



O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS JOVENS DELINQUENTES

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa para obtenção de grau de mestre por Catarina Castanheira Lopes, sob a orientação do Prof. Doutor Germano Marques da Silva

MESTRADO FORENSE

31 de Março de 2014

ÍNDICE

Agradecimentos.....	3
Capítulo I: INTRODUÇÃO	4
Capítulo II: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	6
1. Breve contextualização do Direito dos Menores no âmbito internacional	6
2. Conceitos de criança e de inimputabilidade no âmbito da convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças	7
3. Instrumentos internacionais relativos ao Direito dos Menores	8
I. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores ..	8
II. Princípios orientadores de Riade	9
III. Regras para a proteção de menores privados de liberdade	9
4. O Direito dos Menores no âmbito das Instituições Europeias	9
5. Síntese histórica do regime de menores em Portugal	13
Capítulo III: DECRETO-LEI Nº401/82, DE 23 DE SETEMBRO: UM REGIME ESPECIAL?	19
Capítulo IV: AS CARACTERÍSTICAS DA VIDA NA PRISÃO	22
1. Síntese histórica e principais problemas	22
I. Violência	23
II. Saúde	24
2. Reinserção social	25
Capítulo V: O EFEITO CRIMINÓGENO DA PRISÃO	27
Capítulo VI: A LEGITIMAÇÃO DA PENA CRIMINAL	33
1. Enquadramento geral	33
2. Teorias absolutas	33
3. Teorias relativas	35

4. Teorias mistas	36
5. Sistema sancionatório português	37
6. Fundamento e legitimação do Estado	38
7. Procedimento a adotar pelo Estado relativamente aos jovens adultos delinquentes ...	39
Capítulo VII: REFERÊNCIA A UM MODELO EUROPEU	42
Capítulo VIII: CONCLUSÃO	45
Bibliografia	51
Anexos	54

Agradecimentos

Aos meus queridos pais e ao meu irmão, para quem as palavras jamais chegarão para agradecer, um simbólico obrigada pelos braços sempre abertos, pela confiança permanente e sobretudo por serem uma referência dos valores mais brilhantes que um ser humano pode ter.

Ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva, pela disponibilidade manifestada para orientar este trabalho, pela sábia ajuda na definição do objeto principal da dissertação e pela exigência de método e rigor, pela cordialidade e simpatia sempre demonstradas

A São Tomé e Príncipe pela inspiração diária que me suscita, pela força que me deu para combater as dificuldades quotidianas, pela tranquilidade que me transmitiu, ainda que em pensamento, para a elaboração desta tese.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

A delinquência juvenil corresponde, desde o século XX, a um dos fenómenos mais preocupantes das sociedades e, também, a um dos mais abordados.

Os problemas relacionados com a criminalidade dos jovens devem constituir uma preocupação para os Estados, não só pelo estágio de desenvolvimento em que os mesmos se encontram como também pelas características que a criminalidade destes tem assumido nos últimos anos, nomeadamente com o aumento do número de crimes praticados, os fenómenos de delinquência “grupal”, o aumento das práticas reincidentes ou plurireincidentes e as relações entre delinquência juvenil e a criminalidade dos adultos.

Os fenómenos referidos são potencializados pela situação económica precária e pela consequente exclusão social que se tem agravado nos últimos anos, criando o ambiente propício à rutura.

Assim, torna-se muito importante apreciar as respostas das instâncias nacionais e internacionais à questão da delinquência juvenil e o regime penal aplicável aos agentes infratores.

A presente dissertação de mestrado procurará refletir sobre duas questões fundamentais quais sejam a menoridade penal fixada nos 16 anos, nos termos do artigo 19º do Código Penal, e a aplicabilidade do regime do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro, que, na prática, cria um direito penal especial para pessoas com idade entre os 16 e os 21 anos, a qual terá por base, também, os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais mais relevantes.

Quanto ao caso português apreciaremos o conteúdo do Decreto-Lei 401/82 mas, também, a falta da sua regulamentação, após 34 anos de vigência, deixando à mercê do julgador a aplicação subsidiária da legislação sobre menores e sobre a atenuação especial da pena.

Estou convicta que uma matéria com esta importância deve ser regulada e atualizada, sob pena de enviar jovens em pleno estágio de desenvolvimento para estabelecimentos prisionais comuns, com todas as consequências negativas que daí advirão para o mesmo.

Entendo, por isso, que numa época em que prolifera a atividade criminosa por jovens e que a “condição juvenil”¹ se arrasta até mais tarde, urge trazer à discussão esta temática sobretudo tendo presente o desfasamento existente entre a maioria prevista no artigo 122º do Código Civil (18 anos) e aquela que é prevista no artigo 19º do Código Penal (16 anos).

Por tudo isto, considero que é insuficiente a atenção dispensada ao fenómeno da delinquência juvenil e ao seu tratamento e pretendo relançar a discussão sobre o tema, contribuindo para o debate de ideias e das soluções que respondam à situação descrita.

¹ - Carvalho, Maria João Leote de, in *“Imputabilidade penal e maioria civil: à procura de uma idade”*, <http://barometro.com.pt/archives/751>

CAPÍTULO II

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

1. Breve contextualização do Direito dos Menores no âmbito internacional

Na primeira metade do século XX a comunidade internacional tomou consciência da temática referente ao Direito das Crianças e Jovens, nomeadamente à obrigação da sua proteção por parte dos Estados.

O primeiro instrumento internacional relativo a esta matéria data de 1924 e foi emanado pela Assembleia da Sociedade das Nações, concretamente a Declaração dos Direitos das Crianças anteriormente promulgada pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância; originalmente conhecida como Save the Children International Union, o documento recebeu posteriormente a designação de Declaração de Genebra

A mencionada Declaração previa a obrigação de todos Estados-Membros da Sociedade das Nações se guiarem pelo seu conteúdo², reconhecendo a criança e o jovem como sujeitos mercedores de proteção, independentemente da raça, nacionalidade ou crença. Em 1946, já no âmbito da Organização das Nações Unidas, o Conselho Económico e Social recomendou aos Estados a adoção da Declaração de Genebra.

No mesmo ano, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas criou o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças (UNICEF)³.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas refere expressamente no nº 2 do artigo 25⁴ a proteção à infância e onze anos depois a mesma Assembleia aprovou a Declaração dos Direitos da Criança que constituiu durante vários anos o repositório essencial dos direitos das crianças.

² -O conteúdo da Declaração de Genebra previa 5 princípios fundamentais, os quais respeitavam, nomeadamente, ao bem-estar, normal desenvolvimento, alimentação, saúde e proteção contra a exploração das crianças, SOTTOMAYOR, Maria Clara "O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança"

³ -"UNICEF é uma Agência das Nações Unidas que tem como objetivo promover a defesa dos Direitos das Crianças, ajudar a dar respostas às suas necessidades básicas e contribuir para o seu pleno desenvolvimento (...)", in www.unicef.pt

⁴ -art.25ºnº2" A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social."

Em 1976, a referida Assembleia Geral definiu o ano de 1979⁵ como o Ano Internacional da Criança com o objetivo de promover os direitos das crianças e de assegurar a sua proteção.

Apesar de proposta anterior da Polónia que não mereceu aprovação⁶ só em 1989 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁷, que entrou em vigor em 2 de Setembro de 1990.

Assim, a partir da década de oitenta do século XX formou-se uma certa “sensibilidade” relativa à temática da justiça juvenil, tornando-se crescente a necessidade de separar os crimes praticados por crianças dos crimes praticados por adultos.⁸

A segmentação entre a “justiça das crianças” e a “justiça dos adultos” tornou premente a necessidade de criação de “*linhas de orientação para as ordens jurídicas nacionais*” (Santos, 2004).

2. O conceito de criança e de inimputabilidade no âmbito da convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças.

Como se referiu, a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos das Crianças que se tornou numa efetiva viragem na conceção da importância das matérias da delinquência juvenil. A convenção foi ratificada por Portugal em 12 de Setembro de 1990⁹.

A ratificação dessa Convenção pelos Estados traduz a vinculação jurídica aos seus princípios e normas e inclui a obrigação de cada um deles apresentar relatórios periódicos sobre a sua aplicação¹⁰.

⁵ -Entre 1959 e 1979, variados instrumentos internacionais completaram o acervo de normas referentes à proteção da criança, nomeadamente, o Pacto das Nações Unidas em 1966, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 e a Carta Social Europeia de 1961.

⁶ - O documento apresentado pela Polónia em muito se assemelhava à Convenção de 1959, de forma que se tornasse de mais fácil aceitação por parte dos Estados. Proposta que não agradou à maioria dos Países.

⁷ - Para elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança foi criada uma comissão de composição ilimitada, que, entre 1979 e 1989, se reuniu uma vez por ano, à exceção de 1989, ano em que se reuniu duas vezes.

⁸ - Podem indicar-se reformas na política de inserção social, distinção entre crime e delinquência juvenil e a separação entre o que é uma criança delinquente e uma criança negligenciada.

⁹ -Foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº49/90 e publicada no Diário da República, 1ª série, nº 211, de 12 de Setembro de 1990.

¹⁰ -Estes relatórios são apresentados ao Comité de Peritos dos Direitos da Criança, entidade competente para examinar o cumprimento pelos Estados das normas da Convenção, nos termos do art.43º do referido documento.

Nos termos do artigo 1º da mesma Convenção é criança “*todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”, o que traduz um critério quantitativo para delimitar o estatuto jurídico de criança nos 18 anos.

Todavia, a Convenção não se referiu diretamente à idade a partir da qual a criança se torna imputável¹¹ e pode ser responsabilizada criminalmente. O “*limite etário mínimo*” (Santos, 2004) é fixado pelos Estados nacionais, deve ser adequado ao desenvolvimento e à capacidade da criança em compreender o direito¹².

Assim, os textos internacionais apontam para a proteção do menor de 18 anos e para a necessidade das leis penais dos Estados criarem um estatuto jurídico dos menores de 18 anos diferente do regime geral das infracções penais, no sentido da proteção dos menores.

3. Instrumentos internacionais relativos ao Direito dos Menores

I. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores

Há um conjunto de regras mínimas para a administração da justiça, também conhecido por Regras de Beijing¹³, onde se prevê a circunstância dos jovens se encontrarem numa etapa de desenvolvimento e de requererem atenção e assistência especiais traduzidas na necessidade da adequação das políticas penais e correspondentes legislações.

Embora não seja um instrumento vinculativo, os Estados aplicam as Regras de Beijing através da Convenção sobre os Direitos das Crianças na qual se encontram vertidas sendo também possível encontrar nelas os “*detalhes adicionais quanto ao conteúdo de direitos existentes*”¹⁴

¹¹ - Por via da al.a) do nº3, do art.40º cabe aos Estados nacionais a tarefa de delimitar a idade a partir da qual se presume que a criança tem capacidade para infringir a lei penal.

¹² -Estes critérios surgem da conjugação entre a Convenção e outros instrumentos Internacionais, nomeadamente, das regras mínimas elaboradas pelas nações unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude, denominadas Regras de Beijing que mais à frente iremos analisar.

¹³ -As Regras de Beijing foram adotadas pela Assembleia das Nações Unidas em 1985, no seguimento do sétimo congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, através da Resolução nº 40/33.

¹⁴ - in, Direitos da Criança na Administração da Justiça, capítulo 10, vide declaração quanto às regras de Beijing.

II. Princípios orientadores de Riade

Os chamados princípios orientadores de Riade constam da Resolução nº 45/112, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1990 com a denominação de Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil.

Tais princípios visam a adoção pelos Estados de medidas de prevenção da delinquência juvenil no sentido de evitar a criminalização e penalização dos jovens que pode causar “*danos sérios no seu desenvolvimento (...)*” (Santos, 2004).

III. Regras para a proteção de menores privados de liberdade

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução nº 45/113, de 14 de Dezembro de 1990, na qual deu enfoque à privação da liberdade como *última ratio* a aplicar aos menores delinquentes e também a forma de atuação dos Estados perante os menores detidos, sobretudo na ótica do respeito pelo seu desenvolvimento e pelos direitos fundamentais.

4. O Direito dos Menores no âmbito das Instituições Europeias

Também o Conselho da Europa tem vindo a analisar a problemática referente ao direito dos menores e seu estatuto jurídico.

Em 1966, adotou a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças¹⁵, à qual se seguiram várias recomendações relativas à promoção e proteção dos seus direitos, entre as quais se destaca a Recomendação (87) 20¹⁶, considerada um dos instrumentos jurídicos mais importantes sobre estas matérias e que no essencial estipula a importância da prevenção da delinquência juvenil, promovendo a sua integração social e evitando que as crianças sejam abrangidas pelo sistema de justiça penal de adultos.

A Recomendação visa, ainda, outras garantias dos menores, nomeadamente a celeridade processual da justiça, a primazia da opção por medidas não institucionais, a promoção da educação e o seu livre desenvolvimento.

¹⁵“ Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 25 de Janeiro de 1966 (Série de Tratados Europeus n.º 160).Entrada em vigor na ordem jurídica internacional: 1 de Julho de 2000. Portugal: assinou esta Convenção a 6 de Março de 1997 mas, até 31 de Dezembro de 2005,não havia ainda procedido à respectiva ratificação.”, in <http://direitoshumanos.gddc.pt>.

¹⁶ - A recomendação (87) 20 foi adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa a 17 de Setembro de 1987.

Outras recomendações foram adotadas pelos Ministros do Conselho da Europa sobre o assunto, nomeadamente a Recomendação (88) 6¹⁷ referente às “reações sociais ao comportamento delinquente dos jovens e famílias migrantes” cuja finalidade principal respeita à prevenção da delinquência dos jovens migrantes através da integração no país de residência como se fosse o seu, disponibilizando-lhe as garantias de um processo justo e oferecendo-lhe garantias de não discriminação e desjudicialização dos seus processos, privilegiando o acesso à nacionalidade do país de acolhimento.

A Recomendação (00) 20¹⁸, por sua vez, equaciona “o papel da intervenção psicossocial precoce na prevenção dos comportamentos criminais” e visa responder à crescente preocupação do Conselho da Europa sobre o aumento da delinquência juvenil. Assim, a recomendação aos Estados destina-se a uma “*intervenção psicossocial precoce com o objetivo de prevenir os comportamentos criminais (...)*” (Santos, 2004). Ao longo do seu texto, vários artigos aludem à necessidade de intervenção psicossocial¹⁹, refletindo a sua preocupação nesta matéria.

A regulação dos litígios referentes a menores, que prevê alternativas ao processo judicial e às penas privativas da liberdade, efetuada pela Recomendação (01) 1532²⁰ é também muito relevante porquanto prossegue “Uma política social dinâmica em favor das crianças e adolescentes em meio urbano”. Esta Recomendação surge pela crescente delinquência juvenil resultante de fenómenos urbanos²¹ que afetam milhares de famílias em toda a Europa e que transformam os jovens em seres violentos.

Esta Recomendação pretende que os Estados adotem medidas que previnam os fatores de perigosidade das crianças e jovens e sucede ao relatório da Comissão para as Questões Sociais, de Saúde e da Família do Conselho Europa, que destaca o número de crianças detidas em resultado da prática de factos qualificados como crime e o receio do aumento da delinquência juvenil, em consequência da crise económica, do desemprego e do inerente desordenamento social.

¹⁷ - Adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 18 de Abril de 1988.

¹⁸ Adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 6 de Outubro de 2000.

¹⁹ -refere-se a título de exemplo o artigo 11º da Recomendação, o qual prevê a necessidade dos Estados adotarem medidas que promovam a prevenção da delinquência juvenil.

²⁰ -Adotada em Setembro de 2001.

²¹ - Nomeadamente, a pobreza e o desemprego.

Em 2003²², surgiu a Recomendação R (03) 20 que elabora sobre as novas formas de tratamento da delinquência juvenil e o papel da justiça de crianças e jovens. Quando o texto alude a “menor” está a referir-se a jovens penalmente imputáveis mas ainda menores que, se a sua maturidade o justificar, possam beneficiar dos direitos dos jovens delinquentes.

Esta Recomendação R (03) 20 pretende, pois, que os Estados adotem medidas de prevenção, ressocialização e reinserção dos jovens delinquentes, protegendo os interesses das vítimas e, além disso, ajustem o grau de culpabilidade do menor à sua maturidade, com respeito pelo seu desenvolvimento.

Têm, igualmente, sido adotadas outras ações a nível europeu sobre a delinquência juvenil, nomeadamente no Conselho Europeu de Tampere, 1999, que destacou a importância da criação de medidas preventivas da criminalidade, através do reforço e cooperação das autoridades, e a prioridade da delinquência juvenil.

As conclusões de Tampere seriam retomadas em 2000 pela presidência portuguesa da União Europeia²³, tentando definir uma estratégia europeia nessa matéria.

No segundo semestre de 2000²⁴, o seminário “A Justiça dos Menores na Europa”, concluiu que a delinquência juvenil deve ser tratada de acordo com as normas internacionais sobre direitos das crianças, respeitando os seus interesses, e que o combate à delinquência juvenil deve ser feito primordialmente através da prevenção, de forma não judicial e pluridisciplinar, mediante intervenção precoce que, após a devida sinalização, evite o desenvolvimento “anormal” e marginalizado do menor.

O referido seminário demonstrou, ainda, a necessidade das medidas a adotar²⁵ terem um cariz sobretudo educativo para facilitar a reinserção do jovem na sociedade.

Na conclusão do seminário foi criada a Rede Europeia de Prevenção da Criminalidade²⁶, com o objetivo de definir e concretizar estratégias de prevenção da criminalidade ao nível europeu, nomeadamente pela recolha de informações sobre a prevenção da criminalidade,

²² Adotada em Setembro de 2003.

²³ -Mais concretamente na Conferência de Alto Nível sobre Prevenção da Criminalidade.

²⁴ - Já se encontrando a Europa sob presidência da França

²⁵ -Salienta-se, ainda, que, em algumas medidas, é necessária a adesão do menor, da intervenção com os menores ser individualizada e a importância da celeridade nos processos relativos aos menores.

²⁶ - Criada pelo artigo 6º da Decisão do Conselho de 28 de Maio de 2001, tendo sido posteriormente revogada por nova Decisão do Conselho de 20 de Novembro de 2009. A R.E.P.C., conta com a participação de um representante por cada Estado-Membro, Portugal era representado pela Direção Geral da Administração interna.

promoção de estratégias e troca de experiências com enfoque prioritário nos vetores da criminalidade em meio urbano e da criminalidade associada à droga.

Foram, igualmente, criados programas de prevenção da criminalidade, designadamente o Hipócrates, em 2001²⁷, com objetivo principal de proporcionar aos cidadãos europeus um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça, o qual seria substituído em 2002 pelo AGIS²⁸ que visa o estabelecimento de um programa-quadro europeu de cooperação policial e judiciária em matéria penal e financiar os projetos comuns relativos à delinquência juvenil

Podem, ainda ser referidos outros documentos europeus na área da prevenção da criminalidade e sobretudo do combate à delinquência juvenil, designadamente a comunicação da Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu, em Março de 2004, sobre a “Prevenção da Criminalidade na União Europeia”, com especial relevo à questão da prevenção da delinquência juvenil e, também, um parecer do comité Económico e Social Europeu intitulado «*A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia*»²⁹.

Do parecer do mencionado Comité consta que a prevenção da delinquência juvenil deverá ser uma preocupação essencial dos Estados porquanto “*prevenir e intervir junto dos menores e jovens infratores significa não só tentar reinseri-los socialmente como também prevenir a delinquência adulta de amanhã*” (Europeu, 2006).

O direito comunitário apresenta, porém, lacunas neste domínio pois alguns instrumentos apenas acessoriamente aludem à delinquência juvenil, referindo aspetos particulares inerentes aos instrumentos, sem abordar o “*fenómeno específico*”. A título de exemplo, indica-se a Estratégia Europeia para o Emprego³⁰, a Agenda Social Europeia³¹, o Pacto Europeu para a

²⁷ - O programa Hipócrates caracterizou-se por bienal (2001 e 2002) de incentivo, intercâmbio, formação e cooperação no domínio da prevenção da criminalidade.

²⁸ - À semelhança do programa Hipócrates, o programa AGIS, caracteriza-se por ser um instrumento de cofinanciamento de projetos de cooperação entre Estados-membros no domínio da prevenção da criminalidade. O programa AGIS resulta da Decisão 2002/630/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2002.

²⁹ -emitido em 22 de Fevereiro de 2006

³⁰ - Também designada como “processo do Luxemburgo”, foi adotada pelo Conselho Europeu em Novembro de 1997 e foi revista em 2005.

³¹ -Inscrita no contexto de relançamento da estratégia de Lisboa para o crescimento do emprego, foi elaborada para ter a sua vigência no período entre 2006-2010.

Juventude e a Promoção da Cidadania³² bem como o Parecer do Comité das Regiões «*Para uma estratégia europeia dos direitos da criança*»³³.

Verifica-se, assim, a falta de tratamento rigoroso e uniforme pelos organismos de direito internacional relativos à justiça de menores e a inexistência de uma estratégia concertada e eficaz que permita a prevenção e o combate à delinquência juvenil que tenham em atenção a natureza específica e delicada do facto de se reportar a menores, havendo, ainda, muito trabalho a realizar no sentido de uma intervenção multidisciplinar com vista à educação ou à reinserção dos jovens.

5. Síntese histórica do regime de menores em Portugal

Portugal pode afirmar que a sua primeira legislação penal de menores data de 1513, no âmbito das Ordenações Manuelinas³⁴, mas o “*movimento social a favor da proteção da infância*” (Guerra, 2001) apenas surge consistentemente na segunda metade do século XIX, em razão da criação de Tribunais específicos para menores nos Estados Unidos da América, que influenciariam os países europeus. Efetivamente, os Códigos Penais de 1837, 1852 e 1886 consignaram uma justiça para menores diferenciada da dos adultos, como ensinava o Professor Beleza dos Santos ao referir que “*(...) as leis começam com maior ou menor decisão e amplitude a desviar a aplicação penal ordinária aos menores responsáveis e a substituí-la por medidas educativas (...)*” (Santos B. d., 1923-1925).

Porém, só a partir da instauração da República Portugal passou a dispor de legislação sistemática e consistente sobre a matéria, concretamente sobre a competência dos Tribunais de Menores, as medidas a aplicar aos menores em risco ou que cometam factos qualificados como crimes e o exercício do poder paternal.

O Decreto-Lei de 27 de Maio de 1911³⁵, aprova a Lei de Protecção à Infância, e refere no preâmbulo que “*Mesmo para as crianças delinquentes, menores de dezassete anos, a acção*

³² - Aprovado no Conselho Europeu de Bruxelas realizado entre 22 e 23 de Março de 2005.

³³ - Adotada pelo Comité das Regiões da União Europeia, na 68.a reunião plenária de 13 e 14 de Fevereiro de 2007.

³⁴ - Pode ler-se no título 88, do livro III: “*(...)E se o delinquente fosse de hidade de dezassete anos até vinte, em essa hidade ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe pena total, ou diminuir-lha (...) quando o dito menor delinquente fosse menor de dezassete anos compridos, em tal caso, posto que o delito mereça morte natural, nom lhe será dada em nenhuï caso, mas ficará em seu arbítrio dar-lhe outra menor pena(...)*”

³⁵ - Não obstante a primeira lei da protecção à infância ter sido aprovada com o decreto de 1 de Janeiro de 1911 que criou as comissões de protecção. Foram criadas em Lisboa e no

da justiça tem que exercer-se mais no carácter de quem previne, tutelando, guiando, educando, do que de quem castiga actos resultantes da irreflexão, da idade, e principalmente do meio, da atmosfera saturada de venenos que esses pequenos irresponsáveis respiram.”, o que pode considerar-se um marco na “*efectiva protecção judiciária*” (Santos B. d., 2004) dos menores que cometem factos qualificados como crime pois indica a necessidade de adaptar a justiça aos menores de modo a que a sua finalidade não seja apenas punitiva ou retributiva mas, sobretudo, tenha um efeito resocializador e reeducador³⁶.

Evidentemente, a dita Lei de Protecção à Infância releva o ar do seu tempo, nomeadamente as considerações filantrópicas, o idealismo, a política de defesa das crianças e da família, a promoção global da instrução e a matriz positivista³⁷ em matéria penal.

Esse diploma é inovador não só a nível interno, uma vez que consagra um sistema preventivo, uma finalidade curativa³⁸ e uma individualidade das decisões³⁹, mas também a nível europeu, na medida em que com ele Portugal se tornou o primeiro país a criar tribunais específicos para o tratamento de casos de menores e a concretizar a ideia de inaplicabilidade das penas de prisão a menores.

Com efeito, além do direito substantivo próprio para menores de 16 anos, o mencionado Decreto-Lei cria os Tribunais de Menores e a figura que na altura foi designada por “Tutorias de Infância”, porquanto seria cumprindo “*o dever do protecção e educação que o Estado legitimava a sua intervenção*” (Quintanilha, 2009).

Apesar do seu carácter inovador, o mesmo Decreto-Lei apenas se aplicou inicialmente em Lisboa, tendo posteriormente a sua aplicação sido alargada ao Porto, em razão da Lei de 24 de

Porto, em Janeiro e Fevereiro, respetivamente. Mas foi com o decreto-lei de 27 de Maio de 1911 que se deu início à organização de um sistema judicial de protecção das crianças e jovens, inovador na Europa

No que diz respeito à implementação das novas ideias da criminologia

³⁶ - “*o seu intuito é mais prevenir, curar, do que propriamente castigar, na acepção vulgar da palavra.*”, cfr. Preâmbulo do Decreto-lei de 27 de Maio de 1911.

³⁷ - Segundo um estudo de Eliana Gersão elaborado em 1988, intitulado “*MENORES AGENTES DE INFRAÇÕES CRIMINAIS- QUE INTERVENÇÃO? APRECIÇÃO CRÍTICA DO SISTEMA PORTUGUÊS*”, as conceções em que assenta o positivismo são: “*a irresponsabilidade e a conseqüente falta de culpa na prática do crime, uma vez que este era produzido de modo determinista, por factores contra os quais o delincente nada podia fazer(...) necessidade de medidas de “tratamento” e de “cura”, adequadas às características patológicas específicas do delincente*”.

³⁸ - No tocante aos menores de 16 anos, esta finalidade curativa passava por nunca lhes aplicar penas criminais, independentemente da gravidade do crime cometido, ao invés, tornou-se imperativo a aplicação de medidas destinadas à reeducação e correção do menor.

³⁹ - As decisões referentes aos menores têm que ter em conta, concretamente, a situação pessoal do mesmo e as suas carências a nível educacional, ou seja, o Tribunal deverá ter em conta sempre o interesse do menor. Para isto, previa a LPI no seu artigo 83º que, a tomada de decisões relativas a menores fosse sempre precedida de um inquérito aos mesmos.

Abril de 1912, e ao resto do país, através do Decreto nº 10.767, de 15 de Maio de 1925⁴⁰. Assim, só faseadamente o direito específico dos menores foi sendo aplicado em todo o país, permitindo, todavia, a criação de Tribunais de Menores em todas as comarcas e a cessação da aplicação aos menores do Direito Penal genérico.⁴¹

A missão das Tutorias de Infância⁴² consistia na adoção de medidas de defesa dos direitos dos menores de 16 anos quanto ao crime e o remédio desses males, defendendo as crianças desamparadas e delinquentes por serem “*seres carecidos de protecção*” (Guerra, 2001), sendo a sua designação sido alterada para Tutorias de Infância para Tribunais de Menores, em 1944.

Em 1962, os Decretos-Leis nºs 44287 e 44288 aprovaram a Organização Tutelar de Menores⁴³ tendo compilado num único documento as normas relativas às crianças delinquentes e às crianças com outros problemas.

Embora os seus princípios basilares fossem idênticos aos da lei anterior, a Organização Tutelar de Menores operou uma profunda reforma do direito dos menores e levou “*às últimas consequências as ideias de “prevenção”, “correção” - esta transmutada em “educação” - e individualização*”, *introduzidas pela LPI*” (Gersão, 1988). Aliás, a Organização Tutelar de Menores revogou normativos anteriores referentes às matérias do direito dos menores e ditou um retrocesso relativo à distinção entre os jovens que carecem de protecção e os jovens autores de factos qualificados como crime, uma vez que ambas as “categorias” de jovens são os destinatários das suas medidas.

Consequentemente, as medidas aplicáveis pelos “Tribunais de Menores”, passam a chamar-se “medidas de prevenção criminal” cujos destinatários eram, indistintamente, os menores enquadrados numa situação de maus tratos, abandono ou desamparo, dificuldade séria de adaptação a uma vida social normal, mendicidade, vadiagem, prostituição, libertinagem ou agentes de algum facto tipificado com crime; em suma, a nova lei considerava, sobretudo, a

⁴⁰ - Acentua-se neste decreto a ideia positivista de que a criança delinquente é um ser doente, tornando-se necessário tratar esse mal de que a criança padecer, reforçando-se desta forma o papel das tutorias de infância.

⁴¹ - A partir de 1927 as “tutorias de comarcãs” perdem a competência relativa à aplicação de medidas de internamento. Quando tal se mostrasse necessário, teriam que enviar o caso para a tutoria central, a qual se mostrava competente para aplicar a referida medida. Por sua vez, o internamento podia ser feito em reformatório nos casos mais simples e em casas de correção para os casos mais graves.

⁴² - “*A designação Tutoria de Infância substitui a designação Tribunal de Infância*”, cfr. Preâmbulo do Decreto-lei de 27 de Maio de 1911.

sintomatologia de inadaptação social uma vez que os comportamentos respetivos poderiam colocar “seriamente em risco a sua adaptação à sociedade”, no sentido de prevenir a “inadaptação social” do jovem.

Assim, a Organização Tutelar de Menores corresponde a um sistema de medidas focadas na personalidade e nas características pessoais do agente, promovendo a desvalorização dos factos praticados pelos menores; se o menor apresentar uma das características de inadaptação social acima descritas será sujeito a uma das medidas da Organização Tutelar de Menores.

A razão desta “hipervalorização” das características sobre os concretos atos do menor deriva das finalidades das medidas serem, nos termos do artigo 16º da Organização Tutelar de Menores, a “proteção, assistência e educação“, ao invés da previsão anterior de correção, razão pela qual elas são potencialmente aplicáveis até à maioridade salvo se se provar a efetiva readaptação social.

Em suma, a Organização Tutelar de Menores procurou a melhoria das condições da reeducação dos menores, mantendo e desenvolvendo os princípios que já enformavam a Lei de Proteção à Infância.

O modelo de proteção assente no tratamento unitário dos menores, independentemente da causa que os tornava inadaptados à sociedade⁴⁴, começou a ser alvo de fortes críticas⁴⁵ que acabariam por ditar a sua revogação.

A Organização Tutelar de Menores manteve-se em vigor mesmo após a reforma de 1978⁴⁶, apesar do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro, que a introduziu⁴⁷ e a tendência internacional na qual se inseriu colocarem em questão o modelo de proteção⁴⁸, que tinha uma visão do menor como um projeto de adulto e não um sujeito de direitos em si mesmo, apenas

⁴⁴ -Este modelo tinha como base o “*princípio da imputabilidade das crianças e jovens*” (Santos B. d., 2004)..

⁴⁵ De entre as vozes críticas deste modelo, podemos apontar a de Anabela Rodrigues e Duarte Fonseca, os quais se insurgem defendendo que: “(...) *com a consequência algo absurda de se encaminharem para a Justiça menores que não deviam ter qualquer contacto com ela (os menores em perigo). Quando o sentido e o caminho deve ser o inverso: menores delinquentes obterem resposta ao nível protector, por si só ou em acumulação com a resposta ao nível da “justiça”*”

⁴⁶ - A reforma de 1978 veio apenas acentuar o “carácter protector do Estado”, deixando de fora matérias sensíveis e de grande importância, nomeadamente, a legitimidade do Estado para aplicar medidas de duração indeterminada.

⁴⁷ - Esta revisão da OTM deveu-se, sobretudo, à necessidade de adaptar as disposições desta à Lei nº 82/77 a qual operou modificações, em grande parte, nas matérias relativas à Organização judiciária dos Tribunais competentes em matéria de menores.

⁴⁸ - Para além de passar indiferente a estes movimentos Internacionais, a OTM passou também indiferente à legislação Internacional, nomeadamente, às Regras de Beijing (1985), as Recomendações do conselho da Europa sobre delinquência juvenil (1987 e 1988), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Regras de Tóquio (1990), Diretrizes de Riade (1990) e Regras de Havana (1990).

sendo revogada em 2001, com a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa e da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo.

Em 27 de Julho de 2000 foi aprovada a Resolução do Conselho de Ministros nº 108/2000⁴⁹, que reconheceu a urgência da aplicação de lei sobre a proteção de crianças e jovens em perigo mas também da Lei Tutelar Educativa e aprovou o “*Programa de Acção para a Entrada em Vigor da Reforma do Direito de Menores*” no âmbito do qual entraria em vigor o Decreto-Lei nº 190/2000, de 16 de Agosto, que salientou a “*necessidade urgente de readaptação dos estabelecimentos existentes, por forma a possibilitar a criação, a curto prazo, dos centros educativos*”⁵⁰ através das medidas especiais⁵¹ inerentes à sua exequibilidade⁵².

A Lei nº166/99, de 14 de Setembro, aprovou a Lei Tutelar Educativa⁵³, com início de vigência em 1 de Janeiro de 2001⁵⁴ e, ao abrigo do seu artigo 2º, os processos pendentes relativos à prática de factos qualificados como crime pela lei penal cometidos por jovens com idades entre os 12 e os 16 anos passaram a ter a natureza de processos tutelares educativos⁵⁵, cabendo ao Ministério Público aplicar as medidas oportunas⁵⁶.

Nos casos de “reclassificação”⁵⁷ de processos as medidas anteriormente aplicadas foram revistas⁵⁸ quando estivessem em causa decisões de internamento institucional ou em caso de um juízo de necessidade.

Por outro lado, se a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa provocou a incompetência do Tribunal quanto a processo pendente seria obrigação deste a remessa para o Tribunal territorialmente competente.^{59/60}

⁴⁹ - Publicada em Diário da República, I Série - B, nº191, de 19/08/2000.

⁵⁰ - Informação retirada do preâmbulo do Decreto-Lei nº190/2000.

⁵¹ - Nomeadamente, os artigos 1º e 2º que previam a celebração de contratos para a realização de obras em prédios do Instituto de Reinserção Social ou a ele afetos, com vista à criação de Centros Educativos, e para a aquisição de bens e serviços.

⁵² - Como forma de preparar a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa foi ainda aprovada a Portaria nº799-A/2000 e o regulamento geral e disciplinar dos Centros Educativos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 323-D/2000, de 20 de Dezembro.

⁵³ - De ora em diante designada por LTE.

⁵⁴ - Com aplicabilidade imediata, cujo procedimento se encontra plasmado nos nºs 3,4,5,8,9,10 do art.2º da LTE.

⁵⁵ - Os outros processos passariam a ser processos de promoção e proteção sob jurisdição da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Risco, aprovada pela Lei nº147/99, de 1 de Setembro.

⁵⁶ - Nos termos do art. 43º da LTE

⁵⁷ -Entende-se por reclassificados, os processos redirecionados para processos tutelares educativos ou para processos de promoção e proteção dos menores, de acordo com a questão concreta de cada caso, após a entrada em vigor das Leis Tutelar Educativa e de Promoção e Proteção das Crianças e Jovens em Risco.

⁵⁸ - Nos termos do art. 2º nº4 da Lei 166/99.

⁵⁹ - As regras que definem a competência constam do nº 10 do art. 2º da Lei Nº 166/99 e 28º, 29º e 31º da LTE.

A Lei Tutelar Educativa aplica-se, assim, mesmo aos menores, com idade entre os 12 e os 16 anos, que tivessem praticado facto penalmente e passível de aplicação de medida tutelar⁶¹, por lei anterior à sua prática.

A par da Lei Tutelar Educativa, cumpre referir outros complexos normativos integrantes do “direito dos menores”⁶²:

- a) Decreto-Lei nº 323-D/2000, de 20 de Dezembro, que aprova o Regulamento-Geral e Disciplinar dos Centros Educativos;
- b) Despacho Conjunto nº 998/2003, de 27 de Outubro, que determina que o ensino básico e a qualificação escolar e profissional de educandos dos centros educativos do Instituto de Reinserção Social (IRS) sejam assegurados pelo Ministério da Educação;
- c) Decreto-Lei nº 190/2000, de 16 de Agosto, que estabelece um regime excecional para a realização de obras em prédios de centros educativos, aquisição de bens e serviços e recrutamento de pessoal para o Instituto de Reinserção Social;
- d) Decreto-Lei nº 1200-B/2000, de 20 de Dezembro que cria centros educativos e estabelece a sua classificação;
- e) Decreto-Lei nº 5-B/2001, de 12 de Janeiro, que aprova normas de transição relativas ao desenvolvimento do regime da Lei Tutelar Educativa;
- f) Decreto-Lei nº 204-A/2001, de 26 de Julho, que aprova a nova Lei Orgânica do Instituto de Reinserção Social.

⁶⁰ - A competência do Tribunal de Família e Menores vem prevista no art. 28º da LTE.

⁶¹ - A aplicação de medida tutelar educativa não exclui a possibilidade do Ministério Público tomar as medidas necessárias para proteção do jovem quando este “careça de proteção social”, cfr. o art. 43º da LTE.

⁶² - Todos estes complexos normativos completam e dão a possibilidade da LTE ter uma exequibilidade efetiva.

CAPÍTULO III

DECRETO-LEI Nº 401/82: UM REGIME ESPECIAL?

O Decreto-Lei nº 401/82 visa regulamentar o artigo 9º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei Nº 400/82, de 23 de Setembro.

O Decreto-Lei nº 401/82, logo no preâmbulo, explicita que o seu regime é norteado pelo princípio geral da flexibilidade na aplicação das medidas de correção, de modo a permitir que para jovens imputáveis com menos de 21 anos as medidas sejam meramente corretivas, o que representa a assunção pelo Estado de um regime especial das consequências dos factos qualificados como crime quando praticados por jovens, tendo em conta a necessidade da sua ressocialização.

Os artigos 5º e 6º do mesmo diploma referem, por isso, que quando se trate de crimes cuja pena de prisão seja inferior a dois anos o julgador deve afastar-se dessa moldura penal e aplicar uma medida corretiva. Trata-se de uma inovação relativamente ao Código Penal de 1986 uma vez que neste se previa que quando se tratasse de jovens com idades entre os 18 e os 21 anos poderia existir uma redução da moldura penal.

Para além disso, o Decreto-Lei nº401/82 prevê ainda um mecanismo de atenuação especial da pena, no artigo 4º.

Após uma breve síntese dos traços essenciais do Decreto-Lei nº 401/82 importa referir que a jurisprudência tem divergido quanto à sua caracterização como diploma geral ou especial⁶³ e é verdade que o texto se presta a uma dualidade de interpretações como se verifica pela análise do artigo 4º que estipula que quando haja razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem delinquente o juiz deverá optar por aplicá-la.

Em sede de atenuação são notórias as particularidades deste diploma, atenuação em razão da idade, em relação ao regime da atenuação da pena previsto no artigo 72º do Código Penal que prevê uma atenuação sustentada nos pressupostos nele fixados.

⁶³ - Podemos referir a este respeito os Acórdãos de 27-10-2004, proc. nº. 1409/04-3ª, CJSTJ 2004, de 07-11-2007, proc. nº. 1906/07-5ª, no qual se defende que o Decreto-Lei 401/82 deve ser considerado como regime regra a aplicar-se quando se tratem de jovens com idades compreendidas entre os 16 e 21 anos. Diferentemente, o Ac.STJ de 07-11-2007, proc. nº. 3214/07-3º, afirma que em bom rigor, do que se trata é de um regime específico e não especial. Por último, o Ac STJ de 06-09-2006, é considerado como um regime especial que prevalece sobre um regime geral, sendo por isso, este subsidiário daquele.

Relativamente à atenuação da pena o artigo 4º Decreto-Lei nº 401/82 estabelece os seguintes requisitos:

- a) Não existe aplicação automática mas aplicação casuística, de acordo o caso concreto;
- b) É do conhecimento oficioso do Tribunal;
- c) O juiz tem o poder-dever de a aplicar quando se verificarem os seus pressupostos;
- d) É obrigatoriamente aplicada quando haja “razões sérias” para crer que dela resultarão vantagens para a reinserção social do jovem;
- e) A sua aplicação deve ser sempre ponderada;
- f) A sua não aplicação deverá ser sempre justificada.

A idade a partir da qual cessa a inimputabilidade e há plena responsabilidade penal dos atos comporta sempre uma certa arbitrariedade dado tratar-se de uma classificação temporal dependente de critérios sociológicos, políticos e sociais.

Por outro lado, o conceito de juventude não é axiomáticamente neutro como ilustra Pierre Bourdieu⁶⁴, ao dizer que “A juventude é apenas uma palavra”, o que revela a falta de uniformidade do conceito.

Apesar da assumida arbitrariedade na determinação da idade da imputabilidade penal estamos perante uma inevitabilidade e algumas entidades internacionais recomendam, sem imperatividade, a definição de um limite etário máximo para que a pessoa seja considerada criança o que reflete a sua preocupação em proteger os menores e o seu acesso à idade adulta.

Os 18 anos apontados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, pelas Regras de Beijing e de Havana constituem um exemplo dessas recomendações de modo a que os países tenham “margem de manobra” para definirem o seu limite etário mínimo para efeitos da imputabilidade penal. É o caso de Portugal, onde se verifica não haver coincidência entre a maioridade civil e a maioridade penal.

O facto do menor ser responsável penalmente implica, *a priori*, que seja julgado como adulto. No entanto, em alguns casos, como o português corporizado no Decreto-lei nº 401/82, o conceito de “*Jovem adulto delinquente*”⁶⁵, deu regimes de responsabilidade penal especiais baseados em regras próprias aplicáveis quando se verificarem determinados pressupostos.

⁶⁴ - Bourdieu, Pierre, in “*Questões de Sociologia*”, 1983,

⁶⁵ Esta classificação deriva da época Romana na qual já era reconhecida a diferença entre o *minor oetate*, mais velho que o *proximus pubertati*.

Portugal apresenta, assim, uma discrepância entre a idade a partir da qual o menor é entendido como capaz de se autodeterminar e de ser responsável pelos seus atos para os diversos efeitos. Na verdade, com idade inferior a 18 anos o menor não pode votar, assinar certos contratos e casar sem autorização mas pode ser responsabilizado por um crime que cometa, ser apresentado a Tribunal e cumprir pena junto de adultos.

Assim, o Decreto-Lei Nº 401/82 estabelece um regime especial para jovens delinquentes mas que não é de aplicação automática e que apenas assenta na atenuação especial da pena, mantendo o regime do seu cumprimento igual ao de qualquer outro adulto porquanto nunca foi regulamentado de modo diferente.

Por consequência, existem *“menores a cumprir pena de prisão em conjunto com adultos, sem discriminação de tipo de crime, pena imposta, percursos e perigosidade.”*⁶⁶

⁶⁶ -Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos centros educativos, pag. 16.

CAPÍTULO IV

AS CARACTERÍSTICAS DA VIDA NA PRISÃO

1. Síntese histórica e principais problemas

O relatório intitulado “*the state of the prisons in England and Wales*”⁶⁷, “alerta” para as condições de cumprimento das penas de prisão tendo a matéria passado a integrar as preocupações políticas dos Estados. Com efeito, este relatório deu origem a estudos sobre o sistema prisional que levou ao aparecimento nos séculos XVIII e XIX de diversas correntes doutrinárias que tomaram posição sobre o assunto, criando “*modelos teóricos*”⁶⁸, entre os quais o “Sistema de Filadélfia”⁶⁹, o “Sistema de Auburn”⁷⁰ e o “sistema progressivo”⁷¹.

No início do século XX assistiu-se a um “despertar” para a análise concreta dos infratores, nomeadamente através do estudo dos fatores criminológicos associados ao seu comportamento. Também nessa altura surgiram as primeiras teorias relacionadas com a reinserção social dos reclusos, considerando-a como a principal finalidade da pena.

Com o estudo da personalidade do infractor e com a ressocialização como mote da análise teórica das penas de prisão, começaram a surgir diversas redes multidisciplinares bem como instrumentos jurídicos para o estudo e a regulamentação do “*tratamento penitenciário*”⁷², designadamente as regras mínimas para o tratamento dos reclusos sobre a prevenção do crime⁷³ adoptadas pela Organização das Nações Unidas, em 1955, a Recomendação (81) 914,

⁶⁷ -Relatório escrito por John Howard (o primeiro reformador do sistema prisional em Inglaterra), e publicado no ano de 1777.

⁶⁸ -Santos B. d., A Reinserção Social dos Reclusos - Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional, 2003, p. 59.

⁶⁹ -Sistema baseado no encarceramento do recluso em cela, permanentemente sozinho, desocupado, de forma a poder refletir sobre os seus atos;

⁷⁰ -Aqui, o recluso encontra-se isolado apenas de noite, no entanto, os reclusos viviam em silêncio com muito trabalho e disciplina, e bem assim com muitos castigos físicos. Introduziu-se com este modelo, a noção da “reabilitação” pelo trabalho.

⁷¹ -Assenta na necessidade de repartir o período de cumprimento da pena em várias etapas, nas quais progressivamente se vai aligeirando a disciplina a que o recluso está sujeito, bem como a sua liberdade.

⁷² -Santos, Boaventura Sousa, in *A Reinserção Social dos Reclusos*, pág. 60.

⁷³ Abstemo-nos de explicar o regime nelas contido, na medida em que já o fizemos atrás.

de 29 de Janeiro⁷⁴, a Recomendação (82) 16, de 24 de Setembro⁷⁵, e a Recomendação (87) 3, de 12 de Fevereiro⁷⁶.

No contexto da reflexão sobre o efeito criminógeno e dessocializador das prisões sobre os jovens importa abordar alguns tópicos que elucidam sobre a realidade prisional e que permitem concluir que o efeito ressocializador da aplicação de uma pena de prisão pode, afinal, não ocorrer e, mesmo, ter efeito contrário.

I. A violência

Não obstante os países terem ratificado e transposto para as suas legislações os instrumentos internacionais que promovem a boa gestão e administração das prisões bem como o respeito pelos Direitos Humanos e a reinserção dos reclusos a prática reflete uma situação diferente da propugnada nesses textos porquanto o ambiente vivido nas prisões, sobretudo nas de maior dimensão e população, caracteriza-se pela violência justificado decorrente do facto de alguns reclusos serem violentos por influência do meio onde cresceram mas também pelas opções de vida que tomaram

Por isso, Kurry e Smart⁷⁷ defendem que o meio prisional é uma comunidade em que a violência integra a história pessoal de muitos dos seus elementos, ora como agressores ora como vítimas.

A violência ocorre na prisão através de muitas formas e pelas mais variadas justificações. Na linha de Bartollas⁷⁸, podemos identificar como formas de violência os distúrbios não violentos,⁷⁹ os distúrbios violentos⁸⁰ e os distúrbios mistos (violência e não violência).

Num estudo alemão⁸¹ de 1999 apurou-se que a maioria dos reclusos mais violentos foram também eles alvo de grande violência. Esse estudo tem a particularidade dos seus autores terem concluído que existe uma percentagem muito elevada de jovens que já foram vítimas de comportamentos violentos na prisão, chamando a atenção para este fenómeno na medida em

⁷⁴ - Defende as mudanças sócio-culturais no tratamento dos reclusos.

⁷⁵ - Refere-se às saídas da prisão durante o cumprimento da pena.

⁷⁶ - No seguimento da Resolução (73) 5, de 19 de Janeiro, e da Recomendação (81) 914 estabelece as regras prisionais europeias, promovendo e implementando diversos objetivos e princípios reguladores desta matéria.

⁷⁷ Kury, Helmu; Smart, Ursula 2002, "Prisoner-on-prisoner violence: Victimization of young offender in prison. Some german findings". Criminal justice. Londin, Thousnad Oaks . New Delhi: SAGE publications.

⁷⁸ Bartollas, Clemens. 1990. "The prison: disorder personified" in Murphy, John W. ; Dision, Jack E (org.): Are prisons Any Better?: Twenty years of correctional reform. Newbury Park: SAGE Publications.

⁷⁹ -Por exemplo, Greves de fome.

⁸⁰ -Por exemplo, agressões de entre reclusos ou a guardas prisionais.

⁸¹ -Realizado por Helmut Kurry e Ursula Smartt, num estabelecimento prisional masculino alemão.

que a violência praticada sobre jovens pode originar comportamentos violentos e delinquentes após a saída da prisão, ou seja um efeito dessocializador.

O mesmo estudo conclui ainda que urge criar meios alternativos à pena de prisão sobretudo “mecanismos de controlo social”⁸², uma vez que o efeito potencializador da violência é superior ao efeito inibidor.

Consequentemente, as legislações nacionais têm integrado algumas conclusões dos estudos e, por exemplo, a solução francesa recorre ao método do “turismo penitenciário”⁸³ enquanto o sistema inglês defende o “close supervision centres (CSC)”⁸⁴. No entanto, todos os sistemas são imperfeitos e obrigam a uma tentativa permanente de aperfeiçoamento dos métodos penitenciários.

II. Saúde na Prisão

Desde o final da década de '80 do século XX, a problemática da saúde na prisão, sobretudo no que toca à propagação de vírus e doenças infecciosas, tem constituído uma preocupação das instâncias Europeias^{85 86} e dos Governos Nacionais.

Segundo um Relatório do Observatório Português dos Sistemas de Saúde⁸⁷, quando a sociedade condena os cidadãos a pena de prisão e “(...)Quando o faz, nas actuais condições, condena-os também a exporem-se a um ambiente com riscos acrescidos de doenças graves, várias delas transmissíveis, e à aprendizagem e consolidação de comportamentos que as favorecem, num emaranhado de ciclos viciosos. A sociedade coloca-se a si própria, então, em maior risco quanto a essas doenças, em resultado da difusão aumentada desses riscos e comportamentos, que se segue à libertação dos reclusos, mais tarde ou mais cedo, e através dos funcionários das prisões e dos visitantes.”

⁸² - Kury e Smartt, in obra citada

⁸³ -Consiste em colocar os reclusos mais violentos em estabelecimentos diferentes ao longo do período de cumprimento da pena, para que não criem conflitos prolongados e reiterados onde se encontram.

⁸⁴ - É um sistema progressivo, no qual os reclusos são selecionados e avaliados e após a referida avaliação são colocados na unidade que mais se adequa ao seu caso. Esta avaliação é periódica de forma a ser possível determinar se o seu comportamento permite a transferência para outra unidade. Em suma, o objetivo principal deste método é retirar os prisioneiros mais perigosos do meio prisional normal e colocá-los em unidades próprias destinadas a assegurar a sua segurança, a segurança dos outros reclusos e bem assim dos funcionários.

⁸⁵ - Veja-se a Recomendação (88) 1080 e a Recomendação (93) 6, de 18 de Outubro, de 30 de Junho, ambas sobre a estratégia de saúde Europeia para prevenir o alastramento da SIDA nas prisões.

⁸⁶ -Reafirmação do interesse por esta matéria com a adoção em 1998, aquando do 627º Encontro dos Representantes dos Ministros, a Recomendação (98) 7, de 8 de Abril, sobre os aspetos éticos e organizacionais dos cuidados de saúde na prisão.

⁸⁷ - “Saúde nas prisões Portuguesas”, Observatório Português dos Sistemas de Saúde- coordenação Teodoro Briz- Pág. 2.

O ambiente prisional fomenta comportamentos de risco para a saúde na medida em que há uma grande e permanente concentração de pessoas, facilmente convertível em violência e frequentemente traduzida em violação sexual que propicia o contágio de doenças.

Ou seja, também quanto a esta matéria, a permanência de um cidadão em estado de reclusão pode ter um efeito contrário à sua ressocialização.

2. Reinserção social

A finalidade de prevenção tem ganho destaque nos valores orientadores da administração da justiça, secundarizando a finalidade retributiva do direito penal. Assim, “*o direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade (...) e a pena ganha uma finalidade não escatológica mas terrena dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial).*” (Rodrigues, 2002).

O paradigma do direito penal tem mudado com o decurso do tempo e no que concretamente concerne à sua finalidade consideramos que o surgimento do direito penal liberal a intervenção punitiva dos Estados passou a ser feita com base na protecção de bens jurídicos, razão pela qual desde há muito a resolução dos litígios tenha deixado de ter lugar através da vindicta privada e passado a assentar na ameaça ou na efectiva aplicação da pena⁸⁸.

Consistentemente, adotou-se então um novo regime de aplicação das penas e de regulação social, aplicando aos reclusos um conceito de “pertença à comunidade”⁸⁹ e passando a comunidade a aceitar os reclusos como sua parte integrante, ao invés de os colocar à margem.

Perante as necessidades subjacentes à reclusão cabe ao Estado a criação de oportunidades de mudança, que devem ter subjacente uma lógica de prevenção da reincidência do recluso e de obrigação de o proteger dos possíveis abusos de poder.

No entanto, por mais esforços que sejam efetuados no apoio aos reclusos, a criminologia tem aceite que a prisão, além do efeito dessocializador imediato inerente ao afastamento da comunidade e à convivência com um estrato social desestruturado, como é a população reclusa, tem efeitos mediatos verificáveis aquando do regresso à comunidade de origem.

⁸⁸ - A aplicação deste paradigma é alvo de uma avaliação constante, através da aplicação de métodos hipotéticos de aplicação de sanções alternativas, nomeadamente na década de 70 e 80 onde os debates sobre os métodos alternativos se intensificou.

⁸⁹ - Rodrigues, Anabela in “*Novo Olhar Sobre A Questão Penitenciária*”, pag. 42.

Assim, embora a pena deva ter um efeito socializador, a realidade penitenciária propicia frequentemente a obtenção de uma finalidade inversa pelo facto da prisão produzir efeitos negativos no recluso.

A realidade quotidiana das prisões expõe o recluso a ambientes de intimidação e mesmo de grande violência a que acresce o facto das suas actividades quotidianas não serem determinadas por si, assim se fomentando a sua falta de responsabilidade e a não adoção autónoma de hábitos de vida responsáveis.

O Estado, como Estado-Providência, deve assumir um papel essencial ao combate aos factores dessocializadores supra referidos. Neste âmbito, se durante a generalidade do século XX se entendeu que a intervenção do Estado deveria ser orientada por um princípio “terapêutico”, considerando-se que o delinquente era “portador de uma patologia social”⁹⁰, o paradigma actual da intervenção do Estado é diferente e aponta no sentido da responsabilização do recluso, aceitando-o como sujeito de direitos⁹¹ e obrigações .

Em razão desta nova conceção, a partir dos finais do mesmo século impuseram-se novos planos e regulamentos, nomeadamente o Decreto-Lei nº 265/79, de 1 de Agosto, cujo artigo 9º prevê a elaboração, para cada recluso, de um Plano Individual de Readaptação⁹² em cumprimento das finalidades de reintegração no ambiente social de origem após o cumprimento da pena.

Porém, por múltiplos factores,⁹³ o dito plano, embora considerado essencial, é muitas vezes relegado para segunda prioridade e o recluso fica à mercê da “vontade social”.

Para que o trabalho desenvolvido dentro da prisão dê frutos no exterior é necessário que o tenha aplicação prática no período que se segue à libertação, pois de nada serve (re)educar o recluso para os valores sociais se quando sair da prisão ele se sentir totalmente desamparado.

⁹⁰ - Santos, Boaventura Sousa, in “*A Reinserção Social dos Reclusos- Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional*”

⁹¹ - Nomeadamente, a restrição dos direitos fundamentais do recluso, devem ser restringidos apenas na medida do necessário para a execução da pena- Cfr. arts. 4º e 30º nº4 do DL nº 265/79, de 1 de Agosto.

⁹² - O Plano Individual de Recuperação deve ser elaborado com base na observação permanente do recluso, nomeadamente incluindo elementos sobre a sua personalidade, meio socio-económico e familiar, as formações obtidas durante a execução da pena, o seu grau de escolaridade, regime de internamento e restantes informações que se mostrem úteis para possibilitar a sua (re)socialização durante e após o cumprimento da pena.

⁹³ - De entre os múltiplos factores que inquiram a elaboração do P.I.R., podem-se elencar, nomeadamente, os seguintes: i) aquando da entrada na prisão, dever-se-ia realizar uma entrevista individual, o que não se verifica, ii) a falta de recursos humanos necessários ao acompanhamento dos progressos do recluso, iii) a falta de formação dos técnicos, iv) a sobrelotação, v) as constantes alterações legislativas, vi) a ausência de regras e falta de formação do recluso, vii) falta de critérios uniformes para preenchimento dos relatórios.

CAPÍTULO V

O EFEITO “CRIMINÓGENO DA PRISÃO”

Uma vez apreciadas as características gerais da “vida” em reclusão cumpre agora fazer uma reflexão sobre a adequação da aplicação de uma pena de prisão a um jovem com idade inferior a 18 anos.

Antes de mais, importa constatar que a sociedade necessita urgentemente de encontrar a melhor forma de responder ao aumento da delinquência juvenil verificado nos últimos anos.

Nessa perspectiva, através da determinação do limite de 16 anos estabelecido na Lei Tutelar Educativa, o legislador tentou proteger da prisão a criança e o jovem com idade inferior à indicada, seguramente por considerar as consequências a ela associadas, nomeadamente o efeito criminógeno e de estigmatização influenciadores do crescimento e de desenvolvimento psico-social dos menores.

A Lei Tutelar Educativa consagra, assim, o primado da protecção e educação⁹⁴ do jovem por forma a levá-lo a interiorizar as regras e os princípios que regem a sociedade mediante o ensinamento da vida em sociedade e do seu respeito.

Na verdade, aquele instrumento normativo tem como filosofia subjacente a pretensão que o menor entenda as normas penais, o significado da sua infracção e as consequências correspondentes, quer para a vítima quer para si, quer para a própria organização social onde se integra, tentando, afinal, a socialização da criança e do jovem e a interiorização dos valores jurídicos inerentes à vida em sociedade.

Sucedem, porém, que logo que completa 16 anos o menor fica sem as mencionadas garantias da Lei Tutelar Educativa e de uma perspectiva educacional e formativa passa directamente para um regime penal geral, sendo imputável e podendo ingressar num estabelecimento prisional.

Pode tratar-se de uma inevitabilidade porque a transição sempre ocorreria e apenas haveria que definir o nível etário para o efeito; todavia, trata-se de um passo, significativo e abrupto

⁹⁴ - Educar no sentido de transmitir os modos culturais de ser, estar, agir e valores ético-sociais necessários à convivência e ao enquadramento numa determinada sociedade- crf. Rodrigues, Anabela, “Repensar o Direito de Menores em Portugal- Utopia ou Realidade?”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Julho-Setembro de 2007, Página 356.

em termos de efeitos jurídicos, que deveria ocorrer em fase mais adiantada do crescimento intelectual e da personalidade.

Importa, contudo, sublinhar o papel que cabe aos Tribunais na aplicação ajustada desta lei e que, de certo modo, tem criado uma perspectiva de amortecimento dos ditos efeitos.

Na verdade, e apesar do elevado número de factos praticados e correspondentes infracções penais as condenações de jovens não reflectem essa circunstância. Pelo contrário, os últimos dados estatísticos⁹⁵ disponíveis sobre a população prisional demonstram que apenas 352 de um total de 13.623 têm entre 16 e 20 anos e que desses 352 reclusos 59 têm entre 16 e 18 anos e 292 têm entre 19 e 20 anos.

Este facto permite concluir que os Tribunais se têm constituído como um garante adicional da filosofia enformadora da Lei Tutelar Educativa, aplicando-a mesmo a jovens cuja idade já os coloca fora do seu âmbito, assim criando um efeito de amortecedor dos efeitos criminógenos da prisão.

Por outro lado, neste contexto é de extrema importância o grau de literacia e de escolaridade dos reclusos, sendo certo que de um universo de 13.623, 523 nem sequer sabem ler nem escrever e outros 3.959 possuem apenas o 1º ciclo de escolaridade.

Deste modo, quando um jovem entrar na prisão vai ver-se confrontado com uma população prisional mais velha, mais experiente e perigosa em razão da qual irá adoptar um procedimento inerente à “lei da sobrevivência” e não de “re-educação” de acordo com o direito com vista à reinserção social; o jovem enquadrar-se-á no comportamento padrão da população prisional, o qual, certamente, não será adequado à fase de desenvolvimento em que se encontra.

Estudos realizados por peritos em psicologia⁹⁶ definem a adolescência como um período em que o jovem dificilmente controla os seus impulsos e avalia as consequências dos seus atos uma vez que neste estágio o sistema sócio-emocional da pessoa sofre grandes mudanças resultando isto numa constante busca de sensações por parte do jovem. Por via disso, os

⁹⁵-Quadro 416a - Reclusos condenados existentes em 31 de Dezembro 2012, segundo o sexo, os escalões de idade e a nacionalidade, por crimes, disponibilizado pela Direção - geral de reinserção e serviços prisionais. Sob consulta em:

<http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/uploads/anuais/20130313020343RecCondSexEscIdNacCrimes.pdf> .

⁹⁶ - Nomeadamente, por Grisson, Thomas in “*Juvenile’s Competence to Stand Trial: A comparison of Adolescents’ and Adults’ Capacities as Trial Defendants*”

jovens tornam-se menos capazes de controlar as suas vontades e tornam-se mais vulneráveis a agir sob manipulação de outrem ou do grupo.

Consequentemente, o jovem recluso que ainda não tem a sua personalidade plenamente formada e se vê compelido a adoptar na prisão o comportamento padrão do núcleo social onde se insere muito provavelmente assimilará os valores negativos dessa organização social e a determinação do seu quadro de referência moral será feito de forma alheia ao direito.

Mas, como se salientou acima, a definição da idade a partir da qual o jovem é capaz de entender os seus atos e de ser responsabilizado por eles dará sempre lugar a divergências de entendimento sobre o momento da transição e sobre os efeitos respetivos.

Esta matéria tem sido objeto de grandes elaborações intelectuais a nível internacional e existem algumas orientações que recomendam um limite etário máximo para que o ser humano deixe de ser considerado criança e transite para a condição de adulto responsável.

Estas orientações internacionais refletem a preocupação das entidades respetivas em proteger os menores, sobretudo porque frequentemente são incapazes de discernir o procedimento adequado no contexto da convivência com adultos perigosos em estabelecimentos prisionais que, assim, em nada se mostram educativos e suscetíveis de os integrar na sociedade.

O facto da pessoa ainda ser menor e já ser responsável penalmente determina a aplicabilidade ao seu caso do direito penal geral, que o respetivo julgamento tenha lugar como se de um adulto se tratasse.

Ora exatamente perante esta situação juridicamente híbrida em que a um menor se aplica o direito penal de um adulto, os Estados, e também o Estado português, tem vindo a criar um regime especial de *“jovem adulto delinquente”*, um pouco em termos semelhantes ao que também faz a jurisprudência com a sua prática, nos termos acima mencionados.

Reitere-se que o dito regime normativo especial para “jovens adultos delinquentes” vertido no Decreto-Lei nº 401/82 não se aplica de forma automática e que o referido diploma legal prevê somente uma atenuação especial da pena, que significa que o cumprimento desta se faz nos termos (e nas condições!) do regime geral.

Fazendo luz sobre o conteúdo efetivo deste regime especial, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005 (proc. nº 04P4706) esclarece que o regime previsto

no Decreto-Lei nº 401/82 “ contém uma dupla vertente de opções no domínio sancionatório: evitar, por um lado e tanto quanto possível, a pena de prisão, impondo a atenuação especial sempre que se verificarem condições prognósticas que prevê (art. 4º), e por outro, pelo estabelecimento de um quadro específico de medidas ditas de correcção (...)”.

Fica assim claramente evidenciada a congruência desta decisão com a natureza dos instrumentos de prevenção e reacção à prática de factos qualificados como crime quando cometidos por jovens delinquentes com os quais o legislador dotou o sistema jurídico-penal português o que, aliás, é consistente com o que se afirma na exposição de motivos da proposta de Lei que antecedeu o Decreto-Lei nº 401/82 segundo a qual os jovens encontram-se numa “(...) fase de latência social que faz da criminalidade um fenómeno efémero e transitório (...) Este período de latência social – em que o jovem escapa ao controlo escolar 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 começa a exercer os papéis sociais que caracterizam a idade adulta, regride a hipótese de condutas desviantes (...) é este carácter transitório da delinquência juvenil que, se quer evitar a estigmatização, deve ter-se presente ao modelar o sistema de reacções” .

Assim, certamente também por tributo a correntes filosóficas atuais, particularmente no domínio do desenvolvimento integral da pessoa mas também de índole securitária, o sistema jurídico-penal português tem vindo a dotar-se de procedimentos de transição que ocorre aos 16 anos, quando a mera passagem do tempo e sem qualquer avaliação de natureza psicológica, moral, financeira ou outra determina a aplicabilidade de normas penais de índole completamente diversa, com finalidades muito díspares e com o cumprimento em locais completamente distintos.

Esse movimento de articulação entre regimes tem sido feito pelo legislador, designadamente através do Decreto-Lei nº 401/82 ao estabelecer a atenuação especial da pena, mas também tem sido feita pelos próprios Tribunais na aplicação, que podemos considerar generosa, das normas penais no âmbito da qual apenas em casos muito localizados têm imposto medidas de prisão e têm optado, sobretudo, por outro tipo de medidas.

Esta boa prática não consegue, no entanto, obter o seu efeito pleno pelo facto de, nos casos em que há lugar a uma pena de prisão, o cumprimento desta ocorrer nas prisões comuns nos quais se proporciona ao jovem uma acentuação do comportamento errado que o fez aceder àquele lugar em vez da sua efetiva ressocialização.

Na verdade, e como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, a consequência da falta de estabelecimentos especializados para o cumprimento das penas por parte destes jovens determina a necessidade da sua pena ser cumprida em prisões comuns às dos adultos, com todas as consequências que antes assinalámos.

Deste modo, e acentuando que mesmo que não seja assim necessariamente, o cumprimento da pena de prisão por parte do jovem adulto delinvente no contexto de uma prisão do regime geral torna-se, afinal, um agravamento da sanção penal em si mesma cujo efeito prático pode ser duplamente retributivo, porque o jovem recluso “paga” a pena duplicar, e gera garantidamente efeitos contrários no domínio da prevenção individual de novos crimes por parte do jovem.

Por outro lado, a dispersão dos jovens reclusos por todo o país em vez da sua concentração num estabelecimento especializado potencia o seu desenraizamento e desproteção, o que se conforma com um fator adicional de negligência da sua reeducação e de exposição aos problemas e riscos inerentes à prisão.

Consideramos, aliás, não dever deixar de questionar a razão pela qual em pleno século XXI e trinta e dois anos após a entrada em vigor do ato legislativo central acima citado ainda não terem sido empreendidas as medidas de revisão do seu regime, ainda que a realidade a que se aplica tenha sido objeto de profunda alteração.

O legislador tem, é certo, efetuado estudos sobre esta matéria de que se dá como exemplos as propostas de Lei nº 275-VII, nº 45-VIII, e do projeto de Lei nº 53 - IX no âmbito dos quais previu uma modificação nesta matéria; todavia, a única constatação a fazer é a que nenhuma das propostas estudadas logrou merecer aprovação e que o dito regime se mantém em vigor, apesar das circunstâncias justificarem regras diferentes.

Com efeito, estudos realizados na área da Psicologia⁹⁷ demonstram que há uma ligação intrínseca entre esta fase do crescimento e o cometimento de infrações devido à busca de sensações e à atração pelo desconhecido que se tornam parte integrante e até necessárias ao progresso do jovem e à sua inserção no meio social, que fase nuclear do comportamento desviante ocorre entre os 15 e os 17 anos e, também, que existe uma diminuição do comportamento transgressor e delinvente ao atingir-se a idade adulta.

⁹⁷ - Nomeadamente, um estudo realizado por Capaldi, D. & Stoolmiller, M. (1999).

Assim, se as ciências sociais dispõem de informação que permite à ciência jurídica uma interpretação diferente dos fenómenos que deve regular, que deve padronizar e que deve salvaguardar não parece defensável a inércia do legislador relativamente à alteração do conteúdo normativo criado com base em pressupostos entretanto alterados, concretamente aquele que se encontra vertido no Decreto-Lei nº 401/82.

Evidentemente, existem pontos de vista muito diferentes para o tratamento dos casos dos jovens adultos delinquentes e quando confrontada com a necessidade de encontrar a resposta adequada a doutrina diverge significativamente.

Com efeito, existe doutrina⁹⁸ que considera que o problema dos comportamentos desviantes é patológico e portanto psiquiátrico devendo estes jovens ser acompanhados por técnicos de saúde que os orientem em atividades que fomentem o seu desenvolvimento e equilíbrio social e comportamental.

Diferentemente da posição acima exposta, existem outros autores⁹⁹ que consideram que o jovem adulto delincente deverá integrado no plano nível jurídico-penal, no sentido da sua reeducação ser assegurada pelo sistema de justiça, por forma a confrontar o jovem com a realidade ensinando-lhe e demonstrando-lhe, desta forma a consequência dos seus atos e levando-o a compreender a dimensão dos mesmos.

Tal como em muitas áreas, o caso concreto do regime penal aplicável ao jovem adulto delincente gera controvérsia mas seja qual for a posição que venha a obter vencimento é absolutamente decisivo que o jovem que não pode votar e que apenas em determinadas circunstâncias pode trabalhar e casar não venha a ser considerado adulto justamente na área do direito que constitui a última *ratio* da vida em sociedade e que, nos casos em que seja penalmente imputável, não cumpra a pena juntamente com uma escol criminal formada pelos outros reclusos que acabem por lhe moldar a personalidade para o resto da vida.

⁹⁸ -Aqui representada por Seagrave, D. & Grisso, T. (2002). Adolescent development and the measurement of juvenile psychopathy. *Law and Human Behavior*, 26(2), 219-239.

⁹⁹ - Thomas, C. R. & Penn, J. V. (2002). Juvenile justice mental health services. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, 11(4), 731-748

CAPÍTULO VI

A LEGITIMAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

1. Enquadramento geral

A função e a vocação do direito penal têm sido, desde há muito, objeto de estudo particularmente no que toca à questão essencial do conteúdo material do conceito de crime e à finalidade das penas destinadas a reprimir as condutas violadoras dos bens jurídicos que a lei considera mais importantes. Para o efeito, torna-se necessário tratar prévia e separadamente a problemática da finalidade da sanção, a qual é tão antiga como o próprio do direito penal.

O interesse essencial do estudo desta temática decorre do facto de corresponder ao ponto de partida da análise da legitimidade e do fundamento da intervenção do Estado na vida dos cidadãos e mais concretamente, quanto ao que concerne ao âmbito deste trabalho, quanto à legitimidade e ao fundamento da aplicação das sanções previstas no direito penal geral aos jovens delinquentes.

Assim, em primeiro lugar, importa sublinhar que a natureza da sanção penal deve ser articulada e responder às finalidades respetivas previstas pelo ordenamento jurídico.

Consequentemente, a análise deste assunto inicia-se a partir do fim, e, sem redundância, a partir dos fins, havendo três teorias principais relativas às finalidades das penas, concretamente as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

2 – Teorias Absolutas

Quanto às teorias absolutas¹⁰⁰, podemos dizer que assentam numa base de retribuição, compensação e expiação porquanto a sua essência reside na “ justa paga”¹⁰¹ do mal que o agente praticou. Desse modo, a pena deverá ser equivalente ao

¹⁰⁰ - Historicamente podemos apontar como ponto de partida da presente teoria o princípio de Talião, refletido na expressão “olho por olho, dente por dente” que durante a idade antiga foi representado por figuras mitológicas e que na idade média passou a ser feita pela Igreja Católica, legitimando a atribuição da pena como um reflexo da justiça divina. Na idade moderna, a presente teoria teve como figura central Kant. Já Hegel adotou também esta teoria do fim da pena, afirmando que a pena configura um “restabelecimento do Direito”.

¹⁰¹. Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal - Parte Geral – Tomo I*”, Coimbra Editora, 2007, pág 45.

dano provocado pelo facto praticado pelo agente e à medida da sua culpa; daí que a medida da pena tenha como parâmetro o facto praticado pelo agente.¹⁰²

Segundo esta corrente doutrinal, a sanção penal tem inerente a noção de castigo e de expiação do crime praticado pelo agente; ao ser-lhe aplicada a sanção, o agente está a ser retribuído pelo facto que praticou, pela dimensão da sua ilicitude e pelo grau da sua culpa.

Assim, cada pessoa deve ser punida de acordo com a culpa inerente ao ato praticado e a punição deve ter sempre em conta os direitos fundamentais do arguido. Tal facto significa que se tiver culpa a pessoas arguida deve pagar por ela mas também não pode ser-lhe aplicada uma sanção maior do que a sua culpa.

Para este entendimento é essencial o designado “*princípio da culpa*”¹⁰³ segundo o qual “*não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa*”.

Podemos considerar que ainda que possam ser muitos os defeitos apontados às teorias absolutas, elas assentam no princípio da culpa e traduzem um efetivo respeito pela dignidade humana.

As teorias absolutas são, no entanto, inaceitáveis porquanto a aplicação da pena vale por si mesma e está dissociada dos fins. Acresce referir que um Estado de direito democrático moderno não poderá pactuar com teorias que defendem a aplicação de uma sanção penal como contraponto de um facto praticado pelo agente, negligenciando a proteção de bens jurídicos, único fundamento legitimador da intervenção do Estado na restrição de Direitos.

Com efeito, se o cidadão pratica um facto de natureza criminal e o Estado lhe inflige uma sanção de igual natureza sem ter qualquer outra referência pode afirmar-se que, afinal, o Estado teve um comportamento igual àquele que reprime e que só não é crime porque é feito através da lei. Se o Estado procedesse assim estaria certamente a atuar de acordo com a lei mas não o estaria a afazer de acordo com o direito.

¹⁰² - Segundo uma afirmação de Protágoras, confirmada por Platão e expressada por Séneca, “*Punitur quia peccatum est*”.

¹⁰³ - Dias, Jorge de Figueiredo, ob. citada, pág. 47.

3 – Teorias Relativas

As teorias relativas também consideram a pena um mal para quem a sofre e nessa parte têm o mesmo entendimento das teorias absolutas.

No entanto, esta posição doutrinária considera que o “mal ou castigo” inerente à aplicação da sanção penal corresponde unicamente à prevenção do cometimento de outras infrações penais por parte do mesmo agente.

Para uma melhor compreensão destas teorias preventivas há que distinguir entre a prevenção geral e a prevenção especial sendo certo que a primeira representa um comando dirigido à comunidade em geral através do qual se evidencia o repúdio pela prática de factos qualificados como crime mediante a intimidação e o medo, no caso de se tratar de prevenção geral negativa, ou através de uma vertente integrativa e de confiança, no caso da prevenção geral positiva.

As finalidades preventivas são conformes ao Estado de direito democrático porque em primeira linha por se dirigirem à proteção de bens jurídicos; não obstante, ainda que a finalidade primacial seja a da proteção de tais bens nunca poderá aceitar-se que a mesma seja assegurada através da criação de um ambiente de medo nos cidadãos que em si mesma se constituiria como um fator de desagregação social.

Com efeito, uma política penal assente no medo poderia levar à criação de situações penais desumanas e em desconformidade com os direitos fundamentais dos cidadãos pois enquanto não se verifique a erradicação de um crime quês e pretenda prevenir o Estado tenderá a aumentar o medo até que o crime seja totalmente erradicado.

A tutela da confiança alcançada através de finalidades positivas permite, diferentemente, que se estabeleçam penas proporcionais à culpa e limitadas pelo grau desta.

Sob outro prisma, a doutrina da prevenção especial dirige-se à prevenção da reincidência do agente. Porém, a inexatidão entre a natureza do facto praticado e a dimensão da sanção que lhe corresponda para prevenir que o agente incorra em novos comportamentos desviantes pode levar à aplicação de penas abusivas por parte do Estado.

Nesta perspetiva da finalidade de prevenção especial, e idealmente, pretende-se criar condições para que o agente se reintegre na sociedade, através de políticas de reinserção social e de ressocialização.

Esta política de reinserção social e de ressocialização aliada à proteção dos bens jurídicos que subjaz a toda a finalidade de prevenção tem um “caráter social positivo”¹⁰⁴ e corresponde ao único fundamento capaz de legitimar a intervenção do Estado na restrição de direitos e liberdades dos seus cidadãos.

No entanto, estas teorias relativas suscitam dúvidas nos casos em que o cidadão concreto não necessite de socialização uma vez que em tais casos apenas seria potencialmente aplicável a prevenção especial negativa e isso não é aceitável.

4 – Teorias Mistas

Como o próprio nome logo indicia, as teorias mistas representam uma tentativa de síntese das teorias atrás expostas, tentando agregar os vetores que cada um delas apresenta como melhores, podendo ser divididas em dois grupos.

Por um lado, prevalecem as posições em que ainda estão patentes ideias retributivas mas onde, em simultâneo, se pretende que a sanção penal alcance os fins de prevenção geral e de prevenção especial ou, numa outra formulação, onde uma sanção penal preventiva reflita a justa retribuição para o agente.

Evidentemente, também aqui se verifica que a base da pena se fixa na retribuição do agente e, por isso, na intimidação do agente.

Por via disso, este entendimento tem os seguintes eixos centrais: *“no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial”*¹⁰⁵.

Pelo facto de assentar essencialmente na vertente retributiva esta posição não pode obter vencimento geral para efeitos da legitimação do Estado e da sua intervenção sancionatória.

Por outro lado, existem as designadas teorias da prevenção integral baseada numa tentativa de conexão entre as teorias de prevenção geral e especial.

¹⁰⁴ - Dias, Jorge de Figueiredo, ob. citada, pág. 56

¹⁰⁵ - Dias, Jorge de Figueiredo, ob. citada, pág. 61.

Esta teoria atende sobretudo aos indícios de perigosidade do agente e afasta-se totalmente da culpa para determinar o limite da pena o que pode determinar o desrespeito pelos direitos fundamentais das pessoas.

5 – O sistema sancionatório português

Para uma melhor compreensão da finalidade da aplicação das penas e do conteúdo destas imposta analisar, ainda que assumidamente apenas nos seus traços principais, o regime sancionatório penal do nosso país.

O direito penal português estrutura-se no âmbito de um Estado de direito democrático e foi instituído nas últimas décadas, razão pela qual já observa as modernas tendências da filosofia do direito prevalecentes nas melhores correntes doutrinárias nacionais e internacionais, tomando neste caso especialmente em conta a doutrina alemã.

Por via disso, o sistema penal português estabelece como sua última *ratio* a aplicação das sanções privativas da liberdade, nos termos previstos nos artigos 70º e 98º do Código Penal, evidentemente observando os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Por outro lado, repudia por completo a adoção de penas corporais e de natureza perpétua, nos termos dos artigos, cumprindo, desse modo, os comandos constantes dos artigos 24º e 30º da Constituição da República Portuguesa.

Ainda de acordo com a estipulação do dito artigo 30º da Constituição da República Portuguesa, agora especificamente do seu nº 4, mas também do artigo 65º do Código Penal, deve ser dado cumprimento ao princípio da não automaticidade dos efeitos das penas.

No que concerne à tipologia das sanções penais, o sistema português é tendencialmente monista, o que significa que aplica a um agente quanto a um facto uma pena ou uma medida de segurança privativa da liberdade mas não uma combinação de ambas.

Finalmente, o sistema jurídico integra a previsão de sanções para pessoas coletivas e equiparadas, de acordo com o previsto nos artigos 11º, 90º-A e 90º- M do Código Penal.

6 – Fundamento da legitimação do Estado

Em decorrência das posições supra enunciadas e do sistema penal português sumariamente descrito, a adoção de um critério legitimador do Estado e da sua intervenção não se revela fácil ou, sequer, inatacável.

Importando, porém, tomar uma posição nesta matéria, entendemos acompanhar o Professor Figueiredo Dias que procura uma solução que assente unicamente numa base de prevenção, seja qual for o seu tipo, e afaste por completo o recurso às teorias retributivas.

O fundamento legitimador deverá corresponder ao respeito pelos cidadãos e à menor restrição possível aos direitos fundamentais das pessoas, sempre numa lógica de proteção dos bens jurídicos da sociedade, no âmbito dos quais a “pedra de toque” seja sempre a prevenção da reincidência por parte do agente.

Evidentemente, esta postura determina a necessária coexistência entre fins de prevenção geral e de prevenção especial.

Correspondentemente, a finalidade primacial da sanção penal e da sua aplicação deverá ser a proteção dos bens jurídicos da sociedade, numa perspectiva de tutela da confiança e das expectativas da comunidade, sendo possível resumir a finalidade desta teoria ao “*restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime*”¹⁰⁶.

A posição agora sustentada parece ser, aliás, aquela que melhor acolhe o princípio da necessidade da pena ínsito no nº 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.

A medida da pena será, pois, determinada de acordo com a finalidade de prevenção geral positiva “mesclada” na medida estritamente necessária com a finalidade de prevenção especial, seja na sua vertente positiva ou na sua vertente negativa, em qualquer caso por tributo ao paradigma da ressocialização.

Como é evidente, uma posição assim sustentada considera inevitavelmente que nos casos em que o agente não apresentar a necessidade de ressocialização a aplicação de uma advertência será suficiente para cumprir a finalidade da pena.

¹⁰⁶ - Dias, Jorge de Figueiredo, ob. citada, pág. 79.

Concluindo, entendemos poder dizer que as sanções penais devem ter sempre as seguintes características:

- a) subordinar-se a finalidades de prevenção, geral ou especial;
- b) considerar na prevenção especial, a vertente positiva da ressocialização do agente e na vertente negativa a prevenção da reincidência do agente;
- c) considerar a culpa do agente como padrão de referência e seu limite máximo;
- d) adicionar à medida da culpa, enquanto limite máximo da sanção penal, a proteção de bens jurídicos e as exigências da convivência no âmbito da organização social e da defesa de própria sociedade.

Considero, aliás, que esta conclusão é suportada pelo disposto no n° 2 do artigo 18° do texto constitucional¹⁰⁷, como, aliás, já acima foi referido, assim como os n°s 1 e 2 do artigo 40° do Código Penal.

7 – O procedimento a adotar pelo Estado relativamente aos jovens adultos delinquentes

Em face do que antecede, e à luz do objeto concreto do presente trabalho importa, agora, fazer uma reflexão sobre a legitimidade de aplicação das penas previstas no direito penal geral aos jovens delinquentes e sobre a sua congruência com as finalidades que lhe devem estar subjacentes.

Já referimos anteriormente que estudos da área da Psicologia demonstraram haver uma forte ligação entre a fase de desenvolvimento em que o menor de 18 anos se encontra e a apetência para o cometimento de infrações e que estas constituem muitas vezes formas de expressão e de adaptação à sociedade.

Consequentemente, a sanção penal aplicável a uma pessoa que se encontra nessas circunstâncias, de idade e de correspondente fase de adaptação à sociedade, ser igual à de um adulto cuja atividade criminosa foi executada num estágio de desenvolvimento diferente em que constituiu sua opção o cometimento do ato criminoso, com plena liberdade e com absoluto conhecimento dos efeitos jurídicos.

¹⁰⁷ -Constituição da República Portuguesa.

As finalidades das penas supra referidas ainda que prevejam a ressocialização do agente e ainda que considerem a mesma filosofia não terão o mesmo efeito.

Na verdade, as finalidades a considerar na “justiça de menores”, *maxime* a sujeição à proteção necessária para um indivíduo neste estágio de desenvolvimento não deverá corresponder tanto à intenção de ressocialização do agente e de proteção dos bens jurídicos da comunidade mas, sobretudo, à educação e formação do jovem delinquente fomentando nele a adesão ao direito e à vivência normal em sociedade. Neste caso, é reduzida a necessidade de sujeição do assunto a julgamento penal e à consequente retribuição individual, devendo, também evitar-se a estigmatização social inerente à aplicação de uma pena de prisão.

Assim, ainda que o nº 7 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 401/82 faça alusão à prevalência da prevenção geral, no sentido de “*uma adequada defesa da sociedade e prevenção da criminalidade*”, sobre motivações de reinserção social consideramos que se torna necessário relevar a preocupação por um direito “*mais reeducador que sancionador*”¹⁰⁸.

Consequentemente, devem ser evitados, tanto quanto possível, os efeitos subjacentes ao julgamento penal e à aplicação da pena privativa da liberdade tornando-se imperiosa a adoção de medidas cuja finalidade seja predominantemente a prevenção especial, no sentido da ressocialização e da reeducação em detrimento das medidas de prevenção geral.

Daí que achemos que nesta fase de desenvolvimento do jovem delinquente, em que a sua formação ainda não se encontra completa, sublinhemo-lo ainda outra vez, seja possível educá-lo e conformá-lo para o direito, levando-o a optar pela sua educação, potenciando-se, dessa forma melhores resultados a médio e a longo prazo no domínio da proteção dos bens jurídicos e da ordem jurídica no seu conjunto.

Assim, tendo em conta que o próprio artigo 4º do referido Decreto-Lei nº 401/82 prevê a hipótese de uma atenuação especial da pena quando daí “*resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado*”, consideramos que, também com o

¹⁰⁸ - Ac. STJ de 29/04/2006, proc. nº 6/08.1 PXLBS.S1, disponível em www.dgsi.pt.

devido apoio da jurisprudência¹⁰⁹, que num primeiro momento deve ser feito um juízo global do jovem com vista à avaliação das suas origens, das suas motivações bem como dos seus comportamentos anteriores e concluir-se pela constituição do perfil rigoroso do jovem.

Evidentemente tomando em conta o conteúdo do perfil realizado, entendemos que no momento em que tiver de decidir sobre o tipo de sanção penal a adotar o julgador deverá ter como referencial da solução o princípio da prevalência das razões de prevenção especial (ressocialização) sobre a proteção dos bens jurídicos.¹¹⁰

Em suma, entendemos que as finalidades ressocializadoras e reeducadoras subjacentes ao regime aplicável a jovens delinquentes se devem sobrepor aos demais fins das penas, nomeadamente fins aqueles que respeitam à prevenção geral¹¹¹, o que significa que, via de regra, não devem ser aplicadas penas de prisão para jovens que ainda se encontram na fase de desenvolvimento do seu “eu”.

¹⁰⁹ - Nomeadamente, Ac. STJ de 1-03-2000, proc. n.º 17/00-3ª, in SASTJ, n.º 39, pág.53, CJSTJ 2000, tomo 1, pág. 212, e BMJ 495,59, referenciado pelos acórdãos do STJ de 9-05-2002, processo n.º 628/02-5ª, CJSTJ 2002, tomo 2, pág. 193; de 12-02-2004, processo n.º 218/04-5ª, CJSTJ 2004, tomo 1, pág. 202; de 29-04-2004, processo n.º 1679/02-5ª, CJSTJ 2004, tomo2, pág. 177).

¹¹⁰ - Cfr. Acs. STJ de 14-06-2007, processo n.º 1423/07-5ª; de 28-06-2007, processo n.º 2284/07-5ª, CJSTJ 2007, tomo 2, pág. 231, citando acórdãos de 14-11-2002, processo n.º 3117/02 - 5ª e de 04-03-2004, processo n.º 3364/03-5.

¹¹¹ - Neste sentido, o Ac. STJ de 24-10-2007, processo n.º 3263/07 - 3ª.

CAPÍTULO VII

REFERÊNCIA A UM MODELO EUROPEU

Tivemos já oportunidade de referir a existência de um conjunto de normas internacionais que abordam esta temática, nomeadamente as Normas Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores ou "Regras de Pequim" de 1985, as Orientações das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil ou "Orientações de Riade" de 1990, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade de 1990 e a Recomendação R (87) 20 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre reações sociais face à delinquência juvenil.

A existência deste conjunto de instrumentos normativos a nível internacional permitiu, aliás, a criação de uma certa consistência de diplomas de nível interno em razão dos quais se criou um paradigma nesta matéria designado por “modelo de responsabilidade”.

Através deste modelo de índole europeia atribui-se ao menor delincente as mesmas garantias assim como os mesmos direitos que são reconhecidos pela justiça penal aos adultos, a fim de que eles possam ser “educados na responsabilidade” tendo em conta os seguintes pressupostos essenciais:

a) a prevenção deve prevalecer sobre a repressão:

A melhor forma de lutar contra a delinquência juvenil é prevenir o seu aparecimento e, como tal, devem ser implementados programas adequados de assistência social, laboral, económica e educativa.

b) O recurso à justiça penal de adultos deve limitar-se ao mínimo indispensável:

Os sistemas de justiça devem ser especialmente orientados e concebidos para considerar autonomamente o fenómeno da delinquência dos jovens.

c) A intervenção punitiva deve ser reduzida:

Em vez de adoptar uma atitude punitiva, o Estado deve impulsionar a adoção de medidas preventivas, seja de assistência social a menores, seja de política social,

seja de mercado de trabalho ou seja de ofertas para ocupação de tempos livres, entre outras.

d) As medidas ou penas privativas de liberdade devem ser reduzidas ao mínimo:

O Estado apenas deve aplicar penas de prisão em casos excepcionais.

e) Flexibilização e diversificação da reação penal com medidas mais flexíveis:

As medidas adotadas pelo Estado devem ser adaptadas às circunstâncias do jovem, de acordo com as condições e a evolução no tratamento ou na execução da sanção penal como forma de evitar a privação da liberdade.

Verifica-se, assim, que a nível europeu têm sido encontradas alternativas ao tratamento da delinquência juvenil que basicamente assentam no princípio da não privação da liberdade e que, ademais, evitem o internamento quando não se mostre imprescindível, o que significa que a estruturação do sistema penal de jovens delinquentes adota uma postura preferencialmente educativa em detrimento da lógica repressiva, promovendo o respetivo desenvolvimento pessoal.

Neste contexto, podem ser encontrados 3 grandes eixos¹¹² no âmbito da justiça de menores, os quais entendemos serem totalmente aplicáveis pelo menos aos jovens com idade inferior a 18 anos e que são concretamente “(...) *a prevenção, a intervenção educativa na própria comunidade ou em centros e a integração socio-laboral (...)*”.

Deste modo, pretende-se promover a resolução das carências formativo-emocionais que originaram as infrações cometidas, sendo necessária para o efeito uma avaliação multidisciplinar aprofundada do perfil do jovem delincente a fim de que se faça a opção pelo melhor instrumento de prevenção da reincidência do comportamento desviante.

A interação com as famílias assume neste campo um papel muito relevante na medida em que conhecimento da vida e dos fatores de influência negativa do jovem e que possam transmitir se torna fundamental à sua ressocialização e reinserção social.

¹¹² - Retirado do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia.

Daí que ao nível das organizações europeias seja aceite que estes jovens precisam sobretudo de “(...)ajuda e orientação no seu processo de inserção através de vias muito diversas (inserção social, cultural, linguística, etc.). Não há uma via única para garantir a integração social dos jovens infractores, e também não há fórmulas infalíveis que garantam que uma pessoa perfeitamente integrada não adopta comportamentos anti-sociais. Todavia, existe um amplo consenso sobre o facto de a inserção laboral ser uma via fundamental para aproximar os jovens infractores de espaços de integração e estabilidade económica e social. (...)”.

Esta orientação tem óbvio reflexo nas finalidades inerentes às penas que lhe sejam aplicáveis uma vez que da lógica de justiça retributiva (onde o infrator paga pelos danos causados) anteriormente vigente se evoluiu para o conceito de justiça reparadora, o que representa uma mudança de paradigma matricial porquanto se aceita como elemento principal da atuação do sistema penal uma ação educativa que leve o jovem a refletir sobre o seu ato e as consequências respetivas, designadamente enfrentando a vítima, no sentido de o levar a repensar uma possível hipótese de reincidência.

Este modelo tem como grande virtude o facto de evitar a estigmatização inerente à aplicação de penas e de optar por uma via pedagógica ao invés de uma via repressiva.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho abordámos e refletimos sobre a problemática da idade a partir da qual o jovem deverá ser responsabilizado no âmbito da justiça penal de adultos bem como sobre as consequências da responsabilização nesse âmbito no domínio concreto da integração do jovem no sistema prisional de adultos.

Esta reflexão teve em conta a realidade jurídico-penal portuguesa, em sentido estrito, mas, também, a filosofia e a regulamentação que a corporiza no domínio internacional.

Verificámos, assim, que em Portugal, contrariamente ao conteúdo dos instrumentos jurídicos internacionais mais recentes nesta matéria fixa em 16 anos o patamar mínimo de imputabilidade penal do menor. Esta delimitação etária torna-se essencial para a definição da política criminal e de justiça de menores e de adultos.

Ficou patente ao longo deste estudo que quando o menor com menos de 16 anos pratica uma ato potencialmente violador da lei penal a sua responsabilização será feita ao nível da justiça tutelar, não podendo ser objeto de um julgamento criminal nem de qualquer aplicação de pena de prisão.

Diferentemente, quando perfaça 16 anos, o jovem pode ser alvo da intervenção mais punitiva que o Estado pode ter na vida de um cidadão e que corresponde ao facto de o poder privar de dois dos seus “*direitos fundamentais, o da liberdade e da autodeterminação individual*”¹¹³, precisamente aqueles de graduação mais elevada na hierarquia respectiva, ficando, ademais, à mercê de uma justiça penal de adultos, sendo certo que as finalidades de ambos os regimes são diferentes.

Na verdade, a justiça de menores coloca a sua tónica na proteção dos direitos fundamentais do menor, na necessidade de educação para o direito e na exigência de defesa da sociedade, procurando dar eficácia e execução a três pilares essenciais, quais sejam a dignidade do menor, a celeridade processual relativa aos processos enquadráveis no âmbito desta justiça e a correlação entre as necessidades de proteção e de educação; de modo diverso, a justiça penal de adultos reveste um carácter preventivo perante a sociedade, visando a proteção dos bens jurídicos e a reintegração

¹¹³ -Carvalho, Maria João Leote de, *ob. Citada*.

do agente na sociedade e que opta, como reação preferencial, pela adoção da pena de prisão, não obstante a existência de medidas alternativas potencialmente aplicáveis.

Embora se reconheça o mérito da preocupação patente no preâmbulo do Decreto-Lei nº 401/82 que refere que “(...) *o jovem imputável é merecedor de um tratamento penal especializado (...)*”, ocorre atualmente um claro abandono de tal preocupação, traduzida, por exemplo, na inexistência de centros de detenção previstos no referido diploma legal e na suspensão da discussão que chegou a ter lugar sobre a idade limite da inimputabilidade penal.

A realidade que se apresenta toma conta, sobretudo, uma filosofia securitária da ação penal que a afasta da perspectiva de dinâmica social que deve assistir ao direito, especialmente o aplicável à faixa etária da menoridade.

Portugal ratificou em 1990 a Convenção dos Direitos da Criança em cujo artigo 1º se refere que “(...) *Criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável atinja a maioridade mais cedo*”.

Apesar disso, o nosso país ainda se inclui no elenco daqueles que não procederam ao nivelamento entre a idade civil e a idade penal, razão pela qual existe no nosso ordenamento jurídico uma situação esdrúxula nesta matéria: uma pessoa é menor relativamente a questões simples, como, por exemplo, o direito de voto mas é maior quanto aos direitos essenciais da vida em sociedade, como, por exemplo, a privação da liberdade.

Na exposição de motivos constante de uma proposta de lei¹¹⁴ que nunca logrou ser aprovada pode ler-se que “*O direito penal dos jovens adultos surge, assim, como uma categoria própria, envolvendo um ciclo de vida*”, correspondendo “*a uma fase de latência social que faz da criminalidade um fenómeno efêmero e transitório (...)* *É este carácter transitório da delinquência juvenil que, se quer evitar a estigmatização, deve ter-se presente ao modelar o sistema de reações (...)*”.

Apesar desta constatação, o sistema jurídico-penal português prossegue a aplicação a um jovem ainda menor o direito penal dos adultos.

Historicamente, em Portugal a maioridade civil era atingida quando o cidadão completasse os 21 anos de idade e só com a entrada em vigor da reforma do Código

¹¹⁴ - Proposta de Lei nº 45/VIII, no “Diário da Assembleia da República”, II série –A, de 21 de Setembro de 2000.

Civil, em 1977, o seu artigo 122º passou a consagrar a maioridade civil aos 18 anos, seguindo, aliás, entre outros exemplos, as leis francesa e alemã de 1974 e a lei italiana de 1975.

A justificação para a fixação dos 18 anos com idade delimitadora da maioridade civil, segundo a informação prestada pelo próprio Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, reside no «*reconhecimento de que os jovens estão sujeitos a um mais rápido processo de desenvolvimento psíquico e cultural e obtiveram uma autonomia a que deve corresponder a inerente responsabilidade*».

Em todo o caso, e como ficou referido acima, a Psicologia considera que aos 18 anos o jovem ainda se encontra em pleno desenvolvimento biológico, o que significa que nessa fase ainda não consolidou a sua personalidade.

Ora se no domínio civil a maioridade já seria discutível aos 18 anos muito mais o é no âmbito penal em que maioridade é atingida no momento em que o cidadão completa 16 anos, como se depreende *a contrariu sensu* do disposto no artigo 19º do Código Penal.

Como sabemos, o regime jurídico aplicável aos jovens entre os 12 e os 16 anos de idade é corresponde à Lei Tutelar Educativa que tem por objetivo principal a subtração do jovem às consequências negativas da justiça de adultos e reeducá-lo para o direito.

O Decreto-Lei nº 401/82, por sua vez, como decorrência da previsão do artigo 9º do Código Penal concretiza o regime específico aplicável aos jovens adultos, já prevendo, no entanto, a sua imputabilidade.

Assume-se, assim, que sobre estes jovens adultos já recai um juízo de censura, ou seja, admite-se que aquando da prática do facto o jovem já possui uma liberdade e um conhecimento suficiente para avaliar as consequências da sua decisão, o que, efetivamente, não parece ocorrer, segundo informação das ciências da Psicologia

Segundo o Professor Figueiredo Dias, esse juízo de censura só pode ser feito sobre quem possui maturidade psíquica. Consequentemente, a determinação da idade a partir da qual se considera o jovem imputável assenta na presunção de que este já possui um desenvolvimento bio-psicológico suficientemente consolidado que lhe permita orientar conscientemente o seu comportamento.

Da mesma forma que consideramos que a idade da maioridade não deve descer para efeitos civis também consideramos que ela deverá subir para os 18 anos no domínio penal e pelas seguintes razões:

- a) o jovem com menos 18 anos ainda se encontra em plena fase de desenvolvimento da sua personalidade, razão pela qual não é totalmente capaz de entender e assumir as responsabilidades dos seus atos;
- b) deve haver compatibilização entre a atuação penal e atuação tutelar, uma vez que neste momento existe um diferendo de interpretação na doutrina e na jurisprudência quanto ao que sucede se um jovem que está a cumprir a medida tutelar cometer um crime depois de ter completado os 16 anos. Autores como Anabela Rodrigues e Duarte Fonseca, especialistas em direito sobre menores, e o Professor Figueiredo Dias claramente consideram que é desejável e aconselhável o aumento da idade da imputabilidade penal para os 18 anos.

Mesmo aqueles que, como Taipa de Carvalho, entendem que deve haver um abaixamento da idade de imputabilidade penal para os 14 anos¹¹⁵ não conseguem afastar a ideia de que tem de haver um certo grau de desenvolvimento bio-psicológico para que ao menor possa ser atribuído um juízo de censurabilidade.

- c) neste estágio de desenvolvimento bio-psicológico em que se encontra, é mais benéfico sujeitar o jovem a um regime tutelar, cuja finalidade é educativa, do que a um regime punitivo onde provavelmente nem sequer irá alcançar a finalidade da punição;
- d) apesar do artigo 4º do Decreto-Lei nº 401/82 prever uma atenuação especial da pena em razão da idade, quando daí advenham comprovadamente benefícios para a reinserção social do jovem, o cumprimento da mesma pena será sempre feito na prisão comum com adultos perigosos, onde o perigo de reincidência e o aumento da violência será muito superior ao efeito de ressocialização e reeducação do jovem,

Mesmo aqueles que defendem que a finalidade da pena deverá atender unicamente às questões de segurança e de defesa dos bens jurídicos não podem concluir que o internamento em centro educativo ou centro de detenção (quando criados)

¹¹⁵ - Alegando que *“há muitos jovens com essa idade que já compreendem a ilicitude dos seus atos»*

representem menor segurança e responsabilidade do delincente porquanto também aqui se verifica uma restrição à liberdade do jovem, apenas diferindo a finalidade da restrição.

Por isso, e como refere Maria do Carmo Peralta, da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, *«antes de atingir os 18 anos, um cidadão não pode votar nem ser eleito, não pode, por exemplo, casar-se, conduzir automóveis ou assinar um contrato. Não se reconhece ao menor de 18 anos maturidade para assumir determinados compromissos. Mas já se reconhece, por outro lado, total discernimento em matéria penal. Um cidadão é julgado como um adulto aos 16 anos e, embora a pena possa ser atenuada, é preso como um adulto.»*

A alteração da idade da imputabilidade que defendemos deve ser acompanhada por uma reforma da Lei Tutelar Educativa no sentido da adaptação das suas previsões ao facto de haver este aumento de idade de referência. Deve, assim, ser aprovado um conjunto de medidas por forma a que a elevação da idade de imputabilidade não corresponda a um ato de desresponsabilização penal dos destinatários e de aumento da delinquência.

Concretamente, além do aumento da idade da imputabilidade penal para os 18 anos deve ocorrer o aumento do tempo de internamento, a colocação do jovem delincente, após a sua libertação, sob orientação, sob o acompanhamento e a vigilância de técnicos de reinserção social, o aumento da rede de centros educativos e a sua reorganização geográfica.

Enquanto isso não sucede, deve ter lugar a plena aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 401/82 que efetivamente comporta um regime especial para os casos dos jovens adultos e que, inexplicavelmente, permanece por concretizar e mesmo por regular.

O Estado deverá, em primeira análise, adotar uma atitude preventiva e deverão os diversos agentes da sociedade (família, escola, entidades de segurança) fazer um esforço de sinalização dos jovens cujos comportamentos indiciam uma desconformidade ao direito.

Só nos casos excepcionais em que a função preventiva já não possa ter lugar o Estado deverá assumir o seu papel punitivo. Esta intervenção punitiva do Estado

deverá dar correspondência a uma resposta adequada, útil e eficaz ao problema dos jovens delinquentes,

O Decreto-Lei nº 401/82 deve, assim, ser revista de modo a ser feita a sua adaptação às reais necessidades dos jovens delinquentes, através da previsão e reforço de medidas que não impliquem a restrição do seu direito à liberdade, promovendo o trabalho em favor da comunidade, e regulamentando-o.

Deve, igualmente, ser criada uma rede de centros adequados aptos ao cumprimento da finalidade reeducadora e ressocializadora necessárias para os jovens delinquentes.

Estes centros deverão estar dispersos geograficamente de forma a não afastar o jovem delincente do seu meio familiar e a promover a participação da família no respetivo processo reeducador. Ao longo do cumprimento da medida a que for sujeito, o jovem deverá ter à sua disposição, no centro, um conjunto de formação e medidas aptas a promover a sua conformação com as normas e valores sociais, habilitando-o com os conhecimentos necessários para tal.

A criação destes centros deverá ter, assim, como finalidade a reeducação e a ressocialização do jovem que, ainda que seja considerado imputável, se encontra numa fase em que é, sobretudo, relevante a promoção da sua adesão ao direito, ao invés de ser levado para um estabelecimento prisional, onde a desintegração, os estigmas e os maus hábitos, acabarão por ditar o insucesso das finalidades de prevenção e da sua reintegração.

Tendo em conta a identificada omissão legislativa e tendo em conta, também, a sua necessidade efetiva e premente, entendi adequado, no contexto do presente trabalho de mestrado, elaborar um projeto de diploma sobre o assunto que apresento em anexo.

Tenho como certo que um jovem com melhor educação e formação assegura o seu melhor futuro assim como a boa convivência social razão pela qual todos devemos contribuir para a obtenção desse objetivo!

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, MARIA JOÃO, “*Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra Editora, 2010-2011.
- BOSWELL, GWYNWTEH, “*Investigação orientada para a prática com jovens delinquentes que cometeram crimes graves*” in Revista Infância e Juventude 03.3. Instituto de Reinserção Social, Lisboa.
- CANOTILHO, GOMES; MOREIRA, VITAL, Constituição da República Portuguesa, Coimbra Editora, 2003.
- CARVALHO, AMÉRICO TAIPA, “*Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais*”, Teoria Geral do Crime, Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO, MARIA JOÃO LEOTE DE, “*Entre a lei e a prática: subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*”, Ousar integrar. Revista de reinserção social e prova, Lisboa.
- CARVALHO, MARIA JOÃO LEOTE DE, “*Um olhar sobre dois anos de aplicação e execução da Lei Tutelar Educativa no Centro Educativo Padre António Oliveira*”, in Revista Infância e Juventude 03.3. Instituto de Reinserção Social, Lisboa.
- COMISSÃO PARA A REFORMA DE EXECUÇÃO DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, “*Relatório final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas- Direito de Menores*” In Reforma do Direito de menores. Ministério do Trabalho e da Solidariedade, 1999.
- FIGUEIREDO, JOÃO, “*A justiça de menores na Europa – Seminário da Presidência Francesa da União Europeia, Paris, 19 e 20 de Outubro de 2000*”, Infância e Juventude, Revista do Instituto de Reinserção Social, 01.1.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “*Direito Penal - Parte Geral – Tomo I*”, Coimbra editora, 2007.

- FONSECA, GRAÇA E PEDROSO, JOÃO: “*A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem...para que margem*”, Revista crítica de Ciências Sociais nº 55, 1999.
- FONSECA, ANTÓNIO CARLOS DUARTE, “*Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes : políticas actuais* “, Almedina, 2006.
- FONSECA, ANTÓNIO CARLOS DUARTE, “*A responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*”, Almedina, 2006 (Separata da Revista Psicologia Forense).
- FONSECA, ANTÓNIO CARLOS DUARTE; RODRIGUES, ANABELA, Comentário da Lei Tutelar Educativa, Coimbra Editora, 2003.
- FURTADO, LEONOR; GUERRA, PAULO, “*O Novo Direito das Crianças e Jovens - Um Recomeço*”, Centro de Estudos Judiciários, 2011.
- GERSÃO, ELIANA, “*Menores agentes de infracções criminais- que intervenção?- Apreciação crítica do sistema português*”, Coimbra, 1988.
- HÖPFEL, FRANK, “*Criminal responsibility of minors : Austria / Frank Flöpfel*Revue internationale de droit pénal, Toulouse, Nouvelle serie a.75”(1et2trimestre2004) La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international, XVII Congres international du Droit Pénal, realizado en Vienne (Austria) 26-28 september 2002.
- QUINTANILHA, ANABELA, “*Um olhar sobre a mediação com menores na Lei Tutelar Educativa*”, IN “*Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “protecção de menores – prof. Doutor F.M. Coelho*”, Coimbra editora, 2009.
- PALMA, MARIA FERNANDA, “*Direito Penal - Parte Geral II volume*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.

- PEDROSO, JOÃO, “ *A Justiça de Menores: As crianças entre o risco e o crime*”, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, 1998.
- Relatório de Segurança Interna 2013, Sistema de Segurança Interna.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “*Repensar o direito dos menores em Portugal-Utopia ou realidade*” in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 1997.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUSA, “*Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA, “ *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*”, Editora Verbo, Lisboa, 1998.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUSA, “*A Reinserção social dos Reclusos - Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional*”, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, 2003.
- SOUTO, GEMMA, “*Direitos Humanos e justiça juvenil: onde começam os direitos dos infractores? Uma abordagem internacional*”, Revista de reinserção social e prova: Ousar Integrar, Direcção- Geral de Reinserção Social, 2010.
- STEINBERG, LAURENCE, “*Are adolescents less mature than adults?*”, American Psychologist, 64, 2009.

ANEXO

PROPOSTA DE DECRETO-LEI DE CRIAÇÃO DOS CENTROS DE DETENÇÃO

Proposta de decreto-lei

A aplicação de medidas punitivas aos jovens pela prática de comportamentos desviantes que a lei qualifica como crime, tem constituído motivo de especial atenção no quadro legislativo nacional.

Com efeito, existe um conjunto vasto de regulamentação que visa a punição, reinserção e prevenção da criminalidade juvenil. No entanto, a atenção do legislador tem estado focada especialmente nos jovens cujas idades vão até aos 16 anos, como é o caso da Lei Tutelar Educativa aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro.

Não obstante, o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, direciona a sua regulamentação para uma área que, efetivamente, até agora esteve ausente da letra do legislador.

O seu conteúdo destina-se aos jovens posicionados na faixa etária compreendida entre os 18 e os 21 anos, e que por essa razão já cumprem pena de prisão nos estabelecimentos prisionais comuns, mas cujas circunstâncias ou a personalidade permitem ao juiz a decisão pela aplicação da pena de detenção em circunstâncias diferentes daquelas que caracterizam os estabelecimentos prisionais.

Trata-se de configurar uma visão mais reeducadora que sancionatória e mais preventiva da reincidência que a mera punição, considerando as circunstâncias do cometimento do facto ilícito e da personalidade do agente.

Apesar de existir a previsão legislativa da criação dos centros de detenção, constituídos como alternativa aos estabelecimentos prisionais, não se verificou até agora a sua regulamentação e implementação, de modo a que se concretize a salvaguarda das preocupações implícitas no referido diploma.

O interesse na criação destes centros cuja presença dos jovens para eles encaminhados por força do cumprimento das decisões judiciais, manifesta-se no cuidado em não integrar jovens que praticaram crimes leves de moldura penal ligeira, em meios cuja agressividade prejudicaria os efeitos que com a pena aplicada se pretendem alcançar.

A constituição de equipas multidisciplinares de ação, formadas através da celebração e protocolos com outras entidades publicas ou privadas especialmente vocacionadas para a educação, formação e acompanhamento dos jovens servirão claramente os desígnios patentes no Decreto-Lei n.º 401/82.

A duração do internamento em qualquer das suas modalidades tem uma natureza de curta dimensão, o que constitui um forte desafio aos técnicos que junto dos jovens desenvolverão as suas ações de modo a conseguir elevados níveis motivacionais, necessários à concretização da finalidade da aplicação da respetiva pena.

Assim, considerando o disposto no Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1.º

Objeto

Nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, são criados os centros de detenção.

Artigo 2.º

Âmbito

Os centros de detenção são destinados aos jovens com idades compreendidas entre os 16 e os 21 anos que praticaram crimes cuja pena de prisão aplicável é inferior a 2 anos, considerando a personalidade e as circunstâncias de facto subjacentes à prática do crime.

Artigo 3.º

Natureza

1 - Os centros de detenção são estabelecimentos integrados na estrutura orgânica da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28 de setembro.

2 – Trata-se de estabelecimentos de internamento que funcionam em regime aberto, semiaberto ou internato de fim de semana, por um período mínimo de 3 meses e máximo de 6, destinados à educação dos jovens para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade.

Artigo 4.º

Finalidades da Intervenção

1 – Aos centros de detenção cabe assegurar, mediante o desenvolvimento de métodos e programas adequados, a execução da decisão judicial.

2 – Os centros de detenção dispõem de equipas multidisciplinares criadas através de protocolos de colaboração celebrados com entidades públicas ou privadas de modo a assegurar o acompanhamento e a orientação dos jovens e a prevenir a sua reincidência.

Artigo 5.º

Centros de detenção

1 - São criados os seguintes centros de detenção:

- a) Centro de detenção da zona norte;
- b) Centro de detenção da zona centro;
- c) Centro de detenção de Lisboa e oeste;
- d) Centro de detenção do sul.

2 – O regulamento geral e disciplinar comum aplicado aos centros de detenção é aprovado por diploma próprio.

Artigo 6.º

Período de criação e instalação

No prazo de 180 dias após a entrada em vigor do presente decreto-lei devem entrar em funcionamento os quatro centros de detenção, ora criados.

Artigo 7.º

Entrada em vigor

O presente decreto-lei entra em vigor no primeiro dia útil após a data de início do próximo ano judicial.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros

O Primeiro Ministro

A Ministra das Finanças

A Ministra da Justiça