

A figura do desconto no direito tutelar educativo
Comentário ao acórdão de uniformização de jurisprudência proferido
pelo Supremo Tribunal de Justiça a 8 de Novembro de 2008¹

Sofia Almeida Cabrita

(Assistente convidada e Doutoranda
na Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa)

Resumo: No presente artigo, procuramos inicialmente fazer um breve enquadramento teórico do sistema tutelar educativo, aplicável aos menores com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, que pratiquem factos qualificados na lei como crime, em especial as medidas privativas da liberdade que poderão ser aplicadas aos mesmos, tanto a título cautelar como definitivo. De seguida, analisamos a decisão jurisprudencial proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça a 8 de Novembro de 2008, no âmbito do Processo 07P2030, nos termos do qual se fixou jurisprudência no sentido de que não se deverá proceder ao desconto do tempo da duração da medida cautelar de guarda em centro educativo a que foi sujeito o menor na duração da medida tutelar de internamento que lhe é aplicada posteriormente no Processo Tutelar Educativo, não se aplicando analogicamente o artigo 80.º do Código Penal ao sistema tutelar educativo. Procuramos analisar os contornos da decisão, os pressupostos do instituto do desconto e os efeitos da decisão proferida pelo STJ num processo tutelar educativo. Por fim, fazemos uma breve análise dos contornos metodológicos da questão, em especial, do

¹ O presente artigo resulta do trabalho desenvolvido no Seminário de Metodologia Jurídica, no âmbito do programa de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Todos os acórdãos dos tribunais judiciais citados sem outra indicação estão acessíveis em <https://dgsi.pt>. Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional citados estão acessíveis em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc.acordaos/>.

raciocínio analógico subjacente ao caso e dos princípios fundamentais que devem informar o sistema jurídico no seu todo e, como tal, também o sistema tutelar educativo.

Palavras-chave: Sistema tutelar educativo / Desconto

I. Enquadramento dogmático do tema

A delinquência infanto-juvenil é um assunto que ora vai ganhando atenção ora cai no esquecimento da agenda política, tendo sofrido diversas mutações ao longo do tempo. Hoje, é claro que os menores carecem de capacidade e vontade necessárias para valorar a ilicitude do facto e para atuar em conformidade com as exigências do direito. Assim, a regra prevista no artigo 19.º do CP determina, sem admissão de prova em contrário, a inimputabilidade penal absoluta do menor de 16 anos. No que respeita à alteração da idade do regime da imputabilidade, esta é uma matéria muito controversa na doutrina, questionando-se entre nós se o sucesso e o progresso das soluções para a delinquência juvenil passam por um abaixamento ou possível aumento do limite etário da imputabilidade penal². No entanto, e independentemente das tentativas e sugestões presentes nos diplomas internacionais, deixa-se ao critério de cada legislador qual o melhor limite a ser imposto, o que gera inevitavelmente conflitos. Também a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, no seu artigo 1.º, não se referiu diretamente à idade a partir do qual a criança se tornaria imputável e, conseqüentemente, responsável criminalmente.

² Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª Edição reimpressa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 471-472; ANABELA RODRIGUES, “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Julho-Setembro 2007, p. 374; ELIANA GERSÃO, “Menores agentes de infrações – Interrogações acerca de velhas e novas respostas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 2, Abril-Junho 2004, p.246 e ANA RITA ALFAIATE, *O problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade*, Tese de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p.155 e ss.

A figura do desconto no direito tutelar educativo

Sofia Almeida Cabrita

Não obstante poder ser discutível o critério do legislador, o mesmo procura traduzir, tendencialmente, o período do ciclo de vida que a psicologia identifica como sendo ainda de transição entre a infância e a adolescência e conseqüentemente, um período de formação de personalidade. Em relação aos jovens com idade superior a 16 anos, poder-se-á falar de uma “responsabilidade penal mitigada”, tendo características especiais, quer do ponto de vista das sanções, quer da própria construção da teoria do crime. A inimputabilidade pura existe abaixo do limiar dos 12 anos. Desta feita, não haverá intervenção tutelar educativa mas apenas intervenção protetiva, ao abrigo da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, isto porque, abaixo deste limiar, encara-se o facto ilícito como o *pathos* que envolve os acidentes da natureza, sem cuidar da complexidade do problema que a afirmação envolve, pois que nos lança para além do escopo limitado do presente texto.

O direito penal de menores foi sofrendo, ao longo dos anos, diversas alterações, porque nem sempre foi feita uma distinção dos regimes a aplicar aos menores e aos adultos penalmente responsáveis. A Lei Tutelar Educativa (LTE) surgiu em 1999 e distinguiu duas realidades distintas – a do “menor abandonado, inadaptado, cujos círculos sociais eram desfavoráveis a um crescimento saudável e recto” e a do menor agente de facto que caía no âmbito de aplicação do direito criminal. Tratava-se de uma divisão necessária para garantir os imperativos constitucionais (nomeadamente o artigo 27.º, n.º 3, alínea e) da CRP) e ainda os imperativos internacionais, em especial os decorrentes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (nomeadamente o seu artigo 40.º). A LTE surge como uma “terceira via”, conjugadora dos aspetos mais vantajosos dos modelos de proteção e de justiça, que visa «corrigir uma personalidade que apresenta deficiências de conformação com o dever-ser jurídico mínimo e essencial (corporizado na lei penal) e não meras deficiências no plano moral ou educativo geral»³.

Outra das grandes medidas deste sistema foi a imposição da idade de 16 anos como limite etário da inimputabilidade e a idade mínima para intervenção

³ Proposta de Lei n.º 266/VII, de 11 de Março de 1999, ponto 7.

A figura do desconto no direito tutelar educativo

Sofia Almeida Cabrita

educativa os 12 anos. A intervenção tutelar justificar-se-ia assim sempre nos casos em que o jovem empreendesse um comportamento que demonstrasse uma atitude de indiferença em relação aos valores fundamentais da comunidade. O menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, embora não sendo imputável para efeitos jurídico-penais, não sendo capaz ele próprio de fazer o juízo de culpa necessário para se conformar (ou não) com o Direito, não irá cair no regime penal, mas sim no sistema tutelar.

No âmbito constitucional do direito de menores é de destacar o artigo 36.º, n.ºs 5 e 6 da CRP, que consagra o direito e dever de educação e manutenção dos filhos por parte dos pais, sendo que os mesmos não podem ser separados, salvo quando não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. Neste âmbito, de destacar também os artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 27.º, n.ºs 2 e 3, alínea e) da CRP, que determinam que a privação da liberdade só pode ocorrer para sujeição do menor a uma medida de educação, nos termos da LTE, uma vez que nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada, a não ser por lei. Neste caso, ao restringir-se o direito à liberdade do menor (artigo 27.º da CRP), pretende-se salvaguardar o direito ao desenvolvimento da personalidade da criança e do jovem e a sua efetiva integração na vida ativa (artigos 69.º e 70.º, n.º 2 da CRP).

As medidas tutelares que poderão ser aplicadas serão a admoestação, a privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores, a reparação do ofendido, a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade, a imposição de regras de conduta, a imposição de obrigações, a frequência de programas formativos, o acompanhamento educativo e, por fim, o internamento em centro educativo (em três regimes: aberto, semiaberto e fechado). De entre as medidas em causa, deverá ser escolhida a que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor, e que seja suscetível de obter a maior adesão dos seus pais.

No âmbito da LTE podem também ser aplicadas medidas cautelares se existirem indícios fortes da prática do facto, previsibilidade de aplicação de uma

medida tutelar e a existência fundada de perigo de fuga ou da prática de outros factos qualificados pela lei como crime, sendo este precisamente um dos institutos em causa na decisão que se analisará de seguida. Para além do mais, para se aplicar a medida cautelar de guarda em centro educativo será necessário que o menor tenha cometido facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais factos, contra as pessoas, qualificados como crimes, a que corresponda pena máxima abstratamente aplicável de prisão superior a três anos, nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 17.º da LTE, aplicado por força do n.º 2 do artigo 58.º do mesmo diploma. A medida cautelar de guarda em centro educativo não pode exceder três meses, prorrogável até ao prazo máximo de seis meses em casos de especial complexidade devidamente fundamentada.

Contudo, uma das críticas que é apontada quanto à medida cautelar de guarda em centro educativo é, desde logo, o facto de os mesmos centros educativos serem afetados para a execução da detenção, da medida cautelar de guarda e da perícia sobre a personalidade, o que faz com que os jovens nestas situações tenham, na prática, o mesmo tipo de intervenção que aqueles que estão já em execução da medida. Como salienta ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, tal põe em causa os princípios da presunção de inocência, necessidade, proporcionalidade e adequação⁴.

Quanto à medida de internamento, em específico, a mesma encerra em si uma contradição, uma vez que retira os jovens do contacto com a comunidade e simultaneamente propõe-se educá-los para o Direito e promover a sua sociabilização num contexto relacional fechado. Contudo, para que o jovem verdadeiramente interiorize valores conformes ao Direito e, deste modo, sejam assim atingidos os objetivos que legitimam a intervenção da medida de internamento, «é indispensável que durante a separação do menor do seu meio habitual, lhe sejam efetivamente tornados acessíveis meios formativos

⁴ ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA, «Sobrevivência e erosão do paradigma da proteção em sistemas europeus de justiça juvenil», Ousar Integrar - Revista de reinserção social e prova, Ano 2020, N.º 7, pp.63-78.

adequados, nomeadamente programas e métodos pedagógicos preparados para dar resposta à especificidade da sua problemática»⁵.

A questão levantada por ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA prende-se não com a lei mas com a prática, isto é, apesar de apresentarem problemas e necessidades diversificadas, todos os jovens no âmbito do centro educativo estão sujeitos ao mesmo modelo de intervenção, sendo quase inexistentes os programas e métodos pedagógicos consoante as necessidades educativas de cada caso concreto desfasados dos «valores sociais que, grave e manifestamente cada um deles, mostrou desrespeitar, desprezar»⁶. Nas suas palavras, a intervenção feita aos jovens deveria especializar-se considerando as problemáticas específicas que cada um manifesta e que se materializam no facto qualificado como crime praticado. Assim, neste quadro, «previu-se a especialização dos centros educativos em função dos programas educativos e terapêuticos que deveriam aplicar para dar resposta a essas necessidades»⁷. Apesar de a LTE estar em vigor há mais de 20 anos, a especialização dos centros educativos, virada desde logo para os tipos de delinquência, ainda não foi concretizada.

Têm vindo a ser apontadas outras sugestões de alterações ao sistema tutelar educativo, algumas relacionadas com a necessidade de uma maior divulgação das decisões dos tribunais de família e menores e dos tribunais de recurso, decisões essas que deviam ser de acessível visualização e acesso. Por outro lado, especialistas da área têm-se questionado se a inserção da vigilância eletrónica não seria também uma alternativa à institucionalização do menor, obrigando-o a permanecer na sua residência nas horas estabelecidas, particularmente à noite e aos fins de semana⁸. Há também aqueles que sugerem a criação de uma espécie de “centros de dia” para jovens, o que permitiria que durante o dia o jovem se mantivesse num ambiente estruturado que o educasse para os fins do Direito, e

⁵ ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Comentário da lei tutelar educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.97.

⁶ ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA, "Privação de liberdade na Justiça Juvenil: Contornos de problemas entre meios e fins", *Revista Julgar*, Ano 2014, N.º22, pp.86-88.

⁷ *Ibidem*, p.82.

⁸ Relatório final do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa (Presidente: Leonor Furtado), 1.ª Edição, Março 2013, Bubok Publishing S.L., pp.33-34.

à noite pernoitasse no seu meio natural de vida⁹.

Na verdade, apesar das inúmeras críticas que são apontadas ao regime, o texto legal continua vago e ambíguo. Mais se acrescenta que existem ainda outros aspetos que carecem de concretização prática, nomeadamente a falta de regulamentação legal da execução das medidas tutelares educativas não institucionais, exigidas pela Lei nº 166/99, que aprovou a LTE. Por outro lado, os aplicadores da lei consideram-na «demasiado formalista»¹⁰, reivindicando que «o maior obstáculo prende-se com a ritualização e burocratização da LTE», não existindo um sistema que permita «intervir junto da família biológica, junto dos pais e no espaço do meio natural de vida do menor para que quando ele regressar, tenha possibilidade de levar uma vida normativa»¹¹.

Por fim, além de melhorar os mecanismos de reação, é preciso trabalhar ao nível da prevenção – nesse sentido, dever-se-iam estabelecer relações estreitas entre psicólogos, legisladores, psiquiatras, assistentes sociais e todos os que desenvolvem as suas atividades nos campos de saúde, bem-estar social e educação, pois só uma intervenção abrangente e interdisciplinar pode ter a pretensão de alcançar um resultado mais completo. Neste campo, o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura tem alertado para a necessidade de haver um programa especial de treinos para quem trabalha com delinquentes desta faixa etária, uma vez que os guardas prisionais que trabalham com menores e jovens adultos devem ser capazes de os guiar e motivar para uma mudança¹². Neste sentido, deveriam ser selecionados de forma rigorosa, com base na sua maturidade e capacidade para lidar com estes desafios.

⁹ *Ibidem*, pp.63-64 e ainda MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Respostas à delinquência juvenil. Do internamento para a liberdade: primeiros passos para a inserção social dos jovens”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2016, pp.482-483.

¹⁰ RAQUEL TEIXEIRA TORRES, “Que educação para o direito? Da Lei Tutelar Educativa à intervenção educativa com delinquentes juvenis”, *Ousar Integrar - Revista de reinserção social e prova*, Ano 2010, N.º7, p.43, com base numa análise de concepções e discursos dos profissionais responsáveis por implementar as intervenções educativas.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Neste sentido, ver o Relatório para o Governo Português relativo à visita a Portugal levada a cabo pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes, de 7 a 16 de Fevereiro de 2012, p.28.

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

II. A decisão jurisprudencial comentada

Feito um enquadramento inicial do direito penal de menores, cumpre analisar a decisão jurisprudencial proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a 8 de Novembro de 2008, no âmbito do Processo 07P2030, em que foi Relator o Conselheiro ARMINDO MONTEIRO. Resulta a mesma do recurso extraordinário para fixação de jurisprudência interposto pelo menor, AA, nos termos do disposto no artigo 437.º do CPP.

Na verdade, vem AA recorrer do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto em 14 de Março de 2007, no Processo n.º 4118/06-4.ª Secção, em que se decidiu que não se deveria proceder ao desconto do tempo da duração da medida cautelar de guarda em centro educativo, em regime aberto, nos termos do artigo 56.º da LTE, na duração da medida tutelar de internamento que lhe foi aplicada no Processo Tutelar Educativo com o número 468/06.1TMPRT e que corria termos no 2.º Juízo do Tribunal de Menores e Família do Porto. Ao menor foi aplicada a medida de internamento em centro educativo em regime semi-aberto por 13 meses, por se mostrar que, com outros, praticou ato qualificado como crime de homicídio qualificado na forma tentada, a título de dolo eventual, previsto e punido pelos artigos 131.º, 132.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a), b) e c), 22.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b), 23.º, n.ºs 1 e 2, 26.º e 73.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CP. O recurso é interposto por se encontrar em oposição ao acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Novembro de 2004¹³, onde se decidiu que o tempo de

¹³ Ac. do TRL de 04/11/2004, proc.6359/2004-9.

guarda em centro educativo sofrido pelo menor, enquanto medida cautelar que lhe tenha sido aplicada, deverá ser descontado na duração da medida de internamento que venha a ser aplicada, *a final*, ao menor no âmbito do processo tutelar educativo, aplicando-se analogicamente ao processo tutelar educativo o artigo 80.º do CP, onde se encontra consagrado o instituto do desconto.

No âmbito do processo em análise, pronunciou-se o Ministério Público (MP), considerando que deveria ser proferida jurisprudência uniformizada pelo STJ no sentido de que o artigo 80.º do CP não será aplicável aos processos tutelares educativos, no mesmo sentido que foi professado pelo acórdão recorrido. Nas suas alegações, o MP defende que, ao instituir o regime do desconto no âmbito do processo penal, de entre os dois valores jurídicos em jogo – a saber, um imperativo de justiça material e a salvaguarda de exigências de prevenção especial –, o legislador preferiu dar prevalência ao primeiro. Assim, no sistema tutelar educativo não estaríamos perante uma lacuna, mas sim uma opção consciente do legislador considerando as finalidades, a natureza e os respetivos instrumentos da LTE, devendo a mesma ser autonomizada da ordem jurídico-penal.

No que toca à argumentação do recorrente, defendendo a aplicação analógica do artigo 80.º do CP para integrar a lacuna existente no sistema tutelar educativo, fá-lo essencialmente com base em dois argumentos: por um lado, a adição do tempo cumprido em centro educativo enquanto medida cautelar ao período determinado *a final* pelo juiz de duração da medida tutelar de internamento «importa um sofrimento para o arguido semelhante à pena em que é condenado e esse sacrifício decorre do mesmo facto que integra ou devia integrar o mesmo facto»¹⁴; por outro lado, inexistente norma expressa que impeça a aplicação do CP à LTE.

Posto isto, cumpre analisar criticamente a decisão jurisprudencial, que fixou jurisprudência no sentido de que não há lugar, em processo tutelar educativo, ao desconto do tempo de permanência do menor em centro educativo,

¹⁴ Conforme alegações do Recorrente, disponíveis no texto do acórdão em análise.

quando, sujeito a tal medida cautelar, vem, posteriormente, a ser-lhe aplicada a medida tutelar de internamento.

O primeiro argumento enunciado pelo tribunal tem por base a exposição de motivos da LTE, e o facto de aí se afirmar que o regime tutelar não é um “direito sucedâneo” do direito penal, um direito penal de grau menor, de “maior brandura ao nível das sanções”, não tendo por isso as mesmas finalidades punitivas e retributivas do mal do crime, mas sim a ressocialização e reeducação do jovem para o direito. Contudo, acaba o STJ por afirmar que, para além das preocupações pessoais relativamente ao menor agente do facto qualificado como crime, existe ainda «a vertente socializadora da intervenção tutelar em conformidade com as exigências de defesa da sociedade». Parece-nos, na verdade, que os dois sistemas se tocam em diversos pontos. Em primeiro lugar, não são diversas a finalidade primeira da intervenção tutelar (finalidade educativa) e a finalidade da aplicação de pena de prisão, que é função do Estado. Se é verdade que 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 delinvente, fomentando nele a adesão ao direito e à vivência normal em sociedade, é também evidente que, 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 a prevalência das razões de prevenção especial (ressocialização) sobre a proteção dos bens jurídicos. No entanto, tal não significa que sejam ignoradas todas as finalidades comunitárias e de prevenção geral. TEIXEIRA TORRES evidencia esta ideia, quando afirma que a intervenção do Estado sobre os menores delinquentes «visa conformar os jovens às normas sociais e à ordem jurídica». Assim, a LTE procura «responsabilizar os jovens pelos seus actos», «implementando medidas com carácter punitivo e educativo, com finalidade de promover uma inserção social do jovem orientada pelas normas e regras sociais e contemplando os seus

direitos *mas também os seus deveres enquanto cidadão da nossa sociedade*»¹⁵. Também ELIANA GERSÃO¹⁶, ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA¹⁷ ¹⁸, ANABELA RODRIGUES¹⁹ e ANA RITA ALFAIATE²⁰ têm vindo a defender que o que temos no sistema tutelar é uma “terceira via” que conjuga a função educativa com as expectativas comunitárias em relação aos menores infratores, e tal só será possível na medida em que essas medidas tutelares sejam aplicadas coercivamente. Ora, afirma o Conselheiro RODRIGUES DA COSTA, no seu voto de vencido, que «a posição que fez vencimento dá um excessivo relevo ao aspeto protetivo, como se a legislação atual se inserisse na comunidade das anteriores e não representasse, como representa, uma ruptura com o passado» – nomeadamente com a OTM – «em que o menor aparecia como mero alvo de proteção e o Estado como seu “tutor”». Na Exposição dos Motivos da Proposta de Lei 266/VII/4, que esteve na origem da LTE, fala-se mesmo no «direito e no dever que o Estado tem de intervir corretivamente sempre que o menor, ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais. [...] A solução tem, além do mais, a virtualidade de se conformar com as exigências comunitárias de segurança e paz social, de que o Estado não pode alhear-se só porque a ofensa provém do cidadão menor»²¹. Mais se acrescenta que as medidas tutelares de educação se aplicam por decisão estadual, mesmo que contra a vontade do próprio menor, dos seus pais e dos seus

¹⁵ RAQUEL TEIXEIRA TORRES, *op. cit.*, p.38. – realce nosso.

¹⁶ ELIANA GERSÃO, “Ainda a revisão da organização tutelar de menores”, in Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.465.

¹⁷ ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA, *Internamento de Menores Delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp.51 e 374-375.

¹⁸ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, “Interatividade entre penas e medidas tutelares - contributo para (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2001, p.288.

¹⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op.cit.*, p.373.

²⁰ ANA RITA ALFAIATE, *op. cit.*, p.83.

²¹ In Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que veio dar origem à Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, in *Diário da Assembleia da república II Série A* do n.º 54, de 17.04.1999, p.4.

representantes legais, ou seja, verificar-se-á sempre uma intervenção coerciva do Estado.

Analisada a aplicação das medidas cautelares, entre as quais figura a de guarda em centro educativo, as mesmas procuram acautelar a averiguação no processo das eventuais prática do facto e necessidade educativa do menor. Contudo, novamente, as apreciações feitas levam-nos a concluir que, no que às medidas cautelares diz respeito, nomeadamente quanto ao seu modo de aplicação, a sua natureza transitória e a revisão das mesmas oficiosamente, quando deixarem de se verificar os respetivos pressupostos da sua aplicação, são em muito semelhantes e paralelas às medidas de coação previstas no CPP. Paralelismo esse que podemos, desde já, fazer entre o artigo 58.º da LTE e o artigo 204.º do CPP, o artigo 59.º da LTE e o artigo 194.º do CPP, os artigos 61.º, 62.º e 64.º da LTE e os artigos 212.º e 214.º do CPP (com as devidas diferenças e adaptações, considerando a diferente natureza dos processos que, desde já, se reconhece). Na verdade, as medidas cautelares pressupõem requisitos gerais semelhantes aos denominados para a imposição de medidas de coação, previstos nos artigos 192.º, n.º 2 e 204.º do CPP, e depois completados com os demais pressupostos de aplicação previstos em cada uma das medidas de coação, estando sempre em causa garantir a operacionalidade da decisão final, e evitar a prática de novos factos, numa fase em que ainda não há certeza da prática do ilícito.

Citando ANABELA MIRANDA RODRIGUES e ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, «as medidas cautelares estão intimamente ligadas às finalidades do processo (a satisfação das necessidades de educação do menor para o direito (finalidade de socialização) e, nessa estrita medida, de defesa da sociedade). [...] O respeito por estes princípios na aplicação, em concreto, das medidas cautelares confere-lhes uma natureza estritamente cautelar, tendo em vista que visam acautelar a averiguação, no processo, das eventuais prática do facto e necessidades educativas do menor»²².

²² ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, p.159.

Também alega o tribunal, na sua fundamentação, que o sistema tutelar educativo não deveria já ser visto como um direito sancionatório, mas um direito reeducador da personalidade, sendo a sua intervenção facultativa, moldado por princípios de necessidade e maior flexibilidade, consoante a gravidade do facto praticado (cf. artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 da LTE), tendo sempre em conta as vantagens que uma intervenção estatal teria ao nível da reinserção social do menor. Ora, segundo o tribunal, o direito penal joga numa lógica distinta, sendo a sua aplicação imediata aquando da prática de um facto qualificado pela lei penal como crime. Contudo, parece-nos que o próprio sistema jurídico-penal não se apresenta sempre com a rigidez e inflexibilidade descrita nas apreciações que vão sendo feitas, o que é demonstrável nomeadamente através do instituto da dispensa de pena, previsto no artigo 74.º do CP e no artigo 280.º do CPP, e do instituto da suspensão provisória do processo, que vem regulado no artigo 281.º do CPP. Estes institutos têm precisamente em conta a avaliação da gravidade do facto e a possibilidade de ao agente não ser aplicada a pena que, à partida, corresponderia ao facto praticado, em casos de culpa diminuta ou mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta. Deste modo, embora existam diferenças assinaláveis entre os sistemas, o sistema jurídico-penal tem procurado, através de diversos institutos, essa maior flexibilidade e oportunidade na determinação e aplicação das penas.

No âmbito destas considerações, é feita de seguida uma reflexão sobre a maior flexibilização da revisão das medidas tutelares previstas na LTE, onde domina a lógica *rebus sic stantibus*, em comparação com a maior rigidez e fixidez das penas. Relativamente a este ponto, tendemos a concordar com outras posições já expressas, uma vez que o princípio da revisibilidade das medidas tutelares educativas nada tem a ver com a questão do desconto, surgindo em momentos temporais distintos e sendo questões autónomas uma da outra. A revisão da medida tutelar educativa surge durante a execução da mesma, depois de esta já ter sido aplicada, e o desconto surge no momento de aplicação da medida tutelar educativa e diz respeito ao período de tempo em que o menor se encontrará privado da liberdade. Nas palavras de TÂNIA ALMEIDA, com a qual

A figura do desconto no direito tutelar educativo

Sofia Almeida Cabrita

concordamos, «a revisão inspira-se no princípio da contingência, na necessidade de adequar a intervenção tutelar educativa a uma personalidade em rápida transformação»²³, de forma a que esta possa acompanhar e contribuir para a evolução da situação do menor. Por isso, não nos parece que a não admissibilidade do desconto, defendida pelo tribunal, tenha a sua justificação no princípio da revisibilidade das medidas tutelares.

Aproximam-se também os dois processos quanto às garantias que são disponibilizadas ao agente do crime, defendendo ELIANA GERSÃO que, no direito dos menores, «sejam reconhecidas, pelo menos, as garantias do processo criminal de natureza constitucional, que, aliás, coincidem em larga medida com as mencionadas no art. 40.º da Convenção sobre os Direitos da Criança»²⁴. Tendemos assim a concordar que, ao não consagrar o instituto do desconto, o legislador da LTE deixa o caso à ponderação do tribunal, o que afeta, desde já a segurança jurídica e a proteção da confiança do menor, garantias constitucionais que não lhe devem ser vedadas²⁵.

Quanto à figura do desconto, a propósito das alegações proferidas pelo Magistrado do MP, seguidas também pelo STJ, disse-se que a opção legislativa no âmbito do instituto do desconto (previsto no artigo 80.º do CP), no confronto entre os valores de justiça material e prevenção especial, teria ido no sentido de dar prevalência ao primeiro, admitindo o desconto/imputação do período de detenção/prisão preventiva/obrigação de permanência na habitação na pena em que, naquele processo, o agente venha a ser condenado. A LTE é completamente omissa a respeito do desconto. Contudo, vem o tribunal concluir no mesmo sentido do que as alegações do MP, de que não estaríamos, em bom rigor, perante uma verdadeira lacuna, uma vez que o legislador terá previsto essa possibilidade e, deliberadamente, se absteve de regulamentar as situações em que, previamente à medida final de internamento, é aplicada uma medida cautelar de

²³ TÂNIA ALMEIDA, "O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2006, n.º6, p.152.

²⁴ ELIANA GERSÃO, *op. cit.*, p.465.

²⁵ TÂNIA ALMEIDA, *op. cit.*, p.153.

privação da liberdade. Na sequência desta ideia de que não estaremos perante uma verdadeira lacuna, porque prevista esta possibilidade pelo legislador, que optou por não consagrá-la, é dado como único exemplo de aplicação do instituto do desconto o artigo 155.º, n.ºs 1 e 2 da LTE, que diz respeito ao desconto no tempo de cumprimento da medida de internamento do atinente à fuga e não regresso após saída autorizada. Para sustentar a sua posição, alega o Tribunal que, reconstituindo a vontade legislativa, com base no Despacho Ministerial e dos Relatórios da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, e atinente ao facto de, após sucessivas reformas legislativas introduzidas pelas Leis n.ºs 48/07, de 29 de agosto e 59/07, de 4 de julho, o legislador continuar sem consagrar o instituto do desconto no caso concreto, levam a crer que não estaremos perante uma verdadeira lacuna. Posto isto, justificar-se-ia a prevalência dos fins de prevenção especial sobre o valor de justiça material no sistema tutelar devido à diferente natureza e teleologia das sanções em análise, uma vez que no que toca às penas criminais, as mesmas têm sempre como efeito primordial as expectativas comunitárias na vigência da norma, os fins de prevenção geral positiva e negativa, os valores da sociedade que foram postos em causa com a prática do crime, «sem erigir o interesse de ressocialização como meta primordial, mas como meta desejável, frustrada, se o condenado se mostrar incorrigível, ou seja, incapaz de emenda cívica»²⁶.

Contrariamente ao defendido pelo tribunal na decisão, o Conselheiro RODRIGUES DA COSTA defende que – posição com a qual, desde já, concordamos – a não inclusão de uma norma que consagre o instituto do desconto como a do artigo 80.º do CP na LTE se trata de uma lacuna propriamente dita, devendo recorrer-se ao artigo 10.º do CC para integrar a mesma, por via da analogia. Muito embora este argumento não tenha sido explorado pelo tribunal na sua decisão, é relevante afirmar que, embora o CP, nomeadamente no seu artigo 10.º, n.º 3, limite o recurso à analogia no direito penal, a mesma será aqui legítima, porque favorável ao agente. O artigo 80.º será assim uma dessas normas negativas, não

²⁶ Ac. do TC de 20/03/2013, proc.40/13, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

constituindo uma norma incriminatória ou definidora de qualquer medida de segurança ou estado de perigosidade, e que favorece os direitos das pessoas, pelo que não suscita objeção de princípio a sua aplicação analógica^{27 28}.

A intervenção do tribunal, como já referido, mesmo que tendo este fim em vista, será sempre coerciva e limitadora dos direitos de autodeterminação, decisão e condução de vida do menor e dos seus representantes legais. Em especial, no que toca à medida de internamento (artigo 143.º e ss. da LTE), em análise no presente caso, porque aplicada como decisão *a final* no processo tutelar educativo em causa, surge, tal como a pena de prisão, como *ultima ratio*, e apenas e somente quando as demais medidas não satisfaçam os fins de educação e ressocialização pretendidos pelo processo tutelar. A restrição à liberdade resultante do internamento em centro educativo é assim equivalente à que se verifica na prisão, e tanto assim é que, se a um menor com mais de 16 anos (e por isso, penalmente imputável, nos termos do artigo 19.º do CP), a cumprir medida tutelar de internamento, for aplicada prisão preventiva, a execução da medida não se interrompe. Se o regime de internamento é o regime fechado, o menor mantém-se no mesmo ou em outro centro educativo com esse regime, durante o tempo da prisão preventiva (nos termos do disposto no artigo 27.º, n.º 5 da LTE). Como denota ELIANA GERSÃO, «uma privação da liberdade é particularmente penosa para um jovem que atravessa uma fase da vida em que a conquista da liberdade é o desejo supremo e potencialmente mais danosa para ele do que para um adulto, uma vez que a sua personalidade ainda está em formação e a sua socialização inacabada»²⁹. Assim, na base do instituto do desconto está uma privação da liberdade “de qualquer tipo”, sofrida pelo agente ainda numa fase de incerteza, não estando a sua responsabilidade comprovada judicialmente. Por privação da liberdade, entenda-se «qualquer forma de detenção, de prisão ou a colocação de uma pessoa, por decisão de qualquer

²⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral e Introdução e Teoria da Lei Penal I*, Lisboa, Verbo, 1997, p.254.

²⁸ No mesmo sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2020, p.399.

²⁹ ELIANA GERSÃO, *op. cit.*, p.473.

autoridade judicial, administrativa, ou outra autoridade pública, num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não pode sair pela sua própria vontade»³⁰. Este sacrifício da liberdade deve ser compensado por força de razões de justiça material. Neste sentido, veja-se a fundamentação proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão fundamento ³¹, de que «o internamento de menor em Centro Educativo é uma privação de liberdade. E, como tal, limitadora de direitos, liberdades e garantias, sendo certo que a restrição de tais direitos só é permitida nos casos expressamente previstos na CRP (seu art. 18º). Decorre do seu art. 27º que a privação de liberdade dos menores se restringe à sujeição destes a medidas de protecção, assistência ou educação. *In casu*, trata-se de medida cautelar como meio de educar o menor». FIGUEIREDO DIAS afirma que «o instituto do desconto, regulado nos artigos 80.º a 82.º, assenta na ideia básica segundo a qual privações de liberdade de qualquer tipo que o agente tenha sofrido em razão do facto ou factos que integram ou deveriam integrar o objeto de um processo penal devem, *por imperativos de justiça material*, ser imputadas ou descontadas na pena a que, naquele processo, o agente venha a ser condenado. Esta ideia vale sobremaneira relativamente às frequentes [...] privações de liberdade que têm lugar *antes do trânsito em julgado da decisão do processo*: prisões preventivas sobretudo (CPP, arts. 202.º e ss.), mas também meras detenções (CPP, arts. 254.º e ss.) e obrigações de permanência na habitação (CPP, art. 201.º). Medidas estas – todas elas – que não são de modo algum “penas antecipadas” mas intervêm, fundadas embora num princípio processual de *necessidade cautelar*, num momento em que o arguido se encontra ainda a coberto da *presunção de inocência* (CRP, art.32.º-2 e DL 265/79, art.209.º-1), integralmente justificando assim, quanto a elas, o desconto da pena»³².

Daqui, poderemos retirar a ideia de que o instituto do desconto visa compensar – toda e qualquer uma – privação da liberdade que se aplique, por

³⁰ Ponto 11 do Anexo relativo às Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Jovens Privados de Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/113, de 14.12.1990.

³¹ Ac. do TRL de 04/11/2004; proc.6359/2004-9.

³² JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português - as Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, pp.297-298.

A figura do desconto no direito tutelar educativo

Sofia Almeida Cabrita

diferentes razões processuais, a um agente suspeito da prática de facto qualificado pela lei como crime, num período prévio ao do veredicto final e, por isso, onde vigora ainda o princípio constitucional de presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2 da CRP). É neste sentido que vai o voto de vencido, quando afirma que «a privação da liberdade está reconhecidamente presente, também, na aplicação, quer da medida cautelar de guarda, quer na de internamento em centro educativo». Na verdade, é a própria CRP que o diz, quando inclui a medida de internamento nas exceções ao princípio da liberdade, no seu artigo 27.º, n.º 3, alínea d). Neste sentido de que se deverá aplicar o artigo 80.º do CP a todas as medidas restritivas da liberdade, tem-se entendido que o instituto do desconto é aplicado também, analogicamente, às medidas de segurança, embora o artigo 80.º do CP não preveja expressamente o desconto do período de prisão preventiva sofrido pelo arguido a quem venha a ser aplicado aquele tipo de medida, uma vez que, podendo a medida de segurança ser também ela privativa da liberdade, procedem razões idênticas às que presidem ao instituto. E ao argumento que é apresentado no âmbito das medidas tutelares de que a aplicação analógica do instituto do desconto levaria a desconsiderar os fins de reeducação do menor (firmemente defendido na decisão principal), também defendido relativamente à aplicação de medidas de segurança, nomeadamente devido ao tratamento específico que estas envolvem, com vista à cessação da perigosidade dos agentes, responde FERREIRA DA CUNHA, no sentido de que «não haver qualquer dedução também contraria aquele limiar mínimo de justiça, assim como o princípio de que, mesmo as medidas de segurança, estão sujeitas a limites»³³. Na verdade, a privação da liberdade do menor por um período prolongado pode trazer danos irreparáveis, e pode ser especialmente marcante nesta fase de crescimento e desenvolvimento do jovem, e até «potencialmente mais danosa para ele do que para um adulto, uma vez que a sua personalidade

³³ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, "Desconto das Medidas Processuais Privativas de Liberdade - análise de algumas questões", in Manuel Afonso Vaz (org.), *Juris et de Jure - Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UNIVERSIDADE Católica Portuguesa*, 1998, pp.888-889.

ainda está em formação e a sua socialização inacabada»³⁴. Na jurisprudência, pode ver-se a aplicação da mesma doutrina³⁵.

Como já dito *supra* em relação à análise do instituto em causa, o legislador português procurou dar prevalência às exigências de justiça material – desde logo, de limitação mínima do direito à liberdade, na senda do artigo 27.º, n.º 1 da CRP – ao invés dos fins de prevenção especial que, eventualmente, se poderiam colocar, procurando evitar uma duplicação de efeitos resultantes do mesmo facto, na lógica do princípio constitucional *ne bis idem*. E todos os princípios que justificam a aplicação do instituto do desconto têm matriz constitucional, devendo também aplicar-se no âmbito da intervenção tutelar educativa. Na verdade, encontrando-se ainda o agente numa fase processual em que domina o princípio da presunção de inocência, em que a medida privativa da sua liberdade – a medida cautelar aplicada no âmbito dos artigos 56.º e ss. da LTE – surge como uma medida meramente processual, a mesma importa para o infrator um custo acrescido, por vezes mais difícil de compreender e penoso, em que ainda se revela incerto o desenrolar do processo. Neste sentido, acrescenta FERREIRA DA CUNHA a seguinte ideia: «Efectivamente, como se poderia entender num Estado de Direito Material, que um agente fosse submetido, pelos mesmos factos, a uma duplicação de “sacríficos”? E como se poderia justificar, em termos de justiça relativa, que um agente cujo processo tivesse um desenrolar mais lento (o que poderá suceder em virtude de factores independentes da conduta do agente) e, por isso, sofresse um tempo mais prolongado de, p. ex., prisão preventiva, ficasse prejudicado relativamente a um outro cujo processo fosse mais rapidamente resolvido?»³⁶ Assim, pelo facto de não operar o instituto do desconto na pena determinada no final do processo, poderia acontecer que, em processos em que estejam em causa o mesmo tipo de crime, praticado em circunstâncias semelhantes, se verificassem privações de liberdade (mesmo que a pena *a final*

³⁴ TÂNIA ALMEIDA, *op. cit.*, p.155.

³⁵ Nesse sentido, veja-se os Ac. do STJ de 30/05/2001, proc.876/01 – 3.ª e de 02/10/2003, proc.2449/03 – 5.ª, lendo-se neste último: «se se justifica o desconto da prisão preventiva nas penas de prisão aplicadas, sensivelmente pelas mesmas razões se justificará a extensão do mesmo regime às próprias medidas de segurança».

³⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, p.871.

fosse a mesma) mais ou menos extensas, o que afronta desde logo o princípio da igualdade, nos termos do artigo 13.º da CRP³⁷.

Mais se acrescenta que se a um menor fosse aplicado o período máximo de internamento ou, posteriormente, fosse tal medida prorrogada até esse máximo, nos termos do artigo 139.º, n.º 2, alínea b), da LTE, e não se lhe descontasse o tempo de internamento que sofreu por força de medida cautelar de guarda, esse menor sofreria na prática um internamento superior ao máximo previsto.

Defende, adicionalmente, o tribunal decisor que o CPP só se aplicaria subsidiariamente ao regime tutelar educativo no que toca ao Título IV da LTE. Aos restantes casos omissos, dever-se-ia aplicar o CPC, conforme o disposto no artigo 128.º, n.ºs 1 e 2, da LTE, inscrito no Capítulo VI daquele Título. Deste modo, segundo a decisão proferida, a norma do artigo 80.º do CP, de direito substantivo, não rege para a situação, apenas cobrando razão para a aplicação à qualificação jurídico-penal do facto imputado ao menor. Contudo, parece-nos que tal visão do problema não considera a existência de normas processuais penais materiais. Assim como existem as normas de direito processual que afetam direitos fundamentais³⁸, também existem normas de natureza penal que têm efeitos processuais. Tal seria o caso do artigo 80.º do CP, como também evidencia a própria epígrafe do artigo “Medidas processuais”³⁹. Tal como afirma TAIPA DE CARVALHO, quanto às normas processuais materiais, «elas são normas processuais penais formais porque regem sobre as condições em que se desenvolve a marcha do processo, mas também de cunho substantivo, material, normas processuais materiais»⁴⁰. No presente caso, estaríamos perante uma norma penal substantiva, porque inserida no CP, mas também de cunho

³⁷ O TRL, em acórdão proferido a 23/06/2004, afirma mesmo que caso não se proceda ao desconto da medida cautelar, «fica violado o princípio da proporcionalidade da medida tutelar às necessidades de educação para o direito previsto no art.7.º da LTE e, também, o limite máximo das medidas tutelares de internamento estabelecido no art.18.º da LTE».

³⁸ Veja-se, sobre este tema, o Ac. do TC de 18/04/2001, proc.183/2001, e os Ac. do STJ de 28/11/2007, proc.07P3856; de 02/04/2008, proc.08P578; de 23/04/2008, proc.08P899; de 27/01/2010, proc.108/06.9SHLSB-AH.Si; de 25.02.2015, proc.533/12.6T3AMD-G.Li-A.Si; de 30/09/2015, proc.2430/13.9JAPRT.Si, e de 1/02/2017, proc.446/07.3ECLSB.Li-C.Si.

³⁹ Veja-se o Ac. do STJ de 12/11/2008, proc.07P4455.

⁴⁰ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.218.

processual, não estando por isso, a nosso ver, afastada do âmbito da remissão da LTE para o CPP e para o CPC (artigo 128.º, n.º 1 da LTE). Para além do mais, como refere TÂNIA ALMEIDA, apesar de não se verificar uma remissão da LTE para o CP, não se pode afirmar, perentoriamente, que o instituto do desconto não é de todo aplicável porque, na verdade «se essa for a melhor solução, nada obsta a que se recorra ao Código Penal»⁴¹.

Quanto ao argumento de que quando o juiz estabelece como medida tutelar a medida de internamento com uma determinada duração, tem já em conta a medida cautelar previamente aplicada de guarda do menor em centro educativo, não devendo por isso operar o desconto desse período na medida definitiva, o mesmo não procede, na medida em que se é verdade que o juízo de necessidade de correção da personalidade do menor terá sempre de existir no momento da aplicação da medida, este juízo de necessidade em nada prejudica a admissibilidade da figura do desconto. Deste modo, não é de excluir que, no momento da aplicação da medida, o juiz tenha que recorrer a parâmetros objetivos, de que são exemplos o limite legal máximo da medida tutelar educativa (cfr. artigo 18.º da LTE) e o desconto do tempo de privação de liberdade do menor a título de medida cautelar⁴².

Concluimos assim no sentido do voto de vencido, defendendo, desde logo, que a *ratio* e os fundamentos do instituto do desconto valem para a situação em que está em causa a aplicação, no âmbito de um processo tutelar educativo, de uma medida de internamento a menor que haja sofrido medida cautelar de guarda em centro educativo, sendo certo que o menor representa uma certa categoria de inimputabilidade penal.

III. Contornos metodológicos – *em especial*, a figura da analogia

Como evidenciado, não seguimos o entendimento adoptado pelo STJ na decisão em análise, acompanhando o Conselheiro RODRIGUES DA COSTA na

⁴¹ TÂNIA ALMEIDA, *op. cit.*, p.151.

⁴² *Ibidem*, p.153.

posição sufragada no seu voto de vencido.

Antes de mais, parece-nos que estaremos, ao contrário do referido pelo tribunal na sua fundamentação, perante uma verdadeira lacuna. Na verdade, discordamos do tribunal quando afirma que a presente questão foi deixada em aberto, ao “espaço livre do Direito”, não se tratando de uma lacuna. Assim, tratando-se a questão dos limites do Direito de uma questão normativa⁴³, o “espaço livre do direito” existirá, não sendo o mesmo definido formalmente nem excluído logicamente pelo direito positivo, e «só poderá conceber-se em função dos limites normativos inerentes ao próprio direito»⁴⁴. Neste caso, o conceito de lacuna, não deve ser autonomizado das suas formas de preenchimento – analogia e princípios, até porque estão em causa perspectivas de uma mesma atividade⁴⁵. Estaremos, a nosso ver, no presente caso, perante aquilo que J. BAPTISTA MACHADO chama de “lacunas teleológicas”, na medida em que estas são determinadas em face do escopo visado pelo legislador, ou seja, «em face da *ratio legis* de uma norma ou da teleologia imanente a um complexo normativo» e, neste sentido, a analogia aqui servirá não só para determinar a existência de uma lacuna, como para preencher a mesma⁴⁶ – no caso em apreço, da análise do artigo 80.º do CP resulta que a sua *ratio* se justifica também para as medidas privativas da liberdade aplicadas no âmbito da LTE, como é através do mesmo artigo que iremos preencher a lacuna existente⁴⁷. E é deste modo que temos de «rejeitar a ideia de que a analogia só interviria depois de detetada uma lacuna, ou de que os princípios jurídicos teriam um carácter meramente subsidiário, de última instância, como se não pudessem, depois de tudo ponderado, prevalecer sobre uma norma legal estrita»⁴⁸.

⁴³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, "Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 1993, p.208.

⁴⁴ *Ibidem*, p.213.

⁴⁵ ANTÓNIO CORTÊS, "Para uma Metodologia Jurídica Integral", *Estudos dedicados ao Professor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p.73. No mesmo sentido, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz (Vol.3)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p.71.

⁴⁶ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1999, p.196.

⁴⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, *op. cit.*, p.93.

⁴⁸ ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios. Ensaio sobre os fundamentos da decisão judicial*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2010, pp.132-135 e 140-141.

A medida de guarda em centro educativo e a medida de internamento podem visar fins diversos das medidas de prisão preventiva e de prisão, que lhe corresponderiam na lógica jurídico-penal. Contudo, não deixam de estar em causa medidas privativas da liberdade, justificando-se assim a analogia para o sistema tutelar educativo, por imperativos de justiça material, igualdade e proporcionalidade, consagrados constitucionalmente e inerentes a todo o sistema. Na verdade, são estes princípios “fundamentos imediatos” da particular normatividade da ordem jurídica positiva, «e que hão-de ser tomados na sua bivalência normativa: participando já do direito desses particulares domínios jurídicos, em que são princípios» e também impondo-se como «intenções regulativas e de validade para os actos constituintes que venham a criar novo direito nesses mesmos domínios jurídicos»⁴⁹. Em bom rigor, não se respeita, no caso em análise, a ideia de justa medida, verificando uma desproporção da privação de liberdade unicamente por força de exigências cautelares de natureza processual (que justificaram a aplicação da medida cautelar), que em nada estão relacionadas com o facto praticado pelo menor nem com a sua gravidade. É, por isso, uma restrição desproporcional da liberdade fazer depender a privação da liberdade desses fatores. Por outro lado, sempre se verificaria uma duplicação de sacrifícios do menor por força da prática de um só crime, como já referido, dada a similitude na execução da medida cautelar de guarda e da medida de internamento.

Mais se acrescenta que não é por o sistema tutelar educativo visar, em primeira linha, os fins de reeducação do menor (e, por isso, fins de prevenção especial) que os demais princípios jurídicos do sistema lhe são alheios e, nesse sentido, os princípios de justiça têm sempre que ser limite às exigências de finalidade educativa. Na verdade, como afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, «é um tanto exagerado exigir que procedam no caso omissis as razões justificativas do caso regulado, pois se procedessem todas as razões justificativas da regulamentação do caso previsto, não teríamos um caso análogo, mas um caso idêntico. (...) O que a analogia supõe é que as semelhanças são mais relevantes que as diferenças.

⁴⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p.279.

Há um núcleo fundamental nos dois casos que exige a mesma estatuição»⁵⁰. A norma e a situação de facto não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas semelhantes, e é isso exatamente naquilo que constitui o seu sentido. Para KAUFMANN, o que é determinante é se as duas realidades apresentam tanto em comum que possam, nessa medida, ser vistas como “semelhantes” de tal modo que – no caso da analogia jurídica – venha a ser acarretado, apesar da diferença que subsiste, o mesmo efeito jurídico. Assim, a “semelhança” de ambas as situações de facto justifica a mesma consequência jurídica⁵¹ e é por isso que «a regulamentação de casos semelhantes ao omissis constitui indício de uma lacuna, pois que isso implica uma violação do princípio da igualdade perante a lei (cf. art.13.º, n.º 1 da CRP)»⁵² Também para CASTANHEIRA NEVES, a relação analógica pressuporia sempre uma relação de “semelhança” (ou de correspondência) e não uma relação de identidade ou de uma qualquer “igualdade”, implicando a “semelhança”, não sendo identidade, também ela mesma diferença⁵³. O ponto estará no facto do *aliud* exterior justificar a prevalência do semelhante sobre as diferenças ou que se imponha que as mesmas sejam consideradas irrelevantes⁵⁴. Neste sentido, novamente, KARL LARENZ, quando afirma que da operação lógica de similitude entre as situações pode resultar não apenas «a constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado, assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluam aqui a valoração legal»⁵⁵. Deste modo, no caso em análise, as diferenças dos dois sistemas – do sistema tutelar educativo e do sistema jurídico-penal – não seriam justificativas, de *per se*, da recusa da existência de uma analogia entre as duas situações em análise, nomeadamente quanto à possibilidade de desconto da duração de uma medida

⁵⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p.447.

⁵¹ ARTHUR KAUFMANN, *Analogia y Naturaleza de la Cosa - Hacia una teoria de comprension juridica*, Editorial Juridica de Chile, 1976, p.19 e p.60.

⁵² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p.397.

⁵³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p.242.

⁵⁴ *Ibidem*, p.248. No mesmo sentido, KARL LARENZ, p.541, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp.402-403 e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p.202.

⁵⁵ KARL LARENZ, *op. cit.*, p.541.

cautelar no período determinado para a medida definitiva.

Não se pode falar do pensamento analógico sem convocar os trabalhos de FERNANDO BRONZE. Para este autor, «a admissibilidade (ou não) de um dado juízo analógico baseia-se, portanto, na extensão do “círculo de semelhança” concretamente coenvolvido – o que é apenas um outro modo de acentuar a ideia de que a excogitação da respetiva justificação material identifica o aspeto decisivo a considerar nesta esfera problemática: quer no âmbito do pensamento prático, quer no discurso jurídico, só é possível afirmar uma analogia pela mediação de um concretamente adequado fundamento argumentativo (-normativamente) convincente»⁵⁶. Assim, para este autor, a admissibilidade da analogia dependerá sempre da amplitude do círculo de semelhança suscetível e não tanto na adoção dos imperativos de justiça, que manda tratar o igual de modo igual e o desigual desigualmente e no “princípio da razoabilidade da realização do direito”. Não podemos deixar de concluir que a *ratio* de aplicação do artigo 80.º do CP se justifica também no caso em que esteja em causa um processo tutelar, em que um menor foi agente de um facto qualificado como crime, e em que, depois de aplicada a medida cautelar de guarda em centro educativo, é sujeito à medida tutelar educativa de internamento em centro educativo. E por serem as mesmas razões por detrás dos institutos em causa, a analogia neste caso irá trazer «à luz todos os casos que cabem nesse âmbito intencional, todos os casos em que se realiza a intenção teleologicamente normativa da norma jurídica»⁵⁷, ou seja, todos os casos em que haja uma privação da liberdade, que se imponha por razões processuais, numa fase em que domina ainda o princípio da presunção de inocência e, por isso, de incerteza quanto à prática do ilícito, em que deverão prevalecer os valores de justiça material, ao invés dos fins de prevenção especial, sob pena de originar uma privação da liberdade desproporcional e injustificada. É assim nessa normativa teleologia da norma que se encontra a base da sua aplicação analógica, bem como na lógica de evitar a duplicação de sacrifícios sofridos pelo menor em razão da prática de um

⁵⁶ *Ibidem*, p.559.

⁵⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p.269.

só facto.

Seguindo os passos sugeridos por J. BAPTISTA MACHADO para recorrer à analogia, parece-nos que (i) existe uma figura ou tipo relacionado que se recorta com nitidez bastante na experiência da vida e numa situação diversa da prevista no artigo 80.º do CP; (ii) que a disciplina prevista na norma do artigo 80.º do CP visa justamente regular este tipo de *estruturas relacionais*, em que está em causa uma privação da liberdade numa fase prévia do processo, independentemente do contexto ou quadrante da vida de relação a que a norma se reporta, ou seja, do facto de o direito tutelar educativo não ser um direito sucedâneo do direito penal e, por fim, (iii) que a contextualização do caso omissis num diferente quadrante, desde logo, no regime tutelar educativo, não importa uma diferente valoração do regime do desconto.

Mais se acrescenta que, ao considerar que o artigo 80.º do CP não deve ser aplicado analogicamente ao sistema tutelar educativo, o STJ peca por excesso, porque o facto de os fins de prevenção especial serem valores primordiais a considerar na escolha da medida tutelar educativa a aplicar ao menor, não são os únicos que deverão ser tidos em conta. No fundo, o tribunal está a orientar, de certa forma, a sua posição para as consequências jurídicas, e a fazê-lo de forma excessiva, devendo esta corrente ser rejeitada. Na verdade, estes programas finalísticos têm ganho mais relevo, na medida em que exprimem fins, atribuições e tarefas do Estado e outras entidades públicas – neste caso, a educação do menor delinquente. Em congruência com o afirmado anteriormente, «as soluções jurídicas passam, desta forma, a ser diretamente comandadas por objetivos políticos juridicamente reconhecidos: a realização dos interesses gerais ou públicos parece deixar de ter a necessidade de mediação dos programas condicionais da lei»⁵⁸.

As consequências que aqui estão em causa não são as consequências jurídicas ou efeitos jurídicos (nomeadamente sanções, desvalores jurídicos, assim como proibições, permissões ou imposições). São sim as consequências empíricas (sociais) que decorrem de tais consequências ou efeitos jurídicos

⁵⁸ ANTÓNIO CORTÊS, *op. cit.*, p.74.

(neste caso, efeitos da aplicação de uma pena/ medida tutelar educativa). Deste modo, o valor e o desvalor dos atos e das normas afere-se pelas boas ou más consequências, neste caso, sociais. Contudo, e como já referimos anteriormente, o sistema tutelar educativo não se orienta apenas para a proteção dos fins de prevenção especial e, até, dos efeitos preventivos gerais, mas também para os fins de justiça material, de proporcionalidade e igualdade prosseguidos por todo o sistema jurídico. Deste modo, não há que ponderar apenas os “efeitos” da educação do menor delinquente, mas olhar também para o caso de acordo com critérios de justiça. Isto significa que «as consequências devem ser ponderadas e que, nessa ponderação, devem estar sujeitas a um “controlo de justiça”». ⁵⁹ E seria nesse controlo que “entrariam” os demais fins de segurança da comunidade, os fins de justiça material e de proporcionalidade.

Deste modo, a não aplicação do instituto do desconto da medida de privação de liberdade sofrida pelo menor na medida final de internamento violaria o princípio da igualdade, nos termos do disposto no artigo 13.º da CRP, uma vez que não haveria razão substancial ou material relevante para haver uma distinção desta situação em concreto para a da aplicação de uma medida de coação no sistema penal. Em causa estaria também a violação do princípio de proporcionalidade e do princípio da presunção de inocência, por impor ao menor uma privação da liberdade superior única e exclusivamente por razões processuais e não for força das características do facto praticado, ao mesmo tempo que implica uma duplicação de sacrifícios pela prática de um mesmo facto. Deste modo, a possibilidade de recurso à analogia, para integrar a lacuna constante do sistema tutelar educativo, deve ser feita tendo em conta o paralelismo existente (ou não) das normas que regem as medidas cautelares previstas na LTE (artigos 56.º a 58.º da LTE) e das relativas às medidas de coação previstas do CPP (artigos 191.º a 194.º, 201.º, 202.º e 204.º do CPP) e não, necessariamente, como fez o Tribunal na decisão principal, o paralelismo entre os sistemas tutelar e penal no seu todo. Muito embora apresentando as suas diferenças estruturais, as mesmas diferenças não impedem o recurso à analogia

⁵⁹ ANTÓNIO CORTÊS, *op. cit.*, p.76.

quanto a determinadas questões, como a presente em análise. E é por estar em causa, na medida cautelar de guarda em centro educativo, uma privação da liberdade semelhante à que se verifica na prisão preventiva, exigindo-se como um dos pressupostos para a sua aplicação que o facto ou factos praticados revistam a mesma gravidade que é exigida para a aplicação da medida tutelar de internamento em regime fechado (artigo 58.º, n.º2) que se justifica também que preponderem os valores de justiça material consagrados no artigo 80.º do CP. Mais se acrescenta que consideramos a aplicação do instituto do desconto e a diminuição do tempo de permanência dos jovens neste tipo de instituições se revela de elevada importância, considerando a fase de formação e desenvolvimento da personalidade dos mesmos.

Para concluir, do ponto de vista do direito a constituir, seguimos a posição do voto de vencido, devendo incluir-se na LTE uma norma semelhante à do artigo 80.º do CP que consagre o instituto do desconto. Por agora, parece-nos que o juiz decisor não pode ser indiferente ao tempo já cumprido pelo menor de privação de liberdade quando avalia, de forma global, o *quantum* da medida final a aplicar, equacionando a necessidade de educação do menor que subsista no momento da decisão, nos termos do disposto no artigo 7.º, n.º 1 da LTE.⁶⁰

⁶⁰ Posição seguida, a título de exemplo, pelo TRP, em acórdão proferido a 01/06/2005, proc.0541369, nos termos do qual, embora não se reconheça a admissibilidade do desconto da medida cautelar de guarda na medida tutelar de internamento, levou em consideração o período de tempo em que o menor esteve sujeito a medida cautelar de guarda em centro educativo.