudo, a única medida de correção detentiva prevista e, portanto, suscetível de se enquadrar neste preceito normativo seria a medida de internamento em centro de detenção, mas a mesma nunca foi aplicada, em virtude da não criação destas instituições.

Porém, decidimos analisar a norma com a esperança de que, um dia, se criem estes centros de detenção ou, então, se proceda à revogação do RPEJA e se instituem estas penas de substituição detentivas.

Antes de mais, o artigo 25º da LTE refere-se aos casos em que sobre o mesmo jovem, recai a aplicação de medida tutelar educativa e de pena de substituição detentiva, não compatíveis entre si, situação em que a execução da pena deve anteceder a execução da medida tutelar. Deste modo, caso o jovem esteja a cumprir uma medida tutelar não institucional e lhe seja aplicada uma pena de substituição detentiva (ou uma medida de correção de carácter detentivo) incompatível com a primeira, interrompe-se a execução da medida tutelar, com vista ao início da execução da pena. Na situação inversa, em que um jovem esteja a cumprir uma pena de substituição detentiva e lhe seja aplicada uma medida tutelar não institucional, esta só será executada após o cumprimento daquela – artigo 25º, nº 2 da LTE. O mesmo sucede se, perante a mesma situação, a medida tutelar for a de internamento em regime aberto ou semi-aberto – nº 3 do mesmo artigo, mas, neste caso, antes do início do seu cumprimento, haverá lugar à revisão obrigatória para avaliar a necessidade da sua execução - artigos 136º, nº 2, alínea a) e 137º, nº 8 da LTE. De acordo com o artigo 10º, nº 2 do RPEJA, após a execução de uma medida de correção de internamento, o juiz pode sujeitar o jovem a um período de orientação e vigilância nunca superior a 1 ano. Contudo, nada obsta ao início do cumprimento da medida tutelar não institucional durante este período. Já se a medida tutelar aplicada for a de internamento em centro educativo ou de acompanhamento educativo, não faz sentido a existência do período de orientação e vigilância¹⁴⁵.

¹⁴⁴ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p. 160 e ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., p. 285

¹⁴⁵ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., p. 286

Todavia, há duas situações em que o legislador considera que a execução da pena não deve preceder a execução da medida tutelar. A primeira está plasmada no n.º 1 do artigo 25.º da LTE e traduz a situação em que um jovem se encontra a cumprir uma medida tutelar de internamento e lhe é aplicada uma pena detentiva de substituição. Neste caso, a execução da pena só se inicia findo o cumprimento da medida tutelar, por forma a “não interromper a realização do projeto educativo pessoal preparado para as específicas necessidades educativas do jovem internado”.¹⁴⁶ A segunda situação está prevista no n.º 4 e refere o caso em que o jovem se encontra a cumprir uma pena detentiva de substituição e lhe é aplicada uma medida tutelar de internamento em regime fechado. Aqui, a pena cessa assim que o tempo que ainda falte cumprir for igual ou inferior ao da duração da medida tutelar, iniciando-se a execução desta, por se considerar que a aplicação de uma medida de internamento já visa satisfazer necessidades educativas de agentes de factos qualificados como crime de elevada gravidade e “as razões e finalidades da aplicação da pena detentiva são absorvidas entre as razões e finalidades da medida de internamento em regime fechado”.¹⁴⁷

7.3. A medida de coação de prisão preventiva e as medidas tutelares

O artigo 27.º da LTE, à semelhança dos anteriormente referidos, encontra-se inserido no capítulo relativo à interatividade entre penas e medidas tutelares, contudo a prisão preventiva não é uma pena, mas sim uma medida de coação, prevista no artigo 202.º do CPP.

O legislador, no artigo 27.º, n.º 1 da LTE, estabeleceu o princípio da execução cumulativa, para os casos em que o jovem esteja a cumprir ou veja aplicada medida tutelar não institucional compatível com a medida de coação de prisão preventiva, aplicada em processo penal. Neste contexto, o n.º 2 refere que são compatíveis com a medida de coação de prisão preventiva, as medidas de admoestação, de reparação ao ofendido na modalidade de compensação económica ou de prestações económicas a favor da comunidade, caso a situação concreta permita ao jovem ter disponibilidade económica para cumprir as obrigações decorrentes do cumprimento das medidas. Se a decisão penal for posterior à

¹⁴⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 109

¹⁴⁷ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., p. 287

decisão tutelar, compete ao juiz de instrução determinar a compatibilidade de execução cumulativa da medida tutelar e da prisão preventiva, de acordo com o n° 4 do referido artigo. Na situação inversa, em que o menor está em prisão preventiva quando a medida tutelar não institucional é aplicada, deve o juiz, no momento de escolha da medida tutelar, ter em conta essa situação¹⁴⁸.

Em caso de incompatibilidade, a execução da prisão preventiva deve prevalecer sobre a execução da medida tutelar não institucional. Esta interrompe-se ou nem sequer se inicia, ficando dependente do resultado do processo penal – artigo 27º, n°s 3 e 6 da LTE. Se o jovem for absolvido, haverá lugar à revisão da medida tutelar, com vista a avaliar a necessidade da sua execução, uma vez que o “cumprimento de medida com a gravidade da prisão preventiva é suscetível de ter um forte impacto sobre uma personalidade do jovem, podendo alterar, mesmo em período curto, as suas necessidades educativas manifestadas na prática do facto e subsistentes no momento da aplicação da medida tutelar”¹⁴⁹. Depois da revisão, se a medida tutelar for de manter, iniciar-se-á a sua execução. Caso o jovem seja condenado, aplicar-se-ão as regras constantes dos artigos 23º a 26º da LTE, conforme a pena aplicada.

Situação diferente é a que se coloca quando a medida tutelar que o jovem se encontra a cumprir é a medida de internamento, uma vez que esta e a prisão preventiva são medidas institucionais. No entanto, sempre que o jovem se encontre internado em centro educativo e lhe seja aplicada prisão preventiva, a execução daquela medida tutelar não se interrompe, por forma a não atrapalhar a “realização do projeto educativo pessoal”, desenhado para atender às necessidades educativas específicas daquele jovem, desde que esteja assegurada a segurança e tranquilidade públicas. Assim, se a medida de internamento estiver a ser executada em regime fechado, o jovem permanece nesse regime pelo tempo correspondente à prisão preventiva, sendo que o seu fim antes do termo da medida de internamento não impede a continuação do cumprimento da medida tutelar pelo tempo que faltar – artigo 27º, n° 5 da LTE. Já se o regime de execução for aberto ou semi-aberto e for aplicada prisão preventiva, o jovem continua a executar a medida tutelar, mas em regime fechado, com vista a acautelar as tais finalidades e se a execução da medida de coação terminar antes da medida

¹⁴⁸ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p. 161

¹⁴⁹ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., pp. 277-278

tutelar institucional, o jovem continua a cumprir a medida de internamento, mas a medida será obrigatoriamente revista, nos termos do artigo 136º, nº 2, alínea b) da LTE¹⁵⁰, e o jovem retirado do regime fechado, por já nada o justificar. Desta forma, evita-se o contacto desnecessário e precoce destes jovens com o sistema prisional, uma vez que as finalidades da prisão preventiva se encontram satisfeitas com a permanência do jovem em centro educativo¹⁵¹. Na situação contrária, em que a execução da medida tutelar cessa antes do termo da prisão preventiva, esta passa a ser cumprida em estabelecimento prisional. Contudo, era outra a proposta da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas que defendia a continuação da execução da prisão preventiva em “unidade residencial específica para a execução da medida cautelar de guarda”¹⁵², o que na nossa perspetiva, faria todo o sentido, pois, uma vez mais, evitava-se o contacto do jovem como o meio prisional, muitas vezes, denominado como “escola de crimes”. Aliás, na nossa opinião, o cumprimento da referida medida de coação deveria sempre ocorrer em meio distinto do prisional, uma vez que tal pode causar sérios danos mentais e sociais, ainda para mais num momento em que o jovem ainda se presume inocente. Assim, sugeríamos a execução da prisão preventiva em regime fechado de internamento em centro educativo¹⁵³ ou em regime de obrigação de permanência na habitação, previsto no artigo 201º do CPP, fazendo uso do sistema de vigilância eletrónica¹⁵⁴, evitando-se, desta forma, a estigmatização e a degradação dos vínculos familiares, fruto do afastamento proporcionado pela prisão preventiva.

Por último, se o jovem estiver a cumprir prisão preventiva e lhe for aplicada uma medida tutelar de internamento, esta só terá início depois de cumprida a medida de coação e fica dependente do resultado do processo penal, nos termos do artigo 27º, nº 6 da LTE.

¹⁵⁰ CRISTINA DIAS/ MARGARIDA SANTOS [et. al.], ob. cit., p.144

¹⁵¹ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., pp.279-280

¹⁵² ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, ob. cit., p. 114

¹⁵³ FILIPA DE FIGUEIROA, ob. cit., p.169

¹⁵⁴ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, ob. cit., p.294

CONCLUSÃO

Os diplomas, hoje, vigentes relativos a menores inimputáveis - LTE e a LPCJP - surgiram de uma necessidade de tratar de forma diferenciada os menores delinquentes e os menores em perigo. Contudo, verificou-se que uma separação estanque entre a intervenção tutelar, e a intervenção de natureza protetiva não era desejável. Desde logo, porque se queremos assegurar o saudável desenvolvimento físico e psíquico de uma criança, temos de a olhar como um todo que é.

A adoção de condutas desviantes por parte destes jovens não exclui a possibilidade de se encontrarem expostos a situações de abandono, maus-tratos ou outras que prejudiquem a sua saúde, segurança ou educação. Aliás, a mais das vezes, são estas situações que os colocam à margem da sociedade e os fazem ingressar em mundos nada adequados a estas ou quaisquer idades, com a esperança de, quem sabe, aí encontrar o acolhimento e a compreensão que não encontram em “casa”, junto daqueles que tinham o dever de zelar pelo seu bem-estar. Em situações como esta, é recorrente que ao jovem seja aplicada uma medida de internamento, em virtude de um processo tutelar educativo, enquanto ele executa uma medida de promoção e proteção de acolhimento residencial. Sendo estas incompatíveis entre si, será de prevalecer a medida tutelar, uma vez que é mais abrangente a intervenção que visa educar o menor para o direito do que aquela que pretende a mera remoção da situação de perigo. Assim, consideramos que aquando do início da execução da medida de internamento se deve declarar a insusceptibilidade de execução da medida de acolhimento residencial e a respetiva suspensão da instância, durante o período de execução da medida de internamento. Findo este período, deverá o MP averiguar a necessidade de retoma da execução da tal medida de promoção e proteção, evitando-se desta forma o desperdício de recursos e de tempo.

Relativamente à questão de saber se o tempo de privação de liberdade, decorrente da execução da medida cautelar de guarda em centro educativo deveria ser descontado na duração da execução da medida tutelar de internamento, sempre nos manifestámos em sentido negativo. Em primeiro, como já tivemos a oportunidade de referir, há uma inversão de prioridades nas finalidades do processo tutelar quando comparadas com as finalidades do processo penal, que faz com que não haja uma correspondência entre a pena de prisão e a medida tutelar de internamento e entre a medida de coação de prisão preventiva e a medida cautelar de guarda.

Em segundo, o legislador previu o desconto do tempo de ausência do centro educativo sem autorização no artigo 155º da LTE, mas nada disse em relação ao desconto da referida medida cautelar. Até se poderia argumentar que esta não previsão era fruto do esquecimento, mas verdade é que, se assim fosse, seria estranho que tantos anos após a entrada em vigor da LTE, não houvesse ainda qualquer alteração neste domínio.

Além disso, se no momento da ponderação sobre a duração da medida tutelar, o juiz tem sempre de considerar todo o percurso do menor para determinar as necessidades educativas que naquele momento ainda persistam, então, aquele tempo de privação de liberdade já será tido em consideração. Tanto que se um jovem, durante o período em que está a cumprir a medida cautelar - e, portanto, sujeito, de acordo com o artigo 165º, nº 1 da LTE, à frequência diária de várias atividades, que lhe permitam adquirir competências sociais e a satisfação de necessidades de desenvolvimento -, for alterando as suas condutas no sentido do dever-ser jurídico, a duração da medida tutelar será mais reduzida, quando comparada com a duração da medida daquele jovem que ainda não interiorizou quaisquer valores jurídicos. Se o tribunal decide aplicar uma medida com uma certa duração é porque entende ser esse o período ainda necessário para educar aquele menor. Ao descontarmos o tempo em que o menor esteve privado de liberdade, não estaremos a desconsiderar as suas necessidades educativas? Não estaremos a arriscar vê-lo, novamente, “sentado no banco dos réus”, muito provavelmente sujeito, em virtude do passar da idade, a uma justiça mais gravosa?

Por fim, dedicámos a nossa atenção ao Regime Penal Especial dos Jovens adultos, que visa uma transição mais ténue do regime tutelar para o regime penal. No entanto, aquele promete muito, mas pouco entrega, uma vez que a sua aplicação se limita à atenuação especial da pena, nos casos em que existam sérias razões para crer que daquela resultarão benefícios para a reinserção do jovem. Embora benéfica para a ressocialização, a aplicação das medidas de correção e do artigo 5º do RPEJA que, consideramos, admitir a aplicação das medidas tutelares previstas na LTE, tem sido desconsiderada.

À semelhança do que sucede com a intervenção de promoção e proteção, também a intervenção penal pode coexistir com a intervenção tutelar, especialmente quando os jovens tenham idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, colocando-se o problema da interatividade entre penas e medidas tutelares, que dá nome ao Capítulo IV, Título II da LTE,

ainda que este abranja menos situações do que aquelas que são verdadeiramente reguladas ao longo dos cinco artigos.

Nesta matéria, a regra geral encontra-se prevista no artigo 23º da LTE e consagra o princípio da execução cumulativa, no entanto, os preceitos normativos subsequentes preveem algumas regras distintas, consoante a pena que esteja em causa.

Relativamente à articulação entre a pena de prisão e a medida de internamento, parece-nos que a execução da medida tutelar se deveria manter e só esta terminada é que haveria lugar ao cumprimento da pena de prisão, se tal fosse necessário.

Quanto ao artigo 25º da LTE devemos salientar a sua inaplicabilidade, dada a inexistência jurídica das penas detentivas aí previstas; já quanto ao artigo 26º da LTE suscitam-se algumas dúvidas, uma vez que a sua epígrafe parece referir-se somente às penas de substituição e à sua interação com as medidas tutelares, mas não vemos razão de força maior para não abarcar igualmente a pena de multa aplicada a título principal.

Acrescente-se que se, neste capítulo, se regula a harmonização entre as medidas tutelares e a medida de coação de prisão preventiva, também se poderia dedicar um artigo à obrigação de permanência na habitação, um meio de execução da pena de prisão, que tal como o próprio nome indica, se traduz na obrigação de o condenado permanecer na habitação, previsto no artigo 43º do CP.

Desta forma, conclui-se que apesar de propósitos distintos, estes três regimes de intervenção convergem para um mesmo fim: a salvaguarda da infância e juventude destas crianças e jovens, com vista a afastá-los de uma vida marcada pelas teias da justiça.

Referências Bibliográficas:

ABREU, Carlos Pinto; SÁ, Inês Carvalho; RAMOS, Vânia Costa – *Proteção, Delinquência e Justiça de Menores: Um manual prático para juristas... e não só*, 1ª edição, Lisboa: Edições Sílabo, 2010

ALFAIATE, Ana Rita da Silva Samelo, *O artigo 19º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade penal em razão da idade*, in Revista do CEJ, 1, 2017, pp. 157-188. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/2264> [Consultado 25 out 2023]

ALFAIATE, Ana Rita da Silva Samelo, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*. Coimbra, 2016. Tese de doutoramento. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/27038> [Consultado 01 dez 2023]

ALMEIDA, Tânia, *O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)*, in Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 3, Nº 6, Coimbra Editora, julho-dezembro 2006, pp. 149-156

ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Edições Almedina, 2017

BRANCO, Patrícia e MARINHO, Luena, *Jovens adultos imputáveis: direito penal e resposta judicial*, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Nº 32, maio 2022. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/cescontexto/index.php?id=39254> [Consultado 01 dez. 23]

CABRITA, Sofia Almeida, *A figura do desconto no direito tutelar educativo. Comentário ao acórdão de uniformização de jurisprudência proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça a 8 de Novembro de 2008*, in Julgar Online, outubro de 2021. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/40584> [Consultado 17 nov. 23]

CARVALHO, Maria João Leote, *Delinquência Juvenil*, in GOUVEIA, Jorge Bacelar e SANTOS, Sofia, *Enciclopédia de Direito da Segurança*, Coimbra: Almedina, 2015, pp.101-104

CARVALHO, Maria João Leote, *Uma realidade invisível: os jovens adultos condenados em Tribunais Judiciais de 1ª Instância em Portugal*, in Revista do Ministério Público, 162, Abril-Junho, 2010, pp. 117-148. Disponível em <http://hdl.handle.net/10362/145379> [Consultado 30 nov. 23]

DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida [et. al.], *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra: Edições Almedina, 2020

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Interatividade entre penas e medidas tutelares*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, Fasc. 2º, Coimbra Editora, Abril-Junho 2001, pp. 251-301

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Menores, mas imputáveis: que proteção?*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, n.º 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, pp. 387-395

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Privação de Liberdade na Justiça Juvenil: Contornos de Problemas entre Meios e Fins*, in Julgar, Nº 22, Coimbra Editora, 2014, pp. 75-95. Disponível em <http://julgar.pt/privacao-da-liberdade-na-justica-juvenil-contornos-de-problemas-entre-meios-e-fins/> [Consultado 03 nov. 23]

FERREIRA, Pedro Moura - “*Delinquência Juvenil*”, *família e escola*, in Análise Social, Vol. XXXII, 1997, pp. 913-924. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218793968M7uDQ9ah6Bb71JL6.pdf> [Consultado 20 set. 2023]

FIALHO, Anabela Raimundo; FELGUEIRAS, Belmira Raposo, *A intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa – caminhos que se cruzam*, in Julgar, Nº 24, Coimbra Editora, 2014, pp. 89-101. Disponível em <http://julgar.pt/author/anabela-ramundo-fialho/> [Consultado 04 nov. 2023]

FIGUEIROA, Filipa de, «*A Punição no Limiar da Idade Adulta*»: *O Regime Penal Especial para Jovens Adultos e, em especial, a interatividade entre penas e medidas tutelares educativas*, in Julgar, Nº 11, Coimbra Editora, 2010, pp. 147-173. Disponível em

<http://julgar.pt/punicao-na-idade-adulta-o-regime-penal-especial-para-jovens-adultos-e-em-especial-a-interactividade-entre-penas-e-medidas-tutelares-educativas/> [Consultado 29 nov. 23]

FURTADO, Leonor; GUERRA, Paulo, *O novo direito das crianças e jovens – um recomeço*, Lisboa: CEJ, 2001

GUERRA, Paulo, *A Lei Tutelar Educativa – Para onde vais?*, in Julgar, Nº 11, Coimbra Editora, 2010, pp. 99-108. Disponível em <http://julgar.pt/a-lei-tutelar-educativa-para-onde-va-is/> [Consultado 10 out. 23]

MARTINS, Ernesto Candeias – *O sistema de proteção à infância portuguesa (séc. XX): dos normativos jurídicos e pressupostos científicos aos dispositivos de intervenção* in CLIO: Revista de Pesquisa Histórica, Vol. 40, 2022, pp. 236-261. Disponível em <https://doi.org/10.22264/cliio.issn2525-5649.2022.40.1.12> [Consultado 30 set. 2023]

NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993

PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia, *Desvio e Crime Juvenil no Feminino: da invisibilidade dos factos, seleção e percursos no sistema judicial*, in FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João (Coord.), *Justiça Juvenil: A Lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*, Porto: Vida Económica, 2016, pp. 153-205

PINHEIRO, Maria do Rosário M., *(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação*, in VIDAL, Joana Marques (Ed.), *O Direito dos Menores: Reforma ou Revolução*, Lisboa: Edições Cosmos, 1998, pp. 91-104

PROCURADORIA-GERAL REGIONAL DO PORTO, *Comentário à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra: Edições Almedina, 2020

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Lei Tutelar Educativa – Entre o passado e o futuro*, in FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João (Coord.), *Justiça Juvenil: A Lei, os*

Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino, Porto: Vida Económica, 2017, pp.43-59

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou realidade?*, Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, Fascículo 3º, Coimbra Editora, Julho-Setembro 1997, pp. 355-386

RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004

SANTOS, Carolina Girão, *Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspetiva das consequências jurídicas do crime*, In *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Ano 8, Nº 16, 2011, pp. 85-104

SOTTOMAYOR, Clara, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, N.º 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, pp.23-60

SUSANO, Helena, *A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação*, in *Julgar*, Nº 11, Coimbra Editora, 2010, pp. 109-133. Disponível em <http://julgar.pt/a-dinamica-do-processo-na-lei-tutelar-educativa/> [Consultado 16 nov. 23]

TERRA, Renata, *Breves apontamentos sobre a medida cautelar de guarda em centro educativo*, in *Julgar*, Nº 8, Coimbra Editora, 2009, pp. 27-39. Disponível em <http://julgar.pt/breves-apontamentos-sobre-a-medida-cautelar-de-guarda-em-centro-educativo/> [Consultado 11 nov. 2023]

Outras Fontes:

Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta, *Primeiras Recomendações do Relatório Intercalar*, Universidade Lusófona, Lisboa, 19 de abril de 2023. Disponível em https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Not%C3%ADcias/2023.Noticias.Anexos/Recomendacoes_RelatorioIntercalar.pdf?ver=VI_NAR_ZytAc0nHzxRHPAA%3d%3d [Consultado 20 set 2023]

Gabinete da Família, da Criança e do Jovem, *Educar para o direito: Uma forma de (também) proteger*. Guião de procedimentos de comunicação, 2021. Disponível em https://gfcj.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/educar_para_o_direito_guiao_de_procedimentos_de_comunicacao.pdf [Consultado 18 nov. 2023]

Relatório Anual de Segurança Interna, de 2022. Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2022-> [Consultado 07 dez 2023]

Destaque Estatístico Anual, Nº 89, maio 2023, sobre os reclusos nos estabelecimentos prisionais e jovens internados em centros educativos (2010-2022). Disponível em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt/pt/Destaques/20230531_D89_ReclusosEJovensInternados_2010-2022.pdf#search=menores [Consultado 07 dez 2023]

Jurisprudência Consultada:

Ac. do TC nº 177/2013, Processo nº 40/13, 2ª Secção, relatado por Pedro Machete, disponível para consulta em www.tribunalconstitucional.pt

Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 3/2009, Processo nº 07P2030, relatado por Armindo Monteiro, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 27-01-2022, Processo nº 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1, relatado por Tomé Gomes, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 22-05-2013, Processo nº 179/11.6JAPDL.L1.S2, relatado por Henrique Gaspar, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 29-04-2009, Processo nº 6/08.1PXLSB.S1, relatado por Raul Borges, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 07-11-2007, Processo nº 07P3214, relatado por Henrique Gaspar, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 24-10-2007, Processo nº 07P3220, relatado por Santos Cabral, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 11-10-2007, Processo nº 07P3199, relatado por Simas Santos, disponível em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 03-03-2005, Processo nº 04P4706, relatado por Henrique Gaspar, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ de 27-10-2004, Processo nº 04P1409, relatado por Henrique Gaspar, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do STJ, de 02-10-2003, Processo nº 03P2449, relatado por Pereira Madeira, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRE, de 16-06-2016, Processo nº 390/10.7TBCCH-D.E1, relatado por Conceição Ferreira, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRL, de 23-06-2004, Processo nº 5543/2004-3, relatado por Clemente Lima, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRL, de 21-10-2004, Processo nº 7205/2004-9, relatado por Ana Brito, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRL, de 04-11-2004, Processo nº 6359/2004-9, relatado por Fernando Estrela, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRP, de 24-01-2007, Processo n° 0647191, relatado por Cravo Roxo, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRP, de 01-06-2005, Processo n° 0541369, relatado por José Adriano, disponível para consulta em www.dgsi.pt

Ac. do TRP, de 04-06-2003, Processo n° 0341486, relatado por António Gama, disponível para consulta em www.dgsi.pt