



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cristiana Vanessa Vieira Oliveira

**A interatividade entre penas e medidas
tutelares educativas: um problema
de sobreposição de fronteiras**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Cristiana Vanessa Vieira Oliveira

**A interatividade entre penas e medidas
tutelares educativas: um problema
de sobreposição de fronteiras**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais
e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Flávia Novera Loureiro

outubro de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-Compartilhalgal

CC BY-SA

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

AGRADECIMENTO

Um especial agradecimento à minha orientadora de dissertação, Professora Doutora Flávia Novera Loureiro, pela sua incomensurável disponibilidade. Agradeço, especialmente, a bondade, paciência e apoio demonstrados ao longo da realização desta investigação.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A interatividade entre penas e medidas tutelares educativas: um problema de sobreposição de fronteiras

RESUMO

A presente dissertação visa, na sua essência, proceder a uma análise crítica, doutrinariamente sustentada, do regime da interatividade entre penas e medidas tutelares educativas, consagrado na Lei Tutelar Educativa. A necessidade de regulação da interação destas reações jurídicas resulta de um problema de sobreposição de fronteiras, o qual afeta, particularmente, os jovens adultos entre os 16 e os 21 anos de idade. Pode suceder que estes jovens estejam, simultaneamente, abrangidos pela Lei Tutelar Educativa, Direito Penal e Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, o que coloca múltiplos problemas de conjugação dos sistemas em confronto.

Assim, sendo evidente a pertinência da problemática em causa, inicia com algumas considerações sobre a evolução histórico-legal da justiça juvenil em Portugal, identificando os múltiplos diplomas antecedentes à atual Lei Tutelar Educativa e explorando as suas características. Versa, após, numa análise ampla dos fatores de legitimação, âmbito e pressupostos de aplicação e finalidades dos sistemas em confronto, o tutelar educativo e o penal. Sem olvidar o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, estuda, de seguida, as medidas de correção, medidas tutelares educativas, penas principais, penas substitutivas e, ainda, medidas de coação. Esta exposição, assente no Capítulo IV da Lei Tutelar Educativa, foca-se nas reações que mais questões suscitam e, por isso, merecedoras da devida apreciação.

Remete, em seguida, a considerações já tecidas em capítulos anteriores e chega, por meio desse encadeamento, à análise das disposições constantes da Lei Tutelar Educativa. Inicia, assim, com a exposição da regra geral de execução cumulativa, à qual se segue os casos de incompatibilidade, absoluta ou parcial. Estuda, em particular, a articulação entre a pena de prisão, pena de multa e penas de substituição detentivas e não detentivas e as medidas tutelares educativas. Finaliza com apontamentos relativos à interatividade entre as medidas de coação de prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares.

PALAVRAS-CHAVE: intervenção penal; intervenção tutelar educativa; medidas de coação e medidas tutelares educativas; penas e medidas tutelares educativas.

**The interactivity between penalties and educational tutelary measures: a frontier
overlap problem**

ABSTRACT

This dissertation aims, in essence, to proceed to a critical analysis, doctrinally sustained, of the regime of interactivity between penalties and educational tutelary measures, enshrined in the Educational Tutelary Law. The need to regulate the interaction of these legal reactions results from a frontier overlap problem, which particularly affects young adults aged 16-21. It may happen that these young people are simultaneously covered by the Education Tutelary Law, Criminal Law and the Criminal Regime Applicable to Young Offenders, which raises multiple problems of combining the systems in confrontation.

Being evident the relevance of the issue in question, it begins with some considerations on the historical-legal evolution of juvenile justice in Portugal, identifying the multiple diplomas preceding the current Educational Tutelary Law and exploring the intrinsic characteristics. Afterwards, an analysis of the legitimation factors, assumptions of application and purposes of the systems in confrontation, the educational and the criminal. Without forgetting the Criminal Regime Applicable to Young Offenders, it then proceeds to study, the corrective measures, educational tutelary measures, penalties, substitutionary penalties and also coercive measures. This exposition, based on the Chapter IV of the Educational Tutelary Law, focuses on the reactions that raise the most questions and, therefore, deserve due consideration.

It then refers to considerations made in previous chapters and, through this chain, comes to the analysis of the dispositions contained in the Educational Tutelary Law. Begins with the statement of the general rule of cumulative execution, followed by cases of absolute or partial incompatibility. In particular, it examines the link between imprisonment, fine and detention and non-detention substitution penalties and educational tutelary measures. It concludes with notes concerning the interactivity between the coercive measures of pre-trial detention and obligation to stay in housing and the educational tutelary measures.

KEY WORDS: coercive measures and educational tutelary measures; criminal intervention; educational tutelary intervention; penalties and educational tutelary measures;

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS	xi
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I	19
JUSTIÇA JUVENIL EM PORTUGAL: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-LEGAL	19
1. Considerações prévias	19
2. As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Afonsinas.....	20
3. A Lei de Proteção da Infância de 1911.....	22
1.1. A Tutoria da Infância.....	24
1.2. Medidas aplicáveis aos menores delinquentes.....	25
2. Organização Tutelar De Menores: consagração do modelo de proteção	27
2.1. A aplicação de medidas de proteção, assistência e educação	29
2.2. A competência dos tribunais tutelares de menores após os 16 anos de idade.....	30
2.3. O descrédito do modelo de proteção	31
3. Lei Tutelar Educativa: um modelo educativo e de responsabilização	35
3.1. O processo de criação da Lei Tutelar Educativa	35
3.2. Consagração de um modelo de “terceira via”	37
CAPÍTULO II	41
SISTEMA PENAL E SISTEMA TUTELAR EDUCATIVO: LEGITIMAÇÃO, APLICAÇÃO E FINALIDADES	41
1. Considerações prévias	41
2. Legitimidade da intervenção estadual.....	41
2.1. Legitimidade da intervenção penal	41
2.2. Legitimidade de intervenção tutelar educativa.....	44
3. Âmbito de aplicação	47

3.1.	Responsabilização de inimputáveis.....	47
3.2.	Responsabilização de imputáveis	49
4.	Pressupostos.....	52
4.1.	Pressuposto de responsabilização penal.....	52
4.2.	Pressupostos de responsabilização tutelar educativa	54
4.2.1.	A prática, por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime.....	54
4.2.2.	A necessidade de educação para o direito	58
5.	Finalidades.....	60
5.1.	Finalidades da intervenção penal.....	60
5.2.	Finalidades da intervenção tutelar educativa	64
CAPÍTULO III		67
REAÇÕES JURÍDICAS APLICÁVEIS A JOVENS DELINQUENTES		67
1.	Considerações prévias.....	67
2.	Tratamento jurídico-penal concedido ao jovem adulto.....	68
2.1.	O conceito de jovem adulto e o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes 68	
2.1.1.	As medidas de correção	72
3.	As medidas tutelares educativas	73
3.1.	Admoestação.....	74
3.2.	Privação do direito de conduzir.....	75
3.3.	Reparação ao ofendido	76
3.4.	Prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade.....	78
3.5.	Imposição de regras de conduta	78
3.6.	Imposição de obrigações.....	79
3.7.	Frequência de programas formativos.....	80

3.8.	Acompanhamento educativo	81
3.9.	Internamento em centro educativo	82
4.	As penas principais, de substituição e medida de coação elencadas na Lei Tutelar Educativa	85
4.1.	Penas principais	86
4.1.1.	Pena de prisão.....	86
4.1.2.	Pena de multa	87
4.2.	Penas de substituição de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão	88
4.2.1.	Substituição da prisão por multa	88
4.2.2.	Prestação de trabalho a favor da comunidade.....	89
4.2.3.	Suspensão da execução da pena de prisão.....	91
4.3.	Medida de coação de prisão preventiva	93
4.4.	Medida de coação de obrigação de permanência na habitação	93
	CAPÍTULO IV	95
	A INTERAÇÃO ENTRE PENAS (E MEDIDAS DE COAÇÃO) E AS MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS: ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DA LTE	95
1.	Concorrência entre o processo-crime e o processo tutelar	95
1.1.	Aplicação de medidas tutelares a maiores de 16 anos	95
1.2.	Execução cumulativa de penas e medidas tutelares educativas.....	98
1.3.	Incompatibilidades na execução cumulativa de penas e medidas tutelares educativas	101
2.	Condenação em penas de substituição detentivas e a sua articulação com as medidas tutelares educativas	107
2.1.	Condenação nas penas de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção e colocação em centro de detenção em regime de semi-internato	107

2.2.	Medida de correção de internamento em centro de detenção	112
3.	Condenação em penas de substituição não detentivas e a sua articulação com as medidas tutelares educativas	114
3.1.	Pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão.....	114
3.2.	Medidas de correção de admoestação, imposição de determinadas obrigações e multa	118
4.	Interatividade entre medidas de coação de prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares educativas	118
4.1.	Interatividade entre a prisão preventiva e as medidas tutelares educativas ..	119
4.1.1.	Medidas tutelares não institucionais	119
4.1.2.	Medida de internamento	121
4.2.	Interatividade entre a obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares educativas	124
	CONCLUSÕES	127
	BIBLIOGRAFIA	133
	Referências bibliográficas.....	133
	Referências jurisprudenciais.....	143
	Outros documentos e ligações.....	144

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

CAEF	Colégio(s) de Acolhimento, Educação e Formação
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CE	Centro(s) Educativo(s)
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	confrontar
coord.	Coordenação
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGRSP	Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DL	Decreto-Lei
LPCJP	Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
LPI	Lei de Protecção à Infância
LTE	Lei Tutelar Educativa
n.º/n.ºs	número/números
ob. cit.	obra citada
OTM	Organização Tutelar de Menores
p./ pp.	página/páginas
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

DEDICATÓRIA

Ad maiorem Dei gloriam.

*Aos meus pais, José e Arminda,
por me transmitirem os mais
elevados valores, que sempre
orientarão a minha vida.*

*Ao Vitor,
pelo incondicional apoio e amor
demonstrados.*

À memória da minha bisavó, Beatriz da Silva Cesteira

INTRODUÇÃO

A presente investigação científica, subordinada ao tema “A interatividade entre penas e medidas tutelares educativas: um problema de sobreposição de fronteiras”, é fruto de um trabalho desenvolvido com vista à obtenção do grau de Mestre, na especialização em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária).

Reconduz-se, na verdade, ao esmiuçar da conjugação de dois ramos importantíssimos do Direito, o Penal e o de Crianças e Jovens. É, igualmente, inegável a relevância do Direito Constitucional para a compreensão da problemática, bem como de diversas ciências sociais que se dedicam ao estudo da criança e do jovem e que, por isso, se mostram relevantes para investigadores, legisladores e julgadores.

Na sua génese, a presente dissertação foca-se na problemática da delinquência juvenil, um fenómeno que, apesar de não ser recente, suscita dificuldades de tratamento. Na verdade, no último século multiplicaram-se os instrumentos nacionais e internacionais de regulação da forma de tratamento dos jovens delinquentes que pretendem, por um lado, dar resposta às inquietações sentidas pela comunidade e mediatizadas pela comunicação social, e por outro lado, fornecer soluções concretas para uma questão que foi, ao longo dos séculos, relegada para segundo plano.

Ora, a adoção de condutas delituosas por parte de jovens suscita reações jurídicas distintas. De um lado, temos a Lei Tutelar Educativa, criada pela Lei n.º166/99, de 14 de setembro, um sistema de terceira via revolucionário, assente num modelo educador e responsabilizador, que afasta os jovens do Direito Penal e da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Procura intervir junto do daqueles que, tendo idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, praticam factos qualificados como crimes. Por outro lado, os jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade caem nas malhas do Direito Penal de adultos, beneficiando, no entanto, de um tratamento especial atribuído pelo Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, estabelecido pelo D.L. n.º401/82, de 23 de setembro.

Acontece que, por determinação legal, as consequências jurídicas impostas pela Lei Tutelar Educativa, se alongam na sua aplicação e execução, abrangendo, diversas vezes, os jovens imputáveis. Neste sentido, jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade podem estar, simultaneamente, sujeito a penas, resultantes da prática de um crime, e medidas

tutelares educativas, aplicadas em sequência da prática, antes de perfazerem 16 anos, de um facto qualificado pela lei como crime. É, precisamente, aqui onde se situa a génese da nossa investigação: o mesmo jovem pode estar, simultaneamente, submetido a penas e medidas tutelares educativas. De que forma se deverá proceder quando tal acontece? Deverá privilegiar-se a execução das penas em deterioramento das medidas tutelares educativas ou vice-versa? É doutrinal e legalmente admissível a execução cumulativa das duas formas de reacção? Se a resposta for afirmativa, de que forma deverá ocorrer a interatividade?

Principiamos por indicar que o Capítulo IV da Lei Tutelar Educativa, estabelece regras para a interatividade entre penas e medidas tutelares educativas, apontando o caminho a seguir. Cumpre-nos, por isso, tomar consciência da vasta problemática implícita e analisar criticamente o regime estabelecido.

Impõe-se, por isso, discriminar o conteúdo de cada um dos capítulos que compõem esta investigação e que, esperamos, constituam o trilho que nos conduzirá ao objetivo primordial. Assim, procuraremos, no primeiro capítulo, realizar uma breve incursão histórico-legal sobre a justiça juvenil em Portugal, de maneira a percebermos as opções político-legislativa adotadas, que, de maneira inegável, influenciaram a legislação vigente.

Iniciaremos esta resenha histórica nas Ordenações Manuelinas e Afonsinas, as quais continham as primeiras disposições relativas a direito dos menores em Portugal. Mas não nos detemos aí, avançando para a Lei de Protecção à Infância, diploma que consagrou um modelo de protecção e, de forma inovadora, procedeu à criação dos primeiros tribunais dedicados exclusivamente às causas das crianças e dos jovens – as Tutorias da Infância. Inspirada neste modelo protecionista, a Organização Tutelar de Menores, sucessora da LPI, teve na sua génese as ideias de protecção absoluta da criança, encarada como um ser carente de protecção e assistência, nas mais diversas situações. Este sistema, apesar de sofrer múltiplas alterações ao longo dos anos, mostrava-se, no fim do século XX, caduco. Analisaremos, igualmente, as razões que motivaram a sua queda e a ascensão da Lei Tutelar Educativa.

Em 1999, durante a Reforma do Direito dos Menores, é consagrada a Lei Tutelar Educativa, um modelo de terceira via que pretende ser, simultaneamente, responsabilizador e educador. Aplaudimos o facto de Portugal não ter cedido às correntes que preconizavam um endurecimento das reacções jurídicas aplicáveis aos jovens, nem ter preservado um modelo de protecção caduco e inadequado. Podemos, sem dúvida, afirmar que um dos méritos atribuídos a este diploma reside

no afastamento dos menores do Direito Penal e na diferenciação de tratamento entre as situações de delinquência e perigo.

Realizada esta breve incursão histórica com referências para o problema da interatividade nos diplomas já revogados, é tempo de esmiuçar os dois ramos do Direito que tutelam os jovens em Portugal, o Penal e o de Crianças e Jovens. Focar-nos-emos, em concreto, na LTE e no Código Penal, sempre amparados pela Lei Fundamental, a qual nos auxiliará na tarefa de discorrer acerca dos aspetos substanciais de cada regime. cremos importante, para uma discussão crítica da interação entre penas e medidas, perceber pontos convergentes e divergentes destes sistemas. Assim, começaremos por discorrer acerca dos fatores de legitimação da intervenção penal e da intervenção tutelar educativa. Conforme veremos, ambos os sistemas encontram legitimação constitucional, o primeiro motivado pelo imperativo de proteção de direitos e interesses constitucionalmente salvaguardados e segundo pela proteção do superior interesse do menor, através da consagração de mecanismos que assegurem o seu desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e emocional e a efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais.

Seguidamente, averiguaremos acerca do âmbito e pressupostos de aplicação de cada um dos sistemas em confronto. Mais, cumpre-nos igualmente indagar acerca das finalidades inerentes ao Direito Penal e ao Direito das Crianças e Jovens. Aqui, introduziremos conceitos importantes como «educação para o direito», «proteção de bens jurídicos» e «reintegração do agente na sociedade», que claramente traduzem os objetivos últimos destes regimes. Este descortinar sobre o mundo das consequências jurídicas da prática de ilícitos permitir-nos-á adquirir um pensamento crítico para, num momento posterior, analisar a possível interatividade entre penas e medidas tutelares educativas.

O capítulo seguinte iniciar-se-á com considerações acerca do tratamento jurídico-penal concedido ao jovem adulto. O jovem adulto, sujeito com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade, encontra-se num período crucial de desenvolvimento e maturação da sua personalidade e de afirmação nos papéis sociais. Neste sentido, e apesar de anteriormente termos feito referência aos fatores explicativos da delinquência perpetrada por jovens com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, temos forçosamente de abordar a delinquência nesta faixa etária, expondo novas motivações por detrás deste fenómeno.

Conforme já foi referenciado, o jovem com idade superior a 16 anos se encontra submetido ao Direito Penal, beneficiando, no entanto, de um estatuto especial concedido pelo Regime Penal

Aplicável a Jovens Adultos, consagrado no D.L. n.º401/82 de 23 de setembro. É importante delinear os traços essenciais deste regime, que, apesar de não sofrer alterações há mais de 35 anos, continua a ter influência na determinação da pena concreta aplicada aos jovens.

Numa segunda parte abordaremos as consequências jurídicas impostas aos jovens com mais de 16 e menos de 21 anos de idade por cada um dos diplomas em causa – a Lei Tutelar Educativa, o Código Penal e o Regime Penal Aplicável a Jovens Adultos. De forma concisa, trataremos as medidas de correção, medidas tutelares educativas, penas principais e de substituição e as medidas de coação, sublinhando as especificidades de cada uma.

Almejamos igualmente ocupar-nos da concorrência entre o processo-crime e o processo tutelar educativo. Principiaremos a discussão apresentando argumentos a favor da cumulação entre penas e medidas que, não negamos, poderá comprimir o princípio da *ultima ratio* reservado ao Direito Penal. No entanto, cremos que as finalidades inerentes a regime penal e tutelar educativo serão mais facilmente atingidas se se permitir uma convergência de sistemas, a qual beneficiará, indubitavelmente, o jovem condenado. Com base legal, apresentaremos os casos em que a execução cumulativa é admitida e os casos em que é vedada por lei, tecendo as devidas considerações.

Quedar-nos-emos, em especial, nas penas de substituição detentivas e não detentivas e a sua articulação com as medidas tutelares educativas. Por fim, após constatarmos que o conteúdo do IV Capítulo do LTE abrange mais do que a sua epígrafe transparece, entendemos digno de discussão a previsão de interatividade entre a medida de coação de prisão preventivas e as medidas tutelares educativas. Apesar de a LTE não estabelecer parâmetros para a interação entre a medida de coação de obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares educativas, ajuizamos que a mesma poderá levantar múltiplos problemas, para os quais procuraremos apresentar soluções.

Esta é a linha condutora da presente dissertação, a qual aborda uma temática que não é meramente teórica, antes concerne a problemas práticos que podem influenciar a vida do jovem adulto e, por isso, dada tamanha relevância, merece ser tema de reflexão.

Bem sabemos que esta temática é pouco abordada pela jurisprudência dos Tribunais superiores. No entanto, procuraremos não descurar a vertente judiciária, incluindo-a, a par das componentes normativa e doutrinal, no enquadramento e discussão da causa. Assim, com humildade, beberemos das múltiplas posições sustentadas, ao longo dos anos, por variados

autores, para formular uma análise e crítica conscientes ao regime em vigor. Para além disso, propomos apresentar as soluções que nos parecerem mais adequadas ao caso concreto. As soluções por nós expostas, teoricamente fundamentadas, revestirão cariz prático e, esperamos, constituirão uma abordagem inovadora. Mantemo-nos firmes no propósito de apresentar uma investigação coerente e clarificadora, mas igualmente inovadora e que, principalmente, contribua de forma útil para uma futura reforma da LTE.

CAPÍTULO I

JUSTIÇA JUVENIL EM PORTUGAL: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-LEGAL

1. Considerações prévias

No presente capítulo iremos, como forma prévia de compreensão do tema global, realizar uma incursão pela evolução histórica do Direito dos Menores português. Este ramo de Direito mostrou-se permeável a variadas modificações no decurso do tempo, as quais pretendemos abordar, ainda que de forma sintética, mas sem prescindir de apresentar uma visão global dos vários modelos emergentes. Contemplaremos como, ao longo dos séculos, por força de alteração das conceções sociais, se verifica uma redefinição do conceito de menor, o que acarreta consigo uma modificação das opções de tratamento jurídico dos mesmos.

Iniciaremos a análise no ano de 1525, data em que foram publicadas as Ordenações Manuelinas, e terminaremos no presente dia, momento em que impera a Lei Tutelar Educativa. Pelo meio, abordaremos a Lei de Proteção da Infância, promulgada em 1911, e a Organização Tutelar de Menores, vigente desde o ano de 1962 até 1999.

Embora o presente capítulo se destine à análise do sistema jurídico português, parece-nos fulcral mencionar algumas disposições que vigoraram em período anterior ao acima enunciado, mas que, também elas, se afiguram importantes na compreensão da evolução do Direito dos Menores.

Neste sentido, é possível reconhecer, ainda na Antiguidade Clássica, alguns aspetos jurídico-legislativos referentes ao Direito aplicável aos menores. Na verdade, durante toda a Antiguidade Clássica, a criança é percecionada como um ser incompleto, sem capacidade de discernimento ou razão e, por isso, irremediavelmente inferior ao cidadão adulto¹, o qual poderia, sem qualquer censura, dispor sobre a vida e morte do menor². No que à punição de menores diz respeito, o

¹ Cf. MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História.”. In *Scientia Iuridica – Revista de Direito comparado português e brasileiro*. Braga. n.º 343 (2017), pp. 114-115.

² *Ibidem*, pp. 112-113.

direito romano fixava a inimizabilidade em razão da idade até aos sete anos, tendo, mais tarde, dilatado essa presunção até perto dos dez anos de idade³.

Por sua vez, as leis penais plasmadas no Código Visigótico (*Lex Visigothorum*) refletiam, conforme ensina Ernesto Candeias Martins, “a intenção de emendar ou corrigir o delinquente em função da sua utilidade pública, mas também impunham um sistema de terror e de vingança arbitrária, unicamente modificada pela consideração à pessoa do delinquente ou conforme o ofendido fosse servo, nobre ou peão”⁴.

Na época medieval, mais concretamente no século XIII, destaca-se, pela mão de Afonso X de Leão e Castela, a obra legislativa «*Siete Partidas*», na qual é possível encontrar uma componente de direito dos menores; impõe o Rei, na Partida VII.^a, a proibição da tortura de menores de catorze anos, irresponsabilidade de menores de dez anos e meio, beneficiando de atenuantes os menores de catorze anos, assim como de penas mitigadas os menores de dezassete⁵.

2. As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Afonsinas

No ano de 1525, pelas mãos do Rei D. Manuel I, são publicadas as denominadas Ordenações Manuelinas⁶, notoriamente inovadoras porquanto reuniam as primeiras disposições portuguesas relativas ao direito dos menores. Destaca-se, desde já, que as mesmas se inseriam no Livro V, um livro transversalmente dedicado à matéria penal e processual penal, sendo tal facto indiciador da identidade de tratamento jurídico-penal dos menores com os criminosos adultos.

Encontrava-se preconizada a impunidade dos menores até aos sete anos, por se entender que estes seriam incapazes de delito e pena⁷. Mais, até aos catorze anos de idade o menor era considerado irresponsável, cabendo ao seu tutor responder em juízo pela prática dos crimes

³ Cf. MARTINS, Ernesto Candeias, “Menores Delinquentes e Marginalizados (Evolução da Política Jurídico-penal e Sociopedagógica até à 1ª República)”. In *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º 4 (1998), p.72.

⁴ *Ibidem*, p.73.

⁵ *Ibidem*, p.75.

⁶ Para consultar as Ordenações Manuelinas, transcritas na íntegra, cf. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Anteriormente, no ano de 1446 foram concluídas as denominadas Ordenações Afonsinas, que mais não eram do que uma compilação de leis anteriores ao reinado de D. João I, o mentor deste projeto. No Livro V destas Ordenações, encontramos as leis penais, bem como disposições processuais penais.

⁷ Esta impunidade absoluta poderia, no entanto, ser alargada até aos dez anos e meio de idade para o sexo masculino e nove anos e meio de idade para o sexo feminino.

cometidos. Ressalvamos, contudo, que esta presunção de inimizabilidade poderia ser suprimida quando ficasse demonstrada que a malícia do menor colmatava a deficiência da sua idade⁸. A partir dos catorze anos de idade, os menores eram julgados e condenados nos mesmos termos que um adulto, à exceção dos menores com menos de vinte anos que poderiam, caso assim entendesse o julgador, beneficiar de atenuação da pena.

Outro traço caracterizador deste regime, e que importa realçar, é a identidade das penas aplicáveis aos menores e aos condenados adultos. Na verdade, os menores estavam sujeitos a castigos hoje considerados atrozes e desumanos, nomeadamente a penas de morte⁹, penas de prisão, penas corporais¹⁰, e ainda, o desterro. Reputamos significativo mencionar a inexistência de estabelecimentos especiais para menores, o que obrigava a juntar, nos mesmos locais insalubres e sem qualquer nível de conforto e educação, os menores abandonados, vadios, marginalizados e delinquentes, bem como os criminosos adultos.

Ora, este regime, transversal tanto às Ordenações Manuelinas, como às Filipinas, assentava numa ideia de realização da justiça, sem qualquer proteção ou recuperação dos menores. Por isso, afirma Ernesto Candeias Martins que “o sistema rudimentar do nosso direito penal de menores anterior à codificação penal (1852) julgava irresponsável o menor pela sua pouca idade ou falta de malícia, mas a lei, se o isentava da pena, não o curava ou reeducava da sua sorte. Pouco importava ao sistema que o menor continuasse a delinquir, que não corrigisse as suas tendências ou que continuasse a viver em um ambiente, familiar, social e educativo, de promiscuidade que o não formara ou mal formara o seu carácter”¹¹.

As primeiras mudanças de paradigma verificaram-se, ainda que timidamente, no século XVIII, período em que a criança, percebida como um ser incompleto e imperfeito, tinha a possibilidade de se transformar num adulto capaz através da instrução e observação dos preceitos morais, religiosos e sociais¹². O período Iluminista, de rutura com o *status quo* medieval, difundiu os ideais de existência de direitos humanos básicos e inalienáveis, inerentes à dignidade da pessoa

⁸ *Ibidem*, p.82.

⁹ Aos menores de dezassete anos não poderia ser aplicada a pena de morte. Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil. Do internamento para a liberdade: primeiros passos para inserção social dos jovens”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. Ano 26, nºs 1 a 4 (2016), p.439.

¹⁰ Os menores de catorze anos gozavam de isenção dos tormentos.

¹¹ Cf. MARTINS, Ernesto Candeias – “Menores Delinquentes e Marginalizados (Evolução da Política Jurídico...” . ob. cit., pp.84- 85.

¹² Cf. MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, “As mutações do estatuto jurídico da...” . ob. cit., p.123.

humana. É no decurso do século XIX, com o surgimento de novas ciências¹³, que o fenómeno da criminalidade infantil se torna objeto de estudo, dando lugar ao desenvolvimento de teorias que encaram o dito fenómeno como uma dimensão da vida social e não meramente um facto jurídico. É com este alvor liberalista que começaram a despontar, através da forte influência da Escola Nova, processos de prevenção, reeducação e reinserção social dos menores delinquentes¹⁴.

3. A Lei de Proteção da Infância de 1911

Anterior à consagração da Lei de Proteção da Infância de 1911 foram publicados os três códigos penais, mormente os Códigos de 1837, 1852 e 1886, os quais refletiam as novas ideias de correção e recuperação do menor. Estes prescreviam um período de inimizabilidade absoluta até aos sete anos de idade, nos códigos de 1837 e 1852, e de dez anos, no de 1886.

Contudo, até aos catorze anos de idade, a imputabilidade do menor estava dependente da sua capacidade de discernimento¹⁵. Destas compilações sobrelevamos ainda a inserção de penas extraordinárias, que substituíam as penas mais graves por penas de prisão por tempo determinado¹⁶. Com o nascimento da 1ª República, ergueu-se um momento de viragem e de transformação a nível do Direito dos Menores.

Assim, é promulgado, em 27 de maio de 1911, pelo Governo Provisório da República Portuguesa, sob projeção do Padre António de Oliveira, o diploma que revolucionou o Direito dos Menores - a Lei de Proteção da Infância¹⁷. Se, por um lado, refletia o progresso das ciências

¹³ Nomeadamente, a pedagogia, psicologia, pedologia, medicina infantil, entre outros.

¹⁴Cf. MARTINS, Ernesto, "A problemática socioeducativa e da reeducação dos menores abandonados e inadaptados entre 1871 e 1962". In *I Congresso Luso-Brasileiro de História da Educação - Atas*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian (1996), p.120.

¹⁵Cf. MARTINS, Ernesto Candeias - "Menores Delinquentes e Marginalizados (Evolução da Política Jurídico...". ob. cit. p.95.

¹⁶A Casa Pia, fundada em 1780, tinha, inicialmente, uma função detentiva e correccional. Conforme explica DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa e os seus modelos - um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora (2005), pp.100-105, a Casa de Detenção e Correção de Lisboa apenas começou a funcionar em 1872 e tinha como objetivo acolher rapazes com idade inferior a dezoito anos, presos preventivamente, condenados a pena de prisão ou a pena de prisão correccional. Continua este Autor afirmando que este estabelecimento visava a expiação do crime através do cumprimento da pena, sem a influência dos delinquentes adultos e sob condições de educação e trabalho que permitiam a sua reabilitação. Em 1895, 1903 e 1905 entraram em funcionamento, respetivamente, a Escola Agrícola de Vila Fernando, a Casa de Detenção e Correção para o sexo feminino e a Casa de Detenção e Correção de Vila do Conde. A intervenção destas instituições procurava, por um lado, e instrução do menor de forma a que adquirisse competências que assegurassem a sua subsistência, e por outro, a repressão das condutas que não se adequassem à vida em sociedade.

¹⁷ Conforme proclama GERSÃO, Eliana, "Um século de Justiça de Menores em Portugal (no centenário da Lei de Protecção à Infância de 1911)". In ANDRADE, Manuel da Costa [et. al.] [org.] - *Direito Penal - Fundamentos dogmáticos e político-criminais (Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld)*. Coimbra: Coimbra Editora (2013), pp.1370, a Lei de Protecção à Infância é "uma lei

emergentes¹⁸, da filantropia e do idealismo peculiar da 1ª República, não pode deixar de ser vista como fruto das concepções positivistas¹⁹ predominantes em matéria penal e criminológica²⁰.

A Lei de Proteção da Infância (doravante LPI) circunscrevia a sua atuação aos menores de idade inferior a dezasseis anos, em perigo moral, desamparados, criminosos, indisciplinados e anormais patológicos. Não abrangia, exclusivamente, os menores que cometiam crimes, mas revelou-se uma lei de proteção de toda a infância²¹. É marcada por um cunho fortemente preventivo e protecionista²², assente no resgate da criança de meios potencialmente degenerativos e na sua cura e recuperação, através da educação e do trabalho²³, para que esta se torne um cidadão útil à comunidade²⁴.

Outro traço característico deste diploma é o da intervenção estadual independentemente da verificação do ato criminoso, porquanto se entendia que Estado deveria intervir logo que o comportamento do menor evidenciasse deficiências que necessitavam de assistência e correção²⁵. Para além disso, frisamos o carácter individualizado das decisões tomadas pelo julgador, o qual deveria ter em consideração a situação pessoal do menor, as suas carências educativas e, especialmente, o seu superior interesse, nos termos do artigo 2º da LPI²⁶.

cuja publicação devem saudar e deveríamos ter comemorado devidamente no centenário da República". A propósito da evolução da justiça de menores em Portugal, cf. AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina, "La Justice des Mineurs: L'Expérience Portugaise". In *Déviance et Société*. Vol. 26. (2002/3), pp. 355-364 e AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina, "La justice des Mineurs au Portugal: risque, responsabilité et réseau". In CARTUYVELS, Yves – *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions néolibérales*. Paris: L'Harmattan (2007), pp. 229-246.

¹⁸ Tal como anteriormente indicado, a pedagogia, psicologia, pedologia, medicina infantil, entre outros. Explica AFONSO, José António, "O nascimento de uma instituição educativa republicana: a Tutoria. Argumentos científicos e pedagógicos." In *História – Revista da FLUP*. Porto. IV série, vol. I (2011), p.189, que o nascimento da LPI "está subordinado a concepções que defendem que os factores biológicos determinam os comportamentos criminais".

¹⁹ Cf. GERSÃO, Eliana, "Um século de Justiça de Menores em Portugal..." ob. cit., p. 1365 e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit., p.145. Cf. ANDRADE, Silvana Francisca Ferreira, *O processo tutelar educativo: aspetos divergentes e convergentes com o processo penal português*. Braga: Universidade do Minho, 2017. Dissertação de Mestrado.

²⁰ Cf. GERSÃO, Eliana, "Menores agentes de infracções criminais – que intervenção? Apreciação crítica do sistema português". In *Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia – 1984*. Coimbra (1988), p.624.

²¹ Como explica GERSÃO, Eliana, "Um século de Justiça de Menores em Portugal ..." ob. cit. pp. 1368-1369. A este propósito, cf. GUERRA, Paulo; FURTADO, Leonor, *O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço*. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários (2001), pp. 27-29.

²² Cf. artigos 1º e 2º da LPI.

²³ AFONSO, José António, "O nascimento de uma instituição educativa republicana..." ob. cit. p.184.

²⁴ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.147.

²⁵ A LPI, embora baseada nas "ideias de prevenção e de tratamento, continha algumas barreiras impeditivas de abusos. Distingua as formas de intervenção para menores em perigo e para menores delinquentes." – cf. GERSÃO, Eliana, "Um século de Justiça de Menores em Portugal..." ob. cit. p.1370.

²⁶ O que explicava a aplicação de medidas de duração indeterminada e a possibilidade de alteração das medidas decretadas.

Seguindo de perto António Duarte-Fonseca, “[o] grande mérito deste diploma assentou no facto de ter retirado do âmbito do direito penal os menores de idade inferior a 16 anos, agentes de crimes e de contravenções, sujeitando-os a uma jurisdição especializada (a tutoria) e ao cumprimento de decisões, apesar de tudo, diferentes das penas comuns”²⁷. No entanto, não poderemos deixar de referir a existência de menores esquecidos na prisão e de outros que tinham transitado da casa de correção para a prisão por mau comportamento²⁸.

1.1. A Tutoria da Infância

A citação supramencionada é o mote de apresentação de uma das instituições criadas pela LPI, a Tutoria da Infância²⁹. O legislador pretendendo, por um lado, que a opinião pública não representasse a intervenção das Tutorias como punitiva e repressiva, abdicou do uso da palavra tribunal, por ter entendido que o uso de tal significante poderia despertar conceções incompatíveis com o objetivo protecionista e educativo do regime³⁰. Por outro lado, almejava que tais instituições funcionassem com proximidade aos jovens, com um carácter de prevenção e cura de problemas, de forma a evitar a sua repetição³¹.

Trata-se, assim, de um tribunal coletivo, “central ou comarcã”³², composto por um juiz de carreira, que assumia a presidência, e por dois juizes adjuntos, um dos quais médico e o outro professor³³, que, conforme dispõe o art. 2.º da LPI, se destinava a “guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes”, incumbindo-lhe funções de julgar as causas cíveis e criminais, prescrever medidas de colocação definitiva, guarda, vigilância, tratamento, educação ou tutela, conjugar, no interesse dos menores, a sua ação educativa e moralizadora com a das instituições, recolher, examinar e registar as informações dadas por estas

²⁷ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.145.

²⁸ TOMÉ, Maria Rosa Ferreira Clemente de Morais, “A Cidadania Infantil na Primeira República e a Tutoria da Infância. A Tutoria de Coimbra e do Refúgio Anexo”. In *Revista de História da Sociedade e da Cultura*. Vol. 10 (2010), pp. 495-496.

²⁹ A função do tribunal era complementada por outras instituições públicas e privadas. Neste sentido, é criada a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças.

³⁰ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.148. Neste sentido, TOMÉ, Maria Rosa Ferreira Clemente de Morais, “A Cidadania Infantil na Primeira República e a Tutoria da Infância...” ob. cit. p.491.

³¹ *Idem*. Duarte Fonseca menciona que a intervenção das Tutorias deveria “prescrever um processo de higiene curativa” de maneira a evitar e reiteração dos comportamentos desviantes.

³² Cf. artigo 3º da LPI.

³³ A composição multidisciplinar deste Tribunal permitia ao julgador obter uma visão global da personalidade e da situação pessoal do menor.

instituições, relativamente aos menores sob a sua tutela, entre outras. Junto de cada Tutoria estava presente um agente do Ministério Público cuja função era a de intervir e promover em todos os casos previstos na LPI, bem como assistir às sessões.

Inicialmente, a competência territorial da Tutoria da Infância estava circunscrita à área de Lisboa, tendo-se alargado, apenas um ano depois da entrada em vigor da LPI, à cidade do Porto. Seria apenas no ano de 1925, com a aprovação do Decreto nº 10767, que o regime introduzido pela LPI passaria a ter aplicação em todo o território nacional o que, concludentemente, representou um abandono definitivo do emprego das penas previstas no Código Penal a menores de dezasseis anos de idade³⁴.

Importa atentar, realçando o já dito anteriormente, que a ação das Tutorias abrangia, indistintamente, os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes. Significa isto que, para a definição do menor delinquente, a prova da prática de atos delituosos pouco importava, funcionando como mero indicador da perigosidade social, porquanto o que era verdadeiramente levado em conta pelo julgador eram os fatores de ordem subjetiva, ou seja, a manifestação, relevada através de exames e inquérito³⁵, de distúrbios comportamentais e tendências criminosas.

1.2. Medidas aplicáveis aos menores delinquentes

O menor delinquente é caracterizado, na LPI, como aquele que foi julgado autor de uma contravenção ou autor, encobridor ou cúmplice de um crime, punido, respetivamente, por um regulamento, postura ou lei penal, nos termos definidos pelo artigo 62.º. Ora, este diploma previa a aplicação de medidas correcionais, que visavam a reeducação do menor para o futuro³⁶.

No que diz respeito aos menores com mais de nove e menos de treze anos de idade, julgados como autores, encobridores ou cúmplices de um crime previsto no Código Penal, ao qual correspondesse uma pena correcional ou uma pena maior, a Tutoria, levando em consideração a

³⁴ É importante relembrar que, em 26/9/1924, Portugal subscreveu a Declaração de Genebra, adotada como Carta dos Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas.

³⁵ Esta avaliação era realizada nos Refúgios através da sujeição do menor a exames antropológicos, médicos e pedagógicos o que leva António Duarte-Fonseca a caracterizar estas instituições como verdadeiros “viveiros laboratoriais” – cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit., p.188. Segundo AFONSO, José António, “O nascimento de uma instituição educativa republicana...” ob. cit. p.189, a ideologia presente na LPI encontrava-se subordinada a “concepções que defendem que os factores biológicos determinam os comportamentos criminais”.

³⁶ A este respeito, cf. CANDEIAS, Marisa; HENRIQUES, Hélder, *1911/2011 – Um século de Proteção de Crianças e Jovens*. Portalegre: Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre (2012), pp.7-10.

idade, instrução, profissão, saúde, abandono, perversão, natureza do crime e circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como a situação social, moral e económica dos pais ou tutores, podia optar pela sua absolvição com repreensão (ficando o facto registado), absolvição com repreensão e entrega, ficando os pais ou tutores obrigados, durante um a dois anos, a garantirem o bom comportamento do delinquente e a sua frequência regular em escola ou oficina, aplicação de uma multa, paga pelos pais ou tutores³⁷, colocação em liberdade vigiada, detenção até 60 dias em Refúgio da Tutoria³⁸, entrega a uma instituição federada ou de assistência que o aceite ou reclame para ser colocado em casa de uma família adotiva ou internado em estabelecimento de educação e ainda, ser internado numa Escola Reforma do estado. Prescrevia o art. 64º da LPI que estas disposições seriam igualmente aplicáveis aos menores com mais de treze e menos de dezasseis anos de idade, que fossem julgados como autores, encobridores ou cúmplices de um crime ao qual correspondia uma pena correcional³⁹.

Por sua vez, no que concerne aos delinquentes com idade superior a treze e inferior a dezasseis anos, julgados como autores, encobridores ou cúmplices de um crime ao qual correspondia uma pena maior, a Tutoria, tendo em linha de conta os fatores supra referenciados, podia optar pela aplicação das opções indicadas no artigo 63.º ou preferir o emprego das seguintes: detenção em Casa de Correção até, no máximo, um ano; detenção em Casa de Correção por um ano, extensível por um período indeterminado, no mesmo estabelecimento ou em Escola de Reforma; ou, ainda, detenção até cinco anos em Casa de Correção, prorrogável nos termos anteriormente indicados.

Ora, a cessação do internamento decretado não era previamente determinada mas teria, quase sempre, lugar à data da maioridade ou emancipação. António Carlos Duarte-Fonseca reconhece neste regime de institucionalização dos menores o expoente das ideias de prevenção republicanas, cujo objetivo fundamental era a “orientação vocacional e preparação de operários e de serviçais domésticos ou agrícolas, através do trabalho útil nestas áreas, de uma preparação escolar elementar e de uma preparação física, praticamente subordinada às necessidades

³⁷ Exceto se estes fossem autores, encobridores ou cúmplices do crime do filho ou pupilo.

³⁸ Os Refúgios das Tutorias, que funcionavam junto de cada Tutoria, revestiam uma tripla função de medida cautelar, de medida definitiva e de medida substitutiva. Destinavam-se, em primeira linha, à observação e exame dos menores recolhidos, mas também acolhiam menores condenados.

³⁹ Cf. artigo 63º da LPI.

importas pela preparação profissional, bem como de um regime de disciplina tão rigoroso quanto o necessário”⁴⁰.

A LPI é, inegavelmente, uma lei inovadora que inspirou o sistema jurídico português no decurso do século XX. Por se tratar de um regime que abrangia as mais diversas situações de vida em que o menor se encontrasse evidenciava-se demasiado paternalista e invasivo da vida do próprio menor e da sua família. No entanto, reconhecemos que o mérito desta lei reside no afastamento dos menores de idade inferior a 16 anos, agentes de crimes ou contravenções, do direito penal de adultos, adotando um sistema próprio de medidas que o afastavam do meio prisional e das suas consequências nefastas. No entanto, destacamos que a LPI desresponsabilizou o menor pela prática de factos ilícitos, atribuindo culpas às carências e necessidades afetivas e sociais demonstradas pelo agente, o que, mais uma vez, demonstra o carácter exuberantemente protecionista deste sistema.

Ora, apesar de empregar de meios considerados, atualmente, repressivos e pouco ortodoxos, a LPI procurou educar e reintegrar os menores na sociedade, de forma a que, no futuro, se tornassem cidadãos úteis à comunidade e cumpridores das normas jurídicas. Mais, a inaplicabilidade de penas de prisão e de medida de coação de prisão preventiva a menores de 16 anos implementou um “dado cultural do país, que não é posto em causa, e que deve ser salvaguardado, seja qual for a evolução do sistema”⁴¹. Neste sentido, reconhecemos méritos inegáveis a este regime que é, incontornavelmente, fruto do seu tempo e das compreensões de variadas ciências sócio-jurídicas.

2. Organização Tutelar De Menores: consagração do modelo de proteção

Decorridos cerca de cinquenta anos desde a promulgação da Lei de Proteção à Infância, eram manifestas as numerosas deficiências sistémicas, bem como a necessidade de dar resposta a novas interrogações que surgiram com o decorrer do tempo e da história.

O regime consagrado pela LPI foi, indiscutivelmente, um regime protecionista que, contudo, assumia uma vertente negativa, repressiva. Precisamente por isso, entendeu o legislador que este

⁴⁰ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit., pp.159-160.

⁴¹ Cf. GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções – Interrogações acerca de velhas e novas respostas”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. Ano 4 (1994), p.246.

regime apresentava graves deficiências que necessitavam ser colmatadas. Por isso, principia por sustentar que a “única forma de eliminar por completo, como convém, os vestígios do espírito repressivo do antigo sistema e de manter, em toda a sua plenitude, o carácter tutelar e educativo do novo direito criminal de menores consiste em abolir a distinção entre reformatórios e colónias correcionais, afastando inclusivamente da nomenclatura dos estabelecimentos toda a terminologia capaz de ressuscitar no espírito dos internados ou no sentimento do público antigos conceitos de sofrimento, de reprovação social ou de responsabilidade moral do menor”⁴². Acontece que, para além de censurado o uso desmedido das medidas de internamento e suscitadas deficiências intrínsecas a este internato, era gritante a falta de adaptação das medidas utilizáveis à finalidade essencial de reeducação dos menores.

Neste contexto, é criada a Organização Tutelar de Menores⁴³, assente num modelo de proteção, com um cunho, que se pretendia, positivo⁴⁴. As normas constantes deste diploma, que não reveste natureza nem cível, nem penal, regulavam a intervenção judiciária junto dos menores com idade inferior a 16 anos⁴⁵, que se encontrassem inseridos na categorização exposta nos artigos 17º, 18º e 19º da Organização Tutelar de Menores (doravante OTM), a saber: sujeitos a maus tratos, abandono ou desamparo⁴⁶; que demonstrassem, através de comportamentos ou tendências, dificuldades de adaptação à vida social; que se entregassem à mendicidade, vadiagem, prostituição ou libertinagem; que fossem agentes de qualquer facto qualificado como crime ou contravenção; quando, apesar de terem idade superior a 16 anos, indiciassem estar gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento de educação ou assistência em que se encontrassem internado; para além disso, quando cometessem infração criminal durante o cumprimento de medida tutelar, podia o tribunal conhecer dela para rever a execução da medida.

⁴² Cf. Decreto-Lei nº 44 287, de 20 de abril de 1962, disponível em <https://www.cnpdpj.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/legislacao-revogada-historica/diplomas-revogados/reforma-dos-servicos-tutelares-de-menores.aspx>, p.481.

⁴³Promulgada pelo Decreto-Lei nº 44 288 de 20 de abril de 1962.

⁴⁴ A este propósito consultar, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos. Breve enquadramento jurídico internacional”. In VIDAL, Joana Marques [coord.], *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), p.21, bem como MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, “As mutações do estatuto jurídico da...”. ob. cit., p.137.

⁴⁵ Até 1978 não estava previsto qualquer limite etário mínimo para a intervenção judiciária, exceto no que diz respeito às medidas de internamento, que não poderiam ser aplicadas a menores com idade inferior a 9 anos (cf. artigo 24º). Com a revisão de 78, a intervenção preconizada pela OTM é restringida aos menores com mais de 12 e menos de 16 anos de idade, excetuando os casos em que os pais ou representantes não aceitassem a intervenção tutelar ou reeducativa de instituições oficiais ou oficializadas não judiciárias ou estas instituições admitissem que o menor agiu com discernimento na prática do facto qualificado como crime.

⁴⁶ Posteriormente alterada em 1967, a OTM deixou de conter esta disposição.

Ora, a legitimidade da intervenção estadual fundava-se, precisamente, numa visão de Estado-Providência, que abarcava em si a função de proteção e educação destes menores, conferindo um tratamento unitário e equivalente a menores que se encontram em situações antagónicas⁴⁷. O procedimento é excessivamente simplificado e alheio ao reconhecimento de direitos, garantias e meios de defesa em virtude de os menores, para além de não poderem ser representados por advogado, não tinham a possibilidade de serem ouvidos ou de apresentar provas e argumentos⁴⁸.

2.1. A aplicação de medidas de proteção, assistência e educação

Conforme explícito no artigo 1.º, o fim último deste diploma era a proteção judiciária dos menores no domínio da prevenção criminal. Significa isto que os menores com idade inferior a 16 anos, enquadrados nas situações descritas pelos artigos 17.º, 18.º e 19.º, eram entendidos como pré-inadaptados, inadaptados, marginalizados ou delinquentes, representando, conseqüentemente, um perigo presente e futuro para a sociedade.

Por isso, a aplicação de medidas tutelares tinha subjacente as seguintes condições: em primeiro lugar, a finalidade deveria ser a prevenção dos comportamentos apresentados através da assistência e educação; em segundo lugar, na escolha da medida o julgador rege-se-ia pelo princípio da individualização da medida, ou seja, pela sua adequação à personalidade do menor e às circunstâncias do caso (cf. n.º 2 do artigo 16.º); por fim, era imperativo avaliar a subsistência da necessidade de intervenção no momento em que a medida fosse aplicada porquanto o ato em concreto era desvalorizado, sendo apenas sintomático da inadaptação social e, por conseguinte, da carência de proteção e educação do menor⁴⁹.

⁴⁷ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit., p.280, refere que à “aplicação indiferenciada das medidas tutelares a menores delinquentes e a menores que se considerasse manifestarem tendências criminosas ou terem propensão acentuada para a paradelinquência ou para a indisciplina, correspondia a indiferenciação dos estabelecimentos de reeducação relativamente à problemática em causa em cada menor. Assim, nestas instituições concentravam-se tipos e graus de inadaptação social e de delinquência muito diversos, tendo apenas como denominador comum o desfavor da origem e condição social”; neste mesmo sentido, o Autor afirma que o argumento apresentado pelo legislador para justificar este modelo de intervenção consistia em não ver bondade em constituir artificialmente comunidades de delinquentes, onde as tendências individuais ditariam as regras.

⁴⁸ Cf. GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?...” ob. cit., p.244. De igual modo, GERSÃO, Eliana, “Um século de Justiça de Menores em Portugal ...” ob. cit., pp. 1371-1375.

⁴⁹ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.246, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora (2007), p. 597 e ainda CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit., p. 441.

Neste sentido, a OTM atribuiu aos tribunais tutelares de menores a possibilidade de aplicar, isolada ou conjuntamente, uma panóplia de medidas de natureza, conteúdo e gravidade distintas⁵⁰, a saber: admoestação; entrega aos pais, tutor ou pessoa encarregada da sua guarda; liberdade assistida; caução de boa conduta; desconto dos rendimentos, salário ou ordenado; colocação em família adotiva; colocação em regime de aprendizagem ou trabalho em empresa ou instituição; internamento em estabelecimentos oficiais ou particulares de educação ou assistência; recolha em centro de observação, por período não superior a quatro meses; colocação em lar de semi-internato; internamento em instituto médico-psicológico; internamento em instituto de reeducação.

As decisões de aplicação, suspensão, alteração ou cessação das medidas tutelares podiam ser revistas, parcial ou totalmente, a todo o tempo por iniciativa do tribunal, do curador ou por proposta do diretor do estabelecimento onde o menor se encontrasse internado.

2.2. A competência dos tribunais tutelares de menores após os 16 anos de idade

À primeira vista, o sistema tutelar instituído reportava-se exclusivamente aos menores até 16 anos, idade a partir da qual o tribunal competente para conhecer dos crimes praticados seria o tribunal criminal. No entanto, são múltiplas as normas consagradas na OTM que dizem respeito à competência do tribunal tutelar para conhecer de factos praticados por menores de idade superior à mencionada.

O n.º1 do artigo 20.º reconhece competência ao tribunal tutelar de menores para conhecer das situações descritas no artigo 17.º até ao menor completar 18 anos de idade; na eventualidade de o processo dar entrada depois de o menor atingir essa idade, era remetido para o tribunal criminal competente⁵¹. Mais, no que tange aos menores com mais de 16 anos de idade⁵², que se mostrassem gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento

⁵⁰ Inicialmente, não se encontrava consagrado um limite etário mínimo para a aplicação destas medidas, exceto no que concerne às medidas de internamento, que não poderiam ser aplicadas a menores de 9 anos de idade; a OTM de 1967 introduziu, no art. 13.º, um limite mínimo de 12 anos de idade, exceto nos casos preceituados no art. 14.º.

⁵¹ Não podemos deixar de constatar que, no n.º2 do art. 20.º se encontra consagrada uma regra dirigida ao juiz penal e não ao juiz tutelar e de questionar se tal fará sentido.

⁵² A revisão de 1978 estabeleceu a idade de 14 anos.

de educação ou assistência em que se encontrassem internados, era atribuída competência aos tribunais tutelares para aplicarem as medidas previstas no artigo 21.º.

A OTM pouco esclarece acerca da interatividade entre o regime tutelar e o regime penal. Como se sabe, as medidas tutelares aplicadas cessavam apenas quando o menor atingisse os 21 anos, se antes o tribunal não lhes pusesse termo em virtude da manifesta ressocialização. Destarte, se, na pendência da execução da medida decretada, o menor com mais de 16 e menos de 18 anos de idade cometesse uma infração criminal, o tribunal tutelar podia, excecionalmente, ser competente para conhecer e tramitar o processo, que poderia originar uma revisão da medida em execução, tendo em consideração a personalidade do menor e as circunstâncias pouco graves do facto. Assim, embora os problemas de interatividade entre penas e medidas tutelares educativas se colocassem em relação à OTM não existia solução legal, salvo quando os menores, com mais de 16 anos sujeitos em cumprimento da medida de internamento, praticassem um crime⁵³.

Afigura-se imprescindível aludir ao artigo 22.º do diploma, que institui a possibilidade de internamento em prisão-escola ou estabelecimento equivalente para maiores de 18 anos de idade que, independentemente de não terem cometido qualquer crime, se mostrassem inadaptáveis ao regime dos institutos de reeducação. António Carlos Duarte-Fonseca alega que a medida tutelar transformava-se, assim, numa pena de prisão, aplicada sem emprego das garantias processuais penais, facto indicativo da subsistência do princípio da penalização dos menores ineducáveis encontrado na LPI⁵⁴. Esta previsão desapareceu aquando a revisão de 1978.

2.3. O descrédito do modelo de proteção

Com o avizinhar da viragem do século, começaram a ouvir-se inúmeras críticas ao modelo de proteção, adotado por Portugal e outros países europeus. No fim dos anos 80, tempo marcado por reestruturações económicas, progressivo desemprego jovem e sentimentos de insegurança da população relativos à delinquência juvenil, surgiram, por um lado, inúmeras vozes, de correntes

⁵³ DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais”. In FONSECA, António Castro Fonseca [coord.] [et. al.] – *Psicologia Forense*. Almedina: Coimbra (2006), pp. 370-371.

⁵⁴ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit., pp.277-178.

neoconservadores e de ideologia neoliberal, que apelavam a um endurecimento das reações jurisdicionais⁵⁵, mas também se propagaram os instrumentos internacionais de consagração de direitos dos menores. O cânone nacional não escapou às vastas opiniões críticas de magistrados, técnicos de reinserção social, entidades policiais, juristas, psicólogos, governantes e legisladores que pugnavam pela imperativa alteração de paradigma vigente⁵⁶.

São inúmeros os argumentos apontados pelos Autores para comprovar a falência deste sistema. As razões apresentadas eram, sobretudo, conjunturais e estruturais, ligadas às deficiências de conceção e aplicação, bem como às evidentes falhas organizativas e poucos recursos⁵⁷.

O argumento mais enunciado foi, certamente, o do tratamento unitário dos menores em perigo e dos menores que cometem factos qualificados como crime. Conforme aponta Eliana Gersão, a menor estigmatização dos jovens delinquentes foi conseguida a custo da estigmatização dos jovens em perigo, que se viam submetidos a um sistema para-penal e percecionadas pela opinião pública como, também, marginais⁵⁸. A mesma Autora realça que a aplicação da medida de internamento em estabelecimento tutelar era superior nas situações não criminais⁵⁹, sendo especialmente usada em crianças vítimas de maus-tratos⁶⁰, o que moldava este sistema num “poderoso mecanismo de selecção de menores das famílias socialmente mais vulneráveis (...) criminalizando a pobreza”⁶¹. Como não poderia deixar de ser, os Colégios de Acolhimento, Educação e Formação do Instituto de Reinserção Social não ficaram isentos de críticas, por manifesta desadequação em número e qualidade.

⁵⁵ Cf. CARTUYVELS, Yves, “A justiça penal de menores na europa: origens e perspetivas”. In PEDROSO, João [et. al.] [coord.] – *Justiça juvenil. A lei, os tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica (2017), pp.30-32.

⁵⁶Neste sentido, OLIVEIRA, Jorge, “Medidas Tutelares Educativas – uma visão institucional”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), pp. 364-365.

⁵⁷ A propósito das deficiências demonstradas na execução de medidas tutelares de internamento, cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Aspectos contraditórios do «modelo de protecção» na execução de medidas tutelares de internamento”. In VIDAL, Joana Marques [coord.] – *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), pp.200-219.

⁵⁸Cf. GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?...” ob. cit. pp.246-247. No mesmo sentido, veja-se também CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 541 e FONTES, Leonor Sarmiento de Sousa Machado, *Medidas Tutelares Educativas: uma intervenção penal encoberta?*. Lisboa. Universidade Católica Portuguesa (2014), pp.19-20. Dissertação de Mestrado.

⁵⁹O que muitas vezes originava uma sobrelotação dos estabelecimentos tutelares, levando a que os tribunais arquivassem liminarmente processos ou não aplicassem medidas institucionais a agentes de infracções criminais. A este propósito, cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.335.

⁶⁰Cf. GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?...” ob. cit. p.246.

⁶¹Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa...* ob. cit. p.334.

Igualmente criticável era a estrutura processual da OTM, incompatível com o Estado de Direito Democrático⁶², por ser excessivamente desformalizada, não acautelar o acesso ao direito e o direito de defesa constitucionalmente consagrados⁶³. Na verdade, e tal como *supra* enunciado, não era obrigatória a audição do menor (cf. artigo 45.º), o mesmo não era representado por advogado, nem podia apresentar provas. Para além disso, as medidas aplicadas podiam ser revistas a qualquer momento (cf. artigo 46.º), não se encontrando fixados critérios para suspensão da medida (cf. artigo 27.º), nem mecanismos de controlo efetivo da execução da mesma. Ora, “[a] lógica e o modelo protecionista entrou em crise por causa da ineficácia comprovada dos seus métodos, mas a origem dessa crise radica também no facto desse modelo ignorar o menor como sujeito capaz, com personalidade e direito a pronunciar-se em relação ao seu próprio comportamento, à apreciação que dele é feita pela instâncias formais de controlo e às medidas previstas que lhe poderão ser aplicadas”⁶⁴.

Do mesmo modo, o contexto histórico-legislativo que cerca a queda da OTM e a ascensão da Lei Tutelar Educativa não pode ser ignorado. Efetivamente, o século XX foi, indubitavelmente, o século da criança, no qual se multiplicaram variados instrumentos internacionais de reconhecimento dos direitos das crianças e jovens e regulação da atuação das instituições estaduais. Na sequência da proclamação, em 1924, da Declaração de Genebra dos Direitos das Crianças e da adoção, em 1959, da Declaração dos Direitos das Crianças⁶⁵, adotadas pelas Nações Unidas, foi ratificada por Portugal, em 1990, a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁶⁶.

Alguns anos antes, em 1985 foram adotadas, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens⁶⁷ (Regras de Beijing) que reconhecem a necessidade de dar atenção e assistências especiais aos menores, com vista ao desenvolvimento destes em condições de paz, liberdade e segurança e nas quais

⁶² Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 442.

⁶³ Afirma VIDAL, Maria Joana Raposo Marques, “Crianças, Jovens e Tribunais”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina (2010), p.114, que “tudo se decidia, muitas vezes, ainda que em seu nome e invocando a sua representação, num mundo povoado por adultos, sem que à criança fosse dada a possibilidade de se pronunciar, numa reafirmação, também aqui, da sua qualidade de objecto da intervenção judiciária”.

⁶⁴ Cf. GUERRA, Luís Filipe J. de Almeida, “Educação do menor para o direito – Um olhar sobre os seus fundamentos e objectivos”. In *POLITEIA – Revista do Instituto Superior de Ciência Policiais*. Lisboa: Almedina. Ano 3, nº1 (2006), p.106.

⁶⁵ Declaração dos Direitos das Crianças, disponível em <https://bit.ly/2DtvaTV>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

⁶⁶ Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC), disponível em <https://bit.ly/2KwCM30>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

⁶⁷ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens disponíveis em <https://bit.ly/2LnOA9o>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

constam normas e objetivos mínimos, designadamente disposições relativas ao tratamento judicial do infrator. No que à delinquência juvenil diz respeito, foram proclamados, já no ano de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, os Princípios Orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil⁶⁸ (Princípios Orientadores de Riade) e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade⁶⁹ (Regras de Havana), ambos os instrumentos propondo a fixação de critérios lineares e a adoção de políticas concertantes com as orientações fixadas. A nível europeu, destacamos a Resolução R(87) 20⁷⁰ do Comité de Ministros dos Estados-Membros, relativo às reações sociais à delinquência juvenil.

Destes textos jurídicos enfatizam-se as concretas prerrogativas impostas aos subscritores destes instrumentos, no que ao tratamento substantivo e processual aplicável aos menores diz respeito. Os objetivos fundamentais concentram-se na intenção de evitar que os jovens pratiquem ou reincidam na prática de factos ilícitos, na rejeição da ideia de que a penalização seja o caminho adequado porquanto se tratam de seres em formação, pelo que, conclusivamente, deverá imperar a ressocialização e reintegração dos jovens infratores, salvaguardando as necessidades e interesses da vítima. Advertem ainda para a importância da especialização dos intervenientes na Justiça, como meio de assegurar as garantias processuais e uma maior eficácia das medidas judiciais⁷¹.

Assim, apresentado o contexto histórico-legislativo que antecede a criação da Lei Tutelar Educativa não podemos deixar de reconhecer a sua importante influência para a modificação do paradigma legislativo vigente, que se apresentava caduco e necessitado de mudanças, por forma a abarcar todas as recomendações e obrigações subscritas.

⁶⁸ Princípios Orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, disponíveis em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principiosriade.pdf>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

⁶⁹ Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, disponíveis em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasprotecaojoovens.pdf>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

⁷⁰ Resolução R(87) 20 do Comité de Ministros dos Estados-Membros, relativo às reações sociais à delinquência juvenil, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52006IE0414>, consultado pela última vez em 15/03/2019.

⁷¹ Sobre isto, afirma VIDAL, Maria Joana Raposo Marques, “Crianças, Jovens” ob. cit. p.128, afirma que “[n]um mundo de comunicação em que a Criança vai ocupando a centralidade é tempo de acabar com as menoridades, chamando as coisas pelos nomes: Direito das Crianças e Jovens e das Famílias – Tribunal das Crianças e Jovens e das Famílias”.

3. Lei Tutelar Educativa: um modelo educativo e de responsabilização

3.1. O processo de criação da Lei Tutelar Educativa

Notório que era o momento de crise vivido, o então Ministro da Justiça, José Vera Jardim, cria, em 1996, a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas⁷², cujos objetivos genéricos passavam pela análise do sistema de execução de penas e medidas e a apresentação de propostas de natureza legislativa e institucional que visassem a eficácia do referido sistema.

Reconhecendo a imperativa necessidade de revisão da OTM, “adaptando-a às condições do mundo de hoje”, a Comissão foi incumbida de, por um lado, rever as políticas de justiça juvenil, criando “novos meios de intervenção face aos menores agentes de infracções” e, por outro lado, proceder ao aperfeiçoamento e diversificação das “formas de apoio/tratamento (...) distinguindo situações de disfuncionalidade ou carência social de outras que se relacionam com a delinquência juvenil”⁷³. Estava assim iniciada a reforma do sistema tutelar de menores, a qual originaria, anos mais tarde, a criação de dois regimes jurídico-legais distintos para tramitação de situações de carência social e de delinquência juvenil e que, indubitavelmente, constituiu um marco legislativo no Direito dos Menores⁷⁴.

A Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas elaborou dois relatórios, apresentando inúmeras conclusões e propondo um “sistema jurídico constitucionalmente legítimo, teleologicamente ordenado aos problemas sociais que visa resolver e dotado de coerência dogmática e de eficácia funcional”⁷⁵.

De entre as críticas apresentadas ao modelo da OTM, destacam-se as que concernem à desconsideração das necessidades e expectativas diversas em relação a jovens delinquentes e a jovens carentes de proteção, o desrespeito do processo tutelar pelas previsões constitucionais e

⁷²Através do Despacho n.º 20/MJ/96, de 30 de janeiro de 1996, publicado em DR, II Série, n.º 35, de 10 de fevereiro de 1996. A Comissão era composta pela Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Juizes Conselheiros José Gonçalves da Costa e Manuel Marques Ferreira, Juiz Desembargador José Vítor Soreto de Barros, Procurador da República Rui Lisboa Epifânio e pelos Senhores Doutores Eliana Gersão, Pedro Caeiro e José Martins Carlos.

⁷³Relatório disponível em <https://www.portugal.gov.pt/media/464045/GC13.pdf>.

⁷⁴A este propósito, cf. FIALHO, Anabela Raimundo; FELGUEIRAS, Belmira Raposo, “A intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa – Caminhos que se cruzam”. In *Julgar*. Lisboa. n.º 11 (2010), pp. 90-101 e VIDAL, Maria Joana Raposo Marques, “Processos tutelares: que articulação?”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Direito Tutelar de Menores – o sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora (2002), pp. 159-173.

⁷⁵ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora (2003), p.419.

de direito internacional, em matéria de garantias, bem como o facto de o sistema vigente não respeitar a função de prevenção criminal, através da responsabilização do menor praticante de um facto qualificado como crime⁷⁶. A Comissão propôs uma transformação do paradigma do sistema tutelar de menores, principiando com a devida alteração legislativa.

Na sequência do relatório final apresentado por esta Comissão, e após ampla discussão pública, é apresentada, em outubro de 1997, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 193/97 que versa sobre o desenvolvimento de um processo interministerial e interinstitucional de reforma do sistema de proteção de crianças e jovens em perigo e consigna a elaboração de legislação sobre essa matéria. A responsabilidade pelo cumprimento deste e outros objetivos cabia à Comissão de Reforma da Legislação de Proteção de Crianças e Jovens em Risco, composta por cinco individualidade, duas nomeadas pelo Ministro da Solidariedade e Segurança Social, duas pelo Ministro da Justiça e uma pelo Alto-Comissário para as Questões da Promoção da Igualdade e da Família.

Por seu turno, o Ministro da Justiça, através do Despacho n.º 1021/98 de 31 de dezembro de 1997⁷⁷, cria a Comissão de Reforma da Legislação sobre o Processo Tutelar Educativo⁷⁸, conferindo-lhe a tarefa de elaboração do projeto legislativo sobre o processo tutelar educativo, o qual deveria conter: a definição de situações objeto de intervenção; fins e pressupostos da intervenção, regime processual, medidas e execução de medidas. Incumbe ainda a Comissão de rever o Regime Penal aplicável a Jovens Delinquentes⁷⁹.

Concluídos os trabalhos referentes a um novo processo tutelar educativo, é apresentada a Proposta de Lei n.º 266/VII, que veio a ser aprovada e promulgada em 2 de julho e 26 de agosto de 1999, respetivamente. Após publicação e referenda nesse mesmo ano, viria a entrar em vigor no dia 1 de janeiro de 2001, através da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro.

⁷⁶ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar...* ob. cit. pp. 416-417.

⁷⁷ Disponível em <https://www.cnpdpci.gov.pt/...reformas.../despacho-102198-de-31121997-pdf.aspx>.

⁷⁸ Fazem parte da Comissão de Reforma da Legislação sobre o Processo Tutelar Educativo a Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, que a preside, Doutora Maria Joana Marques Vidal, Doutora Eliana Gersão, Doutor António Carlos Duarte Fonseca, Doutora Manuela Batista Lopes e Doutora Maria Teresa Trigo de Sousa.

⁷⁹ Regime instituído pelo DL n.º 401/82, de 23 de Setembro que, apesar de tudo, não sofreu qualquer alteração desde a sua criação.

3.2. Consagração de um modelo de “terceira via”

O caráter sincrético do modelo de proteção foi, novamente, asseverado na exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII. Ora, se o legislador, por um lado, pugna pela sua substituição, por outro não concebe a adoção de um modelo de justiça pura. Na verdade, Anabela Miranda Rodrigues discorda da consagração de um “sistema extremo «bifurcado puro» de justiça”⁸⁰, enaltecendo a necessidade de encontrar um modelo que “harmonize em si a salvaguarda dos direitos do menor – o que conferirá legitimidade à intervenção – a satisfação das expectativas comunitárias em relação aos menores infractores – o que conferirá eficácia à intervenção”⁸¹. Portugal escapou à onda de endurecimento das reações penais, que se verificava desde o fim da década de 80 em alguns países europeus.

O modelo de justiça, também ele distintivo dos menores em perigo e dos menores delinquentes, subordina estes últimos a reações penais, determinadas em função do facto criminoso praticado, o qual constitui o fator último de legitimação da intervenção estadual repressiva⁸². Ora, a submissão de menores a penas tem subjacente, essencialmente, a necessidade de defesa social e a conceção da pena na sua função ético-retributiva⁸³. Processualmente, ostenta um quadro formal e estruturado, preservador das garantias do processo penal sendo, também por isso, descrito como o “verdadeiro direito penal dos pequeninos”⁸⁴.

Na Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, é possível observar um modelo educativo e de responsabilização, que “procura uma conciliação entre a retirada do menor da esfera de intervenção do sistema penal – dado relevo, aí, aos méritos oriundos da ideia

⁸⁰ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os modelos de intervenção institucional...” ob. cit. p.23. Neste mesmo sentido, pronunciou-se igualmente GERSÃO, Eliana, “A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. n.º7 (1997), pp. 580 e ss, defendendo a adoção de um sistema que “impeça os abusos do sistema de «protecção», nomeadamente reconhecendo aos menores as garantias concedidas aos adultos pelo direito constitucional, pelo direito processual e pelo próprio direito penal (...) mas que simultaneamente salvaguarde a herança positiva do modelo de «protecção», em especial a natureza educativa das medidas aplicáveis e a profunda consideração dos «interesses da criança» ao longo de todo o processo”.

⁸¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os modelos de intervenção institucional...” ob. cit. p.23.

⁸² *Ibidem*, p.21.

⁸³ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar Educativa”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. n.º 104 (2005), p. 48.

⁸⁴ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 447. MARTÍN, Julián Carlos Ríos, “Juriscicción de menores en Espanã: Hacia una intervención no punitiva” In VIDAL, Joana Marques [coord.] – *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), p.32, afirma que a Convenção de Direitos das Crianças consagra que estas devem ser educadas com espírito de paz, liberdade, dignidade e solidariedade, valores contrários aos do sistema penal, o instrumento mais violento de todo o sistema social. Ora, embora concebamos imperativo a não submissão dos menores ao sistema penal, é certo que nos parece extremo a afirmação de os valores acima referidos não fazem parte do seu quadro de referências.

de protecção –; e o reconhecimento do menor como responsável – aproximando-o, por esse lado, ao modelo de justiça penal, nomeadamente, desencadeando o arsenal garantístico que o caracteriza no plano processual”⁸⁵.

Significa isto que a LTE procura beber das virtudes de cada um destes sistemas para construir um modelo que dê respostas adequadas às necessidades reveladas. Contudo, não abdica de se inspirar no direito penal, desde logo, pela identificação de um núcleo de valores cujo desrespeito legitima a intervenção estadual.

Vejamos, a vida em comunidade pressupõe a existência de um mínimo ético, ou seja, um conjunto de valores essenciais e regras mínimas de convivência às quais todos os cidadãos devem obediência e que, em caso de violação, suscitam reações estaduais de controlo social, operadas, *in casu*, através do direito penal⁸⁶. Em caso de violação das normas, os menores, que já atingiram certa idade, não poderão deixar de ser responsabilizados e isso acontece por dois motivos. Em primeiro lugar, o Estado tem o direito e dever de intervir corretivamente, em benefício dos menores, fornecendo educação, para que interiorizem as normas e valores comunitários e se abstenham, futuramente, de praticar uma nova transgressão. A esta missão acresce outra, de importância subsidiária e complementar, que é a conformação com as exigências comunitárias de segurança e paz social, que o Estado não pode deixar de atender só porque a ofensa provém de um menor.

Neste sentido, a Lei Tutelar Educativa é formada por conceitos e valores como os da dignidade da pessoa humana, de responsabilidade e interesse do menor, estes associados às exigências de educação e proteção e ainda, de ideias de imposição de segurança e paz social na comunidade⁸⁷. É, naturalmente, um sistema tutelar porquanto atende aos imperativos constitucionalmente consagrados de proteção estadual da infância e juventude, e ainda um sistema educativo porque pretende, através da educação para o direito, prevenir futuras infrações, o que se demonstra igualmente benéfico para a comunidade⁸⁸.

⁸⁵ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar...” ob. cit. p.49.

⁸⁶ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 21, nº 83 (2000), p.108.

⁸⁷ Cf. Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar...” ob. cit. p.49. A este respeito, MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...” ob. cit. p.120, ensina que “Educar para o direito não é, portanto, em primeira linha, defender a sociedade. É, sobretudo, ajudar alguém para que possa ser um cidadão adaptado, sem o que, como antes se viu, a felicidade só será acessível aos outros”.

⁸⁸ *Ibidem*, p.114. A este respeito ver ainda, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 452.

Nesta sede não pretendemos esmiuçar pormenorizadamente a LTE, bastando esta singela referência a este diploma enquanto modelo, com características distintivas dos modelos anteriormente abordados e marcante na esfera do Direito dos Menores português. No entanto, desde já, destacamos o nosso apreço por este modelo que procura conciliar o superior interesse do menor, numa acessão educativa e não paternalista, e as expectativas da comunidade, através da formação de jovens-adultos cumpridores, no futuro, das normas comunitárias.

O II Capítulo, por seu turno, contemplará uma abordagem integral e aprofundada da LTE, com exame da sua natureza jurídica, pressupostos de aplicação, objetivos e fins.

CAPÍTULO II

SISTEMA PENAL E SISTEMA TUTELAR EDUCATIVO: LEGITIMAÇÃO, APLICAÇÃO E FINALIDADES

1. Considerações prévias

Após uma breve incursão pelo contexto histórico-legal que culminou na criação da Lei Tutelar Educativa, julgamos essencial dedicar o presente capítulo ao estudo dos sistemas que estão na base da presente dissertação, o sistema tutelar educativo e o sistema penal.

Se, no momento oportuno, pretendemos debater se pode ou não haver interatividade entre as penas e as medidas tutelares educativas e, seguidamente, em que termos essa interatividade deve ocorrer, é crucial concretizar uma análise, ainda que breve e cirurgicamente selecionada, das características individuais e diferenciadoras dos dois sistemas em causa.

Neste sentido, começamos por refletir sobre os fatores de legitimação da intervenção estadual em cada um dos sistemas em causa. Seguidamente, identificamos o âmbito e pressupostos de aplicação de cada uma das intervenções. Concluimos, apontando as finalidades subjacentes a cada um dos regimes.

Almejamos, no final do presente capítulo, perceber as principais ideias subjacentes a cada um dos sistemas em confronto, o que se mostrará fulcral para uma completa compreensão e discussão do tema global.

2. Legitimidade da intervenção estadual

2.1. Legitimidade da intervenção penal

Conforme ensina Manuel Cavaleiro de Ferreira, “[o] crime é fundamento de responsabilidade penal; a responsabilidade penal é, como a pena que constitui o seu conteúdo, a consequência jurídica do crime”⁸⁹. A presente citação é o mote de partida para uma breve

⁸⁹ Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I-II*. Reimp. Almedina (2010), p.5.

explicação sobre os pressupostos que legitimam a intervenção estadual através da aplicação do direito penal.

Não poderíamos iniciar a reflexão sem remeter para o conceito de bem jurídico, que se relaciona de modo intrínseco com o conteúdo do mínimo ético. Jorge de Figueiredo Dias descreve o bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁹⁰. Trata-se, portanto, de um conjunto de valores e princípios elegidos por uma comunidade histórica que os qualificou como imprescindíveis para o ordenamento social e a manutenção da paz, mas também como “indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”⁹¹.

Acontece que, no atual estado de direito democrático e pluralista, impera uma concepção ético-social de bem jurídico-penal mediatizada pela Constituição⁹². Significa isto que é precisamente na Lei Fundamental, enquanto matriz que visa “essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado”⁹³, onde se encontram os princípios e regras que permitem qualificar o bem jurídico⁹⁴. Vejamos, se são estes valores e regras que enformam a “ordem constitucional positiva”⁹⁵, será essa mesma ordem a encarregar de apontar os pressupostos de qualificação de um bem jurídico como digno de tutela penal. Jorge de Figueiredo Dias sustenta que apenas os bens jurídicos de nível jurídico-constitucional podem ser legitimamente protegidos pelo direito penal pois entre a ordem axiológica constitucional e a ordem penal existe uma relação de mútua referência, de correspondência de sentido e de fins⁹⁶.

⁹⁰ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora (2012), p. 114. (Negrito do Autor). José de Faria Costa define o bem jurídico como a “pedra angular de todo o direito penal, devendo ser entendido como manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário ou ainda como interesse ou valor cristalizado na manutenção de uma realidade comunitariamente relevante” – Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª Ed. Coimbra Editora (2015), p. 169.

⁹¹ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2º Ed. Porto: Universidade Católica Editora (2016), p. 48. José de Faria Costa assevera que os bens jurídico-penais são “valores que valem a pena ser vividos, porque há valores que ao valerem a pena ser vividos provocam o direito penal a protegê-los” – cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...* ob. cit. p.176.

⁹² *Ibidem*, p. 47.

⁹³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I*. 4ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora (2007), p. 189.

⁹⁴ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...* ob. cit. pp. 47-50.

⁹⁵ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa...* ob. cit. p.194.

⁹⁶ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte...* ob. cit., p.120. Jorge de Figueiredo Dias designou de “*princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos*” o princípio que confere legitimidade ao direito penal para intervir unicamente para tutela de bens jurídicos e nunca para tutela de bens morais. Daí resultam definidos os critérios para determinação dos limites da criminalização e punibilidade e para a configuração desta intervenção como *ultima ratio* da política social – cf. DIAS, Jorge Figueiredo, “O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, Ano 3 (1993), pp.170-171.

Ora, esta atribuição de dignidade penal a certos bens jurídicos necessita de ser acompanhada do critério da necessidade penal, que torna a criminalização legítima⁹⁷. Assim sendo, a mera violação de um bem jurídico-penal é insuficiente para desencadear uma reação penal, sendo necessário que o mesmo se apresente como absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade⁹⁸. Esta formulação traduz-se no princípio político-criminal da subsidiariedade do direito penal, isto é, da conceção da interferência sancionatória como *ultima ratio*, conforme positivado no n.º2 do art. 18.º da Lei Fundamental⁹⁹. A intervenção opera quando estão em causa bens jurídico-penal, essenciais ao indivíduo e à comunidade, cuja proteção apenas pode ser assegurada com recurso ao direito penal e não a outro qualquer mecanismo de controlo social.

Ora, aqui chegados, podemos concluir que a própria Lei Fundamental legitima a intervenção penal, restritiva de direitos, liberdades e garantias, quando essa mesma intervenção se destina a salvaguardar interesses e direitos relevantes que, de outra forma menos onerosa, não poderiam ser assegurados. Neste sentido, o n.º2 do art. 18.º da Lei Fundamental “vincula, como é evidente, o legislador ordinário na sua tarefa de determinação concreta dos bens jurídico-penais, através da criminalização de determinadas condutas”¹⁰⁰ e consequente imposição de sanções penais¹⁰¹. A violação destes normativos constitui a prática de um crime que acarreta, salvo as exceções, uma consequência para o delinquentes, que se traduz na aplicação de uma pena. A pena, restritiva de direitos, liberdades e garantias encontra legitimação constitucional porquanto se destina a salvaguardar outros direitos e interesses previstos na Lei Fundamental.

⁹⁷ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte...* ob. cit., p.127.

⁹⁸ *Ibidem*, p.128.

⁹⁹ Jorge de Figueiredo Dias afirma que o princípio da subsidiariedade deriva do princípio jurídico constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, uma vez que o direito penal, utilizando os meios mais onerosos para os direitos, liberdades e garantias do indivíduo só pode intervir nos casos em que os outros meios, de natureza não-penal, se revelem inadequados e insuficientes – cf. *Idem*.

¹⁰⁰ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...* ob. cit. p.52. Jorge de Figueiredo Dias aponta que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização, ou seja, apenas onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e proceder à criminalização da conduta, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Caso não esteja prevista tal injunção não é legítimo deduzir a exigência de criminalização de comportamentos que violem o bem jurídico, precisamente porque não se encontra preenchido o critério da carência de pena – cf. Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte...* ob. cit., pp. 129-130.

¹⁰¹ A este propósito, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa...* ob.cit. pp.392-393, indicam vários subprincípios do princípio da proporcionalidade. O subprincípio da adequação, que dita que as medidas legais devem mostrar-se adequadas a salvaguardar os direitos e interesses constitucionais, o subprincípio da exigibilidade, isto é, a demonstração da indispensabilidade das medidas legais porque os fins visados não poderiam ser obtidos de modo menos oneroso e, por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que se traduz na adoção de medidas legais restritivas proporcionais aos fins que se pretende obter.

2.2. Legitimidade de intervenção tutelar educativa

Conforme *supra* aclarado, está devidamente fundamentada a intervenção estadual no caso dos imputáveis, isto é, de todos aqueles que, tendo feito dezasseis anos de idade, possuem capacidade de autodeterminação e discernimento da ilicitude dos atos por si praticados¹⁰².

No entanto, abordar a temática da delinquência juvenil, concretamente a protagonizada por jovens entre os 12 e os 16 anos de idade, possui implicações diferentes quanto à forma de responsabilização. O Código Penal prevê, no seu artigo 19.º, a inimputabilidade, isto é, a irresponsabilidade penal dos sujeitos com menos de dezasseis anos de idade. A inimputabilidade em razão da idade resulta de uma opção político-criminal de não sujeição do menor ao Direito Penal que, sendo o instrumento mais violento de todo o sistema social, é discordante aos valores de liberdade, dignidade e solidariedade, propostos pelos múltiplos instrumentos que regulam o Direitos dos Menores¹⁰³. Iremos, posteriormente, explorar o conceito de imputabilidade penal mas, neste momento, importa apenas compreender que o ordenamento possui formas de tratamento distintas consoante esteja em causa um agente com idade inferior ou superior a 16 anos.

Neste sentido, o que legitima o Estado a intervir junto dos menores, mesmo contra a vontade do titular das responsabilidades parentais¹⁰⁴, responsabilizando-os pelos atos por si praticados e restringindo os seus direitos à liberdade e à autodeterminação?

A inimputabilidade, ou seja, a impossibilidade de o menor ser responsabilizado criminalmente por, em virtude da incompletude do desenvolvimento da sua personalidade, não ser passível de censura jurídico-penal, não é sinónimo de irresponsabilidade total, pelo que é necessário indagar a relação estabelecida entre o facto praticado, a personalidade carecida de educação e a responsabilidade do agente¹⁰⁵.

“No caso do menor delinquente a intervenção do Estado justifica-se, por um lado, em nome do valor da segurança dos demais cidadãos. Mas, como adiante melhor se verá, justifica-se sobretudo *em nome do próprio interesse do menor, que, pelo facto de o ser, deve beneficiar de*

¹⁰² Aqui se exclui a situação previstas no artigo 20º do CP.

¹⁰³ Cf. MARTÍN, Julián Carlos Ríos, “Juriscicción de menores en Españã...” ob. cit. p.32.

¹⁰⁴ MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa...” ob. cit., p.98.

¹⁰⁵ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar Educativa”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. nº 104 (2005), p. 57. Álvaro Laborinho Lúcio sublinha que o sistema tutelar educativo se apela “à capacidade de *responsabilização* do menor, fazendo desta *Fundamento* que legitima a intervenção educativa pública; e, por outro lado, ao *interesse do menor*, desde logo, como *Limite* ao poder de intervenção do Estado” – cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei...” ob. cit., p. 56.

*uma prestação tutelar especial, a cargo do Estado*¹⁰⁶. Aqui, a necessidade de assegurar a paz da comunidade e a proteção dos bens jurídico-penais remete-se para segundo plano, assumindo o princípio do superior interesse da criança o fator último de legitimação da intervenção estadual.

O superior interesse do menor é um conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido valorativamente pelo legislador, mas que, irrevogavelmente, se deve traduzir na adoção da “solução mais ajustada ao caso concreto, de modo a oferecerem-se melhores garantias de desenvolvimento físico e psíquico da criança, o seu bem-estar e segurança e da formação da sua personalidade”¹⁰⁷. Segundo Álvaro Laborinho Lúcio, o superior interesse do menor é composto por duas dimensões. Em primeiro lugar, o interesse do menor deve ser entendido como limite à intervenção tutelar educativa sempre que esta consista na restrição de direitos fundamentais do menor, compressão esta que será de admitir apenas quando procurar assegurar outros direitos constitucionalmente consagrados que se mostrem mais valioso. Em segundo lugar, o superior interesse do menor deve regular a intervenção estadual que tem em vista dar respostas às expectativas comunitárias, concretamente no que diz respeito à substância da pretensão interventiva do Estado e na atribuição da qualidade de sujeito processual ao menor¹⁰⁸.

Neste sentido, a Lei Fundamental prevê, nos artigos 69º e 70º, mecanismos de proteção e salvaguarda dos menores, que assegurem o seu desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e emocional e a efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais. E são estes desígnios constitucionais que asseguram, na plenitude, a realização do interesse do menor.

Na verdade, estes preceitos constitucionais impõem os correlativos deveres ao Estado de agir em múltiplas faces da vida do menor, seja através da criação de estruturas e programas que auxiliem no seu desenvolvimento económico, social e cultural, seja na provisão de especial proteção àqueles que se encontram desamparados ou em perigo, e ainda, na criação de medidas que contemplem o menor que adotou comportamentos desviantes mas que, como se encontra

¹⁰⁶ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...” ob. cit., p.111.

¹⁰⁷ Cf. AMORIM, Rui, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças”. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários (Dossiê Temático – Reforma do Processo Civil: Processo Executivo e Recursos)*. Lisboa. n.º 12 (2009), pp.87-88. De acordo com o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República “[o] superior interesse da criança surge, assim, como uma realidade a ponderar, um objectivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso – os pais, no seu papel primordial, de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela; o Estado, ao adoptar as medidas tendentes a garantir o exercício dos direitos previstos na Constituição” - Cf. Parecer do Conselho Consultivo da PRG n.º 8/91 de 16.01.1992, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8463>, consultado em 5/7/2019.

¹⁰⁸ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei...” ob. cit., p. 56. A propósito do conceito de superior interesse do menor no Direito Penal de menor espanhol, cf. CASTAÑÓN, José Manuel Paredes, “El principio del «interés del menor» en derecho penal: una visión crítica”. In *Revista de Derecho Penal Y Criminología*. 3ª Época, n.º10 (2013), pp. 155-186.

em processo de formação de personalidade, pode alterar tais condições através da educação para o direito de forma a integrar-se plenamente na sociedade.

Como certamente observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “[a] Constituição coloca na liberdade de conformação do legislador a diversificação de situações relativas à criança em risco («criança em situação de perigo», «criança em situação de para-delinquência», «criança com comportamentos delinquentes») e a modelação de medidas segundo padrões etários. No entanto, existirão sempre determinantes heterónomas constitucionais que, a partir das dimensões fundantes da dignidade da pessoa da criança e do desenvolvimento da personalidade, colocarão os interesses da criança como parâmetro material básico de qualquer política”¹⁰⁹.

Podemos assim afirmar que qualquer contração dos direitos de liberdade e autodeterminação dos menores, através da aplicação de medidas tutelares, encontra fundamento na imperativa necessidade de assegurar o seu desenvolvimento atual e futuro, a sua educação para as normas jurídicas, de forma garantir que as “circunstância da vida – de educação, económicas, de formação e sociais – não o reconduzam às mesmas ou outras práticas de factos qualificados pela lei como crimes”¹¹⁰.

É então notório que o Estado não poderia deixar de intervir junto do menor inimputável. O não envolvimento estadual poderia despoletar no menor um sentimento de que, pelo simples facto de não ter atingido determinada idade, lhe é lícito desobedecer às normas jurídicas e frustrar as expectativas comunitárias¹¹¹.

Analisando a questão a curto prazo, os menores de hoje serão os adultos de amanhã e é precisamente o Estado, legitimado pela prossecução do superior interesse do menor, traduzido nos impostos deveres constitucionais de proteção e auxílio ao desenvolvimento são e pleno, o responsável por adotar uma estratégia responsabilizante junto daqueles que se desviam das normas jurídicas. Com efeito, não se trata de uma educação global, a qual cabe aos pais ou tutores, mas sim de uma educação para o direito, para as normas jurídicas.

¹⁰⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa...* ob.cit. p.871.

¹¹⁰ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Das medidas tutelares educativas não institucionais: O papel da polícia na sua prossecução”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto de Psicologia Aplicada (2008), pp.468-469.

¹¹¹ Anabela Miranda Rodrigues afirma que o sistema tutelar educativo procura harmonizar “a salvaguarda dos direitos do menor – o que conferirá legitimidade à intervenção – e a satisfação das expectativas comunitárias em relação aos menores infractores – o que conferirá eficácia à intervenção” - RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os modelos de intervenção institucional e não institucional ... ob.cit., p.23.

O sistema tutelar educativo apresenta uma intervenção que procura conjugar a subtração do menor do direito penal estigmatizante e a sua sujeição a um sistema de matriz mais protetora e com inúmeras garantias processuais, mas que possui uma estratégia responsabilizante, para que o menor possa evoluir e rejeitar, no futuro, a adoção de comportamentos desviantes.

Concluimos remetendo para as palavras de Eliana Gersão que descreve a Lei Tutelar Educativa como um “sistema constitucionalmente legitimado, respeitador dos direitos e da dignidade humana dos jovens e de outras pessoas relevantes no processo e impulsionador de respostas novas e humanizadas para o crime juvenil”¹¹².

3. Âmbito de aplicação

Conforme fomos adiantando, a responsabilização dos menores opera-se através da aplicação de diferentes diplomas legais. Por um lado, encontramos a Lei Tutelar Educativa que, conforme dispõe o seu art. 1.º, se destina à responsabilização do menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos pela prática de facto qualificado pela lei como crime. E, por outro lado, o Código Penal, no seu art. 19.º consagra, *a contrario*, a imputabilidade dos sujeitos com mais de 16 anos de idade, que não padeçam de anomalia psíquica.

Cumpre-nos agora discorrer acerca das referências temporais utilizadas para demarcar o tipo de atuação estadual em caso de violação das normas jurídico-penais.

3.1. Responsabilização de inimputáveis

No que diz respeito à LTE, o seu espaço de atuação inicia-se quando o menor perfaz os 12 anos de idade. Com efeito, entende-se que uma abordagem responsabilizadora durante a infância e a primeira infância não se mostra consentânea com o sistema de justiça porque estão em causa estádios de desenvolvimento muito recuados, onde não há complexa interiorização normativa. Se o facto ilícito for praticado por um menor com idade inferior a 12 anos, a lei considera o menor uma criança em perigo e conclui pela aplicação de medidas de proteção. A opção de principiar a

¹¹² Cf. GERSÃO, Eliana, “Um século de Justiça de Menores em Portugal...” ob. cit. p. 1379.

aplicação de medidas tutelares educativas aos 12 anos “procura traduzir tendencialmente o início da puberdade, fase a que corresponde uma maior expressão social da actividade do menor e que normalmente representa o limiar da maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção”.

Assim, desde essa idade, até perfazer os 16 anos, o menor encontra-se sujeito à LTE. Em que consiste esta opção do legislador de não sujeição do menor ao direito penal?

Cumpre-nos abordar a questão da imputabilidade. A imputabilidade é entendida como a “plena capacidade de entender e querer (...) ‘Entender’ como percepção de nexos entre as coisas do mundo exterior e si próprio, o que arrasta a consciência de uma posição na sociedade, que dá significado ético-social aos próprios actos. ‘Querer’ como capacidade de autodeterminação”¹¹³.

Vejamos, a imputabilidade é um dos elementos da estrutura dogmática da culpa jurídico-penal, o que significa que só se verificando a sua presença está completo o “edifício analítico”¹¹⁴, composto ainda pelos elementos de dolo ou negligência, consciência da ilicitude e exigibilidade. Não pretendemos alongar-nos na questão da culpa jurídico-penal, sobre a qual discorreremos posteriormente. No entanto, cumpre mencionar que esta consiste num juízo de censurabilidade à personalidade do agente pelo facto de, em determinado momento, ter escolhido praticar certo facto, quando podia não o ter feito.

Conforme aforado, o juízo de censurabilidade penal relaciona-se intimamente com conceitos de personalidade e livre arbítrio. Ora, o legislador, tomando em consideração os “dados fornecidos pela ciência, referidos ao nosso tempo e ao espaço português”¹¹⁵, concluiu que o menor com menos de 16 anos de idade ainda se encontra em processo de amadurecimento, quer da sua personalidade, quer das vertentes física, intelectual e psicológica, pelo que não possui capacidade “de entender e querer, em termos suficientemente correctos para serem responsabilizados criminalmente”¹¹⁶.

Pelo que, pugnando pela segurança e certeza jurídica, o legislador consagrou esta presunção inilidível¹¹⁷, assente em um “critério quantitativo: o ordenamento jurídico pressupõe

¹¹³ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...”. ob. cit., p.105.

¹¹⁴ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*..ob. cit. p. 357.

¹¹⁵ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...”. ob. cit., p.106.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp.105-106.

¹¹⁷ Souto Moura sustenta que a rejeição completa da possibilidade de ilidir a dita presunção constitui uma opção político-criminal claramente garantística que pode levar “a que os tribunais se movam dentro de uma ficção, e sem atenção às reais características do menor transgressor” – cf. *Ibidem*, p.106.

que somente a partir daquela idade a concreta individualidade do ser-pessoa alcança a medida de maturidade espiritual – cognitiva e volitiva – necessária e suficiente para a responsabilização criminal”¹¹⁸.

Ressalvamos, contudo, que o legislador não concebeu que estes inimputáveis são completamente irresponsáveis do ponto de vista psicológico, ou considerou que não possuem capacidade para avaliar a ilicitude das suas ações e se determinarem de acordo com essa avaliação¹¹⁹. Trata-se essencialmente de uma opção político-criminal, dogmaticamente justificada, que pretende evitar a sujeição do menor a um sistema estigmatizante e carregado de simbolismo social negativo¹²⁰.

3.2. Responsabilização de imputáveis

Perfazendo os 16 anos de idade o menor é considerado imputável aos olhos da lei penal. Significa isto que possui capacidade de entender e querer, de avaliar a ilicitude da sua conduta e agir em conformidade com essa avaliação. Pelo que, a partir dessa idade, exceto de padecer de anomalia psíquica, o menor delinquente é sujeito às mesmas sanções penais que os criminosos adultos. Não podemos deixar de mencionar a existência do Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, o qual institui um regime aplicável em matéria penal aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos. Avançamos, desde já, que este regime cria um direito mais reeducador do que sancionador, apoiado, por um lado, nos interesses fundamentais da coletividade e, por outro, na reinserção social do jovem, nomeadamente através da aplicação de penas especialmente atenuadas e de medidas de correção. Abordaremos com mais pormenor, no capítulo seguinte, a responsabilização criminal dos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade.

No entanto, cremos que é importante, nesta instância, abordar o critério legal que define a imputabilidade dos jovens a partir dos 16 anos de idade e tecer a respetiva crítica a esta previsão.

¹¹⁸ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*...ob. cit. p. 360.

¹¹⁹ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, p.4, disponível em <https://bit.ly/2Ki5V0m>, consultado em 10/7/2019. A este propósito consultar FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»: O regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas”. In *Julgar*. n.º 11 (2010), pp. 152-153.

¹²⁰ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, p.4, disponível em <https://bit.ly/2Ki5V0m>, consultado em 10/7/2019.

Desde já referenciamos que não existe um critério consensual que estabeleça a idade a partir da qual se deve responsabilizar penalmente um agente pela prática de um crime.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças¹²¹, define a criança como todo o ser humano menor de 18 anos, exceto se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo. Assim, “[a] pesar da Convenção não se referir explicitamente à questão da imputabilidade penal, impõe aos Estados signatários a obrigação de promover o estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual se presume que a criança não tem capacidade para infringir a lei penal”¹²². Para além disso, apesar de as Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça de Menores fornecerem na alínea a) da Regra 2.2 a definição de jovem, apenas consagram que a responsabilidade penal “não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afectiva, psicológica e intelectual”¹²³.

Divergem os Autores portugueses acerca da idade a partir da qual deverá o agente ser considerado imputável. Por um lado, Américo Taipa de Carvalho sustenta o início da imputabilidade aos 14 anos de idade porquanto crê que muitos adolescentes com menos de 16 anos já possuem consciência da ilicitude dos seus atos. Contudo, reconhecendo o benefício de retirar o menor da tutela penal, propõe a criação de um regime especial quanto à pena concreta e o modo e local de a cumprir.

Em sentido contrário, Anabela Miranda Rodrigues pugna pela fixação do início da imputabilidade aos 18 anos de idade, fazendo “coincidir a idade da imputabilidade com a da maioridade civil, idade em que se reconhece a integração político-social da pessoa”¹²⁴. Defende a Autora que a capacidade de avaliação da ilicitude das condutas não é sinónimo de capacidade de culpa porque os menores ainda se encontram numa fase de construção da sua personalidade. Em sentido análogo, António Carlos Duarte-Fonseca afirma que Portugal permanece como um dos

¹²¹ Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf, consultado em 13/7/2019.

¹²² Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, “Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa: uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa”. In *Relatório do Observatório Permanente da Justiça*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (2004), p.58.

¹²³ Cf. Regra 4 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens (Regras de Beijing), disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pt e consultado pela última vez em 13/7/2019.

¹²⁴ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. n.º 7 (1997), pp. 374-375.

poucos países ocidentais que não nivelou a maioria civil com a maioria penal¹²⁵, pelo que o conceito de inimputável em razão da idade continua a ter “contornos movediços que não são de saudar”¹²⁶. Para além disso, defende que se a lei admite o cumprimento de medidas tutelares educativas pelos jovens até aos 21 anos de idade, “não se vê razão para que todos os jovens que pratiquem factos qualificados como crime até à maioria (18 anos) não possam beneficiar – ao menos em alguns casos – das mesmas oportunidades de educação para os valores”¹²⁷.

Também Manuel Monteiro Guedes Valente defende, de forma garantir a coerência entre a capacidade de exercício de direitos patrimoniais e de direitos pessoas fundamentais, que a imputabilidade tutelar educativa se devia situar entre os 14 e os 18 anos, idade a partir da qual o jovem seria penalmente imputável¹²⁸.

Já Eliana Gersão, numa posição assumida em 1994, durante a vigência da OTM, sugere a criação de uma terceira via, assente na responsabilização dos menores fora do direito penal, cuja aplicação se deveria estender até aos 21 anos de idade, embora distinguindo os jovens com menos de 18 dos de 18 a 21 anos, nomeadamente no tocante à possibilidade de lhe serem aplicadas penas de prisão¹²⁹.

Por fim, cumpre-nos mencionar o posicionamento de Ana Rita Alfaiate que, rejeitando a aplicação de um único critério formal de distinção entre imputáveis e inimputáveis, o etário, pugna pela combinação deste com um critério material, “dependente de avaliação multidisciplinar, mas eminentemente psicológica e médica, da completude da capacidade para ser um sujeito de culpa penal”¹³⁰. Assim, a partir dos 16 anos e até, pelo menos, aos 21, atenta às diferenças de desenvolvimento cerebral, cognitivo e moral e maturidade psicossocial, sugere que estes menores sejam avaliados para se perceber se possuem real capacidade de culpa jurídico-penal. A Autora não defende a elevação da idade da imputabilidade penal para os dezoito anos, antes propõe uma

¹²⁵ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Menores, mas imputáveis: que protecção?” In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), p. 390.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 391.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 393-394.

¹²⁸ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Das medidas tutelares educativas não ...ob.cit., p. 477.

¹²⁹ Cf. GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções criminais – que intervenção?...” ob. cit. p.255.

¹³⁰ Cf. ALFAIATE, Ana Rita, “Algumas questões sobre a responsabilidade penal dos menores em Portugal: o problema específico da aferição da (in)imputabilidade penal em razão da idade”. In *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ano 13, n.ºs 25 e 26 (2016), p.34. Para uma compreensão aprofundada do tema, cf. ALFAIATE, Ana Rita, *O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Dissertação de Doutoramento.

alteração à redação do art. 19.º do CP, no sentido de passar a incluir, junto com o critério etário, “um critério subjectivo na determinação da imputabilidade penal dos jovens”¹³¹.

Ora, também nós defendemos a fixação do início da imputabilidade penal nos 18 anos de idade porquanto aparenta ser a solução que melhor se adequa ao estágio de desenvolvimento-padrão da personalidade do jovem e garante a coerência de idade entre a sua integração político-social e a capacidade de exercício de certos direitos. No entanto, cremos essencial a existência de um segundo critério, aliado ao etário, que imponha uma avaliação multidisciplinar do jovem até aos 21 anos de idade, de forma a perceber o seu grau de desenvolvimento e maturidade, indispensável para estabelecer se possui, efetivamente, capacidade de culpa jurídico-penal.

4. Pressupostos

4.1. Pressuposto de responsabilização penal

O pressuposto necessário para a responsabilização penal é a prática de um crime. O crime encerra em si os conceitos de facto típico, ilícito e culpável. Germano Marques Silva descreve o facto como um “comportamento humano, comissivo ou omissivo, que se tenha produzido sob domínio da vontade do seu agente”¹³², o tipo como “a descrição abstracta que a lei faz do facto”¹³³, a ilicitude penal como “a contrariedade do facto humano ao ordenamento penal”¹³⁴ e, por fim, a culpa como o “juízo de reprovação jurídica ao agente por ter perpetrado o facto ilícito”¹³⁵.

Assim, em primeiro lugar, é necessário que a lei defina um determinado comportamento como antijurídico. De acordo com o art. 1.º do Código Penal, o qual consagra o princípio da legalidade, só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática. Caso o facto praticado pelo agente não seja criminalmente punido, o mesmo não pode ser sujeito a qualquer sanção penal¹³⁶.

¹³¹ *Idem*.

¹³² Cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora (2004), p. 14.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹³⁶ De acordo com o princípio da pessoalidade, a pena apenas poderá recair sobre o delincente, estando proibida a sujeição a pena de familiares ou de terceiros porquanto se entende que a culpa é pessoal, o que está em causa é o julgamento à conduta daquela pessoa em específico. Neste sentido apontava o Código Penal de 1886, no art. 113º e a Constituição de 1933, no nº12 do art. 18º.

Mas não basta estarem preenchidos os pressupostos do facto típico e ilícito, é obrigatório a formulação de um juízo de culpa sobre o agente.

Conforme fomos acima adiantando, a culpa consiste num juízo de censurabilidade do agente pelo facto de, em determinado momento, ter escolhido praticar certo facto, quando podia não o ter feito. Como certamente observa Jorge de Figueiredo Dias, “culpa é censurabilidade por o agente ter agido como agiu”¹³⁷. Não se trata de uma análise do desvalor do ato *per si*, mas da atitude do agente em determinado momento.

Por um lado, José de Faria Costa defende que a culpa constitui fundamento a partir do qual depende a possibilidade de punir o agente pela prática de um facto ilícito¹³⁸, pelo que só “a responsabilidade fundada na capacidade e consciência crítica e auto-reflexiva é capaz de legitimar teórica e pragmaticamente a imposição de uma pena”¹³⁹. Por seu turno, Germano Marques da Silva estabelece a culpa como fundamento e limite da responsabilidade¹⁴⁰.

Em sentido contrário, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a culpa constitui pressuposto necessário e limite inultrapassável na fixação da pena¹⁴¹. Partindo deste entendimento concebe o princípio da culpa, segundo o qual em caso algum pode haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa. O Autor descreve ainda que o princípio da culpa não vai buscar o seu fundamento a qualquer conceção retributiva de pena, mas ao princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. Parece-nos ser esta corrente a que melhor se adequa ao ordenamento jurídico e seus princípios, especialmente ao disposto no n.º 2 do art. 40.^{o142} e no n.º 1 do art. 71.^{o143}, ambos do CP.

Constituem causas de exclusão da culpa, e consequentemente, da responsabilidade criminal, a inimputabilidade em razão da idade (art. 19.º do CP), a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica (art. 20.º do CP), a inexigibilidade (que apenas exclui a culpa nos casos expressamente previstos na lei), a falta de consciência do ilícito não censurável e, por fim, a obediência indevida desculpante.

¹³⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte...* ob. cit., p. 512.

¹³⁸ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*ob. cit. p. 179.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 352.

¹⁴⁰ Cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...* ob. cit. p.229.

¹⁴¹ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral...* ob. cit. p.82.

¹⁴² De acordo com o n.º2 do art. 40.º, “[e]m caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

¹⁴³ Dispõe o n.º1 do art. 70.º que “[a] determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.”

Como certamente observa Filipa de Figueiroa, “o princípio da culpa constitui uma matriz irrenunciável do Direito Penal que encerra em si (...) uma função limitadora do intervencionismo estatal. Com efeito, o respeito pela dignidade da pessoa impõe que esta não possa ser sujeita à ingerência punitiva do Estado, se apesar de ter cometido um ilícito jurídico-penal não puder estabelecer-se uma «conexão objetiva de sentido» que permita ligar o facto à pessoa do agente”¹⁴⁴.

4.2. Pressupostos de responsabilização tutelar educativa

A aplicação de uma medida tutelar educativa exige o preenchimento de quatro pressupostos: a prática, por um menor de idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime, a necessidade de educação do menor para o direito, subsistente no momento da decisão, não ter o menor completado 18 anos até à data da decisão de 1.^a instância e, por fim, no que diz respeito a menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, não lhe ter sido aplicada pena de prisão efetiva.

Faremos, seguidamente, uma breve reflexão acerca dos dois primeiros pressupostos para aplicação de uma medida tutelar.

4.2.1. A prática, por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime

Consagra o art. 1.º da LTE que a aplicação de medida tutelar educativa depende da prática, por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos de idade, de facto qualificado pela lei como crime. Ora, conforme abordamos nos vários pontos do presente capítulo, a estrutura do crime pressupõe a existência de um facto típico, ilícito e culpável. Neste sentido, a inexistência de um dos elementos integrantes implica a não responsabilização do agente infrator em termos penais. Considerou o legislador que os inimputáveis em razão da idade, isto é, aos menores com idade inferior a 16 anos, são incapazes de culpa porque não possuem uma personalidade

¹⁴⁴ FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade...” ob. cit. pp.150-151.

suficientemente maturada, em sentido jurídico-penal. Partindo de tal pressuposto, não são passíveis de censura ético-penal¹⁴⁵.

Com efeito, não havendo efetiva prática de um crime, por ausência do preenchimento do elemento culpa, “optou-se em termos de construção da dogmática pela solução da responsabilidade tutelar educativa dos jovens entre os 12 e os 16 anos pelo mero preenchimento dos **tipos de ilícito**”¹⁴⁶. Deste modo, sustenta Álvaro Laborinho Lúcio que a “relevância atribuída ao facto e à formatação deste nos limites do facto ilícito típico de natureza criminal permite verificar, por um lado, a assunção por parte do Estado da necessidade de defesa e de protecção contra a ofensa grave de bens jurídicos mesmo que provocada por agentes inimputáveis em razão da idade, defesa que encontra, todavia, ainda no facto, assim definido, o sentido e o limite da sua legitimação inicial”¹⁴⁷. A Lei Tutelar Educativa, ao contrário da OTM, apenas prevê a aplicação de uma medida tutelar nos casos em que o delinquente juvenil pratica factos qualificados como crimes, e nunca quando estão em causa contraordenações¹⁴⁸.

Isto posto, é evidente que “em caso de ruptura nítida com princípios basilares da comunidade, ao Estado o direito e o dever de intervir, mesmo contra a vontade dos titulares do poder paternal, sempre que o menor - de 12 anos, no mínimo - atente contra leis criminais, denotando uma personalidade, enquanto repositório de valores de conformação ou desvio ao dever -ser -ético -existencial, avessa a valores fundamentais de convivência comunitária”¹⁴⁹. Deste modo, não basta estarmos perante um menor avesso aos valores do Estado de Direito, é necessário provar fora de qualquer dúvida razoável, que ele participou no concreto facto. Mais acrescenta o douto Tribunal da Relação de Coimbra que, “[s]em factos provados não há hipótese de se acionar os meios ressocializadores e reeducadores ínsitos na LTE, sob pena de voltarmos ao formal e

¹⁴⁵ Neste sentido, ver SILVA, Joaquim Manuel, “A imputação de tipos de culpa aos jovens entre os 12 e os 16 anos nos processos tutelares educativos, e alguns aspetos da reforma da LTE: uma reflexão jurisprudencial”. In *Julgar*. Coimbra. n.º 24 (2014). pp. 53.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp.52-53. Negrito e sublinhado do Autor.

¹⁴⁷ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar...” ob. cit. p. 51. A LTE importa restrições a direitos do jovem (direito à liberdade e autodeterminação pessoal e dos seus progenitores (direito à educação e manutenção dos filhos) – cf. GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?”. In *Julgar*. Lisboa, n.º 11 (2010), p. 99.

¹⁴⁸ Cf. RAMIÃO, Tomé D’ Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa*. Lisboa: Quid Iuris Sociedade (2004), p.34. Salientamos, desde já, que na intervenção penal o princípio da tipicidade obriga o legislador a fixar para cada tipo de ilícito a moldura penal correspondente, no entanto, embora a LTE também obedeça ao princípio da tipicidade, apresenta maior margem de manobra, pois a cada crime não corresponde uma medida tutelar específica, o que confere ao julgadora a possibilidade de escolher a que melhor se adequa ao caso concreto, tomando em consideração os princípios da proporcionalidade, da adequação e da mínima restrição de direitos – cf.

¹⁴⁹ Cf. Ac. STJ de 8 de outubro de 2008, disponível em <https://bit.ly/2OvLEKm> e consultado, pela última vez, em 21/7/2019.

agrarístico processo tutelar da OTM e à zona negra e nebulosa, comprometida com um Modelo de Protecção, em que caminhava a Justiça das Crianças antes de 2001”¹⁵⁰. Para além disso, um dos princípios que rege a LTE é o princípio da legalidade. Significa isto que os ilícitos criminais que podem originar a aplicação de medidas tutelares são os ilícitos previstos na lei penal e, por outro lado, as medidas tutelares aplicáveis são as definidas na LTE.

Pretende esta terceira via dotar o menor de “direitos que conformam uma sólida garantia de defesa perante a intervenção estadual e a limitação de direitos, liberdades e garantias que ela pode ocasionar, só por isso se justificando a semelhança com o processo penal e o acolhimento do princípio da subsidiariedade deste”¹⁵¹.

Ora, a delinquência juvenil¹⁵², praticada por menores entre os 12 e os 16 anos de idade, consiste na adoção de comportamentos ofensivos aos valores da comunidade e ao dever-ser jurídico e é um fenómeno assente numa conjugação de processos e dinâmicas sociais, fatores individuais e circunstâncias pessoais e coletivas que colocam em causa a coesão e a segurança das sociedades, alicerces da ordem social num Estado de Direito¹⁵³.

Este fenómeno encontra explicação na conjugação de uma série de indicadores, entre eles o crescimento físico desacompanhado de uma maturação intelectual, afetiva e psicossocial, a disfunção do seio familiar, a permissividade da sociedade atual que aniquila os freios de resistência à tentação e o desaparecimento de referências éticas, religiosas, humanistas e culturais comuns¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Ac. do TRC de 12 de outubro de 2011, disponível em <https://bit.ly/331Useb> e consultado, pela última vez, em 21/7/2019.

¹⁵¹ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Medidas Tutelares Educativas não institucionais”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), p. 375.

¹⁵² Souto de Moura distingue entre a delinquência expressiva e delinquência instrumental. O delinquente expressivo chama à atenção para a sua pessoa através da transgressão. O caráter expressivo do seu comportamento resulta deste não ser instrumento de qualquer fim lucrativo ou outro objetivo mas se esgotar em si próprio. A delinquência instrumental é o crime que serve de meio para se obterem bens ou serviços – cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...”. ob. cit., p.99.

Abordando a problemática da mediatização dos casos de delinquência juvenil, Amélia Vera Jardim afirma que “oscilamos entre dramatizações e silêncios; ambos provocam efeitos perversos. É necessário encontrar uma plataforma onde a racionalidade e os sentimentos sirvam harmoniosamente e com verdade social a comunicação e o conhecimento sobre o fenómeno no nosso país” – Cf. JARDIM, Amélia Vera, “Reações à delinquência infanto-juvenil : Notas imperfeitas” In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 509-510.

¹⁵³ Cf. CARVALHO, Maria João Leote de, “Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 37, nº 148 (2016), p. 66.

¹⁵⁴ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...”. ob. cit., p.101. Maria do Rosário Moura Pinheiro afirma que, na maioria das vezes, os comportamentos de risco das crianças e jovens advêm da falta de apoio e oportunidades adequadas, bem como da vivência em ambientes familiares instáveis onde a separação dos pais, uma gravidez na adolescência, a saída de casa e consequente procura de segurança e afeto num grupo de pares disfuncional pode alterar a trajetória de desenvolvimento normal – cf. PINHEIRO, Maria do Rosário Moura, “(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu

Maria do Rosário Moura Pinheiro destaca um conjunto de fatores preditores de comportamentos delinquentes, nomeadamente a identidade não realizada, baixo autocontrolo, iniciação precoce em comportamento de risco, insucesso escolar, baixa supervisão e fraca liderança dos progenitores, indisciplina e, por fim, a residência em meios onde o delito é associado a grupos de pares delinquentes¹⁵⁵.

A existência, em meio urbano e suburbano, de zonas residenciais com problemas sociais, económicos e criminais e com frágeis recursos para uma efetiva supervisão, afeta indiretamente os jovens pela sua exposição à influência criminógena, especialmente pelas oportunidades de envolvimento com pares e grupos delinquentes. Observa Maria João Leote Carvalho que, especialmente nestes espaços, a violência e a delinquência, porque recorrentemente manifestadas, são percecionadas como naturais e é frequente a desvalorização da gravidade dos atos cometidos¹⁵⁶. Realça a Autora que, embora a delinquência abranja todos os estratos sociais, estudos demonstram que a maioria dos casos de intervenção judicial atinge os jovens em situação de vulnerabilidade social¹⁵⁷.

Em termos estatísticos, a maioria dos crimes cometidos são crimes contra o património, em oposição aos crimes contra pessoas. “Os actos delinquentes por eles cometidos são, muitas vezes, motivados por necessidades de consumo, de que é indício a enorme quantidade de furtos de produtos alimentares. A socialização destes jovens no seio de uma sociedade de consumo é profundamente conflituante, entrando em situações de desvio pela impossibilidade de coadunarem os meios ao seu dispor com os fins que são socialmente valorizados”¹⁵⁸. No entanto, de acordo o Relatório Anual de Segurança Interna¹⁵⁹ dos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018, o número de ocorrências registadas decresceu significativamente, especialmente no que diz respeito à criminalidade grupal.

desenvolvimento e (re)educação”. In VIDAL, Joana Marques [coord.], *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), p.95.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.103.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 73-79.

¹⁵⁷ Cf. CARVALHO, Maria João Leote, “Risco social, juventude e delinquência: Que sentido(s) para a aplicação de medidas tutelares educativas não institucionais”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 440-441. A este propósito, a Autora critica o facto das “estatísticas oficiais da justiça tutelar se encontrarem preenchidas por crianças e jovens desfavorecidos social e economicamente, acabando (injustamente) por intervir o aparelho judiciário onde deveria, primordialmente, estar o aparelho de apoio/protecção social” – cf. *Ibidem*, p. 441.

¹⁵⁸ Cf. GOMES, Conceição [et. al.] [coord.], *Entre a lei e a prática – subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça (2010), p. 294.

¹⁵⁹ Os Relatórios Anuais de Segurança Interna dos anos 2015, 2016, 2017 e 2018 encontram-se disponível em <https://www.portugal.gov.pt>.

4.2.2. A necessidade de educação para o direito

A verdade é que a prática, por um menor entre os 12 e os 16 anos de idade, de um ilícito qualificado pela lei como crime é condição necessária, mas insuficiente, para a aplicação de uma medida tutelar educativa. Deste modo, o n.º 1 do art. 2.º da LTE apresenta-nos o segundo pressuposto para a responsabilização do menor: a necessidade de educação do menor para o direito. Com efeito, de acordo com o n.º 1 do art. 7.º da LTE, é necessário investigar se existe a necessidade de educação para o direito no momento da decisão, imperando, por isso, um princípio da atualidade da existência de necessidades educativas¹⁶⁰.

Ora, a aplicação de uma medida tutelar não deve ter lugar quando a prática do facto exprima uma “atitude de congruência ou mesmo tão só de não desrespeito para com os valores jurídicos”¹⁶¹, bem como nos casos em que a mesma “se insira nos processos normais de desenvolvimento da personalidade que incluem, dentro dos limites razoáveis, a possibilidade de o menor testar a vigências das normas através da infracção”¹⁶². Assim, “a intervenção do Estado para a conformação ao direito é ditada por imperiosa necessidade (princípio da necessidade -art.º 3.º) de remediar um deficit de conformação ao dever -ser jurídico mínimo e essencial socialmente reinante”¹⁶³. Quer isto dizer que não é qualquer comportamento que implica a aplicação de uma medida tutelar, apenas um comportamento lesivo de bens e valores comunitários que, consequentemente, se traduz na necessidade de o menor ser educado para o direito. Mas, o que é, verdadeiramente, educar para o direito?

João Figueiredo descreve a educação para o direito como o “processo que leve o jovem a aderir aos valores básicos da vida em sociedade, reflectidos nos valores jurídico-penais, de forma a que com eles conforme a sua conduta e não cometa crimes”¹⁶⁴. Para Maria da Conceição

¹⁶⁰ Cf. SANTOS, Margarida, *Lei Tutelar Educativa Anotada*. DIAS, Cristina [et. al.] [coord.]. Almedina (2018), p.43. (Anotação ao art. 7º da LTE).

¹⁶¹ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 266/VII, p.5, disponível em <https://bit.ly/2Ki5V0m>, consultado em 10/7/2019.

¹⁶² Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 266/VII, p.5, disponível em <https://bit.ly/2Ki5V0m>, consultado em 10/7/2019.

¹⁶³ Cf. Ac. STJ de 8 de outubro de 2008, disponível em <https://bit.ly/2OvLEKm> e consultado, pela última vez, em 21/7/2019. A propósito da intervenção junto de menores delinquentes, cf. NEGREIROS, Jorge, “Menores e delinquência – que intervenção?” In VIDAL, Joana Marques [coord.] – *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), pp. 133-154.

¹⁶⁴ Cf. FIGUEIREDO, João, “Execução de medidas tutelares educativas”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina (2010), p.197.

Ferreira da Cunha, está subjacente a ideia de “consciencialização do mal praticado e educação para o respeito pelos valores essenciais da comunidade (...) a educação para o Direito visa a inserção do jovem na sociedade, tornando-o capaz de respeitar os valores essenciais da comunidade”¹⁶⁵.

Já Rui do Carmo afirma que educar o delinquente menor passa por “intervir quando necessário para garantir o seu desenvolvimento ocorra de forma harmoniosa e socialmente integrada e responsável, tendo como referência o dever-ser jurídico consubstanciado nos valores juridicamente tutelados pela lei penal, enquanto valores mínimos e essenciais da convivência social”¹⁶⁶. José Adriano Souto de Moura sustenta que educar “não é, obviamente, fornecer informação, é antes proporcionar o desenvolvimento harmónico de uma personalidade, então, numa meta final que é a existência de condições de felicidade. Importa antes do mais favorecer um equilíbrio. Em primeiro lugar, entre as várias componentes da personalidade de cada menor. Mas depois, e de forma não menos decisiva, entre o menor e o meio em que se vai inserir. Educar é educar para viver em sociedade, e não está preparado para viver em sociedade quem não observa as conduções mínimas de subsistência e funcionamento da sociedade”¹⁶⁷.

Em termos mais concretos, Maria do Rosário Moura Pinheiro afirma que a intervenção junto do menor delinquente tem de ser “mais centrada no desenvolvimento individual”¹⁶⁸, através de programas de formação de resolução de problemas e conflitos e programas de assistência familiar. Sustenta que é necessário ter em consideração os diferentes domínios do desenvolvimento, garantir supervisão e disciplina mas também auxiliar na construção pessoal, como forma de promover o autocontrolo. Para a Autora, a prevenção da delinquência passa por promover a maturidade psicológica desde os anos elementares da escolaridade.

Ora, concordamos com as descrições acima elencadas do conceito de educação para o direito. Parece-nos que a educação para o direito tem de envolver mais do que a simples transmissão de informação dos valores jurídicos da ordem social; não podemos negar que os jovens delinquentes demonstram, pelas mais variadas razões já referidas, carências e necessidades familiares, emocionais, sociais e económico-financeiras que potenciam a adoção de

¹⁶⁵ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 452.

¹⁶⁶ FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “Lei Tutelar Educativa: Traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público”. In Revista do Ministério Público. Lisboa. Ano 21, nº 84 (2000), p.123.

¹⁶⁷ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...”. ob. cit., p.119.

¹⁶⁸ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores...”. ob. cit. p.98.

certos comportamentos, pelo que o Estado deve contemplar um plano de desenvolvimento individual, sem a presença de uma visão paternalista ou protetiva em demasia, que auxilie o menor na sua construção pessoal, colmatando, dentro do possível, aquilo que são as suas dificuldades, de forma a garantir a inserção digna e responsável na sociedade.

5. Finalidades

5.1. Finalidades da intervenção penal

As teorias dos fins das penas dividem-se entre teorias relativas e teorias absolutas.

Nas teorias absolutas a essência da pena reside numa compensação/retribuição pelo mal do crime cometido. É, por isso, percecionada como o justo equivalente entre o dano do facto e a culpa do agente. O que está em causa, no fundo, é uma conceção da pena como “reação merecidamente imposta em razão de exigências de restabelecimento da justiça”¹⁶⁹. Esta conceção, que parte do princípio do talião – olho por olho, dente por dente –, possui dignidade histórica¹⁷⁰ e, segundo os respetivos defensores, “é aquela que está mais próxima do quotidiano e da consciência jurídica do cidadão comum”¹⁷¹.

Durante a Antiguidade Clássica, Platão defendeu que é necessário punir para que outros não delinquam. Já na Idade Média, inspirada por uma matriz fortemente cristã, louva-se a idade de que a realização da justiça é um mandamento de Deus, o que conduz à legitimação da pena retributiva aplicada pelo juiz, como representante terreno da justiça divina. Na Idade Moderna e Contemporânea, Kant defendeu que a pena é um imperativo categórico, sem a qual não faz sentido que os homens habitem na terra, enquanto que Hegel considerava o crime como negação do direito e a pena como negação da negação¹⁷².

Figueiredo Dias ensina que a igualação “de que a retribuição se nutre só pode ser função da *ilicitude* do facto e da *culpa* do agente”¹⁷³. Para o Autor, esta teoria possui o “mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste

¹⁶⁹ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*ob. cit. p. 347.

¹⁷⁰ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral...* ob. cit. p.45.

¹⁷¹ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*ob. cit. p. 347.

¹⁷² Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral...* ob. cit. pp.45-46.

¹⁷³ *Ibidem*, p.46.

modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a dignidade humana”¹⁷⁴.

José de Faria Costa, apologista das teorias absolutas, defende que o princípio da retribuição nada tem de irracional, sendo composto por ideias de responsabilidade e igualdade que constituem um “ pilar da mundividência e vivência ética que percorre o ordenamento jurídico”¹⁷⁵. Ensina o Autor que, para se afirmar que alguém é responsável, é necessário o seu reconhecimento enquanto ser livre e autónomo e, por isso, só a responsabilidade fundada nos atos praticados de forma livre é capaz de legitimar a imposição de uma pena. Considera que a aplicação de penas distintas em grau e qualidade quando estão em causa comportamentos materialmente iguais precipita a desagregação social porquanto os cidadãos da mesma comunidade não são tratados de forma igual.

Este Autor apresenta a ideia de que o Estado, de forma a salvaguardar plenamente o bem da comunidade, deve intervir na execução da pena aplicada, dando ao condenado condições para que ele possa ser socializado ou ressocializado.

Como observa Figueiredo Dias, com o qual concordamos, esta doutrina deve ser rejeitada. Primeiramente porque a culpa é pressuposto e limite, mas nunca poderá ser fundamento da pena, casos existem em que a culpa não acarreta a necessidade ou carência de pena. Mais, o Autor não considera esta teoria como uma verdadeira teoria dos fins das penas, porque a mesma percebe a pena como uma entidade independente dos fins¹⁷⁶.

Para além disso, a mesma não responde de forma adequada à legitimação, fundamentação e sentido de intervenção penal. Como certamente atenta Figueiredo Dias, para cumprimento da função estadual de restrição de direitos, liberdades e garantias para salvaguardar interesses essenciais da coletividade, a retribuição ou expiação do mal constituem “ meios inidóneos e ilegítimos”¹⁷⁷ visto que o Estado, atualmente democrático, pluralista e laico, tem de limitar-se a proteger os bens jurídicos e nunca ser uma entidade realizadora da justiça divina. Acrescenta, por fim, que esta teoria é “ inimiga de qualquer tentativa de *socialização* do delinquente e de

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.47.

¹⁷⁵ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...* ob. cit. p. 352.

¹⁷⁶ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral...* ob. cit. p.47.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.48.

restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime”¹⁷⁸ posto que coloca o enfoque no mal que faz sofrer ao condenado como compensação pelo dano causado pelo crime praticado.

Rejeitada a doutrina *supra* apresentada, debruçamo-nos nas teorias relativas, as quais agregam consenso generalizado e possuem expressão no ordenamento jurídico-penal português. Seguindo de perto Figueiredo Dias, as teorias relativas visualizam a pena como instrumento de prevenção criminal, geral ou especial.

As doutrinas da prevenção geral descortinam a pena como instrumento que atua sobre a generalidade dos membros da coletividade, de forma a que estes, percebendo o mal associado à aplicação e execução da pena, se abstenham da prática de crimes. Assim, a pena pode ter uma dupla função de prevenção geral. Por um lado, o uso da pena como forma de intimidação do cidadão, caso em que falamos de prevenção geral negativa e, por outro lado, pode servir para reforçar a confiança da comunidade no ordenamento jurídico-penal, assegurando, assim, a prevenção geral positiva¹⁷⁹.

A doutrina da prevenção geral “oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado ao problema dos fins das penas; e também um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos”¹⁸⁰.

Por sua vez, as doutrinas da prevenção especial percebem a pena como instrumento usado sobre o delinquente para prevenir a prática futura de outros crimes. A prevenção especial negativa pode resumir-se na intimidação individual, ou seja, no uso da pena como forma de atemorizar o delinquente para que não volte a praticar crimes, ou então na defesa social, através da separação do delinquente, de forma a neutralizar a sua perigosidade social. Quanto à prevenção especial positiva, divide-se a doutrina entre ideias de reforma moral do delinquente e de criação das condições necessárias para que a sua vida futura prossiga sem o cometimento de crimes.

Rejeitada, no entanto, uma aceção no sentido de correção moral do delinquente e aplaudida a conceção da pena como forma de prevenir a reincidência, dotando o delinquente de instrumentos de socialização, de reintegração na sociedade e de intimidade com os seus valores jurídicos, para que possa, no futuro, não cometer crimes.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.49.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp.50-51.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.53.

Para Figueiredo Dias, tanto a prevenção geral como especial estão em sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária dos bens jurídico-penais. Ora, apesar de tudo estas doutrinas relativas não são imunes a críticas, sendo, nomeadamente, acusadas de tratar o delinquente como um mero objeto a serviço das finalidades, o que, nesta medida, viola a sua dignidade pessoal¹⁸¹.

Ora, no ordenamento jurídico-penal português vigora a conceção dos fins preventivos da pena. Segundo o n.º 1 do art. 40.º “[a] aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Assim, a pena deverá ter como função primordial a preservação dos bens jurídicos essenciais à coletividade e o restabelecimento da ordem vigente, conforme imposto pelo n.º2 do art. 18.º da Lei Fundamental. Em termos de moldura penal, o legislador fixa o limite mínimo, “abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos”¹⁸², bem como o limite máximo, o qual não pode ser excedido por quaisquer considerações de perigosidade social ou de culpa.

Secundariamente, a prevenção especial visa permitir uma socialização do agente para que possa evoluir em termos individuais mas também comunitários. Américo Taipa de Carvalho define a ressocialização como uma tentativa de interpelação do delinquente que deverá originar uma auto-adesão do mesmo aos valores essenciais para realização da comunidade mas também do próprio indivíduo em si¹⁸³. José Adriano Souto de Moura caracteriza a ação da reinserção social como a “persuasão do delinquente para a conveniência em respeitar os valores jurídico-criminais, não estando excluída, evidentemente, uma conversão interior que o faça perfilhar esses mesmos valores”¹⁸⁴. A necessidade de socialização constitui o critério decisivo para determinação da medida da pena, que se deverá fixar entre o limiar mínimo e máximo determinado pelo legislador.

¹⁸¹ Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...* ob. cit. p. 350.

¹⁸² Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral...* ob. cit. p.81.

¹⁸³ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...* ob. cit. p.63.

¹⁸⁴ Cf. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de...” ob. cit., p.116. O Autor apresenta de ideia da ressocialização como “parente pobre” da de educação, isto porque a ação educativa se faz, em regra, num estágio de desenvolvimento da personalidade mais inicial, o que contribui para um desenvolvimento harmonioso da personalidade, fazendo-o perfilhar esses mesmos valores. Já a reinserção tem por objetivo principal evitar que o condenado pratique, no futuro, novos crimes, podendo tal intervenção originar, ou não, uma conversão interior aos valores jurídico-penais. – Cf. *Idem*.

5.2. Finalidades da intervenção tutelar educativa

De acordo com o n.º1 do art. 2.º da LTE, “[a]s medidas tutelares educativas (...) visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”. Não poderá, então, conceber-se o sistema tutelar educativo sob uma perspetiva sancionatória ou intimatória porquanto prevalece uma justiça com carácter mais reparador, de redução de conflitos, mediação, reconciliação e prestações comunitárias¹⁸⁵.

Ora, a primordial finalidade do direito tutelar educativo é a educação do menor para o direito, conceito já abordado e para o qual remetemos para uma melhor compreensão do mesmo.

Neste sentido, ao contrário do direito penal, que visa, primordialmente, a proteção dos bens jurídico-penais e o restabelecimento da paz social, na LTE prevalece a integração do menor na comunidade, a sua educação para o direito¹⁸⁶. Pode suceder que não haja necessidade de prevenção especial, ou seja, de ressocialização do agente, mas apenas de prevenção geral, a qual constitui pressuposto suficiente para aplicação de uma pena. Contrariamente, no direito tutelar educativo, apenas a demonstrada necessidade de educação para o direito, prevalecente no momento da decisão, pode originar a aplicação de uma medida tutelar educativa¹⁸⁷.

Álvaro Laborinho Lúcio destaca igualmente a dupla função da LTE, afirmando que “à exigência (...) da prática, pelo menor, de um facto ilícito tipificado na lei como crime, não deixa de corresponder também um *objectivo* de tutela de bens jurídicos e logo, por essa via, de resposta a expectativas comunitárias relativas à sua defesa e à garantia de segurança e de paz social”¹⁸⁸. O

¹⁸⁵ GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa... ob. cit., pp. 101-102.

¹⁸⁶ Seria impossível deixar de mencionar o modelo de justiça restaurativa. Nesta abordagem a vítima e a comunidade assumem um papel de protagonismo no processo, através de uma participação ativa e até de potenciais encontros com o infrator. “A ênfase do processo de justiça restaurativa é, portanto, promover a mudança e a assunção de responsabilidade pelo infractor de modo a encontrar as necessidades da vítima, adoptando a estratégia de reunir aqueles mais afectados pelo acto danoso, para discutir suas repercussões e desenvolver um plano para reparar os prejuízos causados. (...) Os programas de justiça restaurativa albergam várias estratégias, incluindo a mediação vítima-infractor, conselhos comunitários reparadores e mediações familiares. Estas estratégias partilham aspectos dos processos de informalização, promoção de decisões pelo consenso, adopção de métodos não adversariais e reforço de medidas reparadoras tendo por base a comunidade.” – cf. LAURIS, Élda; FERNANDO, Paula, “A dupla face de Janus: as reformas da justiça e a Lei Tutelar Educativa”. In *Julgar*. Lisboa. n.º 11 (2010), p.143. Para uma compreensão das origens e consolidação da justiça restaurativa em vários países, cf. GERSÃO, Eliana; CAMPOS, Maria Cecília Monteiro, “A justiça reparadora e a lei tutelar educativa – Princípios e Práticas”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), pp. 237-275 e BARROS, Diana Marisa Gonçalves de, *A Mediação na Lei Tutelar Educativa: a caminho de um modelo de justiça restaurativa?* Braga: Universidade do Minho (2016). Dissertação de Mestrado.

¹⁸⁷ A este propósito, cf. ENCARNÇÃO, Raquel, “Medidas tutelares educativas: Uma resposta necessária”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 447-451.

¹⁸⁸ Cf. LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar...” ob. cit. p. 55.

Estado, ao prosseguir o seu objetivo de educação do menor para o direito, vê os efeitos dessa educação refletirem-se na resposta às expectativas comunitárias. E isto não deve ser entendido meramente como um efeito colateral, antes como “produto de uma intencionalidade própria, querida pelo sistema como tal”¹⁸⁹, porque efetivamente o “interessado final na educação do menor é a sociedade à qual o mesmo pertence mas, o especial interesse em causa que urge proteger e acautelar é o do menor, corrigindo um percurso que pode ser danoso para si, numa fase precoce da sua vida”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ GUERRA, Luís Filipe J. de Almeida, “: Educação do menor para o direito ... ob. cit., p.107.

CAPÍTULO III

REAÇÕES JURÍDICAS APLICÁVEIS A JOVENS DELINQUENTES

1. Considerações prévias

Aqui chegados, focar-nos-emos na problemática dos jovens, com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, que estão sujeitos à aplicação de medidas tutelares educativas e de penas. O direito tutelar educativo, apesar de meramente aplicável quando esteja em causa a prática, por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime, pode interferir na vida do jovem até que este perfaça os 21 anos de idade, conforme veremos. Bem sabemos, que, atingidos os 16 anos de idade, o jovem passa a estar sob a alçada do direito penal e sujeito às penas comuns e, se estivermos perante um jovem com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade, este beneficia ainda de uma regulação especial, o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes.

Ora, daqui partindo, é evidente que um jovem entre os 16 e os 21 anos pode encontrar-se submetido a três regimes distintos sendo que, apesar das delimitações efetuadas pela lei, é patente um “problema de sobreposição de fronteiras”¹⁹¹. É, precisamente, nesta área cinzenta, de sobreposição, que surgem múltiplas interrogações. Assim, no decorrer deste capítulo, iremos analisar o tratamento jurídico-penal concedido ao jovem adulto, detendo-nos sobre o conceito de jovem adulto e sobre o D.L. n.º 401/82, de 23 de setembro que institui o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes. Seguidamente, analisaremos, com algum detalhe, as medidas tutelares educativas previstas na LTE e as penas principais e de substituição, previstas no CP. A nossa ponderação contempla as penas principais, bem como penas de substituição detentivas e não detentivas. Terminaremos, com uma abordagem às medidas de coação de prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação, determinando de que forma podem interagir com as medidas tutelares aplicáveis.

¹⁹¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 106.

2. Tratamento jurídico-penal concedido ao jovem adulto

2.1. O conceito de jovem adulto e o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes

Cumpre indagar acerca do conceito de jovem adulto e as suas implicações na legislação vigente. O jovem adulto é definido como o jovem com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade, se bem que o limite máximo varia, indo dos 18 aos 21, 23 e mesmo 24 anos¹⁹².

Analisando os padrões dos jovens adultos, é notório que são uma “categoria social muito heterógena”¹⁹³ em que a integração social, isto é, o exercer progressivo de papéis sociais que fazem dele um membro da sociedade, é feita em tempo diferentes¹⁹⁴. Conforme sublinha Claudio Besozzi, nas sociedades modernas o processo de integração efetua-se por patamares e comporta uma fase de autonomia crescente face ao meio parental e de dependência crescente face à sociedade¹⁹⁵. Ao adquirir mais autonomia, através do exercício de papéis sociais que lhe permitem satisfazer as suas próprias necessidades, submete-se a uma maior responsabilidade, ao cumprimento de normas forçosas.

Assim, “[o] Tempo da juventude é, desde sempre considerado como uma fase sensível no ciclo da vida, associada a uma contestação e um pôr em causa da ordem social. Além disso, diz-se que o jovem é permeável às influências sejam elas boas ou más: mais exposto do que outros ao risco de cometer infracções, mas também mais acessível às demonstrações de boa moral”¹⁹⁶.

Neste sentido, o direito penal dos jovens adultos surge como “categoria própria, envolvendo um ciclo de vida”¹⁹⁷, um “período de latência social – em que o jovem escapa ao controlo escolar

¹⁹² Cf. SANTOS, Carolina Girão, “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime”. In *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. n.º16 (2011). p.84.

¹⁹³ Cf. BESOZZI, Claudio, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”. In *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º4 (1991). p.15.

¹⁹⁴ António Duarte-Fonseca define os jovens adultos como “todos os indivíduos que, tendo deixado a adolescência, não adquiriram ainda a autonomia e a maturidade pessoais implicadas na inserção e interacção social que traduzem a vida adulta (...) Inseguros quanto à sua identidade, frágeis e influenciáveis, os jovens defrontam-se com uma etapa de vida, por vezes prolongada, decepcionante face às suas maiores expectativas e que frequentemente põe à prova a sua capacidade de resistência às frustrações. A oportunidade de enveredar pela marginalidade e a delinquência pode tornar-se então tanto sedutora, oportuna e de aproveitar quanto mais entediante ou desesperada for a sua situação” - cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares – contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. Ano 11, Fasc. 2º (2001), pp.252-253.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ BESOZZI, Claudio, “Jovens adultos e sanções penais...”, ob. cit., p. 36. A delinquência perpetrada por jovens adultos resulta de “processos e dinâmicas sociais, fatores de natureza individual e circunstâncias pessoais e colectivas que colocam em causa a coesão e a segurança das sociedades, alicerces da ordem social num Estado de Direito” – cf. CARVALHO, Maria João Leote, “Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 37, n.º 148 (2016), p.66.

¹⁹⁷ Cf. Exposição dos motivos do Projeto de Lei n.º53/IX, p.2, disponível em <https://bit.ly/2klxqc3> e consultado, pela última vez, em 5/9/2019.

e familiar sem se comprometer com novas relações pessoais e profissionais – potencia a delinquência, do mesmo modo que, a partir do momento em que o jovem assume responsabilidades e começa a exercer os papéis sociais que caracterizam a idade adulta, regride a hipótese de condutas desviantes”¹⁹⁸. Neste sentido, o legislador, sensível aos diferentes estádios de desenvolvimento, definiu, no art. 9.º do CP, o jovem adulto como sendo o indivíduo que, à data da prática do facto, possui mais de 16 e menos de 21 anos de idade.

Fruto do imperativo decorrente do *supra* mencionado art. 9.º do CP, o qual institui a necessidade de criação de legislação especial para regular a forma de tratamento dos jovens entre os 16 e os 21 anos de idade, foi criado o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, denominado Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes¹⁹⁹. Não nos equivoquemos, os jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos encontram-se submetidos às penas previstas na legislação penal, no entanto, por força do imperativo legal, foi criado um instrumento que combina as ideias de assimilação aos menores, de forma a que beneficiem de um regime mais flexível e de sujeição a um tratamento específico²⁰⁰.

Essa necessidade de tratamento especial resulta, como reconhece o legislador, da opção por não atribuir aos jovens um “estatuto jurídico próprio, porquanto são já penalmente responsáveis (...) as representações sociais e as aquisições científicas apontam para a necessidade de lhes serem aplicadas soluções diferenciadas”²⁰¹. De acordo com António Carlos Duarte-Fonseca, este regime pretende ser mais reeducador do que sancionador, trazendo uma “flexibilidade nas reacções sociais, sem perder de vista a particular capacidade de ressocialização do indivíduo, sobretudo quando ainda no limiar da sua maioridade, e também sem descurar os interesses fundamentais da comunidade”²⁰².

O diploma institui o ideal de evitar, na medida do possível, a aplicação de penas de prisão a jovens adultos, porquanto “a natureza criminógena da prisão, os seus efeitos perniciosos

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ Para um maior desenvolvimento, cf. BÁRBADA, Madeira, “O direito penal e os jovens delinquentes – Dec. Lei n.º 401/82, de 23 de setembro”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 4, n.º15, pp. 9-23.

²⁰⁰ Cf. SANTOS, Carolina Girão, “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos...”, ob. cit., p.86.

²⁰¹ Cf. Exposição dos motivos do Projeto de Lei n.º53/IX, pp.1-2, disponível em <https://bit.ly/2klxcg3> e consultado, pela última vez, em 5/9/2019.

²⁰² Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “A aplicação subsidiária de medidas previstas na OTM no domínio da legislação penal especial para jovens – Algumas reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro”. In *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º 1 (1984). pp. 7-8. Para um maior desenvolvimento histórico sobre o tema da delinquência juvenil consultar GERSÃO, Eliana, *Tratamento criminal de jovens delinquentes*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1968. Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra: Estudos e Monografias, II.

potenciam-se extraordinariamente nos jovens adultos: já porque se trata de indivíduos particularmente influenciáveis, já porque a pena de prisão, ao retirar o jovem condenado da sociedade num momento em que é suposto ele inserir-se mais profundamente no tecido social (...) tem efeitos dessocializantes devastadores”²⁰³. Assim, privilegia-se a aplicação de penas de substituição, as quais deverão ser adequadas às especificidades dos jovens.

Prescreve o art. 4.º do Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes que, quando for aplicável pena de prisão, o juiz a deverá atenuar especialmente, nos termos dos arts. 73.^{o204} e 74.^{o205} do CP, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem. Trata-se de um verdadeiro poder-dever atribuído ao juiz desde que não existam razões fortes para duvidar da possibilidade de reinserção²⁰⁶.

Dita o Supremo Tribunal de Justiça que “[r]elativamente a jovens adultos, em suma, a atenuação especial da pena de prisão - quando (concretamente) aplicável – apenas será de afastar se contra-indicada por uma manifesta ausência de «sérias razões» para se crer que, dela, possam resultar vantagens para a reinserção social do jovem condenado. Em regra todas as legislações consagram um regime de favor, em nome de um princípio da proporcionalidade e de proibição de excesso para jovens delinquentes, mercê de uma personalidade imatura, em desenvolvimento, que importa, por isso mesmo, não punir com excessivo rigor, dando-lhe oportunidade de mudança,

²⁰³ Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.514.

²⁰⁴ O artigo 73.º dispõe o seguinte:

1 - Sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável:

- a) O limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço;
- b) O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal se for inferior;
- c) O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal;
- d) Se o limite máximo da pena de prisão não for superior a 3 anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites gerais.

2 - A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, nos termos gerais.

²⁰⁵ O artigo 74.º dita que:

1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:

- a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
- b) O dano tiver sido reparado; e
- c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.

3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.

²⁰⁶ Cf. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, disponível em <http://bit.do/fc4Mx> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019 e Ac. do STJ, disponível em <http://bit.do/fc4MH> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019.

de recuperação, vertendo um sistema especial penal para jovens (...) O regime penal de jovens delinquentes afasta uma concepção fatalista e cede presuntivamente, assim, a um património adquirido de feição humanitarista, favoravelmente evolucionista do jovem, universalmente aceite, imprimindo ao julgador um poder - dever de indagar se se justifica benevolência de tratamento jurídico-penal, ou se, pelo contrário, é de excluir, em vista de uma desejável, e de outro modo não conseguida, meta de recuperação individual”²⁰⁷.

Para além disso, o n.º 1 do art. 5.º do Regime positiva que, quando ao caso concreto corresponda pena de prisão inferior a 2 anos pode o juiz, consideradas a personalidade e as circunstâncias do facto, aplicar ao jovem com menos de 18 anos, isolada ou cumulativamente, as medidas previstas no art. 18.º da Organização Tutelar de Menores. Ora, a OTM foi, entretanto, revogada, pelo que tal disposição não possui aplicação prática²⁰⁸. Com a aprovação da LTE qualquer referência às medidas previstas na OTM deve considerar-se revogada, pois estão em causa sistemas de intervenção radicalmente distintos.

Considera, por isso, António Duarte-Fonseca que os jovens nesta faixa de idades ficam mais desprotegidos, uma vez que não estão previstas quaisquer medidas alternativas ou substitutivas da pena de prisão, com exceção das medidas de correção, que, na sua essência, são verdadeiras penas de substituição, como seguidamente abordaremos²⁰⁹.

Maria João Leote Carvalho destaca a necessidade de redefinição do Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, de forma a conseguir desenvolver um conjunto de respostas adequadas à faixa etária em causa e sustenta que a incompletude da legislação, especialmente no que diz respeito ao grupo etário entre os 16 e os 18 anos, ocasiona uma intervenção pouca adequada²¹⁰, chegando mesmo António Carlos Duarte-Fonseca a considerar que o art. 9.º do CP se encontra concretizado de forma amputada²¹¹.

²⁰⁷ Cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, disponível em <http://bit.do/fc4MR> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019.

²⁰⁸ Neste sentido, ver FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»: O regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas”. In *Julgat*. Lisboa. n.º 11 (2010). p.165 e Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit. p.281.

²⁰⁹ Segundo o Autor “[e]ste vazio legal assume particular importância na medida em que este período de vida dos jovens é considerado crucial no que se refere à escolha entre a prossecução da actividade criminal e o compromisso num processo de reinserção social” - cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.281. .

²¹⁰ Cf. CARVALHO, Maria João Leote, “Risco social, juventude e delinquência: Que sentido(s) ...ob.cit., p. 442. Destacamos que se passaram já 32 anos desde a aprovação deste regime sem que se preveja, num futuro próximo, uma alteração do mesmo. Amélia Vera Jardim sustenta que este regime, apesar de pioneiro, é exemplo de “hesitação, inércia e desinteresse público na história da política criminal e do direito penal portugueses” e permanecendo “inalterado, vagamento conhecido e inaplicado”. – Cf. JARDIM, Amélia Vera, “Reacções à delinquência infanto-juvenil... ob. cit., p.520.

²¹¹ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit. p.282.

2.1.1. As medidas de correção

Prescreve o art. 6.º do D.L. n.º 401/82, de 23 de setembro que, quando das circunstâncias do caso e considerada a personalidade do jovem maior de 18 e menor de 21 anos resulte que a pena de prisão até 2 anos não é necessária nem conveniente à sua reinserção social, poderá impor-lhe uma medida de correção²¹². As medidas de correção podem considerar-se, materialmente, penas de substituição da pena de prisão porquanto, de acordo com Carolina Girão Santos, visam afastar o jovem da prisão, para que não seja contaminado pelo meio²¹³. Tal substituição apenas poderá ser determinada “quando as exigências de prevenção geral não se oponham à consideração de especiais vantagens que daquela mesma atenuação possam resultar para a reintegração social do jovem condenado”²¹⁴. Flávia de Novera Loureiro duvida da possibilidade de aplicação destas medidas pois considera que deixaram de fazer sentido ao abrigo da LTE²¹⁵. Não se encontrando as mesmas expressamente revogadas, teremos em conta na nossa análise.

A LTE determina como medidas de correção as medidas de admoestação, imposição de determinadas obrigações, multa ou internamento em centros de detenção.

A admoestação, positivada no art. 7.º, consiste numa advertência oral, realizada pelo tribunal ao condenado, mantendo as “características de solenidade e publicidade e, implicitamente, a censura a que se refere a pena de admoestação”²¹⁶. É efetuada com o mínimo de resguardo pela esfera social do jovem e a sua dignidade.

A imposição de determinadas obrigações, medida consagrada no art. 8.º e idêntica à contida no art. 14.º da LTE, impõe a prática de determinadas condutas, as quais, para além de deverem ter em conta a dignidade e a reinserção do jovem, devem ser cumpridas num curto espaço de

²¹² SANTOS, Carolina Girão, “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos...”, ob. cit., p.102, dita que se deve abolir o termo medidas de correção e consagrar o termo penas substitutivas da prisão e da multa.

²¹³ Cf. SANTOS, Carolina Girão, “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos...”, ob. cit., pp. 101-102. Do mesmo modo, DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit. p.282, afirma que estas medidas são “como que uma espécie de «penas» substitutivas da pena privativa de liberdade, o que está de acordo com a intenção marcadamente expressa de evitar tanto quanto possível a sujeição à pena de prisão de jovens”.

²¹⁴ Cf. Ac. do Tribunal da Relação de Évora, disponível em <http://bit.do/fc4M4> e consultado, pela última vez em 20/8/2019 e Ac. do TRG, disponível em <http://bit.do/fc4Nc> e consultado, pela última vez em 20/8/2019.

²¹⁵ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa Anotada*. DIAS, Cristina [et. al.] [coord.]. Almedina, 2018. p.134. (Anotação ao art. 25.º da LTE).

²¹⁶ Cf. SANTOS, Carolina Girão, “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos...”, ob. cit., p.96.

tempo. O não cumprimento culposo das obrigações prescritas implica o internamento do agente em centro de detenção, pelo tempo julgado necessário, entre 3 a 6 meses, de acordo com o n.º2 do art. 8.º do D.L. 401/82, de 23 de setembro.

O art. 9.º contempla a fixação da medida de correção de multa, através da aplicação dos princípios gerais. Carolina Girão Santos considera que, apesar de o segmento final do n.º 1.º impor a afetação do rendimento do condenado apenas, esta é uma medida que “pode ser, na prática, aplicada a agentes que, geralmente, dependem economicamente de outrem, introduzindo uma discriminação intolerável entre os jovens provenientes de agregados mais ou menos abonados, sempre que os familiares os substituam no pagamento de uma sanção que, como toda a pena, se pretende de natureza pessoalíssima”²¹⁷. O incumprimento não culposo dá lugar à aplicação da medida de correção positivada no art. 8.º, a imposição de determinadas obrigações. O n.º3 do art. 9.º visa impedir que o jovem seja internado em centro de detenção simplesmente pelo facto de não possuir meios económicos para fazer face à condenação. Contudo, ressaltamos que se não cumprir culposamente as obrigações determinadas, impostas como sucedâneas do pagamento da multa, pode ser internado em centro de detenção.

Por fim, a medida de internamento em centro de detenção é, de entre o elenco das medidas de correção, a única com natureza detentiva. Pode ser cumprida em regime de internato, semi-internato ou detenção de fim de semana. Tem a duração mínima de três e máxima de seis meses, finda a qual sucederá um período de orientação e vigilância em liberdade, pelo período máximo de um ano. Durante a vigilância em liberdade o jovem pode ficar sujeito à obrigação de frequentar o centro durante determinado número de horas por semana, sem nunca exceder as seis.

3. As medidas tutelares educativas

A aplicação de medidas tutelares encontra-se sujeito a várias diretrizes que visam, sinteticamente, assegurar a finalidade do sistema tutelar educativo, ou seja, a educação do menor para o direito e a sua inserção de forma digna na comunidade. Ora, para além deste objetivo principal, João Figueiredo destaca múltiplos objetivos subjacentes à execução das medidas tutelares, a saber: o confronto do jovem consigo mesmo, a promoção da reconciliação com a sua

²¹⁷ *Ibidem*, p.97.

história, a compreensão do seu presente, ajudar a perspetivar o futuro, tendo em consideração as limitações decorrentes do nível de maturidade e do seu património afetivo e intelectual, assegurar uma pedagogia de responsabilidade e de respeito pelo outro aliado à construção de si próprio, obter consciência de que os comportamentos exteriorizam problemas emocionais e, nos casos necessários, requerer a intervenção terapêutica com recurso a programas específicos²¹⁸.

Assim, o tribunal deverá dar preferência, de entre as medidas que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente uma menor intervenção na vida e autonomia de decisão do jovem e que seja suscetível de gerar maior adesão. Para além disso, a escolha da medida tutelar, com duração determinada, deverá ser, impreterivelmente, orientada pelo superior interesse do jovem e proporcional à gravidade do facto e às necessidades de educação demonstradas.

As medidas tutelares educativas consagradas na LTE dividem-se entre institucionais e não institucionais²¹⁹. A LTE consagra como medidas não institucionais as medidas de admoestação, privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores, 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 e o acompanhamento educativo. A única medida institucional positivada é a medida tutelar de internamento.

3.1. Admoestação

A medida de admoestação, prevista no art. 9.º da LTE, é a medida menos grave das preconizadas e consiste numa advertência oral solene, feita pelo juiz, quando esteja em causa uma infração considerada de pouca gravidade e que, por isso, não exija uma sanção mais severa.

²¹⁸ Cf. FIGUEIREDO, João, “Execução de medidas ... ob. cit., pp. 197-198. Para mais desenvolvimentos, cf. GUERRA, Paulo, “Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – Execução e acompanhamento”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina (2010), pp.184-193.

²¹⁹ Salientamos, desde já, que na intervenção penal o princípio da tipicidade obriga o legislador a fixar para cada tipo de ilícito a moldura penal correspondente, no entanto, embora a LTE também obedeça ao princípio da tipicidade, apresenta maior margem de manobra, pois a cada crime não corresponde uma medida tutelar específica, o que confere ao julgadora a possibilidade de escolher a que melhor se adequa ao caso concreto, tomando em consideração os princípios da proporcionalidade, da adequação e da mínima restrição de direitos. – Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit. p. 454. A propósito da escolha da medida da pena, cf. Ac. do TRL, disponível em <http://bit.do/fc4Nk> e consultado, pela última vez, em 7/9/2019 e Ac. do TRC disponível em <http://bit.do/fc4Nv> e constado, pela última vez, em 15/9/2019.

É uma medida que não se prolonga no tempo porquanto é realizada em Tribunal, na presença dos pais do jovem, com o intuito de o responsabilizar socialmente e de coresponsabilizar os progenitores na aceitação e respeito pela medida aplicada.

O objetivo desta medida é o de fazer o jovem perceber que o seu comportamento não poderá ser tolerado pela sociedade, pelo que no futuro deverá ter em consideração as regras da normal convivência social antes de atuar²²⁰.

3.2. Privação do direito de conduzir

A medida prevista no art. 10.º, privação do direito de conduzir, comporta duas modalidades, consoante o jovem seja ou não portador da licença de condução de ciclomotores. Caso já detenha a licença, a mesma será cassada, sendo proibida a emissão de nova. Caso não a detenha, é-lhe vedado o acesso à mesma.

É deveras semelhante à pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados, disposta no art. 69.º e à medida de segurança não privativa da liberdade de interdição da concessão de licença de condução, positivada no art. 101.º, ambos do Código Penal.

Se, por um lado, a pena acessória tem por objetivo a prevenção geral de intimidação, razão pela qual a sua aplicação depende da existência de uma pena acessória, a medida tutelar tem por objetivo, não só o sancionamento da conduta do ponto de vista da prevenção geral, mas também o de fazer o jovem interiorizar que a violação da norma jurídica tem como consequência uma sanção que o priva de um direito atribuído²²¹.

De entre as medidas tutelares educativas, a medida de privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir é a única que pode ser cumulativamente aplicada ao menor com outra medida, dentro do mesmo processo e por um mesmo facto, de acordo com o disposto no art. 19.º da LTE. Tal implica uma especial consideração na escolha das

²²⁰ Cf. CHAVES, Sabrina Smith, *As medidas socio-educativas e as medidas tutelares educativas: a legislação brasileira e portuguesa*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (2000), p.80. Para um maior desenvolvimento do conteúdo desta medida, cf. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família. Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2ª Ed. Lisboa: Coimbra Editora (2014), p.129.

²²¹ Cf. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família. Uma Questão...* ob. cit., pp.130-131. O cumprimento desta medida tutelar educativa pode ser amplamente fiscalizado pelos órgãos de polícia com natureza de força de segurança, aos quais cabe a fiscalização das normas rodoviárias. A inserção da decisão de aplicação da medida tutelar no sistema informático da ANSR possibilita a deteção do seu não cumprimento – cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Das medidas tutelares educativas não ...ob.cit., pp.471-472.

medidas a aplicar, de forma a assegurar que estas são concretamente compatíveis e que podem ser cumpridas em simultâneo. Visto que tal simultaneidade não é obrigatória, pode o julgador entender que o cumprimento sucessivo das medidas se mostre mais adequado ao caso em concreto e às necessidades demonstradas pelo menor.²²²

3.3. Reparação ao ofendido

O artigo 11.º da LTE positiva a medida tutelar educativa de reparação ao ofendido²²³. A reparação ao ofendido compreende três modalidades distintas: apresentação de desculpas ao ofendido, compensação económica deste, em todo ou em parte, pelo dano patrimonial, e ainda, o exercício, em prol do ofendido, de atividade que se conexe com o dano, sempre que for possível e adequado²²⁴.

A apresentação de desculpas ao ofendido consiste numa demonstração de pesar pelo facto, a qual pode ser efetuada de duas formas: através da manifestação, na presença do juiz e do ofendido, do seu propósito de não repetir factos análogos ou na satisfação moral ao ofendido, mediante ato que simbolicamente traduza arrependimento. “É necessário um mínimo aceitável de genuinidade e verosimilhança, ou seja, é preciso que as palavras projectem um sentimento que também se revela na atitude em geral (fisionómica, corporal) do menor nesse momento ou que, pelo menos, não se mostre desmentido por esta, dada a sua manifesta ou flagrante contradição com ela”²²⁵. Ou então, sendo o menor um jovem tímido ou embaraçado pode exprimir o seu arrependimento de forma simbólica, através da prática de um ato dirigido ao ofendido que o satisfaça moralmente. Esta modalidade tem sido pouco aplicada em virtude de se duvidar do seu valor se não for precedida de mediação entre o jovem infrator e a vítima. Pode suceder que o

²²² Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.80.

²²³ A medida de reparação ao ofendido é a única medida presente na LTE com potencialidade reparadora. Segundo Élide Lauris e Paula Fernando, na LTE, “o protagonista da sua execução é o Estado, sendo o papel da vítima marginalizado e fragmentado em momentos específicos de intervenção condicionada. A vítima e a comunidade não se erigem, deste modo, em participantes activos da sucessão de actos do processo nem em membros activos de desenho da solução concreta encontrada” – cf. LAURIS, Élide; FERNANDO, Paula, “A dupla face de Janus:... ob. cit., p.145.

²²⁴ A al. c) do art. 18º da OTM78 previa que a medida tutelar de imposição de determinadas condutas ou deveres se dividia entre a obrigação de o menor apresentar, na presença do juiz, desculpas ao lesado pela sua conduta e ainda a reparação dos prejuízos causados, na medida das possibilidades do menor.

²²⁵ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.81.

próprio pedido de desculpas ser atentatório para a vítima uma vez que a lei não prevê expressamente o seu consentimento.

O pagamento da compensação económica por dano patrimonial causado pode ser efetuado em prestações a serem fixadas pelo juiz atendendo à disponibilidade económica do menor. Ora, segundo Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca, o carácter educativo desta medida “reside, precisamente, em fazer com que o menor sinta marcadamente o desvalor do dano causado na sua própria esfera pecuniária, por reduzida que seja, tomando consciência dele e assumindo responsabilmente o seu pagamento”²²⁶. É necessário o consentimento do ofendido, o qual é expresso através do recebimento da quantia ou das prestações. Após quitação total do valor fixado o ofendido considera-se reparado do dano sofrido.

Por fim, o menor pode exercer, em benefício do ofendido, uma atividade que esteja relacionada com o dano em causa e que não ocupe mais de dois dias por semana e três horas por dia, salvaguardando o descanso semanal, a frequência nas atividades letivas e em outras que o tribunal considere importantes para a formação do menor. Esta modalidade exige o consentimento do ofendido, no entanto, “[q]uanto menos patrimoniais forem os danos e quanto mais envolvam valores de intimidade familiar e pessoal, mais difícil e menos possível se torna estabelecer o desejável e adequado nexo entre actividade reparadora e o dano ou até mesmo uma actividade em favor do ofendido desprovida dessa conexão, pois, em grande parte, é o consentimento do ofendido que condiciona, na prática, desde logo e antes de tudo, a possibilidade do exercício de qualquer actividade em benefício deste”²²⁷.

²²⁶ *Ibidem*, p.82.

²²⁷ *Ibidem*, p.83. A DGRSP, órgão auxiliar da administração da justiça, que tem como objetivos a reintegração do jovem delinvente e o apoio à jurisdição de menores, reconhecendo as potencialidades da utilização da mediação, decidiu em 2002, face à inexistência de outras entidades pública ou privadas de mediação, criar o Programa de Implementação da Mediação em Processo Tutelar Educativo. Trata-se de um programa de ação, a nível nacional, destinado a criar e fomentar condições técnicas e logísticas para a execução de decisões das autoridades judiciais que determinem processos de mediação. De forma a ativar este processo de mediação, jovem e vítima são submetidos a entrevistas individuais.

Pretende-se averiguar, no que concerne ao jovem, se este assume responsabilidade pela participação nos factos imputados e nos danos por eles causados, a sua capacidade e vontade de conciliar-se e encontrar soluções reparadoras do dano provocado, bem como a vontade de participar no processo de mediação e cumprir os compromissos assumidos. Já no que diz respeito à vítima, é necessário, para além de uma avaliação dos danos e do grau de vitimização, determinar o interesse e capacidade em participar no processo de mediação, em conciliar-se e em ser reparado – cf. Mediação vítima- infractor em Portugal, disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal .

3.4. Prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade

A medida de prestações económicas ou de realização de tarefas a favor da comunidade, prevista no art. 12.º da LTE, consiste em o menor entregar determinada quantia ou exercer atividade em benefício de entidade, pública ou privada, de fim não lucrativo. Ora, o beneficiário direto deixa de ser o ofendido para passar a ser uma entidade pública ou privada sem fins lucrativos, a qual desenvolve atividades de interesse comunitário. É uma medida “especialmente adequada para a satisfação, nomeadamente, de necessidades educativas evidenciadas por menores na prática de factos qualificados como crimes que protegem interesses difusos, sociais e comunitários, e em que o ofendido é uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de pessoas”²²⁸. Assim como na medida tutelar educativa anteriormente abordada, o juiz pode determinar o pagamento da quantia em prestações, atendendo à disponibilidade económica do menor²²⁹.

3.5. Imposição de regras de conduta

A medida de imposição de regras de conduta, positivada pelo art. 13.º da LTE, tem por objetivo criar ou fortalecer condições para que o comportamento do menor se adeque às normas e valores jurídicos essenciais da vida em sociedade. No nº2 do *supra* mencionado artigo são elencadas regras passíveis de serem aplicadas, sendo, no entanto, permitido ao julgador determinar qual a mais conveniente para o caso em concreto, que pode, inclusivamente, não ser nenhuma das aí catalogadas. Por isso mesmo, esta medida tutelar educativa é a que “menos estritamente obedece à preocupação de tipificação taxativa do legislador, em obediência ao princípio da legalidade”²³⁰. As regras enumeradas são meramente exemplificativas, competindo

²²⁸ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.85.

²²⁹ Ora, não podemos deixar de questionar a bondade da fixação da medida de prestações económicas a favor da comunidade. A LTE abrange os jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, podendo a aplicação de medidas fazer-se até que este perfaça os 18 anos de idade. Sucede que, nestas idades, a maioria dos jovens ainda não ingressou no mercado de trabalho, ou seja, não obtém rendimentos próprios. Significa isto que, apesar de ser o jovem o obrigado à prestação económica, é, verdadeiramente, a sua família que assegura o seu cumprimento, o que pode originar a não consciencialização e responsabilização do jovem visado. Assim, parece-nos que a aplicação desta medida deverá fazer-se após indagação da capacidade de cumprimento do jovem, mesmo que o faça em prestações mensais, caso contrário aparenta ser preferível a realização de tarefas, as quais impõem um comprometimento maior por parte do jovem delincente.

²³⁰ *Ibidem*, p.86.

ao julgador escolher qual a regra de conduta que melhor se adequa ao caso em concreto e às necessidades evidenciadas pelo menor, de forma a que, futuramente, adeque o seu comportamento às normas e valores partilhados pela coletividade. O n.º3 do art. 13.º impõe que as regras ditadas não representem limitações abusivas ou desrazoáveis à autonomia de decisão e de condução da vida do menor²³¹, nem ultrapassem os dois anos de duração.

Ora, apesar de o n.º1 do art. 19.º da LTE prescrever a não cumulação das medidas tutelares educativas, a verdade é que o n.º2 do art. 16.º prevê que o menor a quem foi decretada a medida de acompanhamento educativo possa ser igualmente sujeito a regras de conduta ou obrigações, bem como obrigado a frequentar programas educativos.

3.6. Imposição de obrigações

A medida de imposição de obrigações, expressa no art. 14.º da LTE, tem por objetivo contribuir para o melhor aproveitamento na escolaridade ou na formação profissional e para o fortalecimento de condições psicobiológicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade do menor. De acordo com o n.º2 do mencionado artigo, o menor pode ser obrigado a frequentar estabelecimento de ensino, onde deverá ser assíduo e obter aproveitamento, frequentar um centro de formação profissional ou seguir uma formação profissional, frequentar sessões de orientação em instituição psicopedagógica, frequentar atividades em clubes ou associações juvenis, e ainda, submeter-se a programas de tratamento médico, médico-psiquiátrico, médico-psicológico ou equiparado, em regime ambulatorio ou de internamento.

Os programas médicos descritos visam, nos termos do n.º3, debelar situações de consumo de álcool e estupefacientes, tratar doenças infectocontagiosas ou sexualmente transmissíveis e ainda questões do foro psíquico. Caso esta seja a medida imposta, o juiz deverá obter a adesão do menor e, caso este possua idade superior a catorze anos, o seu consentimento, nos termos do n.º4 do art. 14.º da LTE.

²³¹ Mafalda Sanahuja atribui fundamento constitucional à opção do legislador de oposição a regras de conduta que condicionem de forma abusiva ou desproporcionada a autonomia do menor. Para a Autora, por um lado pretende-se assegurar o princípio da proporcionalidade (art. 18.º da CRP), mas também salvaguardar vários direitos fundamentais, nomeadamente o direito à integridade pessoal (art. 25.º da CRP), o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º da CRP), e até mesmo o direito à liberdade de criação cultural (art. 42.º da CRP) – cf. SANAHUJA, Mafalda – Medidas Tutelares Não Institucionais: Reflexões críticas. Porto: Universidade Católica Portuguesa (2012). Dissertação de Mestrado, p.23.

Tal como a medida tutelar educativa de imposição de regras de conduta, a medida apresentada pode contemplar um conjunto de obrigações mais vasto do que aquele que consta, a título exemplificativo, no n.º 2. Ressalvamos, no entanto, a indicação taxativa constante do n.º 3, segundo a qual apenas os menores que se encontrem nas situações descritas poderão ser submetidos a tratamentos médicos em instituições. Se estivermos, por exemplo, perante um menor que consome tabaco, e apesar de tal comportamento acarretar malefícios, não poderá ser submetido a tratamentos por conta desse vício, que não se enquadra nos elencados pelo n.º 3. Esta medida, à semelhança da anterior, não pode ser cumulada com outras, exceto quando esteja em causa a medida de acompanhamento educativo, em que o tribunal pode impor obrigações, de acordo com o n.º 2 do art. 16.º.

3.7. Frequência de programas formativos

O art. 15.º contempla a medida de frequência de programas educativos, que consiste na participação em programas de ocupação de tempos livres, de educação sexual, de educação rodoviária, de orientação psico-pedagógica, de despiste e orientação profissional, de aquisição de competências pessoais e sociais e ainda, programas desportivos²³². Esta medida tem a duração máxima de seis meses, com exceção dos programas que durem mais tempo, não podendo exceder um ano. A medida, assim como as duas anteriores só pode ser cumulada com a medida de acompanhamento educativo, prevista no art. 17.º da LTE.

Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca evidenciam que esta medida é deveras idêntica à de imposição de obrigações, até porque ambas possuem uma finalidade educativa e formativa, essenciais para a vida do menor. No entanto, tratam-se de medidas francamente distintas, essencialmente porque a medida em causa aponta para programas concretos, para formações específicas sobre dadas matérias, “implicando para o menor uma

²³² Em 2007, Maria João Leote de Carvalho registava que ao crescimento da aplicação de medidas de tarefas a favor da comunidade contrapunham-se dificuldades na execução das medidas de imposição de obrigações e de frequência de programas formativos por escassez de estruturas e respostas adequadas. A Autora afirma que inexistente, por exemplo, uma rede nacional de médicos capazes de assegurar o cumprimento de tratamento médico do foro mental. O exposto leva a Autora a concluir que “a execução de medidas não institucionais implica a existência de uma rede no terreno, próxima e integradas nas comunidades de origem dos jovens, de forma a garantir o desenvolvimento de uma intervenção sistémica sem a qual ficará sem efeito a pretendida eficácia” – cf. CARVALHO, Maria João Leote, “Risco social, juventude e delinquência... ob. cit., p.445.

participação intensa e absorvente e, portanto, particularmente limitativa da sua autonomia de decisão e de condução de vida”²³³. Para além disso, os limites temporais máximos são distintos.

3.8. Acompanhamento educativo

A medida de acompanhamento educativo²³⁴ encontra consagração no art. 16.º da LTE. Esta medida obriga à execução de um projeto educativo pessoal que abrange as áreas determinadas pelo tribunal, tendo a duração mínima de três meses e máxima de dois anos. O projeto educativo, apesar de elaborado pelos serviços de reinserção social, tem de ser sujeito a homologação judicial. De entre as medidas tutelares não institucionais é a que mais limita a autonomia do menor para conduzir a sua vida.

O projeto educativo pessoal é definido consoante as necessidades educativas demonstradas, nas áreas de intervenção fixadas pelo tribunal, e constitui uma alternativa ao internamento. Por isso, o sucesso da medida depende da capacidade de resposta dos serviços sociais, especialmente da existências de equipas bem constituídas e com meios técnicos ao dispor para que possam estar presentes na vida do menor, “estar tanto quanto possível o mais próximo dele, dar-lhe o apoio sempre que necessitar, apoiar a sua família, ouvi-lo bem como a sua família em situações de crime, proporcionar-lhe acolhimento e aconselhamento”²³⁵. O menor e os pais, representantes legais ou quem tiver a guarda do menor, devem ser motivados para a participação na elaboração do projeto educativo, conforme dita o art. 142.º da LTE.

Esta medida pode ser cumulada com as medidas de imposição de regras de conduta ou obrigações, bem como com a frequência de programas educativos. Constitui, assim, a exceção à regra da não cumulação, transposta para o art. 19.º da LTE.

²³³ *Ibidem*, p.92.

²³⁴ Na OTM78, al. d) do art. 18.º prescrevia a medida de acompanhamento educativo, que consistia na orientação, auxílio e vigilância do menor pelos serviços de reinserção social, de acordo com as diretrizes do tribunal e com as obrigações por este impostas. Segundo Paulo Guerra, a medida de acompanhamento educativo constitui uma alternativa à medida de internamento em centro educativo que exige dos serviços de reinserção social uma função de dinamizador e executor da mesma. Para tal, deverá estar apetrechado de estruturas e recursos que permitam a integração dos jovens nos programas educativos e formativos, bem como a possibilidade de recorrer à mediação – cf. GUERRA, Paulo, “Medidas tutelares educativas institucionais ... ob.cit., p.193.

²³⁵ Cf. CHAVES, Sabrina Smith, *As medidas socio-educativas e as medidas tutelares educativas...*, ob. cit., p.89.

3.9. Internamento em centro educativo

Por fim, surge a única medida institucional presente na LTE, a medida tutelar educativa de internamento em centro educativo²³⁶, positivada no art. 17.º do diploma. Trata-se de uma medida que impõe o afastamento temporário do menor do seu meio habitual e a utilização de programas e métodos pedagógicos para que este possa interiorizar as normas e valores conformes ao direito e adquirir recursos que lhe permitam, futuramente, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável. Está “reservada apenas para os casos mais problemáticos, aqueles em que se reconhece que é necessário ou mesmo indispensável um afastamento temporário do meio habitual (a residência familiar, o bairro e a vizinhança, por vezes mesmo, a própria localidade) para que não se agudize o alarme social causado pelo facto praticado pelo menor e para que este interiorize valores conformes ao direito e adquira os recursos pessoais e sociais de que carece e que não-de permitir-lhe conduzir futuramente a sua vida, de modo digno e responsável, na comunidade”²³⁷.

Por isso mesmo, o menor deverá ser separado do seu meio e durante o internamento ser sujeito a programas pedagógicos e formativos que permitam debelar as dificuldades sentidas e as necessidades demonstradas, de forma a assegurar que este é devidamente educado para o direito, para que, num futuro próximo, assuma um comportamento coerente com as normas jurídicas²³⁸. Existem, de acordo com os arts. 167.º, 168.º e 169.º, três regimes de execução da medida de internamento: aberto, semiaberto e fechado.

No regime aberto, o menor reside e é educado no interior do centro educativo, mas frequenta, preferencialmente, no exterior, as atividades escolares, educativas ou de formação, laborais, desportivas e de tempos livres, conforme constem do seu projeto educativo pessoal. Significa isto que o menor submetido a este regime passa tanto tempo quanto possível fora do

²³⁶ Anteriormente designados Colégios de Acolhimento, Educação e Formação - CAEF. A escolha do centro educativo mais adequado é feita, de acordo com os arts. 149.º e 150.º, n.º2 da LTE, pela Direção-Geral dos Serviços de Reinserção Prisional e comunicada ao tribunal. Na eventualidade de o menor não poder ser, naquele momento, colocado no centro, o tribunal é informado da data a partir da qual a colocação é possível ou, em alternativa, é colocado noutra centro disponível, enquanto aguarda que o centro educativo mais adequado esteja disponível - Cf. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, , *A Criança e a Família. Uma Questão...* ob. cit., p.138. Para mais desenvolvimentos, cf. SILVA, João Pereira da, “Medidas tutelares de internamento”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto de Psicologia Aplicada (2008), pp.381-383.

²³⁷ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.97.

²³⁸ Cf. Ac. do TRP disponível em <http://bit.do/fc4NK> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

centro de educação mas é, no entanto, obrigado a lá pernoitar, tomar as refeições e frequentar as atividades educativas previstas no seu projeto educativo pessoal²³⁹.

Já no que diz respeito ao regime semiaberto, o menor a ele sujeito reside, é educado e frequenta as atividades educativas e de tempos livres no centro de educação mas pode, caso seja autorizado, frequentar, no exterior, atividades escolares, educativas, de formação, laborais ou desportivas, quando tal se revele necessário para a execução inicial ou faseada do seu projeto educativo pessoal. Trata-se de um regime mais restrito do que o primeiro, com menor regularidade de autorizações de saída, especialmente numa fase inicial. A duração mínima dos regimes anteriormente aludidos passou de três para seis meses, de acordo com a alteração introduzida pela Lei n.º4/2015 ao n.º1 do art. 18.º da LTE.

Por fim, o regime fechado, o mais restritivo dos três, prevê que o menor resida, seja educado e frequente atividades formativas e de tempos livres exclusivamente no centro educativo. As únicas saídas permitidas, sempre sob acompanhamento, pretendem garantir o cumprimento de obrigações judiciais, a satisfação de necessidades de saúde ou de outros motivos ponderosos e excepcionais, designadamente para comparecer em cerimónias fúnebres por falecimento de familiar ou para visitar algum familiar que se encontra gravemente doente²⁴⁰. Este é, indubitavelmente, o regime de execução mais gravoso, de *ultima ratio*, que apenas deve ser aplicado aos casos mais graves do ponto de vista dos crimes praticados e das necessidades de educação para o direito reveladas, casos em que se impõe um período de afastamento da sociedade de forma a que o jovem possa ser ajudado a compreender a importância dos bens violados²⁴¹. Ora, quanto mais grave for a conduta do menor, mais restritivo será o regime aplicado. Neste sentido, em Portugal acolhe-se o princípio do recurso último à privação da liberdade de jovens infratores, conforme indicações conferidas por vários instrumentos transnacionais, o que significa que esta privação não pode constituir recurso voltado unicamente para a segurança e

²³⁹ No que concerne ao regime aberto de execução, Paulo Guerra questionava, antes da revisão da LTE em 2015 se não faria sentido proceder a uma revisão que contemplasse este regime mais como uma fase final e natural da execução da medida do que como uma modalidade a aplicar *ab initio* – cf. GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa... ob. cit., p.105. Assim, a alteração operada pela Lei 4/2015 introduziu um período de supervisão intensiva, prevista no art. 158.º-A e de acompanhamento pós-internamento, previsto no art. 158.º-B. Para um maior desenvolvimento sobre estes mecanismos, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit., pp. 478-483 e FIALHO, António José, “A Primeira Revisão da Lei Tutelar Educativa”. In GUERRA, Paulo [coord.] – I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A Criança e a Família no colo da lei – As causas no se medem aos palmos. Lisboa: Almedina (2016), p. 233-256.

²⁴⁰ *Ibidem*, p.319.

²⁴¹ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil...” ob. cit., p. 469.

tranquilidade públicas, nem ser pretexto para colocar em cheque a evolução normal da vida do jovem²⁴².

Prescreve o n.º3 do art. 17.º que à prática de um único facto contra pessoas, qualificado como crime, a que corresponda uma pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos, deve corresponder a aplicação de uma medida de internamento em centro educativo, no regime semiaberto. Quando estiverem em causa crimes patrimoniais, a aplicação do regime de semidetenção apenas deverá ter lugar quando haja a prática de, pelo menos, dois factos qualificados como crime, a que corresponda pena de prisão máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos²⁴³.

Já no que concerne ao regime fechado, o n.º4 do art. 17.º prevê a sua aplicação quando esteja em causa a prática, por um menor com idade superior a 14 anos à data da aplicação da medida, de dois factos contra pessoas qualificados como crimes contra pessoas, a que corresponda pena de prisão máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos. No entanto, é igualmente recomendável a aplicação do regime fechado quando esteja em causa a prática, por um menor com mais de 14 anos à data da aplicação da medida, de um único facto qualificado como crime a que corresponda pena de prisão máxima, abstratamente aplicável, superior a cinco anos²⁴⁴.

Ora, Sabrina Smith Chaves questiona a bondade de tal medida tutelar, sustentando que a educação para o direito não pode resumir-se à colocação de um jovem em situação idêntica à dos criminosos adultos²⁴⁵ e que, apesar de poderem estar em causa comportamento graves, “não se pode esquecer que, por serem crianças, o tratamento da sua situação específica exige

²⁴² Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Privação de liberdade na Justiça Juvenil: Contornos de problemas entre meios e fins”. In *Julgaz*. Lisboa. n.º 22 (2014), pp. 81-83. Segundo a DGRSP, a rede atual é composta por 6 CE. O CE de Santa Clara, localizado em Vila do Conde, o CE de Santo António, implantado no Porto, o CE dos Olivais, em Coimbra e os CE Padre António Oliveira, Bela Vista e Navarro Paiva, todos localizados em Lisboa.

²⁴³ Como muito bem aponta Maria João Leote de Carvalho, não deixa de ser contraditório que em Portugal não exista um Direito Penal de crianças e jovens mas que a entidade responsável pela supervisão dos serviços de justiça juvenil e da execução das medidas tutelares – a DGRSP – seja a entidade com competência para o exercício de execução e gestão das penas aplicadas – cf. CARVALHO, Maria João Leote de, “A Medida de Internamento da Lei Tutelar Educativa: Sentido e Potencialidades”. In GUERRA, Paulo [coord.] – *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A Criança e a Família no colo da lei – As causas no se medem aos palmos*. Lisboa: Almedina (2016), p. 261.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.99. Caso o jovem, notificado para se apresentar no centro educativo indicado não compareça, o tribunal pode emitir mandados de condução, a cumprir pelas entidades policiais - cf. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, , *A Criança e a Família. Uma Questão...* ob. cit., p.138.

²⁴⁵ Cf. CHAVES, Sabrina Smith, *As medidas socio-educativas e as medidas tutelares educativas...*, ob. cit., pp.94-95. Segundo estatísticas da DGRSP o número de jovens internados em 2011 fixava-se nos 274, tendo sofrido quebras consecutivas até 2016, onde se registaram apenas 136 jovens internados. Nos anos de 2017 e 2018 registou-se um aumento do número de jovens internados, para 147 em 2017 e 154 em 2018 – Cf. Estatísticas da DGRSP, disponíveis em <https://partilha.ijustica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas#&organismo=dgrsp> e consultadas em 7/10/2019.

especificidade ao nível do acompanhamento psicológico, pedo-psiquiátrico, formação pessoal e profissional. Tal acompanhamento específico determina a criação de infra-estruturas adequadas bem como um sério investimento ao nível da formação de técnicos que possam efectuar esse acompanhamento²⁴⁶. As atividades e programas educativos são essenciais para o sucesso da medida e decisivos para a reabilitação do jovem, mas também podem constituir, por vezes, uma oportunidade nas suas vidas, já que podem não estar acessíveis na comunidade de origem. Assim, é necessário que os mesmos estejam orientados para a educação do jovem nos valores sociais que desrespeitou mas que também permitam acautelar o seu normal desenvolvimento²⁴⁷.

4. As penas principais, de substituição e medida de coação elencadas na Lei Tutelar Educativa

A LTE, no seu capítulo dedicado à interatividade entre as penas e as medidas tutelares educativas, debruça-se sobre as penas principais e sobre as penas de substituição de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão, bem sobre a medida de coação de prisão preventiva.

As penas principais encontram-se expressamente previstas nos tipos de crime e podem ser aplicadas pelo juiz independentemente de quaisquer outras²⁴⁸. O CP de 1982 determinou como penas principais a pena de prisão, prevista no art. 41.º e a pena de multa, consagrada no art. 47.º, ambos do CP. Por outro lado, as penas de substituição, alternativas á aplicação da pena de prisão, são fortes instrumentos na luta contra a colocação do condenado em estabelecimento prisional, evitando, assim, a sua sujeição a um meio estigmatizante e, por vezes, pouco benéfico para o jovem.

A medida de coação de prisão preventiva, por seu turno, é a medida de coação mais gravosa aplicável e consiste na detenção do arguido em estabelecimento prisional, quando as restantes medidas de coação se revelem inadequadas ou insuficientes e estejam presentes fortes indícios da prática dos crimes elencados no n.º1 do art. 202.º do CP. Sustentamos, no entanto, que

²⁴⁶ *Idem*. A propósito, consultar o Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativo, disponível em <http://twixar.me/NtC1>.

²⁴⁷ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, "Privação de liberdade na Justiça... ob. cit., pp.82-83.

²⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. pp. 89-90.

deveria constar da LTE disposição que regulasse a interatividade entre as medidas tutelares e a medida de coação de obrigação de permanência na habitação, positivada no art. 201.º do CPP.

Neste sentido, afigura-se necessária uma breve referência às penas e medidas de coação mencionadas, de forma a percebermos eficientemente os contornos envolventes de cada uma.

4.1. Penas principais

4.1.1. Pena de prisão

A pena de prisão, única, simples e temporária²⁴⁹, é a pena privativa da liberdade mais gravosa do sistema judicial e consiste na obrigatoriedade de permanência do condenado em estabelecimento prisional durante a sua execução. A pena de prisão almeja as finalidades de prevenção geral, servindo como defesa da sociedade e prevenindo a prática de futuros crimes, mas também procura conquistar a reintegração social do condenado, através da criação de mecanismos que permitam conduzir a sua vida de modo socialmente responsável²⁵⁰.

Determina o art. 41.º do CP que a pena de prisão tenha a duração mínima de 1 mês e máxima de 20 anos, com exceção dos casos de concurso de crimes submetidos às regras dos artigos 77.º e 78.º, os quais podem levar à aplicação de uma pena de prisão de até 25 anos²⁵¹.

A pena de prisão não superior a um ano pode, conforme dispõe o art. 45.º do CP, ser substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade, exceto se a sua execução for exigida para evitar a prática futura de ilícitos criminais. O regime de permanência na habitação, consagrado no art. 43.º, constitui uma segunda alternativa à execução da pena de prisão em estabelecimento prisional e consiste na fiscalização, por meios técnicos de controlo à distância, da permanência do condenado na habitação quando este tiver sido condenado a pena de prisão efetiva não superior a dois anos. Por fim, o art. 46.º do CP, proclama a hipótese de a pena de

²⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral II...*, p.97. Conforme sustentam Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, “[a] pena privativa da liberdade continua a ser a espinha dorsal do sistema penal, já que constitui a única alternativa para os casos de grave criminalidade e plurireincidência; no entanto, houve a preocupação de limitar tanto quanto possível a pena de prisão, atento o seu incontroverso efeito criminógeno” – cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, 6.º edição, Rei dos Livros (2018), p. 177. Cf. igualmente, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado – Volume I*, Rei dos Livros (2014), pp. 630-632.

²⁵⁰ Cf. art. 42.º do CP.

²⁵¹ Jorge de Figueiredo Dias atribui diferentes graus da pena de prisão segundo a sua duração – cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral II...*, pp.106-107. De igual modo, cf. ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Reimp., Almedina (2018), pp. 22-24.

prisão não superior a três anos ser substituída por pena de proibição por um período de 2 e 5 anos, do exercício de profissão, função ou atividade, públicas ou privadas, quando o crime tenha sido cometido no respetivo exercício, e sempre que o tribunal entender que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

4.1.2. Pena de multa

A pena de multa, prevista no art. 47.º do CP, consiste no pagamento, pelo condenado, de um valor pecuniário, cujo quantitativo diário e número de dias são fixados pelo julgador. De acordo com os n.ºs 2 e 3 do mencionado artigo, o número de dias oscila entre os 10 e os 360 e o valor diário fixa-se entre os 5 e os 500 euros, em função da situação económico-financeiro do condenado e dos seus encargos pessoais. Atendendo a esta mesma situação económico-financeira, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda um ano, ou permitir o pagamento em prestações, a serem pagas, no máximo, nos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da decisão²⁵².

A pena reveste natureza pessoalíssima, não podendo ser paga por terceiros, nem assegurada por doação, negócios afins ou contratos de seguro²⁵³. Segundo Jorge de Figueiredo Dias, é imperioso que a pena de multa seja conformada e aplicada em termos que permitam a realização das finalidades das penas, isto é, é indispensável que o condenado não percecione a pena de multa como uma dispensa de pena ou até mesmo como uma disfarçada absolvição, mas antes como “uma censura suficiente do facto e, simultaneamente, uma garantia para a comunidade da validade e vigência da norma violada”²⁵⁴. O Autor aponta múltiplas vantagens da pena de multa em relação à pena de prisão, argumentando que a maior é a manutenção da ligação do condenado aos seus meios familiar e profissionais, evitando os efeitos criminógenos da pena de prisão²⁵⁵.

²⁵² Cf. n.º3 do art. 47.º do CP. A regra constante no Código Penal é a da punição ou só em pena de prisão ou em pena de prisão ou multa. A pena só de multa apenas a encontramos no n.º2 do art. 366.º do CP. Não existe pena conjunta de multa e prisão – cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, ob. cit., p.197.

²⁵³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral II...*, p.118 e ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas...* ob.cit., p. 26.

²⁵⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral II...*, p.119.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp.120-121. A título exemplificativo, Mari João Antunes aponta inúmeras vantagens da pena de multa sobre a pena de prisão, nomeadamente: não quebra a ligação do condenado aos meios familiares e profissionais; o pagamento em prestações permite uma execução mais elástica; redução dos custos financeiros do sistema de justiça e possibilidade de

A pena de multa pode ser substituída total ou parcialmente, a pedido do condenado, por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de pessoas coletivas direito público, bem como instituições particulares de solidariedade social, quando o tribunal concluir que esta forma de cumprimento assegura, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, em consonância com o disposto no art. 48.º do CP. O condenado em pena de prisão, que não requereu a sua substituição por trabalho, nem a pagou, voluntária ou coercivamente, cumpre prisão subsidiária pelo tempo correspondente, reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com pena de prisão, nos termos do n.º1 do art. 49.º do CP. Na eventualidade de o condenado provar que a razão do não pagamento não lhe é imputável, o n.º3 contempla a suspensão da prisão subsidiária, por um período de 1 a 3 anos, subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Caso o condenado cumpra os deveres ou regras decretadas, a pena é declarada extinta, caso incumpra, executa-se a prisão subsidiária.

4.2. Penas de substituição de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão

4.2.1. Substituição da prisão por multa

A pena de prisão, aplicada em medida não superior a um ano, é substituída por pena de multa ou outra não privativa da liberdade, exceto se execução da prisão se mostrar necessária para prevenir o cometimento de futuros crimes, nos termos do n.º1 do art. 45.º do CP²⁵⁶. É verdadeiramente uma pena de substituição não detentiva porquanto inviabiliza a colocação do condenado em estabelecimento prisional.

canalização do produto da multa para indemnização dos lesados da prática do crime – cf. ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas...* ob.cit., pp.24-25.

²⁵⁶Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques destacam a clara preferência pelas reações não detentivas e pugnam que o que antes constituía uma mera faculdade de substituir é agora uma obrigação. Segundo os Autores, “[a] substituição liga-se, assim, à problemática das penas curtas, sendo um passo importante no sentido de reagir contra elas, sem esquecer, não obstante, os casos em que se justifica a aplicação efectiva de prisão” – cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, ob. cit., pp. 185-186. Ver igualmente, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado*, ob.cit., pp. 654-660.

Em caso de condenação em pena de multa de trabalho o condenado pode, após o transito em julgado, requerer o seu cumprimento em dias de trabalho – cf. Ac. do STJ, disponível em <http://bit.do/fc4NY> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

A substituição da prisão por multa consiste no pagamento, pelo condenado, de um valor pecuniário, cujo quantitativo diário e número de dias são fixados pelo julgador. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 47.º determinam que o número de dias oscila entre os 10 e os 360 e o valor diário fixa-se entre os 5 e os 500 euros, em função da situação económico-financeiro do condenado e dos seus encargos pessoais. Atendendo a esta mesma situação económico-financeira, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda um ano, ou permitir o pagamento em prestações, a serem pagas, no máximo, nos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da decisão²⁵⁷.

Prescreve o n.º2 do art. 45.º que, caso o condenado incumpra no pagamento da multa, cumpre a pena de prisão aplicada na sentença, exceto se provar que a razão do não pagamento lhe não é imputável²⁵⁸. Caso tal aconteça, a execução da prisão é suspensa, por um período de 1 a 3 anos, subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Se o condenado cumprir os deveres ou regras impostas a pena é declarada extinta, se incumprir a mesma é executada.

4.2.2. Prestação de trabalho a favor da comunidade

A prestação de trabalho a favor da comunidade abrange a prestação de serviços gratuitos ao Estado ou a outras pessoas coletivas de direito público, bem como a entidades privadas com fins considerados de interesse para a comunidade²⁵⁹.

Quando o arguido for condenado em pena não superior a dois anos, pode o tribunal, autorizado pelo condenado, proceder à sua substituição por prestação de trabalho a favor da comunidade, sempre que concluir, nomeadamente em razões de idade do agente, que se realizam, por este meio, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, dita o n.º1 do

²⁵⁷ Cf. n.º3 do art. 47.º do CP. A este propósito, cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, ob. cit., pp. 190-196. A prestação de dias de trabalho a favor da comunidade como forma de execução da pena de multa distingue-se da pena substitutiva de prestação de trabalho a favor da comunidade. O incumprimento da prestação de trabalho como forma de execução da pena de multa determina a conversão da multa em prisão subsidiária, enquanto que o incumprimento da pena substitutiva determina a sua revogação, entre outros efeitos possíveis – cf. Ac. do TRP disponível em <http://bit.do/fc4N8> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019. De igual modo, ver anotação ao art. 43.º do CP – cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição Atualizada, Universidade Católica (2011), p.284.

²⁵⁸ A propósito da execução da pena de multa de substituição, cf. ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas...* ob.cit., pp.108-111.

²⁵⁹ Cf. n.º2 do art. 58.º CP.

art. 58.º do CP. Juntamente com a pena de substituição não detentiva aplicada, pode o tribunal impor ao condenado as regras de conduta previstas nos n.ºs 1 a 3 do art. 52.º, quando tal se mostrar apropriado à sua reintegração social. Cumprida integralmente, a pena é declarada extinta, de acordo com o n.º3 do art. 59.º e art. 57.º, ambos do CP. Se a prestação de trabalho a favor da comunidade for considerada satisfatória, pode o tribunal declarar extinta a pena não inferior a setenta e duas horas, uma vez cumpridos dois terços da pena.

Dispõem os n.ºs 3 e 4 que cada dia de prisão é substituído por uma hora de trabalho, no máximo de 480 horas, prestada aos sábados, domingos, feriados e dias úteis, neste caso sem prejuízo da jornada normal de trabalho e levando em consideração o regime de horas extraordinárias aplicável.

Caso o condenado invoque motivo grave de ordem médica, familiar, profissional, social ou outra, a execução da pena é passível de ser provisoriamente suspensa, não podendo, no entanto, o tempo de execução exceder os 30 meses, conforme dita o n.º1 do art. 59.º do CP. O referido artigo, no seu n.º2, contempla a possibilidade de o tribunal revogar a aplicação da pena substitutiva e ordenar a execução da pena de prisão se o condenado se colocar, intencionalmente, em condições de não poder trabalhar, se recusar²⁶⁰, sem justa causa, a prestar trabalho, ou infringir grosseiramente os deveres decorrentes da pena aplicada ou cometer crime, pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades da pena de substituição não puderam, por meio dela, ser atingidas. Neste caso, o tribunal desconta no tempo de prisão a cumprir os dias de trabalho já prestados, cumprindo o condenado o restante. Em sentido inverso, se o condenado não realizar a prestação de trabalho por facto não imputável, o tribunal pode substituir a pena de prisão fixada na sentença por multa até 240 dias ou suspender a execução da pena de prisão ditada por sentença, por um período entre 1 a 3 anos, subordinando-a ao cumprimento de deveres e regras de conduta²⁶¹.

²⁶⁰ A recusa de prestação de trabalho, sem apresentação de motivo ponderoso, constitui fundamento de revogação da pena substitutiva mas não constitui nenhum dos crimes constantes dos arts. 348.º e 353.º do CP – cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal* ob.cit., p.323.

²⁶¹ Também aqui, o condenado não pode exigir a restituição das prestações efetuadas – cf. GARCIA, Miguez M.; RIO, J.M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, 1ª Edição, Almedina (2014), p.391.

4.2.3. Suspensão da execução da pena de prisão

A última pena de substituição merecedora de destaque na LTE é a suspensão da execução da pena de prisão. Segundo o art. 50.º do CP, o tribunal pode, por decisão fundamentada, suspender, por um período entre 1 a 5 anos²⁶², a execução da pena de prisão aplicada não superior a 5 anos se, tomando em consideração a personalidade do agente, as suas condições de vida, conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição²⁶³. Pode, inclusivamente, subordinar a suspensão ao cumprimento de deveres e regras de conduta, ou determinar que a mesma seja acompanhada de regime de prova.

No que diz respeito à observação de deveres, os quais podem ser modificados até ao termo do período de suspensão quando ocorrerem circunstâncias supervenientes relevantes ou de que o tribunal só teve conhecimento posteriormente, o condenado pode ser obrigado, nos termos do n.º1, ao pagamento, dentro de certo prazo, de todo ou na parte em que o tribunal considerar possível, a indemnização devida ao lesado ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea, a dar ao lesado satisfação moral adequada, entregar a instituições, públicas ou privadas, de solidariedade social ou ao Estado, uma contribuição monetária ou prestação de valor equivalente. Já no que diz respeito às regras de conduta, o elenco descrito no n.º1 do art. 52.º é meramente exemplificativo, ficando à consideração do tribunal qual regra aplicar, de forma a garantir a ressocialização do agente. No entanto, carece o tribunal de autorização do condenado para determinação da sua sujeição a tratamento médico ou a cura em instituição adequada²⁶⁴.

Por fim, no que concerne à modalidade de suspensão com regime de prova, esta é aplicável sempre que o condenado não tiver atingido, à data do crime, 21 anos de idade ou seja condenado

²⁶² Paulo Pinto Albuquerque considera que o legislador estabeleceu, na pena de 5 anos de prisão, o limiar das soluções de “descarcerização, desformalização e diversão” – cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal* ob.cit., p.278. No que diz respeito à decisão de suspensão da execução da pena de prisão, o Tribunal da Relação de Évora pronunciou-se, sustentando que o “risco de um falso positivo no prognóstico sobre o comportamento futuro do arguido é ainda comunitariamente suportável à luz da preferência pelas penas não privativas da liberdade afirmada e reafirmada pelo nosso ordenamento jurídico-penal desde o início de vigência do C. Penal de 1982, dado o papel que pena desta natureza pode ter na efetiva reintegração social do arguido, constituindo-se a sua aplicação em prestação estatal própria do Estado de Direito social de Direito que continuamos a ser” – cf. Ac. TRE disponível em <http://bit.do/fc4Pk> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

²⁶³ Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques sustentam que o “instituto da pena suspensa, significa uma suspensão da execução da pena que, embora efectivamente pronunciada pelo tribunal, não chega a ser cumprida, por se entender que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delincente da criminalidade e satisfazer as necessidades de reprobção e prevenção do crime” – cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, ob. cit., p.209.

²⁶⁴ Cf. n.º3 do art. 52.º do CP.

pela prática de crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, cuja vítima seja menor. Dita o n.º2 do art. 53.º, que esta medida consiste na elaboração de um plano de reinserção social, executado com vigilância e apoio dos serviços de reinserção social. O plano de reinserção social prossegue o objetivo de ressocialização do agente e deve conter as atividades que este deve desenvolver, o respetivo faseamento e as medidas de apoio e vigilância a adotar pelos serviços de reinserção social²⁶⁵.

Se acontecer que o jovem incumpra culposamente as condições da suspensão, o tribunal pode, de acordo com o art. 55.º do CP, fazer uma solene advertência, exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão, impor novos deveres ou regras de conduta ou introduzir exigências acrescidas no plano de reinserção ou então prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de um anos, nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão previsto no n.º5 do art. 50.º. Dita o art. 56.º do CP que, caso o condenado infrinja grosseira ou repetidamente as condições de suspensão²⁶⁶ ou cometa crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades que estavam na base da pena não puderam, por meio dela, ser alcançadas, o tribunal confirma a revogação da pena e determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença²⁶⁷.

Por fim, decorrido o período de suspensão sem que haja motivos para proceder à revogação da pena, esta é declarada extinta. No entanto, se findo o período de suspensão se encontrar pendente processo por crime que possa determinar a revogação da pena ou incidente por falta de cumprimento das condições de suspensão, a pena só é declarada extinta quando o processo ou incidente terminarem e não houver lugar à revogação ou prorrogação do período de suspensão²⁶⁸.

²⁶⁵ Cf. n.º1 do art. 54.º do CP.

²⁶⁶ O regime de prova constituiu uma das grandes novidades do Código – art. 53.º. A este propósito cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, ob. cit., pp.115-120.

²⁶⁷ Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, os efeitos da revogação são de dupla ordem. Por um lado, dá lugar ao cumprimento da pena fixada na sentença, com o desconto a que houver lugar nos termos gerais. Por outro lado, implica a não restituição de prestações que o arguido haja realizado, como por exemplo as previstas na al. a) do n.º1 do art. 51.º CP - cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal* ob.cit., p.279.

²⁶⁸ Cf. art. 57.º do CP.

4.3. Medida de coação de prisão preventiva

Conforme dispõe o art. 202.º do CPP, sempre que o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as medidas de coação menos gravosas, pode impor ao arguido a medida de coação de prisão preventiva, se se verificar algum dos seis factos elencados nas alíneas do n.º1.

Primeiramente, é sempre necessário que sob o arguido recaiam fortes indícios da prática dos crimes referidos, e não a mera suspeita²⁶⁹. Assim, se estiver em causa a prática de crime punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, de crime que corresponde a criminalidade violenta, de crime doloso de terrorismo ou que corresponde a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, de crime de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão máximo superior a 3 anos, de crime doloso com detenção de arma proibida, detenção de armas ou outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, bem como se se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual decorra processo de extradição ou expulsão é possível a aplicação da medida de coação de prisão preventiva, a mais gravosa do sistema penal²⁷⁰.

A prisão preventiva extingue-se nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 214.º, devendo o arguido ser imediatamente libertado. Se a libertação ocorrer em virtude do esgotamento do prazo, o juiz pode sujeitar o arguido às medidas de coação previstas nos arts. 197.º a 200.º do CP.

4.4. Medida de coação de obrigação de permanência na habitação

Apesar de a medida de coação de obrigação de permanência na habitação não ter merecido regulação especial na LTE, consideramos que a mesma poderá levantar múltiplas problemas de

²⁶⁹ Segundo dados da PORDATA, em 2018 encontravam-se 2.196 indivíduos presos preventivamente – cf. Estatísticas da PORDATA, disponível em <http://twixar.me/qWg1>.

²⁷⁰ Cf. FERREIRA, Ana Sofia Ribeiro Tavares, *Prisão Preventiva: Medida de Coação ou de Punição?*. Braga: Universidade do Minho (2016). Dissertação de Mestrado. A propósito do papel do Juiz de Instrução Criminal na aplicação de medidas de coação, cf. GONÇALVES, Patrícia Sofia Martins, *Despacho de aplicação de medidas de coação de acordo com a Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro – Confronto com a figura do Dominus do Inquérito e do Juiz das Liberdades*. Coimbra: Universidade de Coimbra (2015). Dissertação de Mestrado.

interatividade com as medidas tutelares educativas, conforme veremos mais adiante. Neste sentido, impõe-se uma breve enunciação sobre esta medida de coação que, junto com a prisão preventiva, é privativa da liberdade.

A obrigação de permanência na habitação²⁷¹ consiste na imposição, por parte do juiz, ao arguido da obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento reside ou, nomeadamente, de instituição adequada a prestar-lhe auxílio social e de saúde. Tal obrigação poderá ser imposta quando houver fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, segundo o n.º 1 do art. 201.º do CPP. De acordo com o n.º 3 do art. 201.º, as autoridades podem proceder à fiscalização do cumprimento das obrigações referidas através de meios técnicos de controlo à distância.

A medida de coação de obrigação de permanência na habitação apenas deverá ser aplicada quando as restantes se revelarem inadequadas ou insuficientes e deve ser dada preferência a esta em preterição da medida de prisão preventiva, a mais gravosa do sistema, sempre que ela se reveste suficiente para satisfazer as exigências cautelares. A violação da obrigação de permanência na habitação pode constituir a prática de crime de evasão, previsto no art. 352.º do CP, mas apenas quando se verificar uma destruição do equipamento eletrónico e a ausência da habitação e não meramente quando apenas o condenado não regressar a casa após uma saída autorizada²⁷².

²⁷¹ A medida de coação de obrigação de permanência na habitação, menos gravosa do que a medida de prisão preventiva, não está diretamente prevista na Constituição mas “a sua constitucionalidade deriva precisamente de constituir um *minus* relativamente àquela, que a Constituição prevê nos arts. 27º, nº3, b), e 28º” – cf. COSTA, Eduardo Maia, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina (2016), p.813. Conforme dispõe o acórdão do TRP, disponível em <https://bit.ly/2BQZoG8>, “[a] medida de coação da obrigação de permanência na habitação (OPH) em confronto com a prisão preventiva, não tem a capacidade, perante um crime grave, de dar resposta adequada em sede de prevenção geral à necessidade de tranquilizar a sociedade. Não deve ser equacionado na ponderação da aplicação da OPH o evitar o estigma da prisão, se ao arguido é previsível, que venha a ser aplicada prisão efectiva.”

²⁷² Cf. COSTA, Eduardo Maia, *Código de Processo* ob.cit., p.814. Segundo Germano Marques da Silva, esta medida é compatível com a autorização de o arguido se ausentar do local onde é obrigado permanecer para estudar, laborar, apresentar-se às autoridades ou sujeitar-se a tratamentos médicos – cf. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal- II*, 4ª Ed., Editorial Verbo (2008), p.333.

CAPÍTULO IV

A INTERAÇÃO ENTRE PENAS (E MEDIDAS DE COAÇÃO) E AS MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS: ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DA LTE

1. Concorrência entre o processo-crime e o processo tutelar

1.1. Aplicação de medidas tutelares a maiores de 16 anos

De acordo com o art. 1.º da LTE, a prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa. Significa isto que o menor imputável não estará sujeito ao direito penal, mas antes ao direito tutelar educativo. Deste modo, a aplicação de uma medida tutelar educativa depende não só do preenchimento da premissa acima referida mas também da demonstração da necessidade de educação do menor para o direito, subsistente no momento da decisão, bem como de não ter este completado 18 anos até à data da decisão de 1.ª instância, conforme já tínhamos anteriormente referido.

O tribunal competente para tramitar os processos referentes aos sujeitos abrangidos pela LTE é o Tribunal de Família e Menores²⁷³ com competência para, de acordo com o n.º1 do art. 28.º da LTE: praticar atos jurisdicionais relativos ao inquérito; apreciar de factos qualificado pela lei como crime, praticados por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, com vista à aplicação de medida tutelar educativa; executar e rever as medidas aplicadas, bem como declarar a cessação ou extinção dessas mesmas medidas. Conforme dispõe o n.º 2 do art. 28.º, cessa a competência do Tribunal de Família e Menores quando for aplicada pena de prisão efetiva por crime praticado entre os 16 e os 18 anos ou quando o menor completar 18 anos antes da data da decisão da 1.ª instância. Significa isto que, regra geral, o tribunal tem competência para a aplicação de medida tutelar até ao menor perfazer os 18 anos de idade, exceto nos casos em que este é condenado a pena de prisão efetiva.

Ora, esta possibilidade justifica-se do ponto de vista dogmático e político-legislativo. Na verdade, estamos perante um jovem que é civilmente menor, pelo que faz sentido, se se

²⁷³ A propósito da intervenção do Ministério Público nos processos tutelares educativos, cf. FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, "Lei Tutelar Educativa: Traços ... ob.cit., pp. 123-137.

mantiverem vigentes as finalidades que orientam o processo tutelar, especialmente a da educação para o direito, permitir que este seja regido por essa jurisdição.

Por outro lado, automaticamente excluir a intervenção do Tribunal de Família e Menores quando o menor atingisse os 16 anos de idade, “deixaria sem respostas graves carências de intervenção por parte do Estado”²⁷⁴. Conforme sublinha Margarida Santos, é de especial importância a proximidade entre a prática do facto e a aplicação da medida tutelar, de forma a assegurar um efetivo efeito pedagógico da intervenção tutelar educativa²⁷⁵. No entanto, pode ocorrer que o menor pratique um facto qualificado pela lei como crime por volta dos 14 ou 15 anos, pelo que as demoras na investigação e no decorrer do processo podem levar a que o Tribunal apenas se pronuncie vários anos depois. Ora, caso a intervenção do Tribunal de Família e Menores cessasse automaticamente, perfeitos os 16 anos, o jovem poderia nunca ser responsabilizado ou sequer beneficiar dos mecanismos estaduais que lhe garantem resposta para a necessidade demonstrada – a educação para o direito.

Na esteira de Joana Marques Vidal e aplaudindo esta conceção, a reforma do direito dos menores concebeu arquitetura legal que permitiu e promoveu uma visão integrada das crianças e dos jovens, de forma a que todas as questões suscitadas, independentemente da sua natureza, fossem apreciadas pelo mesmo tribunal, numa “abordagem sistémica, global e multifacetada, permitindo decisões não contraditórias e exequíveis”²⁷⁶. Ora, aqui chegados, faz todo o sentido que, mesmo ultrapassado o critério etário formal, o Tribunal de Família e Menores possa junto do menor intervir, responsabilizando-o por factos cometidos na vigência da inimputabilidade.

Estabelecida a competência do Tribunal de Família e Menores para aplicar medidas tutelares até ao jovem perfazer os 18 anos e excetuados os casos legalmente previstos, é relevante

²⁷⁴ Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.516. A propósito da atribuição da competência ao Tribunal de Família e Menores, colocamos em evidência as Regras de Beijing, concretamente a Regra n.º22, a qual consagra que “[a] formação profissional, a formação permanente, os cursos de reciclagem e outros tipos de ensino apropriados, servirão para dar e manter a competência profissional necessária a todas as pessoas encarregadas de assuntos referentes a menores” , pelo que o “pessoal da Justiça de menores deve reflectir a diversidade dos jovens que entram em contacto com o sistema de justiça de menores” - cf. Regra n.º22 das Regras de Beijing, disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pt e consultado, pela última vez, e, 13/7/2019 .

²⁷⁵ Cf. SANTOS, Margarida, *Lei Tutelar Educativa...* ob. cit., p.35. (Anotação ao art. 5.º da LTE).

²⁷⁶ Cf. VIDAL, Joana Marques, “Crianças, Jovens ...ob.ct., p. 120. Realça a Autora que o exercício das funções nestes tribunais “deve desenvolver-se no respeito profundo pelos princípios constitucionais e convencionais, designadamente dos Direitos das Crianças e dos Direitos Humanos, os quais balizando o campo da necessária actividade criadora do julgador, constituirão, simultaneamente, quadro de referência limitador da consideração e da eventual influência dos valores comunitários e pessoais na decisão” – cf. *Ibidem*, p.125.

mencionar que a execução da medida decretada pode estender-se até que o jovem perfaça os 21 anos de idade, momento em que cessa automaticamente, conforme dispõe o art. 5.º da LTE.

Júlio Barbosa e Silva realça que a previsão em causa pretende assegurar a exequibilidade das medidas aplicáveis ao jovem, atribuindo, igualmente, um limite máximo de aplicação. Sublinha o Autor que estando perante uma medida tutelar de internamento, em regime fechado, a qual pode ser aplicada até ao jovem perfazer 18 anos e ter a duração de três anos, era necessária uma norma que conferisse efeito útil à aplicação da medida, caso contrário ficaria desprovida de qualquer sentido prático e esvaziada nos seus objetivos²⁷⁷.

Mas mais do que conferir este efeito, com a previsão da extensão da execução da medida tutelar até 21 anos de idade, o legislador privilegiou a “ideia de levar até tão tarde quanto possível a intervenção tutelar – desde que ela se mostre requerida pelas necessidades de educação para o direito que continuem a manifestar-se no jovem – conferindo-lhe mesmo, em certos casos, alguma margem de preferência em relação à execução de condenação superveniente em pena, ainda que só em casos em que o crime que corresponde a esta for de gravidade inferior ao que qualifica o facto que fundamentou a medida tutelar aplicada”²⁷⁸.

Conforme sublinha Filipa de Figueiroa, estamos perante a existência de um “*princípio do primado da intervenção tutelar educativa* “. Admite a Autora que a condenação penal não pode inviabilizar, *tout court*, a educação para o direito aspirada pela medida tutelar educativa. Assim, estando perante uma condenação por crime de pouca gravidade ainda se poderá ambicionar a correção da personalidade delincente²⁷⁹.

No entanto, António Carlos Duarte-Fonseca evidencia que a conceção da extensão da aplicação de medidas tutelares educativas até ao jovem perfazer 21 anos de idade acarreta uma certa ambiguidade de tratamento jurídico concedido ao jovem adulto. Na verdade, e concordando com o expresso pelo Autor, “admite-se que um jovem entre os 16 e os 21 anos cumpra medida tutelar educativa *enquanto* manifestar as necessidades de educação para o direito que se documentaram no facto por ele praticado antes dos 16 anos. Mas já não se admite que esse mesmo jovem possa beneficiar *da mesma* acção educativa, em vez de uma pena, se praticar durante esse período de vida um facto idêntico em que se documentem *as mesmas* necessidades

²⁷⁷ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, 2013. p.46.

²⁷⁸ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.289.

²⁷⁹ Cf. FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»...”, ob. cit. p. 158. (Itálico da Autora).

de educação para o dever-ser jurídico contido nas normas penais. Isto é, ter atingido determinada idade é razão bastante para já *só se ter em conta o facto* e não o interesse educativo do jovem, apenas se mantendo este interesse quanto ao que remanesce da sua conduta passada”²⁸⁰. Este argumento é, sem dúvida, pertinente. Assim, a solução para o problema que se coloca terá de passar, na nossa humilde opinião, pela reforma do Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, de forma a permitir um tratamento mais adequado às necessidades demonstradas pelos jovens nessa fase etária de latência.

1.2. Execução cumulativa de penas e medidas tutelares educativas

A regulação da interatividade entre penas e medidas tutelares educativas na LTE mostrou-se francamente imperativa. Conforme anteriormente afirmamos, a aplicação e execução das medidas tutelares educativas pode estender até aos 18 e 21 anos, respetivamente. Significa isto que um jovem com idade compreendida entre os 18 e os 21 anos de idade pode estar simultaneamente sujeito ao direito tutelar educativo e ao direito penal, duas intervenções distintas. Deste modo, esta não é uma problemática meramente teórica, antes diz respeito a um conjunto de situações que podem suceder na vida do jovem e que necessitam de ser solucionadas.

Optou o legislador por consagrar, no art. 23º da LTE, que o menor sujeito a processo tutelar que for simultaneamente arguido em processo penal cumpre cumulativamente as medidas tutelares educativas e as penas que lhe forem aplicáveis, sempre que as mesmas forem entre si compatíveis. Encontra-se, assim, postulada a regra geral relativa à interatividade entre as penas e as medidas tutelares educativas, a qual, não sendo absoluta, apresenta derrogações. Não poderemos deixar desde já de sustentar que esta previsão abrange não só as penas mas também as injunções aplicadas no âmbito da suspensão provisória do processo criminal²⁸¹.

²⁸⁰ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.294. (itálico do Autor). Nas palavras do Autor, “justificar-se-ia também que alguns jovens adultos que praticam crimes, de idade compreendida entre os 18 e 21 anos, pudessem beneficiar das mesmas oportunidades educativas, em certos casos, uma vez que, como se sabe, a maturidade não constitui o precipitado natural de uma idade determinada e que a idade cronológica não passa de uma fronteira artificial que se coaduna muito mal com o real estágio de desenvolvimento de menores e jovens” – cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Menores, mas imputáveis: que protecção?”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), p. 394.

²⁸¹ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.113. A aplicação de penas ou injunções e medidas tutelares educativas está sujeita ao princípio da legalidade, incluindo a vertente da taxatividade, estando vedada a aplicação de modalidades ou regimes distintos dos previstos na Lei.

Podemos encontrar várias justificações para a previsão da regra da cumulação. Por um lado, na visão de Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca²⁸² esta previsão faz todo o sentido porquanto se está perante um menor que revela uma personalidade carente de educação para o direito, pelo que se mantêm vigentes os objetivos do sistema tutelar educativo. Por seu turno, Júlio Barbosa e Silva sustenta que “[o] princípio base para se permitir a cumulação de penas e medidas tutelares educativas é o de que a pena pode funcionar como adjuvante dos fins responsabilizadores e educativos inerentes às medidas tutelares e que a medida tutelar poderá funcionar como adjuvante dos fins de socialização inerentes á aplicação de uma pena”²⁸³.

Nas palavras da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, “[a] uma primeira visão das coisas, pareceria que a condenação por crime cometido depois dos 16 anos deveria fazer cessar toda a intervenção tutelar, pois ter-se-ia frustrado a esperança de afastar o menor da prática de crimes e, assim, precluir-se-ia a intenção de uma educação para o direito. Todavia, entenda a Comissão que, mesmo nestes casos, deve subsistir a intervenção tutelar, sempre que compatível com a pena. Na verdade, pode acontecer que o crime praticado seja pouco grave e se verifique, ainda assim, uma necessidade de correcção de uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico, manifestada na prática de um ilícito típico antes dos 16 anos – que pode até ser muito grave –, que subsista no momento da decisão do tribunal tutelar. Nesses casos, justifica-se a intervenção tutelar, pois a execução da pena e da medida tutelar concorrerão para o mesmo fim, quer se conceba a primeira como adjuvante dos fins educativos da segunda, quer se conceba a segunda como adjuvante dos fins de socialização postulados pela primeira”²⁸⁴.

Cumpre indagar acerca da bondade de tal opção. Concordando com o anteriormente referido, julgamos que penas e medidas poderão mutuamente auxiliar-se na prossecução das finalidades a cada uma inerentes. Já dissemos que o sistema tutelar educativo tem como finalidade a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade, sendo que as expectativas comunitárias podem, efetivamente, ser também por esta via satisfeitas, sem que tal constitua um objetivo necessário ou imperativo. Por outro lado, o

²⁸² Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.106.

²⁸³ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.113.

²⁸⁴ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.520.

sistema penal visa a satisfação das expectativas comunitárias, através do restabelecimento dos bens jurídico-penais, e a ressocialização do agente.

Não poderemos deixar de ignorar que o sistema tutelar educativa e o sistema penal prosseguem finalidades – a educação para o direito e a ressocialização do condenado – que são, na verdade, em parte idênticas. Pelo que, à primeira vista, poderíamos cair na tentação de afirmar que na eventualidade de ser aplicada uma pena, a medida tutelar educativa deveria cessar ou não se iniciar, isto porque ambas as reações procuram uma reabilitação do sujeito, mas, a pena concretamente, permite alcançar outra finalidade importante, a proteção da sociedade. Parece-nos que tal argumento não deverá proceder porquanto, apesar de os dois tipos de intervenção poderem ser visto como coadjuvantes no propósito educativo e socializador, a intervenção tutelar está intimamente ligada a uma intervenção prospetiva e pedagógica²⁸⁵, enquanto que a penal se afigura mais repressiva e violenta para o condenado.

Assim, a cumulação de penas e medidas afigura-se francamente positiva porque, para além de assegurar a educação e socialização do jovem, permitem alcançar a finalidade de prevenção geral, a que a pena aspira, mais facilmente.

António Carlos Duarte- Fonseca e Flávia Novera Loureiro questionam se a opção de cumulação das penas e das medidas tutelares educativas pode pôr em causa a necessidade e legitimidade da intervenção penal, especialmente à luz dos princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima. De acordo com o já exposto no Capítulo II da presente dissertação, a legitimidade da intervenção penal funda-se na proteção dos bens e valores nucleares de uma comunidade, conforme materializados na constituição, e opera unicamente quando não existe qualquer outro mecanismo de controlo social habilitado a assegurar a proteção e salvaguarda dos bens jurídico-penais, configurando-se assim como uma intervenção mínima, de *ultima ratio*.

Assim sendo, é inegável que a opção legislativa de cumulação das penas e medidas tutelares educativas compatíveis entre si “belisca, ao menos em determinada medida, a conceção de intervenção de última linha que é reservada ao direito penal, pois se aquele jovem pode ainda ser reeducado para o direito, através de uma limitação menor dos seus direitos fundamentais,

²⁸⁵ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.158.

poderia questionar-se a necessidade e legitimidade da intervenção penal”²⁸⁶. Não podemos negar que há, efetivamente, alguma compressão do princípio da intervenção mínima²⁸⁷.

No entanto, também não podemos deixar de observar que estão em causa factos diferentes, ou seja, os factos que originaram as intervenções são distintos e ocorreram em momentos diferentes. O legislador nunca afirmou que um crime praticado por um imputável poderia ser interpretado e julgado à luz da LTE, isto sim poria em causa a necessidade e legitimidade da intervenção penal. *In casu*, e apesar de o jovem ser criminalmente imputável, os factos em julgamento foram praticados enquanto o mesmo se encontrava sob alçada de um sistema tutelar educativo, pelo que deve ser responsabilizado com base nas normas que o constituem, por mais ou menos gravosas que possam ser. Se se verificar o cometimento de um crime por um jovem imputável, terá de ser responsabilizado à luz da legislação penal vigente, em nada interferindo a LTE que, neste momento, não tem competência para intervir. No entanto, tendo em consideração que ambos os sistemas procuram a inserção do agente de forma digna na sociedade, parece-nos que a cumulação fará todo o sentido.

1.3. Incompatibilidades na execução cumulativa de penas e medidas tutelares educativas

A execução cumulativa das penas e das medidas tutelares educativas aplicadas constitui a regra geral, a qual não é absoluta. A aplicação de pena de prisão efetiva constitui o grande entrave à aplicação plena da regra de execução cumulativa.

O n.º2 do art. 24.º prevê que a condenação em pena de prisão efetiva não influencia a continuidade da execução das medidas de admoestação, reparação ao ofendido na modalidade de compensação ou de prestações económicas a favor da comunidade, caso a situação económica concreta do jovem lhe permita satisfazer os encargos resultantes do cumprimento das medidas. Como muito bem afirma Júlio Barbosa e Silva, não se compreende porque o legislador não contemplou a possibilidade de incluir a medida de reparação ao ofendido na modalidade de apresentação de desculpas e de tarefas a favor da comunidade no leque das passíveis de execução

²⁸⁶ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., pp. 124-125. (Anotação ao art. 23.º da LTE).

²⁸⁷ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.289. A este propósito ver igualmente FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»...”, ob. cit. p. 158.

cumulativa até porque, conforme reforça o Autor, o cumprimento cumulativo se afigura compatível, mesmo no âmbito penal, podendo configurar-se meios de cumprimento das medidas dentro ou fora do estabelecimento prisional onde se encontre a cumprir pena²⁸⁸.

A execução das restantes medidas tutelares educativas, exceto a das compatíveis, deve, de acordo com o n.º1 do art. 24.º, cessar quando o jovem for condenado em pena de prisão efetiva. Significa isto que se o jovem com idade superior a 16 e inferior a 21 anos, sujeito a medida tutelar educativa, cujo cumprimento já decorre ou ainda esteja por iniciar, for condenado em pena de prisão efetiva, a execução dessa mesma medida cessa ou não se inicia. Não se trata, portanto, de uma mera interrupção, antes a medida cessa ou extingue-se.

Desta forma, após o trânsito em julgado da decisão condenatória²⁸⁹, a medida tutelar educativa deve ser declarada cessada ou extinta, dando-se lugar ao cumprimento imediato da pena de prisão aplicada. Julgamos que opção pela cessação ou extinção da medida apenas após o trânsito em julgado da pena é a mais adequada pois se ocorresse em momento anterior a esse “poderia redundar numa negação da regra estabelecida no art. 23.º se, por exemplo, a final, a prisão viesse a ser substituída por uma medida não privativa de liberdade, que permitiria a cumulação da execução de pena e medida tutelar”²⁹⁰.

Ora, efetivamente, tendo em consideração que a pena de prisão é de execução imediata, após o trânsito em julgado, em estabelecimento prisional, parece ser incompatível com a manutenção ou com o início da execução da maioria das medidas tutelares aplicáveis. Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca consideram que “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”²⁹¹. Neste sentido, dispõe a al. a) do n.º2 e n.º3 do art. 28.º da LTE, o qual determina que a competência do Tribunal de Família e Menores cessa quando for aplicada pena de prisão efetiva a menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, devendo o respetivo processo não se iniciar ou ser arquivado.

²⁸⁸ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.115.

²⁸⁹ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.521.

²⁹⁰ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.132. (Anotação ao art. 24.º da LTE).

²⁹¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., pp.107-108.

Analise agora a circunstância de um jovem com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, condenado em pena de prisão enquanto se encontra a cumprir medida tutelar educativa de internamento. Neste caso, por estarem em causa “duas medidas cuja execução nunca é concretamente compatível, devendo preferir a pena por força das instantes razões de prevenção geral que levaram o tribunal a aplicá-la”²⁹², deve a medida tutelar de internamento cessar e iniciar-se a execução da pena de prisão efetiva.

No entanto, Flávia Novera Loureiro reconhece que poderia ser adotada solução que permitisse a execução da medida tutelar educativa de internamento pois, “por ser aquela que mais diretamente se dirige à educação do menor para o direito e, nessa medida, aquela que, com custo inferior, poderá conduzir o jovem ao cumprimento das regras que cristalizam os valores comunitários, tornando desnecessário, ao menor nessa medida (a da prevenção especial), a necessidade de cumprimento de pena de prisão”²⁹³. A Autora reconhece que restaria assegurar a finalidade de prevenção geral que a pena almeja, mas que a solução poderia passar por uma revisão ou ajustamento da pena.

A Comissão para a Reforma do Sistema de Penas e Medidas foi mais longe e apresentou duas soluções distintas, caso o menor seja condenado em pena de prisão inferior ou superior a três anos. Na eventualidade de o menor, sujeito a medida tutelar educativa de internamento, ser condenado a pena de prisão efetiva igual ou superior a três anos, a Comissão propõe que o trânsito em julgado da sentença faça cessar a execução da medida tutelar, iniciando-se a pena de prisão aplicada²⁹⁴. Tomando em consideração a duração da pena de prisão efetiva é evidente que se trata de um crime com certa gravidade pelo que deverá prevalecer a execução da pena, dando-se cumprimento à finalidade de prevenção geral a que a pena almeja.

Por outro lado, propõe a Comissão que, caso o menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, que se encontre a cumprir medida tutelar educativa de internamento, seja condenado a uma pena de prisão efetiva com duração inferior a três anos²⁹⁵, o trânsito em julgado da sentença não faça cessar a execução da medida de internamento. Antes, deveria o Tribunal de Família e Menores proceder, obrigatoriamente, à modificação das condições de execução da

²⁹² Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.520.

²⁹³ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.128. (Anotação ao art. 24.º da LTE).

²⁹⁴ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.523.

²⁹⁵ *Idem*.

medida de internamento. Caso o menor estivesse a cumprir a medida em regime semi-aberto ou em regime fechado comum, deveria o juiz decretar o internamento em regime fechado em estabelecimento especial de segurança²⁹⁶.

Pode suceder que a medida de internamento cesse, por decorrência do tempo determinado. Assim, poderão surgir dois caminhos distintos. O primeiro passa pela colocação do condenado em liberdade condicional²⁹⁷ se for de esperar, atendendo às circunstâncias particulares, à vida do agente, à sua personalidade e evolução desta durante a execução da medida que, uma vez em liberdade, não constituirá um perigo para a segurança e tranquilidade públicas q conduzirá a sua vida de modo responsável, sem cometer crimes²⁹⁸.

O segundo caminho, equacionado para a eventualidade de o pedido de concessão de liberdade condicional ser negado, obriga o condenado a iniciar imediatamente o cumprimento da pena de prisão efetiva²⁹⁹. No entanto, pode suceder que como o condenado, no momento de início de execução da pena, terminou um período de intervenção socializadora, a sua personalidade tenha evoluído de modo favorável e que as razões de prevenção geral que ditaram a aplicação da pena de prisão efetiva já não se verifiquem ou sejam diminutas³⁰⁰. Neste caso, verificando-se o enfraquecimento das exigências de prevenção geral e especial, pode o julgador conceder liberdade condicional ao condenado, nos termos gerais que regem este instituto, com exceção do requisito de haver já cumprido um certo período de pena³⁰¹.

²⁹⁶ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.441.

²⁹⁷ Não se trata aqui de um pedido de concessão de liberdade condicional comum. Antes é um pedido subordinado a vários pressupostos, a saber: dois meses antes da data em que a medida de internamento cessa, o responsável pelo estabelecimento onde o menor se encontra internado deve informar o Tribunal de Execução de Penal da cessação da medida e remeter parecer, do qual deve constar todos dos relatórios dos técnicos de reinserção social, sobre a evolução da personalidade do menor durante a execução do internamento; igualmente, deve o Tribunal de Família e Menores remeter ao Tribunal de Execução de Penas certidões dos atos processuais relativos à execução do internamento; o Tribunal de Execução de Penas apensa o processo de condenação ao processo de liberdade condicional e procede, caso se mostre necessário, à realização de diligências com interesse para a decisão da concessão da liberdade condicional; por fim, o Tribunal de Execução de Penas ouve o condenado, nomeadamente para obter o seu consentimento quanto à possível concessão de liberdade condicional.

²⁹⁸ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.524.

²⁹⁹ Nega a Comissão a possibilidade de aplicação do instituto do desconto, tal como previsto no art. 99.º do CP, porquanto considera que, tratando-se de pena de prisão efetiva, imposta por fortes considerações de prevenção geral, não se mostra plausível a aplicação do vicariato e deve o condenado iniciar o cumprimento da pena imediatamente a seguir à cessação da medida de internamento.

³⁰⁰ *Ibidem*, p.525.

³⁰¹ Dispõe o art. 61.º do CP, relativo à concessão de liberdade condicional o seguinte:

1 - A aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado.

2 - O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo seis meses se:

Ponderemos agora uma situação inversa. Se estivermos perante um jovem entre os 16 e os 18 anos de idade, a cumprir pena de prisão efetiva mas que, por força da prática de facto qualificado como crime antes dos 16 anos, corre ou ainda não se iniciou processo tutelar, suscetível de geral a aplicação de uma medida tutelar educativa, o que sucede?

O caso apresentado não se enquadra na solução oferecida pelo n.º1 do art. 24.º. Antes remete para o disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 28.º da LTE, os quais determinam que a competência do Tribunal de Família e Menores cessa quando for aplicada pena de prisão efetiva a menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, devendo o respetivo processo tutelar não se iniciar ou ser arquivado.

Fará sentido simplesmente fazer cessar a competência deste Tribunal? E se o mesmo viesse a aplicar uma medida tutelar educativa concretamente compatível com a execução da pena de prisão? A Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas sustenta que a intervenção tutelar, nos casos em que um agente já se encontre a cumprir uma pena privativa de liberdade, a mais gravosa do sistema penal, já não faz qualquer sentido. A aplicação de uma pena de prisão efetiva a menor de 18 anos “indica uma fortíssima carência de prevenção geral e especial, pelo que se pode dizer que a intervenção presente na aplicação de medida tutelar se encontrará, nessa altura, definitivamente frustrada”³⁰².

No entanto, não poderemos deixar de concordar com Flávia Novera Loureiro, que sustenta que “nenhuma razão existe para tratar de modo diferente duas situações que podem ser materialmente idênticas, apenas diferindo tendo em atenção o desenvolvimento processual”³⁰³. Parece-nos, por isso, que faria todo o sentido admitir o início ou continuação do processo tutelar, que poderia originar a aplicação de uma medida concretamente compatível com a execução da pena de prisão e coadjuvante dos fins ressocializantes da intervenção penal.

a) For fundadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e

b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.

3 - O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo seis meses, desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena.

5 - Em qualquer das modalidades a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se então extinto o excedente da pena.

³⁰² Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.521.

³⁰³ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.130. (Anotação ao art. 24.º da LTE).

Ainda a propósito da competência do Tribunal de Família e Menores, concebemos a hipótese de um jovem, com idade compreendida entre os 18 e os 21 anos de idade, a quem é aplicada pena de prisão efetiva por facto praticado após os 18 anos, mas que, por força do art. 5.º da LTE, se encontra a cumprir medida tutelar educativa, aplicada antes de perfazer a maioridade. Ora, efetivamente o n.º1 do art. 24.º ordena, com exceção das medidas compatíveis descritas no n.º2, a cessação da execução da medida tutelar educativa após decretamento da pena de prisão.

No entanto, o art. 28.º da LTE nada refere quanto à competência do Tribunal de Família e Menores neste caso. Não estamos perante um caso de cessação da competência após aplicação de pena de prisão efetiva a jovem com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos (al. a)), nem um caso em que o Tribunal não aplicou a medida tutelar educativa antes dos 18 anos (al.b)).

Não há qualquer previsão que contemple a cessação da competência do Tribunal neste caso. Destarte, o n.º1 do art. 24.º ordena a cessação da medida tutelar educativa e, de acordo com al. d) do n.º1 do art. 28.º, compete às secções de família e menores da instância central do tribunal de comarca declarar a cessação e extinção das medidas tutelares. Assim, após a emissão dessa mesma declaração o Tribunal encontra-se esvaziado de quaisquer poderes.

Problemática distinta é a que concerne aos casos em que um jovem com idade compreendida entre os 18 e os 21 anos, a quem foi aplicada medida tutelar educativa, antes de atingir a maioridade, e que, em virtude de interposição de recurso, não iniciou a execução da mesma. Este jovem, nesta situação concreta, é igualmente condenado em pena de prisão efetiva, antes de conseguir iniciar a execução da medida tutelar decretada. O que sucede?

A situação exposta não se enquadra no n.º1 do art. 24.º, porquanto não há qualquer medida educativa em execução. Trata-se de uma pena aplicada a um jovem com idade superior a 18 anos e, por isso, também não se enquadra na norma constante da al. a) do n.º2 do art. 28.º que dita a cessação da competência do tribunal e o arquivamento do processo em causa. Também não se poderá afirmar que o tribunal não é competente para aplicar a medida porquanto a mesma foi, efetivamente, aplicada antes do jovem perfazer os 18 anos, conforme dita a al. b) do n.º2 do art. 28.º.

Por isso, concordamos com Flávia Novera Loureiro quando a mesma afirma que esta hipótese não se encontra tratada na LTE. No entanto, parece-nos que, por inerência, a solução aplicada terá de ir de encontro ao determinado na al. a) do n.º2 do art. 28.º. Se a aplicação de

uma pena de prisão a um jovem com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos determina o não início ou o arquivamento do processo tutelar, a aplicação de prisão efetiva a jovem entre os 18 e os 21 anos terá, necessariamente, de originar mesmo desfecho, isto é, o tribunal deverá arquivar o mesmo. A propósito disto, tecemos as mesmas considerações acima elencadas. Não nos parece que faça sentido o simples arquivamento do processo, especialmente neste caso em que já existe medida tutelar educativa decretada. Ao jovem deve ser dada a possibilidade de cumprimento cumulativo das duas reações, quando concretamente compatíveis.

2. Condenação em penas de substituição detentivas e a sua articulação com as medidas tutelares educativas

2.1. Condenação nas penas de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção e colocação em centro de detenção em regime de semi-internato

A condenação nas penas de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção e colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, deveria estar regulada na nova Lei referente ao Regime Penal Especial para Jovens Adultos. Em 1999, aquando a Reforma do Direito de Menores, período em que nasceu a LTE e a LPJCP (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), foram desenvolvidos trabalhos tendentes à criação de um novo regime.

Tais trabalhos ocasionaram a Proposta de Lei n.º 275/VII, apresentada pelo Governo à Assembleia da República, tendo em vista alterar o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro. A proposta apresentada nunca chegou a ser aprovada, pelo que se mantém em vigor, ainda hoje, o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes, exceto no que concerne à aplicação subsidiária de medidas tutelares previstas na OTM a jovens imputáveis com idade inferior a 18 anos (art. 15.º do D.L. n.º 401/82), uma vez que tais medidas foram revogadas, nos termos do art. 4.º da LTE.

A Comissão de Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas recomendou que aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos fossem aplicadas as penas constantes da legislação penal comum, com exceção das penas de prisão por dias livres e prisão em regime de semidetenção. Pugnou pela substituição destas penas pelas penas de colocação em centro de

detenção por dias livres e de colocação em centro de detenção em regime de semi-internato. Ora, quando estivessem preenchidos os requisitos penais, exigidos para aplicação das penas de prisão por dias livres e prisão em regime de semidetenção, as exigências de prevenção geral não impunham a pena de prisão e, por isso, o conteúdo dessas penas devia transferir-se para o das penas de colocação em centro de detenção³⁰⁴. Atualmente, tal sugestão não teria qualquer aplicação prática visto que a pena de prisão por dias livres e a pena de prisão em regime de semidetenção foram extintas, dando lugar à aplicação da pena de substituição de regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, conforme dispõe a al. a) do n.º 1 do art. 43.º do CP.

Assim, ao acrescer às penas de substituição já previstas no CP, a Comissão aponta, então, para a criação de penas de substituição detentivas, as quais deveriam ser aplicadas ao jovem com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, condenado em pena de prisão não superior a três anos e que não tenha completado, à data da decisão da primeira instância, 21 anos de idade. Veremos posteriormente que a Proposta de Lei n.º 278/VII, contempla a possibilidade de aplicação da pena de internamento de centro de detenção quando o jovem é condenado numa pena não superior a cinco anos, em vez dos três inicialmente ditados.

Resulta do Relatório Final da Comissão que “[a]s penas de colocação em centro de detenção são pensadas para jovens com idade inferior a 21 anos que pratiquem crimes de média gravidade e relativamente aos quais, por razões de prevenção geral ou especial, não seja possível aplicar pena não institucional, pelo que se oferecem como verdadeiras alternativas à pena de prisão. Esta só poderá ser aplicada quando as razões de prevenção geral forem de tal modo fortes que inviabilizem a colocação no centro”³⁰⁵.

Ora, nenhuma das propostas apresentadas foi aprovada e permanece, até ao dia de hoje, um regime que grita pela tão esperada renovação, de forma a dar cumprimento ao art. 9.º do CP, mas, especialmente, de forma a assegurar que os jovens, num momento tão crucial de

³⁰⁴ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.518.

³⁰⁵ *Idem*. Na eventualidade de não ser possível aplicar ao jovem uma pena substitutiva e, neste sentido, tenha de cumprir a pena de prisão aplicada, a sua execução deverá ocorrer em estabelecimentos prisionais especificamente destinados a jovens, ou em secções dos estabelecimentos prisionais comuns afetas a esse fim. Caso a pena aplicável se prolongue até depois de o jovem atingir os 25 anos de idade, a sua execução prosseguirá em estabelecimento comum.

desenvolvimento da sua personalidade, sejam regidos por uma legislação mais educadora do que sancionatória³⁰⁶.

Dada a inexistência jurídica das penas de substituição detentivas em causa, muito se estranhou que, aquando a primeira e única alteração à LTE, em 2015, tais penas não fossem excluídas do corpo do texto deste diploma. Efetivamente, a articulação entre estas penas de substituição detentivas e as medidas tutelares educativas encontra-se prevista no art. 25.º da LTE, apesar de não ter qualquer aplicação prática.

Creemos que, dada a tamanha relevância das penas em causa, por retirarem os jovens dos estabelecimentos prisionais, o legislador tutelar educativo reclama e aguarda uma efetiva reforma do Regime Penal Aplicável a Jovens Adultos que, naturalmente, abrace a criação das penas de substituição detentivas.

A pena de colocação por dias livres em centro de detenção, positivada no art. 7.º do Projeto Lei n.º 275/VII, consiste no internamento descontínuo, por períodos correspondentes a fins-de-semana, que em caso algum pode exceder trinta e seis períodos, durante os quais não são autorizadas saídas. Deve ser executada, nos termos do n.º1 do mencionado artigo, quando o jovem tiver sido condenado em pena de prisão não superior a seis meses, que não deva ser substituída por multa ou por outra pena não privativa de liberdade, sempre que o tribunal conclua que esta forma de cumprimento realiza de maneira adequada e suficiente as finalidades da punição.

A pena de colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, consagrada no n.º2 do art.8.º do Projeto Lei n.º 275/VII, consiste na privação de liberdade por forma a que o jovem possa sair sem acompanhamento para exercer, no exterior, atividades escolares, laborais, formativas, culturais ou desportivas. Deve ser executada, de acordo com o n.º1, quando o jovem seja condenado em pena de prisão não superior a três anos, que não deva ser substituída por multa ou por outra pena não privativa de liberdade, nem cumprida em dias livres em centro de detenção, pelo tempo que lhe corresponderia se fosse cumprida em internamento em centro de detenção, caso o jovem nisso consentir.

Por fim, a pena de internamento em centro de detenção, apresentada no art. 9.º da Proposta de Lei n.º 275/VII, é a mais gravosa das três penas de substituição detentivas. Consiste, de acordo com o n.º2 do mencionado artigo, na privação da liberdade por forma a que o jovem, para além

³⁰⁶ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.281.

das atividades que está obrigado a exercer no centro, possa sair, com ou sem acompanhamento, para exercer no exterior atividades escolares, laborais, formativas, culturais ou desportivas.

Deve ser aplicada, segundo o n.º1 do art. 9.º, quando o jovem é condenado em pena de prisão não superior a cinco anos, que não deva ser substituída por multa, por outra pena não privativa da liberdade, nem cumprida em dias livres ou em semi-internato. Assim, o jovem, com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, condenado nestes termos, deve ser internado em centro de detenção por um período mínimo de um mês e máximo de cinco anos, exceto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes.

Resulta do n.º1 do art. 25.º da LTE que a execução da pena de internamento em centro de detenção, pena de colocação por dias livres em centro de detenção ou pena de colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, aplicada a jovem que se encontre cumprir medida tutelar de internamento, tem início após o cumprimento da medida tutelar em causa. Optando o legislador por privilegiar a “realização do projeto educativo pessoal, preparado para as específicas necessidades educativas do menor internado em centro educativo, só no termo da medida é que deve ter início o cumprimento da pena”³⁰⁷. Atento a isto, o disposto na al. a) do n.º2 do art. 136.º, que obriga à revisão da medida de internamento, é inaplicável ao caso concreto, precisamente porque o legislador pretende que o jovem prossiga o plano delineado, que atende às suas carências³⁰⁸.

Durante os trabalhos da Reforma do Direito de Menores, a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas propôs³⁰⁹ que a medida tutelar de internamento cessasse, dando início à execução da pena, sempre que a duração desta fosse igual ou superior ao tempo que restasse até ao limite máximo da duração concreta da medida.

Para além disso, na eventualidade de a medida tutelar cessar antes de atingido o momento em que o período de tempo que falte para atingir o seu limite máximo for igual à duração da pena, a execução da mesma iniciar-se-ia no momento da cessação da medida. Tal viabilizava, nas palavras da Comissão, “a continuação da execução da medida de internamento até ao momento em que, por força do vicariato, deva ter início a execução da colocação em centro de detenção,

³⁰⁷ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.109.

³⁰⁸ *Idem*.

³⁰⁹ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.526.

pois esta última ainda se orientará para fins análogos aos do internamento”³¹⁰. A proposta de vicariato apresentada pela Comissão não foi, a fim, acolhida pelo legislador, que apenas concebeu o início da execução da pena após o cumprimento total da medida tutelar de internamento.

Em sentido inverso, estranha-se a inexistência de disposição que contemple a possibilidade de aplicação da pena de internamento em centro de detenção, pena de colocação por dias livres em centro de detenção ou pena de colocação em centro de detenção em regime de semi-internato a jovem que se encontre a cumprir medida tutelar não institucional. No entanto, Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte- Fonseca defendem que, caso tal se verifique, a execução da medida tutelar não institucional não compatível deve ser interrompida e dar-se cumprimento à pena de substituição detentiva³¹¹.

Entendemos que, na verdade, a maioria das medidas tutelares não institucionais são compatíveis com a execução das penas acima referidas. Deve conservar-se a execução das medidas de admoestação, de reparação ao ofendido na modalidade de compensação económica ou de prestações económicas a favor da comunidade, nos casos em que a situação concreta do jovem, durante a execução da pena, lhe garanta disponibilidades económicas bastantes para tal, de forma a assegurar uma igualização com a disposição que regula a interatividade entre essas medidas e a pena de prisão efetiva.

Sucedem que, se atentarmos ao disposto no art. 9.º do Projeto de Lei nº275/VII, as penas de colocação em centro de detenção em regime de semi-internato e de internamento em centro de detenção permitem que o jovem saia do centro para exercer atividades escolares, laborais, formativas, culturais e desportivas. Assim, se o mesmo estiver a cumprir medida de frequência de programas formativos ou de acompanhamento educativo, não se compreende o porquê de não poder continuar a executar a medida decretada, se até a própria pena aplicada é conivente com a sua execução.

Caso o jovem se encontre a cumprir pena de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção ou colocação em centro de detenção em regime de semi-internato e lhe seja aplicada uma medida tutelar educativa não institucional, incompatível com a pena em execução, a segunda só se deve iniciar após cumprimento da primeira³¹².

³¹⁰ *Idibem*, p.527.

³¹¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.109.

³¹² Cf. n.1 do art. 25.º da LTE.

Do mesmo modo, ao jovem que se encontre a cumprir pena de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção ou colocação em centro de detenção em regime de semi-internato e lhe seja aplicada medida tutelar de internamento em regime aberto ou semiaberto, a execução da medida tutelar apenas tem início após o cumprimento da pena³¹³.

Por outro lado, de acordo com o n.º 4 do art. 25.º da LTE, a aplicação da medida tutelar de internamento em centro educativo em regime fechado a jovem que se encontre a cumprir pena de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção ou colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, implica a cessação da pena no momento em que o tempo que falte cumprir seja igual ou inferior ao da duração da medida cuja execução se inicia nesse momento. Quando o tempo de pena que falte cumprir for inferior à duração da medida tutelar de internamento em regime fechado e mediar certo tempo até que a mesma possa iniciar-se esta deve ser obrigatoriamente revista antes do seu início, conforme dita a al. a) do n.º 2 do art. 136.º da LTE³¹⁴.

2.2. Medida de correção de internamento em centro de detenção

António Carlos Duarte-Fonseca aponta que a aplicação desta medida de correção pode originar problemas de interatividade. O seu cumprimento corresponde a internamento em estabelecimento prisional, em centros que não se encontram verdadeiramente separados das prisões de que dependem³¹⁵. No entanto, sublinha o Autor que, dada a “identidade de carácter”³¹⁶, os problemas de interatividade ocasionados devem ser resolvidos em harmonia com as regras consagradas na LTE relativamente às penas de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção e colocação em centro de detenção em regime de semi-internato, dispostas no art. 25.º.

³¹³ Cf. n.º 3 do art. 25.º da LTE.

³¹⁴ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., pp.109-110. Atento às características do regime fechado, “considera-se que as finalidades da aplicação da pena de substituição detentiva são abrangidas e se diluem entre as finalidades da execução da medida de internamento neste regime, reservado que está para satisfazer necessidades educativas específicas de menores agentes de facto qualificado como crime de considerável gravidade, inspirando justificadamente sentimentos de intranquilidade e de insegurança públicas” – cf. *Ibidem*, p.110.

³¹⁵ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., p.285.

³¹⁶ *Idem*.

Neste sentido, caso ao mesmo jovem seja aplicada medida tutelar educativa e medida de correção de internamento em centro de detenção, estas deverão ser cumpridas cumulativamente, desde que compatíveis entre si, seguindo a regra geral do art. 23.º da LTE. Caso a medida de internamento em centro de detenção e a medida tutelar sejam incompatíveis, a execução da medida de correção deve preceder a execução da medida tutelar educativa, uma vez que, considerando-se a medida de correção uma medida substitutiva da pena de prisão, mantêm-se as fortes razões de aplicação desta.

No que diz respeito à aplicação de medida de correção detentiva a jovem que se encontre a cumprir medida tutelar não institucional, a mesma só é interrompida se se mostrar concretamente incompatível com a medida de correção aplicada. Na eventualidade de o jovem estar a cumprir a medida de correção e lhe for aplicada uma medida tutelar educativa não institucional, a mesma só deverá iniciar-se após o cumprimento da medida de correção, conforme indica o n.º2 do art. 25.º da LTE.

Destarte, pode suceder que a medida tutelar não institucional se inicie durante o período de orientação e vigilância, a que o menor pode ser obrigado a cumprir após o decurso da medida de correção, por força do n.º2 do art. 10.º do D.L. n.º 401/82, de 23 de setembro. Segundo António Carlos Duarte-Fonseca, se a medida tutelar aplicada for de acompanhamento educativo ou de internamento em centro educativo não se justifica a sujeição do jovem ao mencionado período de orientação e vigilância.

O jovem que esteja a cumprir a imposta medida tutelar de internamento e veja ser-lhe aplicada a medida de correção de internamento em centro de detenção, apenas inicia o cumprimento desta após cessar a execução da primeira. Copiando a norma constante do n.º1 do art. 25.º, a preterição à regra da preferência da execução da pena substitutiva justifica-se pela “conveniência em não interromper a realização do projecto educativo pessoal preparado para as específicas necessidades educativas do jovem”³¹⁷.

No caso de o jovem estar a cumprir medida de correção de internamento em centro de detenção e lhe for aplicada medida tutelar de internamento em centro educativo em regime fechado, aplica-se a regra positivada no n.º4 do art. 25.º, que prevê a cessação da medida de

³¹⁷ *Ibidem*, p.286.

correção logo que o tempo que falte cumprir seja igual ou inferior à duração fixada à medida de internamento que deve iniciar-se a partir desse momento.

3. Condenação em penas de substituição não detentivas e a sua articulação com as medidas tutelares educativas

3.1. Pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão

A interatividade entre a medida tutelar de internamento e as penas de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão mereceram uma disposição específica na LTE.

No caso de aplicação de uma das penas de substituição não detentivas elencadas e da medida tutelar de internamento, pena e medida, compatíveis entre si, devem ser cumulativamente executadas³¹⁸. Deste modo, o art. 26.º estabelece regras especiais à afirmação genérica contida no art. 23.º. Segundo Flávia Novera Loureiro, as regras estabelecidas não consubstanciam uma exceção à regra geral, antes uma especialização, onde são detalhados aspetos que poderiam originar maior dificuldade de resolução³¹⁹.

Cumprindo indagar, em primeiro lugar, se estamos perante um artigo que regula, exclusivamente, penas de substituição não detentivas. Efetivamente, a Proposta 4.3, contida na Secção H do Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, refere-se unicamente à interatividade entre a aplicação da medida tutelar de internamento e penas de substituição já decretadas e com ela incompatíveis³²⁰. *In casu*, a Comissão aponta para as penas de suspensão da execução da pena de prisão, postulada no art. 50.º do CP, e de prestação de trabalho a favor da comunidade, consagrada no art. 58.º do mesmo diploma legal, deixando de fora a pena de multa, que se encontra vertida no texto da LTE. Em sentido análogo, Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca, comentam que o conteúdo do art. 26.º da LTE, o qual contempla as penas de suspensão da execução da pena de

³¹⁸ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.111.

³¹⁹ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.136. (Anotação ao art. 25.º da LTE).

³²⁰ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.521..

prisão, prestação de trabalho a favor da comunidade e pena de multa, se refere exclusivamente à aplicação de penas de substituição não detentivas³²¹.

Destarte, conforme já explanado no presente Capítulo, a pena de multa pode ser aplicada, nos termos do art. 47.º do CP, a título de pena principal ou revestir natureza de pena de substituição, de acordo com o art. 45.º do mesmo diploma legal. Ora, cumpre apurar se as regras contidas neste preceito apenas se aplicam quando é decretada pena de multa que reveste natureza de pena de substituição, ou se se aplicam quando está em causa a aplicação da pena a título principal.

Seguindo de perto Flávia Noversa Loureiro, a regra da cumulação aplica-se a penas e medidas tutelares não incompatíveis, independentemente da natureza que revestem, “não se vislumbrando argumento que sustente que este preceito se aplique apenas aos casos em que a multa é aplicada em substituição da pena de prisão (...) mas não já quando esta se aplique na modalidade de pena principal”³²². Até porque, conforme indica a Autora, o art. 26.º da LTE remete para o n.º3 do art. 49.º do CP, que promove a suspensão da prisão subsidiária, sendo extensível à aplicação da pena de multa que reveste a natureza de pena de substituição, nos termos do n.º2 do art. 45.º, ou à aplicação a título principal, nos termos do art. 47.º do CP.

Ultrapassada que está a questão, vejamos as regras contidas no art. 26.º da LTE.

Quando o menor se encontra a cumprir medida tutelar de internamento e seja aplicada pena de multa que este não possa cumprir, dada a sua situação económica e por causa não imputável, pode haver lugar, nos termos do n.º3 do art. 49.º do CP, à suspensão da execução da prisão subsidiária³²³, por um período de 1 a 3 anos. Neste caso, a suspensão é subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta, com conteúdo não financeiro ou económico. Caso o jovem cumpra as regras de conduta, a pena é declarada extinta; caso incumpra, a pena de prisão subsidiária é executada.

Se estivermos perante um menor em cumprimento de medida de internamento, a quem seja aplicada pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, pode suceder que o menor não possa cumprir a pena, por causa que não lhe é imputável. Assim, a al. b) do n.º1 do art. 26.º determina a remissão para a al. b) do n.º6 do art. 59.º do CP.

³²¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.111.

³²² Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.136. (Anotação ao art. 25.º da LTE).

³²³ Cf. al a) do n.º1 do art. 26.º da LTE.

Neste caso, o Tribunal deverá, considerando não se tratar de incumprimento culposos, suspender a execução da pena de prisão, por um período de 1 a 3 anos, subordinando essa suspensão ao cumprimento de deveres e regras de conduta, nos termos do art. 51.º e 52.º do CP. Ora, de acordo com os artigos 51.º e 52.º, os deveres prescritos visam a reparação do mal do crime e as regras de conduta a reintegração do jovem na sociedade. Apesar de estes preceitos não conterem indicações alusivas à falta de cumprimento, revogação da suspensão e extinção da pena, deverão aplicar-se as disposições constantes dos arts. 55.º, 56.º e 57.º do CP, igualmente previstas para a pena de suspensão da execução da pena de prisão³²⁴.

Por fim, a al. c) do n.º2 do art. 26.º determina que a aplicação da pena de suspensão da pena de prisão a quem se encontra a cumprir medida tutelar de internamento deve ocasionar uma modificação dos deveres, regras de conduta ou obrigações impostas, de forma a possibilitar a execução cumulativa das duas reações. Assim, o Tribunal deverá eleger os deveres, regras de conduta ou obrigações concretamente compatíveis com a execução da medida tutelar de internamento.

Na eventualidade de o jovem incumprir as condições de suspensão ou existirem motivos para revogar a suspensão da execução da pena, aplicam-se as disposições constantes dos arts. 55.º e 56.º do CP. Nos termos do art. 57.º, a pena é declarada extinta quando, decorrido o período da sua suspensão, não houver motivos que conduzam à sua revogação.

Nos três casos acima elencados, o tribunal da condenação deve fixar ou modificar os deveres, regras de conduta ou obrigações impostas, de forma a adequá-los à situação concreta do jovem e às suas necessidades e, caso seja necessário, pode solicitar informações que entender necessárias ao tribunal que aplicou a medida tutelar de internamento³²⁵. A Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas propunha, no seu Relatório Final, que o tribunal da condenação, ao escolher e determinar a pena, levasse “em conta a situação do condenado, de forma a compatibilizar a execução da pena com a medida de internamento a que ele se encontra sujeito, valendo assim a regra geral do cumprimento cumulativo das reacções”³²⁶.

Creemos que os preceitos aqui em causa remetem tanto para a circunstância de o tribunal conhecer a medida tutelar em execução à data da fixação da decisão, como para a eventualidade

³²⁴ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.138. (Anotação ao art. 26.º da LTE).

³²⁵ De acordo com o n.º2 do art. 26.º da LTE.

³²⁶ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.522.

de, por desconhecimento da execução da medida tutelar educativa à data da fixação, ser necessário modificar os termos da pena de substituição não detentiva aplicada³²⁷.

Julgamos importante abordar a questão de que os n.ºs 1 e 2 deste art. 26.º, apesar de constantes da Lei Tutelar Educativa, dirigem-se ao Juiz do julgamento penal pois dizem respeito à fixação ou modificação dos termos da condenação penal de um jovem com idade superior a 16 anos, que se encontre a cumprir medida tutelar educativa de internamento, aplicada na sequência da prática de facto qualificado como crime³²⁸. Fará sentido constar da LTE uma norma dirigida a um julgador penal quando estamos perante um diploma que não se insere na panóplia da legislação penal e cujo tribunal competente para aplicação é, de acordo com o art. 28.º da LTE, o Tribunal de Família e Menores?

Compreendemos, tal como defende Júlio Barbosa e Silva, que “[a] importância da interactividade entre a justiça penal e a justiça juvenil é, também por aqui, muito importante, por forma a evitar intervenções tutelares desadequadas e/ou penas que não se adaptem, à partida, à específica situação do seu destinatário”³²⁹, no entanto, parece-nos fazer pouco sentido constar da LTE e não de legislação penal³³⁰.

Finalmente, o n.º3 do art. 26.º, dirigido ao juiz do Tribunal de Família e Menores, contempla a possibilidade de aplicação de medida tutelar de internamento a jovem maior de 16 anos que se encontre a cumprir pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou suspensão da execução da pena de prisão. Obriga, assim, à determinação de um regime de execução que seja, tanto quanto possível, compatível com a pena em execução.

Conforme defendeu a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, neste caso, “as exigências de prevenção não são de molde a impor uma pena institucional 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”³³¹. No entanto, pode suceder que o juiz apenas tenha conhecimento da existência da pena de substituição não detentiva após

³²⁷ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.139. (Anotação ao art. 26.º da LTE), que declara que “a forma como estão construídos os referidos n.ºs 1 e 2 deste art. 26.º sucessivamente nos remetem não para a circunstância de aplicação da pena (de substituição) pelo juiz de julgamento quando este conhece a medida de internamento que está a ser executada pelo jovem, mas antes para a hipótese de só depois da decisão ela vir a ser conhecida – e ser, nesse medida, necessário proceder à modificação dos seus termos”.

³²⁸ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.116.

³²⁹ *Ibidem*, p.117.

³³⁰ Neste sentido, Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.137. (Anotação ao art. 26.º da LTE).

³³¹ Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.522.

a aplicação da medida tutelar de internamento. Neste caso, Tomé d'Almeida Ramião³³² propõe que se proceda oficiosamente à revisão da medida, concretamente ao seu regime de execução, nos termos dos arts. 136.º e 137.º da LTE.

3.2. Medidas de correção de admoestação, imposição de determinadas obrigações e multa

No que concerne à articulação entre a medida de correção de admoestação e as medidas tutelares educativas, o problema nunca se coloca porquanto a execução da admoestação não se prolonga no tempo, sendo realizada pelo juiz em tribunal. No caso da medida de correção de multa a mesma deve, por maioria de razão, poder ser cumulada com as medidas tutelares educativas, visto que medidas tutelares de conteúdo pecuniário são compatíveis com a aplicação de pena de prisão.

Por fim, dada a semelhança de conteúdo entre a medida de correção de imposição de obrigações e as medidas tutelares de imposição de obrigações, reparação ao ofendido nas modalidades de compensação económica ou de tarefas a favor da comunidade, é evidente a compatibilidade existente entre a medida de correção e próprias medidas tutelares, pelo que podem, efetivamente, ser cumuladas³³³.

4. Interatividade entre medidas de coação de prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares educativas

O Capítulo IV da LTE, denominado “Interatividade entre penas e medidas tutelares”, trata também, no art. 27.º, dos problemas de interatividade entre a medida de coação de prisão preventiva e medidas tutelares educativas. Neste sentido, podemos considerar a epígrafe em causa “um pouco desadequada, dizendo menos do que efetivamente um tal corpo de artigos compreende”³³⁴.

³³² RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada ...ob.cit.*, p.66.

³³³ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, *ob. cit.*, pp.284-285.

³³⁴ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, *ob. cit.*, p.140. (Anotação ao art. 27.º da LTE).

No entanto, é evidente a necessidade de regular de que forma as medidas de coação e as medidas tutelares educativas podem, ou não, ser compatíveis. Apesar de o art. 27.º regular a interatividade entre a medida de coação de prisão preventiva e as medidas tutelares educativas, a LTE é omissa no que diz respeito a uma outra medida de coação privativa de liberdade, a obrigação de permanência na habitação, prevista no art. 201.º do Código de Processo Penal.

Apesar de serem várias as medidas de coação positivadas no CPP, as medidas de prisão preventiva e de obrigação de permanência na habitação merecem um especial destaque relativamente às restantes, precisamente porque levantam mais questões no que diz respeito à interatividade com as medidas tutelares educativas.

4.1. Interatividade entre a prisão preventiva e as medidas tutelares educativas

4.1.1. Medidas tutelares não institucionais

Pode suceder que um jovem com idade compreendida entre os 16 e os 21, em cumprimento de uma medida tutelar educativa não institucional, seja simultaneamente sujeito à medida de coação de prisão preventiva. Inversamente, um jovem que se encontre a cumprir a medida de coação de prisão preventiva, pode ser sujeito à aplicação de uma medida tutelar educativa não institucional.

Deste modo, o n.º1 do art. 27.º determina a execução cumulativa da medida tutelar não institucional e da medida de coação de prisão preventiva, sempre que não se revelem incompatíveis entre si. A opção pela cumulação destes dois tipos de medidas é consonante com a regra geral prevista no art. 23.º, a qual pugna pela execução cumulativa de penas e medidas tutelares educativas de forma a assegurar, mais eficazmente, o cumprimento das finalidades inerentes a cada uma delas.

Assim sendo, “não se compreenderia que diferente fosse a solução quando estejam em causa finalidades cautelares do processo penal (que, não estando ainda findo, pode ou não desembocar na aplicação de uma pena, mas razões havendo, portanto, para que não se suste a execução de uma medida tutelar)”³³⁵.

³³⁵ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.141. (Anotação ao art. 27.º da LTE).

Tal como sucede no caso de condenação em prisão efetiva (art. 24.º da LTE), as medidas tutelares de admoestação, reparação ao ofendido na modalidade de compensação económica e de realização de prestações económicas a favor da comunidade são, de acordo com o n.º2 do art. 27.º, concretamente compatíveis com a prisão preventiva, salvo nos casos em que a situação económica do jovem não lhe permitir satisfazer os encargos resultantes do cumprimento da medida. Mais uma vez, Júlio Barbosa e Silva questiona o que motivou o legislador a deixar fora do deste leque as medidas tutelares de reparação ao ofendido na modalidade de apresentação de desculpas ao ofendido e de tarefas a favor da comunidade, “atendendo a que tal cumprimento se afigura não incompatível, mesmo no âmbito do direito penal, podendo configurar-se meios de cumprir as tarefas (...), dentro ou fora do Estabelecimento Prisional onde se encontre preso preventivamente, com apoio e vigilância directa das entidades competentes”³³⁶.

Na eventualidade de a decisão que determinou a prisão preventiva do jovem ser posterior à aplicação da medida tutelar não institucional, cabe ao juiz de instrução criminal, o responsável pela aplicação da medida de coação, decidir, em concreto, sobre a compatibilidade da execução cumulativa das medidas em causa, nos termos do n.º4 do art. 27.º da LTE³³⁷. Caso o juiz entenda que a medida tutelar não institucional aplicada é incompatível com a execução da medida de coação de prisão preventiva, a mesma não se inicia ou interrompe-se, conforme o momento em que a prisão for ordenada, nos termos do n.º3 do art. 27.º da LTE.

Na hipótese inversa, quando a medida tutelar não institucional seja aplicada a jovem sujeito a medida de prisão preventiva, essa circunstância deve ser tida em conta pelo juiz do Tribunal de Família e Menores no momento de determinação da medida aplicável, de acordo com o n.º6 do art. 27.º.

O cumprimento posterior da medida tutelar não institucional considerada incompatível com a prisão preventiva fica dependente do resultado do processo penal e da revisão da medida aplicada. Se o jovem, com menos de 21 anos, for absolvido, procede-se à revisão da medida tutelar aplicada e, se se entender adequada a sua manutenção, a execução inicia-se imediatamente, de acordo com o disposto no n.º6 do art. 27.º da LTE³³⁸. Em sentido inverso, se

³³⁶ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., pp.118-119.

³³⁷ Cf. FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»...”, ob. cit. p. 161 e Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.112.

³³⁸ O Juiz que proceder à revisão da medida deve, nos termos do n.º8 do art. 137.º, ouvir o Ministério Público, o menor e os serviços de reinserção social.

o jovem for condenado, aplicam-se as regras constantes dos artigos 23.º a 26.º da LTE, consoante a pena aplicada³³⁹.

4.1.2. Medida de internamento

Ora, no que diz respeito à aplicação da medida tutelar educativa de internamento em centro educativo, as regras são distintas. Como se sabe, ambas as medidas em questão são de execução em instituição e, à partida, aparentemente incompatíveis. No entanto, Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca sustentam que as medidas “revestem alguns aspectos comuns, quando o regime de execução da medida tutelar é o regime fechado, quanto à salvaguarda da segurança e tranquilidade públicas”³⁴⁰.

Assim sendo, caso seja aplicada medida de coação de prisão preventiva a jovem maior de 16 anos que esteja a cumprir medida tutelar de internamento, a execução dessa medida não se interrompe nem cessa. O menor é colocado ou mantido em centro educativo em regime fechado pelo tempo correspondente à prisão preventiva e o seu termo não afeta a continuação da medida pelo tempo que falte cumprir³⁴¹.

Acontece que, o termo da prisão preventiva antes do fim da medida não extingue as razões que levaram à aplicação da medida de internamento, no entanto, e apesar de não ser obrigatória, o juiz pode proceder à revisão da medida, nos termos do n.º 1 do art. 136.^o³⁴².

O regime de execução da medida, após término da prisão preventiva, continua a ser fechado, se assim já o era. No entanto, se o regime de execução da medida fosse aberto ou semiaberto, o jovem, após o término da medida de coação, continua a cumprir o internamento nesses termos. Cessadas as razões que determinaram o agravamento do regime de execução, a medida é obrigatoriamente revista, nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 136.º da LTE, para ser avaliada a necessidade da sua continuação.

³³⁹ Cf. FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»...”, ob. cit. pp.161-162.

³⁴⁰ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.113.

³⁴¹ SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.119, defende que o tempo em que o jovem se encontra em regime fechado conta para efeitos de cumprimento da medida tutelar. Para todos os efeitos a medida continua, se bem que num regime mais limitador.

³⁴² Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.113.

Esta opção do legislador de cumulação da prisão preventiva com a medida de internamento, permitindo que o jovem permaneça em centro educativo em regime fechado pretende assegurar, simultaneamente, os fins inerentes a cada uma das medidas³⁴³. Mais, esta solução, nas palavras de Júlio Barbosa e Silva, pretende evitar quebras no projeto educativo pessoal do menor, assegurando, apesar de decretada a prisão preventiva, a sua continuidade³⁴⁴.

Por fim, conforme salienta António Carlos Duarte-Fonseca, esta fungibilidade foi estabelecida para “evitar, em última análise, o recurso a estabelecimento prisional na execução daquela medida – e consequentemente o contacto do jovem com o meio prisional – em casos em que tal não se afigura imprescindível por o recurso a centro educativo de regime fechado constitui alternativa suficiente e oferecer as condições necessárias à satisfação das razões da prisão preventiva”³⁴⁵.

Pode suceder, no entanto, que a medida de internamento cesse antes do termo da prisão preventiva. Neste caso, o jovem continua a execução da prisão preventiva em Estabelecimento Prisional. Assim, o recurso a estabelecimento prisional não está totalmente afastado³⁴⁶.

Efetivamente, a solução vertida na LTE, que determina a remessa do jovem para estabelecimento prisional, afigura-se pouco coerente com o sentido e finalidade da norma em questão.

Não podemos afirmar que o que aqui está em causa é a manutenção do projeto educativo pessoal do jovem, porque tal projeto já está, efetivamente, concluído, devendo considerar-se debeladas as necessidades de educação para o direito demonstradas pelo jovem. O que se visa proteger é, na verdade, a contaminação do jovem no mundo prisional, reconhecidos os efeitos nefastos que a prisão pode ter, e que aqui já abordamos.

Por outro lado, esta solução parece-nos francamente discriminatória e sujeita à boa sorte do jovem. Se este tiver a sorte de a medida de coação cessar, qualquer que seja o motivo para tal, antes do término da medida de internamento, nunca será transferido para Estabelecimento

³⁴³ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada ...*, ob. cit., p.68 sustenta que, caso o menor seja condenado em prisão efetiva no processo criminal a decorrer, o período de tempo em que esteve em regime fechado vai ser descontado, nos termos do art. 82.º do CP, no tempo da pena de prisão. O menor, apesar de cumprir a medida de coação em centro educativo não deixa de estar em cumprimento da prisão preventiva, com as devidas limitações da sua liberdade.

³⁴⁴ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.119. Neste mesmo sentido, RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada ...*, ob. cit., p.68.

³⁴⁵ Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...”, ob. cit., pp.279-280.

³⁴⁶ Paulo Guerra questiona se não fará mais sentido, em termos de eficácia da reeducação do jovem, manter-se o mesmo no centro educativo em vez de o remeter para o estabelecimento prisional – cf. GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa... ob. cit., p. 105.

Prisional. No entanto, se, por um acaso, a medida cessar antes do término da prisão preventiva, o jovem é obrigatoriamente remetido para o Estabelecimento Prisional. Qual o sentido de determinar que um jovem cumpra a medida de coação em estabelecimento prisional e outro, em situação em tudo idêntica, não?

A Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas propôs que, na eventualidade de a medida cessar antes do termo da prisão preventiva, o cumprimento da medida prosseguisse em “unidade residencial específica para a execução da medida cautelar de guarda, no mesmo ou em diferente centro de regime fechado, visando com isso subtrair o menor ou o jovem ao cumprimento da prisão preventiva em estabelecimento prisional”³⁴⁷. Esta solução afigura-se, sem dúvida, bastante plausível e eficaz a evitar a sujeição do jovem ao meio prisional.

Flávia de Novera Loureira alerta para a possibilidade de o juiz proceder ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva, nos termos do art. 213.º do CPP, apesar de este artigo não contemplar expressamente esta circunstância. Para além disso, se se verificar o preenchimento dos pressupostos legais, prescritos pelo art. 212.º do CPP, pode também haver lugar à revogação e substituição da prisão preventiva. Conforme salienta a Autora, apesar de não existir “identidade de pressupostos de aplicação de uma e outra medida, a verdade é que o cumprimento das finalidades do internamento pode ter feito atenuar as exigências cautelares que determinam a aplicação da medida de coação, impondo a sua substituição por uma menor grave (pense-se, desde logo, na obrigação de permanência na habitação)”³⁴⁸.

Por fim, dita o n.º 6 do art. 27.º que, se o jovem se encontra a cumprir prisão preventiva e lhe for aplicada uma medida de internamento, a execução da medida só pode iniciar-se finda a prisão preventiva, consoante o resultado do processo penal.

Caso o jovem seja absolvido, a execução da medida inicia-se, após revisão obrigatória para avaliação atualizada da necessidade da sua execução, nos termos do n.º 6 do art. 27.º e da al. c) do n.º2 do art. 136.º, ambos da LTE. A proposta da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas era distinta, não exigindo a revisão quando o internamento decretado seguisse o regime fechado e o jovem se encontrasse a cumprir prisão preventiva³⁴⁹. Na

³⁴⁷ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., pp.113-114.

³⁴⁸ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.145. (Anotação ao art. 27.º da LTE).

³⁴⁹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, ob. cit., p.114.

eventualidade de o jovem ser condenado, aplica-se o disposto nos arts. 23.º a 26.º, conforme a pena aplicada.

4.2. Interatividade entre a obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares educativas

A obrigação de permanência na habitação, medida de coação privativa da liberdade, prevista no art. 202.º do CPP, não possui qualquer regulação específica na LTE. Estranha-se, no entanto, que, quer a versão originária, quer a revisão operada pela Lei n.º4/2015, de 15 de janeiro, não se tenham debruçado sobre esta matéria³⁵⁰.

Júlio Barbosa e Silva argumenta que as regras consagradas no art. 27.º da LTE e referentes à medida de coação de prisão preventiva se aplicam à medida de obrigação de permanência na habitação, isto porque, sustenta o Autor, “não existem motivos para excluir destas regras, por idade de razões e situações, a abrangência daquela medida de coação neste artigo (...) entendemos que o mesmo se aplica, tanto à prisão preventiva, prevista no art, 202º do CPP como à obrigação de permanência na habitação prevista no art. 201º do CPP”³⁵¹. Julgamos que, efetivamente, tal solução merece acolhimento, com as devidas adaptações.

Deste modo, a aplicação da medida de coação de permanência na habitação a jovem maior de 16 anos não deve prejudicar a execução cumulativa de medida tutelar não institucional que esteja a cumprir ou lhe seja aplicada. No que concerne à medida de admoestação, prevista no art. 9.º da LTE, porque a sua execução não se prolonga no tempo, não existirá qualquer tipo de incompatibilidade. Configuramos igualmente que as medidas pecuniárias de reparação ao ofendido na modalidade de compensação económica ou de prestações económicas a favor da comunidade³⁵², bem como as de reparação ofendido na modalidade de apresentação de desculpas

³⁵⁰ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Lei Tutelar Educativa ...*, ob. cit., p.141. (Anotação ao art. 27.º da LTE).

³⁵¹ Cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.118.

³⁵² Salvos nos casos em que a situação económica do jovem não lhe permitir disponibilidades económicas bastantes para satisfazer os encargos resultantes do cumprimento dessas medidas.

ao ofendido e de tarefas a favor da comunidade³⁵³ são concretamente compatíveis com a execução cumulativa da medida de obrigação de permanência na obrigação³⁵⁴.

Caso a medida não institucional aplicada se revele incompatível com a medida de coação, não se inicia ou interrompe-se conforme o momento em que a obrigação de permanência na habitação seja ordenada. Correspondentemente, compete ao juiz de instrução criminal determinar, em concreto, a compatibilidade da execução cumulativa da medida tutelar não institucional com a obrigação de permanência na habitação.

Na eventualidade de ser determinada a obrigação de permanência na habitação a jovem que se encontre a cumprir medida tutelar de internamento, a execução da medida não se deve interromper, o menor é colocado ou mantido em centro educativo de regime fechado pelo tempo correspondente à obrigação de permanência na habitação e o seu termo não afeta a continuação da medida pelo tempo que falte. Caso a medida de obrigação de permanência na habitação cesse antes do termo da medida tutelar, mantêm-se o seu cumprimento no regime estabelecido antes da aplicação da medida de coação.

Não vemos qualquer necessidade de não convergência entre a solução apresentada no n.º 5 do art. 27.º da LTE para a prisão preventiva e uma hipotética solução apresentada para a obrigação de permanência na habitação. Esta solução não visa, *in casu*, afastar o menor do ambiente prisional, antes permite que o seu projeto educativo pessoal se cumpra integralmente, dando resposta às necessidades demonstradas. Se se der o caso de a medida de internamento cesse antes do término da obrigação de permanência na habitação, o jovem cumpre o remanescente da medida de coação em casa³⁵⁵. Não estando aqui em causa a continuidade do projeto educativo pessoal, esta solução apraz-nos ser justa e equitativa porquanto permite a concretização da medida de coação decretada e o afastamento do menor do estabelecimento prisional.

Por fim, se for aplicada medida tutelar de internamento a jovem maior de 16 anos que esteja a cumprir medida de coação de obrigação de permanência na habitação, o início da execução da medida ou a sua continuação dependem do resultado do processo penal,

³⁵³ No que diz respeito à medida de realização de tarefas a favor da comunidade, a sua compatibilização com a medida de coação de obrigação de permanência na habitação torna-se possível porquanto, de acordo o n.º 1 do art. 201.º do CPP, o arguido pode ausentar-se, desde que devidamente autorizado pelo juiz, da sua residência.

³⁵⁴ Conforme também reclamado para a prisão preventiva, cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.118.

³⁵⁵ Neste sentido, cf. SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada...*, ob. cit., p.119.

procedendo-se à revisão da medida se o jovem for absolvido ou aplicando-se, conforme o caso, o disposto nos arts. 23.º a 26.º da LTE.

CONCLUSÕES

Impõe-se, neste momento, expor as respostas às perguntas que nos propusermos responder no início desta investigação. As conclusões aqui elencadas são fruto do caminho trilhado desde a primeira página. Os detalhes abordados em cada capítulo permitiram concretizar uma análise crítica das normas contidas na LTE e apresentar propostas ou aderir a posições que se traduzem em soluções que, esperamos, possam influir numa mudança de paradigma.

I. A Lei de Proteção da Infância circunscrevia a sua atuação aos menores de idade inferior a dezasseis anos, em perigo moral, desamparados, criminosos, indisciplinados e anormais patológicos. Foi marcada por um cunho fortemente protecionista e preventivo, que assentava em ideias de cura e recuperação, através da educação e do trabalho. Revelou-se um diploma revolucionário que retirou os menores da prisão. Neste regime a cessação das medidas decretadas não era previamente determinada mas teria lugar à data da maioridade ou emancipação.

II. A Organização Tutelar de Menores, que precedeu a LPI, assentava em ideias de proteção de menores com uma multiplicidade de problemas, que não se circunscreviam à delinquência. Fundava-se numa visão de estado-providência que chamava a si a função de proteção e educação dos menores, conferindo-lhes um tratamento igualitária, qualquer que fosse a sua situação. Encontrava-se prevista na OTM a possibilidade de intervenção dos tribunais tutelares de menores após estes perfazerem 16 anos de idade. Visto que as medidas tutelares podiam cessar quando o menor atingisse os 21 anos, se um menor com mais de 16 e menos de 18 anos cometesse uma infração criminal, o tribunal tutelar poderia ser competente para conhecer e tramitar o processo, que poderia originar uma revisão da medida em execução.

III. A Lei Tutelar Educativa, diploma vigente, é um modelo de terceira via, responsabilizante e educador, simultaneamente. Assim como a LPI e a OTM, retira os menores do Direito Penal, mas, ao contrário dos modelos anteriores, não equipara nem intervém nas situações de delinquência e de perigo simultaneamente. Foca-se exclusivamente nos jovens, com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos de idade que cometem factos qualificados pela lei como crimes e que demonstram, no momento da decisão, necessidade de ser educados para o direito.

IV. A intervenção tutelar educativa encontra fundamentação constitucional nos arts. 69.º e 70.º da CRP e no imperativo de prossecução do superior interesse do menor. Deste modo, traduz-se numa intervenção responsabilizante, que procurar consciencializar o jovem acerca da violação dos bens jurídicos, mas também educá-lo para o direito, ou seja, para as normas jurídicas, de maneira a que se insira, de forma digna, na vida em comunidade.

V. Já a intervenção penal, por sua vez, é legitimada pelo imperativo constitucional de necessidade de salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente consagrados e, por isso, relevantes para a comunidade. A sua aplicação é adstrita aos sujeitos considerados imputáveis e tem como finalidade a proteção dos bens jurídico-penais e a ressocialização do agente na sociedade.

VI. Teoricamente, o Direito Tutelar Educativo intervém até ao menor perfazer 16 anos de idade pelo que, daí em diante, cabe ao Direito Penal sancionar o jovem. No entanto, disposições constantes da LTE permitem a aplicação e execução de medidas tutelares até que o jovem perfaça 18 e 21 anos, respetivamente. Encontramo-nos assim, num período de 5 anos que constitui uma verdadeira «área cinzenta», onde podem culminar as duas formas de intervenção. Acresce a isto a existência do Regime Penal Aplicável a Jovens Adultos, aplicável aos jovens entre os 16 e os 21 anos de idade, e que prevê uma especial atenuação da pena decretada e a consagração de medidas de correção.

VII. Neste sentido, podem ser aplicadas aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos medidas tutelares educativas, medidas de correção, penas e medidas de coação as quais poderão, inevitavelmente, colidir e suscitar questões relativas à sua interação.

VIII. É assim suscitada a possibilidade de aplicação, simultânea, de penas e medidas. O art. 23.º da LTE consagra a execução cumulativa das medidas tutelares e das penas que foram ao jovem aplicadas, sempre que as mesmas se mostrarem compatíveis entre si. Ora, apesar de reconhecermos que a cumulação pode colocar em causa, em certa medida, o princípio da necessidade e legitimidade do Direito Penal, entendemos que, por se tratar de factos distintos e estando em causa benefícios consideráveis para o jovem, nomeadamente por se entender que a cumulação permitirá atingir mais facilmente os fins inerentes a cada uma das reações, é de todo benéfico que se proceda à cumulação.

IX. O n.º1 do art. 24.º dita que as medidas tutelares, exceto as compatíveis, deverão cessar ou não se iniciar quando for aplicada pena de prisão ao jovem. Pode suceder que o jovem,

contra quem decorre processo tutelar, que poderá resultar na aplicação de medida tutelar, seja condenado em pena de prisão efetiva. Nesse caso, dita a lei que o processo seja arquivado. Ora, discordamos de tal solução e questionamos a sua bondade, precisamente porque pode originar desigualdade de tratamento em situações materialmente idênticas.

X. Por outro lado, quando o menor estiver a cumprir medida tutelar de internamento a lei ordena a sua cessação após trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, reconhecemos como salutares as duas das propostas apresentadas, a primeira no sentido de continuação da execução da medida de internamento, e a segunda no da colocação de jovem em estabelecimento especial de segurança, caso a pena decretada fosse inferior a três anos.

XI. No que concerne à articulação das penas de internamento em centro de detenção, colocação por dias livres em centro de detenção e colocação em centro de detenção em regime de semi-internato com as medidas tutelares educativas, importa mencionar que tais penas, apesar de consagradas na LTE, não existem no ordenamento jurídico. No entanto, o n.º 1 do art. 25.º da LTE impõe que a execução destas penas possa ter lugar após o cumprimento da medida tutelar de internamento que o jovem se encontre a cumprir, de forma privilegiar o projeto educativo pessoal. Realçamos a inexistência de disposição que contemple a possibilidade de aplicação destas penas a jovem que se encontre a cumprir medida tutelar não institucional, no entanto, entendemos que se a medida for compatível, nada deve objetar à sua execução. Se for considerada incompatível, a execução só deve iniciar-se após cumprimento da pena.

XII. O jovem que se encontre a cumprir alguma das penas acima elencadas e lhe seja aplicada medida tutelar de internamento em regime aberto ou semiaberto apenas cumpre a medida após cessar a execução da pena. Se a medida decretada tiver de ser cumprida em regime fechado, a pena deverá cessar no momento em que o tempo que falte cumprir seja igual ou superior ao da duração da medida cuja execução se inicia.

XIII. No que diz respeito à condenação, cumulativamente, em medida de correção de internamento em centro de detenção e medida tutelar educativa, deverá ser adotada a regra geral constante do art. 23.º, quando estas se mostrem concretamente compatíveis. Caso não o sejam, a execução da medida de correção deve preceder a da medida tutelar educativa.

XIV. No que concerne à interatividade entre as medidas tutelares educativas e as penas de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade e suspensão da execução da pena de prisão, o art. 26.º da LTE impõe a execução cumulativa de ambas as reações.

XV. Quando o menor se encontra a cumprir medida tutelar de internamento e lhe seja aplicada pena de multa ou pena de prestação de trabalho a favor da comunidade que o mesmo não possa cumprir dada a sua situação económica, no primeiro caso, ou por facto não imputável, no segundo caso, pode haver lugar à suspensão da execução da prisão subsidiária, por um período de 1 a 3 anos, subordinada ao cumprimento de deveres e regras de conduta. A aplicação da pena de suspensão da pena de prisão a jovem que se encontra a cumprir medida tutelar de internamento deve ocasionar uma modificação dos deveres, regras de conduta ou obrigações impostas, de forma a possibilitar a execução cumulativa das duas reações. A aplicação de medida tutelar de internamento a jovem que se encontra a cumprir pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou suspensão da execução da pena de prisão obriga à determinação de um regime de execução que seja, tanto quanto possível, compatível com a pena em execução.

XVI. No que concerne à aplicação simultânea das medidas tutelares e medidas de correção de admoestação, imposição de determinadas obrigações e multa, a execução cumulativa é possível porquanto as mesmas se revelam concretamente compatíveis.

XVII. Já no que diz respeito à interatividade entre as medidas de coação e as medidas tutelares educativas, tratada no art. 27.º da LTE, cumpre alertar que a epígrafe do capítulo onde se inserem diz menos do que efetivamente o corpo de artigos compreende. A aplicação de medida de coação de prisão preventiva a jovem que se encontra em cumprimento de uma medida tutelar não institucional ou, inversamente, a aplicação de medida tutelar não institucional a jovem em cumprimento da medida de coação de prisão preventiva implica a execução cumulativa das duas reações, sempre que as mesmas não se revelaram incompatíveis entre si.

XVIII. Caso seja aplicada medida de coação de prisão preventiva a jovem que esteja a cumprir medida tutelar de internamento, a execução dessa medida não se interrompe nem cessa, antes o menor é colocado ou mantido em centro educativo em regime fechado pelo tempo correspondente à prisão preventiva e o seu termo não afeta a continuação da medida pelo tempo que falte cumprir. Na eventualidade de a medida de coação de prisão preventiva cessar antes do término da medida, a mesma mantém-se em execução em regime fechado, se assim já o era, ou transita, novamente, para aberto ou semiaberto, conforme previamente decretado.

XIX. Caso a medida tutelar cesse antes do término da medida de coação o jovem continua a cumprir a prisão preventiva em estabelecimento prisional. Discordamos desta opção e admitimos como válida a proposta da CRSPM que dita a criação de unidades residenciais

específicas para acolhimento destes jovens. Por fim, caso o jovem se encontre a cumprir medida de prisão preventiva e lhe seja aplicada medida de internamento, a execução da medida tutelar só se inicia finda a execução da prisão preventiva, consoante o resultado do processo penal. Se o mesmo for absolvido, a medida pode iniciar-se, após ser revisa. Se o jovem for condenado, aplica-se o disposto nos arts. 23.º a 26.º da LTE.

XX. A interatividade entre a medida de coação de obrigação de permanência na habitação e as medidas tutelares não se encontra regulada na LTE. No entanto, as regras consagradas no art. 27.º da LTE aplicam-se, igualmente, a esta medida de coação.

XXI. Desta forma, a aplicação da medida de permanência na habitação pode cumular-se com a medida tutelar não institucional aplicada, desde que não sejam concretamente incompatíveis. Se forem incompatíveis, a medida tutelar não se inicia ou interrompe-se. Quando for aplicada medida de coação de permanência na habitação a jovem que se encontre a cumprir medida tutelar de internamento, a execução da medida não se deve interromper e o menor deve ser colocado ou mantido em centro educativo em regime de fechado. Caso a medida de coação cesse antes do término da medida tutelar, mantêm-se o cumprimento desta no regime previamente estabelecido. Se for aplicada medida de internamento a menor que se encontra a cumprir medida de permanência na habitação, o início da execução da medida ou a sua continuação dependem do resultado do processo penal.

Aqui chegados, torna-se evidente a complexidade da temática abordada. O legislador configurou a possibilidade de aplicação simultânea de reações jurídicas de múltiplos sistemas, o que, conforme vimos levanta inúmeros problemas. Embora reconheçamos bondade nas soluções adotadas em 1999, cremos que, pelas várias razões anteriormente explanadas, é imperativo uma reconfiguração do regime de interatividade entre penas (e medidas de coação) e medidas tutelares educativas. A adoção de múltiplas propostas apresentadas por vários Autores resultaria numa resposta mais adequada às inovações legislativas jurídico-penais, na garantia de equidade de tratamento entre jovens e constituiria cremos, uma verdadeira mais-valia na reinserção social digna dos jovens adultos delinquentes.

BIBLIOGRAFIA

Referências bibliográficas

AFONSO, José António, “O nascimento de uma instituição educativa republicana: a Tutoria. Argumentos científicos e pedagógicos.” In *História – Revista da FLUP*. Porto. IV série, vol. I (2011), pp. 183-207.

AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina, “La Justice des Mineurs: L’Expérience Portugaise”. In *Déviance et Société*. Vol. 26. (2002/3), pp. 355-364.

—. “La justice des Mineurs au Portugal: risque, responsabilité et réseau”. In CARTUYVELS, Yves – *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions néolibérales*. Paris: L’Harmattan (2007), pp.229-246.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.^a Edição Atualizada, Universidade Católica (2011).

ALFAIATE, Ana Rita, *O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Dissertação de Doutoramento.

—. “Algumas questões sobre a responsabilidade penal dos menores em Portugal: o problema específico da aferição da (in)imputabilidade penal em razão da idade”. In *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ano 13, n.ºs 25 e 26 (2016), pp. 26-34.

AMORIM, Rui, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças”. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários (Dossiê Temático – Reforma do Processo Civil: Processo Executivo e Recursos)*. Lisboa. n.º 12 (2009), pp. 83-98.

ANDRADE, Silvana Francisca Ferreira, *O processo tutelar educativo: aspetos divergentes e convergentes com o processo penal português*. Braga: Universidade do Minho, 2017. Dissertação de Mestrado.

ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Reimp., Almedina (2018).

BÁRBADA, Madeira, “O direito penal e os jovens delinquentes – Dec. Lei n.º 401/82, de 23 de setembro”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 4, n.º15, pp. 9-23.

BARROS, Diana Marisa Gonçalves de, *A Mediação na Lei Tutelar Educativa: a caminho de um modelo de justiça restaurativa?* Braga: Universidade do Minho (2016). Dissertação de Mestrado.

BESOZZI, Claudio, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”. In *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º4 (1991), pp.9-38.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, , *A Criança e a Família. Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2ª Ed. Lisboa: Coimbra Editora (2014), pp. 109-171.

CANDEIAS, Marisa; HENRIQUES, Hélder, *1911/2011 – Um século de Proteção de Crianças e Jovens*. Portalegre: Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre (2012), pp. 1-17.

CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I*. 4ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora (2007).

CARTUYVELS, Yves, “A justiça penal de menores na europa: origens e perspetivas”. In PEDROSO, João [et. al.] [coord.] – *Justiça juvenil. A lei, os tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica (2017), pp. 229-246.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2º Ed. Porto: Universidade Católica Editora (2016), pp. 44 a 68.

CARVALHO, Maria João Leote de, “Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 37, nº 148 (2016), pp. 65 a 95.

—. “Risco social, juventude e delinquência: Que sentido(s) para a aplicação de medidas tutelares educativas não institucionais”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 433-447.

—. “A Medida de Internamento da Lei Tutelar Educativa: Sentido e Potencialidades”. In GUERRA, Paulo [coord.] – *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A Criança e a Família no colo da lei – As causas no se medem aos palmos*. Lisboa: Almedina (2016), pp. 257-280.

CASTAÑÓN, José Manuel Paredes, “El principio del «interés del menor» en derecho penal: una visión crítica”. In *Revista de Derecho Penal Y Criminología*. 3ª Época, n.º10 (2013), pp. 155-186.

CHAVES, Sabrina Smith, *As medidas socio-educativas e as medidas tutelares educativas: a legislação brasileira e portuguesa*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (2000).

COSTA, Eduardo Maia, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina (2016).

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª Ed. Coimbra Editora (2015).

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Respostas à delinquência juvenil. Do internamento para a liberdade: primeiros passos para inserção social dos jovens”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. Ano 26, nºs 1 a 4 (2016), pp. 437-483.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora (2012).

—.“O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, Ano 3 (1993), pp. 161-195.

—.*Direito Penal Português – Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa e os seus modelos – um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora (2005).

—.“Aspectos contraditórios do «modelo de protecção» na execução de medidas tutelares de internamento”. In VIDAL, Joana Marques [coord.] – O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público. Lisboa: Edições Cosmos (1998).

—.“Interactividade entre penas e medidas tutelares – contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. Ano 11, Fasc. 2º (2001).

—.“A aplicação subsidiária de medidas previstas na OTM no domínio da legislação penal especial para jovens – Algumas reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro”. In *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º 1 (1984).

—.“Privação de liberdade na Justiça Juvenil: Contornos de problemas entre meios e fins”. In *Julgar*. Lisboa. n.º 22 (2014).

—.“Menores, mas imputáveis: que protecção?”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação "Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho"*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), pp. 387-395.

—.“Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais”. In FONSECA, António Castro Fonseca [coord.] [et. al.] – *Psicologia Forense*. Almedina: Coimbra (2006), pp. 355-386.

—.“Medidas Tutelares Educativas não institucionais”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 373 a 379.

ENCARNAÇÃO, Raquel, “Medidas tutelares educativas: Uma resposta necessária”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 447-451.

FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “Lei Tutelar Educativa: Traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 21, n.º 84 (2000), pp. 123-137.

FERREIRA, Ana Sofia Ribeiro Tavares, *Prisão Preventiva: Medida de Coação ou de Punição?*. Braga: Universidade do Minho (2016). Dissertação de Mestrado.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I-II*. Reimp. Almedina (2010).

FIALHO, Anabela Raimundo; FELGUEIRAS, Belmira Raposo, “A intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa – Caminhos que se cruzam”. In *Julgar*. Lisboa. n.º 11 (2010), pp. 90-101.

FIGUEIREDO, João, “Execução de medidas tutelares educativas”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina (2010), pp. 195-210.

FIGUEIROA, Filipa de, “«Punição no limiar da idade adulta»: O regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas”. In *Julgar*. n.º11 (2010).

FONTES, Leonor Sarmento de Sousa Machado, *Medidas Tutelares Educativas: uma intervenção penal encoberta?*. Lisboa. Universidade Católica Portuguesa (2014). Dissertação de Mestrado.

GARCIA, Miguez M.; RIO, J.M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, 1ª Edição, Almedina (2014).

GERSÃO, Eliana, “Um século de Justiça de Menores em Portugal (no centenário da Lei de Protecção à Infância de 1911)”. In ANDRADE, Manuel da Costa [et. al.] [org.] – *Direito Penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais (Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld)*. Coimbra: Coimbra Editora (2013), pp. 1365 a 1385.

—.“Menores agentes de infracções criminais – que intervenção? Apreciação crítica do sistema português”. In *Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia – 1984*. Coimbra (1988), p.624- 671.

—.“Menores agentes de infracções – Interrogações acerca de velhas e novas respostas”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. Ano 4 (1994), pp. 241-259.

—.“A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. nº7 (1997), pp. 577-620.

—.“A justiça reparadora e a lei tutelar educativa – Principios e Práticas”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), pp. 237-275.

—.*Tratamento criminal de jovens delinquentes*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1968. Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra: Estudos e Monografias, II.

GOMES, Conceição [et. al.] [coord.], *Entre a lei e a prática – subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça (2010).

GONÇALVES, Patricia Sofia Martins, *Despacho de aplicação de medidas de coação de acordo com a Lei nº 20/2013 de 21 de Fevereiro – Confronto com a figura do Dominus do Inquérito e do Juiz das Liberdades*. Coimbra: Universidade de Coimbra (2015). Dissertação de Mestrado.

GUERRA, Luís Filipe J. de Almeida, “Educação do menor para o direito – Um olhar sobre os seus fundamentos e objectivos”. In *POLITEIA – Revista do Instituto Superior de Ciência Policiais*. Lisboa: Almedina. Ano 3, nº1 (2006), pp. 103-114.

GUERRA, Paulo, “Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – Execução e acompanhamento”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina (2010), pp.184-193.

—.“A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?”. In *Julgar*. Lisboa, n° 11 (2010), pp. 99-108.

JARDIM, Amélia Vera, “Reacções à delinquência infanto-juvenil : Notas imperfeitas” In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al.] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada (2008), pp. 492 a 534.

LAURIS, Élida; FERNANDO, Paula, “A dupla face de Janus: as reformas da justiça e a Lei Tutelar Educativa”. In *Julgar*. Lisboa. n° 11 (2010), pp. 135-146.

LOUREIRO, Flávia Novera, *Lei Tutelar Educativa Anotada*. DIAS, Cristina [et. al.] [coord.]. Almedina (2018).

LÚCIO, Laborinho, “O Advogado e a Lei Tutelar Educativa”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. n° 104 (2005), pp. 45- 77.

MARTÍN, Julián Carlos Ríos, “Juriscicción de menores en Españã: Hacia una intervención no punitiva” In VIDAL, Joana Marques [coord.] – *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), pp. 29- 41.

MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História.”. In *Scientia Iuridica – Revista de Direito comparado português e brasileiro*. Braga. n.º 343 (2017), pp. 111-156.

MARTINS, Ernesto Candeias, “Menores Delinquentes e Marginalizados (Evolução da Política Jurídico-penal e Sociopedagógica até à 1ª República)”. In *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*. Lisboa. n.º 4 (1998), pp. 67-114.

— “A problemática socioeducativa e da reeducação dos menores abandonados e inadaptados entre 1871 e 1962”. In *I Congresso Luso-Brasileiro de História da Educação - Atas*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian (1996), pp. 113-134.

MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. Ano 21, nº 83 (2000), pp. 97-120.

NEGREIROS, Jorge, “Menores e delinquência – que intervenção?” In VIDAL, Joana Marques [coord.] – *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), pp. 133-154.

OLIVEIRA, Jorge, “Medidas Tutelares Educativas – uma visão institucional”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*. Coimbra: Coimbra Editora (2008), pp. 361-385.

PINHEIRO, Maria do Rosário Moura, “(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação”. In VIDAL, Joana Marques [coord.], *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), PP. 93-103.

RAMIÃO, Tomé D’ Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa*. Lisboa: Quid Iuris Sociedade (2004).

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos. Breve enquadramento jurídico internacional”. In VIDAL, Joana Marques [coord.], *O Direito de Menores: Reforma ou Revolução? Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos (1998), pp. 21-26.

—.“Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. nº 7 (1997), pp. 55-386.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora (2003).

SANAHUJA, Mafalda – *Medidas Tutelares Não Institucionais: Reflexões críticas*. Porto: Universidade Católica Portuguesa (2012). Dissertação de Mestrado.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Os Caminhos Díficeis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa: uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa”. In *Relatório do Observatório Permanente da Justiça*. 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 perspectiva das consequências jurídicas do crime”. In *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. n.º16 (2011), pp.84-103.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções de Direito Penal*, 6.º edição, Rei dos Livros (2018).

—. *Código Penal Anotado – Volume I*, Rei dos Livros (2014).

SANTOS, Margarida, *Lei Tutelar Educativa Anotada*. DIAS, Cristina [et. al.] [coord.]. Almedina (2018).

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora (2004).

—. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal- II*, 4ª Ed., Editorial Verbo (2008)

SILVA, João Pereira da, “Medidas tutelares de internamento”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto de Psicologia Aplicada (2008), pp. 381-383.

SILVA, Joaquim Manuel, “A imputação de tipos de culpa aos jovens entre os 12 e os 16 anos nos processos tutelares educativos, e alguns aspetos da reforma da LTE: uma reflexão jurisprudencial”. In *Julgar*. Coimbra. n.º 24 (2014), pp. 47-65.

SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina (2013).

TOMÉ, Maria Rosa Ferreira Clemente de Moraes, “A Cidadania Infantil na Primeira República e a Tutoria da Infância. A Tutoria de Coimbra e do Refúgio Anexo”. In *Revista de História da Sociedade e da Cultura*. Vol. 10 (2010).

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Das medidas tutelares educativas não institucionais: O papel da polícia na sua prossecução”. In FONSECA, António Carlos Duarte [et. al] [coord.] – *Direito das Crianças e Jovens. Actas do Colóquio*. Lisboa: Instituto de Psicologia Aplicada (2008), pp. 467 a 477.

VIDAL, Maria Joana Raposo Marques, “Crianças, Jovens e Tribunais”. In LEANDRO, Armando [et. al.] [coord.] – *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina (2010), pp. 111-128.

—.“Processos tutelares: que articulação?”. In OLIVEIRA, Guilherme de [coord.] – *Direito Tutelar de Menores – o sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora (2002), pp. 159-173.

Referências jurisprudenciais

Ac. STJ de 8 de outubro de 2008, disponível em <https://bit.ly/2OvLEKm> e consultado, pela última vez, em 21/7/2019.

Ac. do TRC de 12 de outubro de 2011, disponível em <https://bit.ly/331Useb> e consultado, pela última vez, em 21/7/2019.

Ac. do TRG disponível em <http://bit.do/fc4Mx> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019

Ac. do STJ , disponível em <http://bit.do/fc4MH> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019.

Ac. do STJ, disponível em <http://bit.do/fc4MR> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019.

Ac. do TRE, disponível em <http://bit.do/fc4M4> e consultado, pela última vez em 20/8/2019

Ac. do TRG, disponível em <http://bit.do/fc4Nc> e consultado, pela última vez, em 20/8/2019.

Ac. do TRL, disponível em <http://bit.do/fc4Nk> e consultado, pela última vez, em 7/9/2019

Ac. do TRC, disponível em <http://bit.do/fc4Ny> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

Ac. do TRP, disponível em <http://bit.do/fc4NK> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

Ac. do STJ, disponível em <http://bit.do/fc4NY> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

Ac. do TRP, disponível em <http://bit.do/fc4N8> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

Ac. TRE, disponível em <http://bit.do/fc4Pk> e consultado, pela última vez, em 15/9/2019.

Outros documentos e ligações

Estatísticas da DGRSP, disponíveis em <https://partilha.justica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas#&organismo=dgrsp>

Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativo, disponível em <http://twixar.me/NtC1>

Ordenações Manuelinas, transcritas na íntegra, disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>

Exposição dos motivos do Projeto de Lei n.º 53/IX, p.2, disponível em <https://bit.ly/2klxcq3>
Decreto-Lei n.º 44 287, de 20 de abril de 1962, disponível em <https://www.cnpdpcci.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/legislacao-revogada-historica/diplomas-revogados/reforma-dos-servicos-tutelaes-de-menores.aspx>

Relatórios Anuais de Segurança Interna dos anos 2015, 2016, 2017 e 2018 disponíveis em <https://www.portugal.gov.pt>

Declaração dos Direitos das Crianças, disponível em <https://bit.ly/2DtxaTV>

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens, disponíveis em <https://bit.ly/2LnOA9o>,

Princípios Orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, disponíveis em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principiosriade.pdf>

Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, disponíveis em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasprotecaojuvenis.pdf>

Resolução R(87) 20 do Comité de Ministros dos Estados-Membros, relativo às reações sociais à delinquência juvenil, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52006IE0414>

Despacho n.º 1021/98 de 31 de dezembro de 1997, disponível em <https://www.cnpdpcci.gov.pt/...reformas.../despacho-102198-de-31121997-pdf.aspx>

Parecer do Conselho Consultivo da PRG n.º 8/91 de 16.01.1992, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8463>

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, p.4, disponível em <https://bit.ly/2Ki5V0m>

Mediação vítima- infractor em Portugal, disponível em
https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal

Estatísticas da PORDATA relativas à prisão preventiva, disponível em
<http://twixar.me/qWq1>