

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

LEONOR SARMENTO DE SOUSA MACHADO FONTES

**MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS – UMA
INTERVENÇÃO PENAL ENCOBERTA?**

Dissertação elaborada no âmbito do Mestrado
de Direito Forense, sob orientação da
Professora Doutora Helena Morão.

ABRIL 2014

ÍNDICE

Abreviaturas e Siglas	3
Introdução	5

CAPÍTULO I

Inimputabilidade em Razão da Idade	7
1. Inimputabilidade e Fins das Penas	7
2. Inimputabilidade e Culpa	12
3. A Opção pelo Início da Imputabilidade aos 16 anos	13

CAPÍTULO II

Enquadramento Histórico das Medidas Tutelares Educativas	16
1. Modelo de Justiça	16
2. Modelo de Protecção	17
3. Organização Tutelar de Menores	18
4. Lei Tutelar Educativa	20

CAPÍTULO III

Regime Jurídico das Medidas Tutelares Educativas	21
1. Pressupostos	21
2. Conteúdo das Medidas Tutelares Educativas	23
3. Aspectos Relevantes na Lei Tutelar Educativa	26
4. Processo Tutelar e Princípios	30

CAPÍTULO IV

Natureza Jurídica das Medidas Tutelares Educativas	38
1. Finalidades das Medidas Tutelares e das Penas	38
2. Legitimidade da Intervenção Estadual	42
3. Educação e Prevenção	43
4. Princípio da Culpa	46

CAPÍTULO V

Aplicação Prática das Medidas Tutelares Educativas	48
1. Medida Tutelar de Internamento	48
2. Medidas não Institucionais	52
Conclusão	54
Bibliografia	57

ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
CC	Código Civil
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CE	Centro Educativo
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
LPCJP	Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
LPI	Lei de Protecção da Infância
LTE	Lei Tutelar Educativa
MP	Ministério Público
OTM62	Organização Tutelar de Menores aprovada pelo DL n.º 44 288, de 20 de Abril de 1962
OTM78	Organização Tutelar de Menores aprovada pelo DL n.º 314/78, de 27 de Outubro
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

[A Grã Duquesa]

És novo. Não podes ser mau.

[Kaliayev]

Não tive tempo de ser novo.

(Os Justos, de Albert Camus)

INTRODUÇÃO

A natureza jurídica do Direito Tutelar Educativo é o tema objecto do presente estudo, intitulado de “Medidas Tutelares Educativas – Uma intervenção penal encoberta?” por forma a não só despertar o interesse e curiosidade do leitor, como também expressar o possível “calcanhar de Aquiles” deste regime jurídico.

A análise deste tema começará necessariamente no direito penal porquanto é nele que se encontram tipificados os ilícitos criminais – que, como veremos, são pressuposto da intervenção tutelar educativa – bem como a idade a partir da qual já se é responsável pela prática desses ilícitos; e nele acabará porque a meta final consiste precisamente na resposta a dar à questão colocada no título – ainda que se possa eventualmente concluir que o Direito Tutelar não tem natureza penal.

Deste modo, será analisado, numa primeira fase, o conceito de inimputabilidade e os contornos que este assume no nosso sistema jurídico-penal, procurando compreendê-lo face às finalidades das penas e ao princípio da culpa. Esta análise incidirá, em especial, sobre a inimputabilidade em razão da idade e terminará com uma breve abordagem sobre a pré-definição legal dessa mesma idade.

Numa segunda fase, faremos um breve enquadramento histórico das medidas tutelares educativas, por referência aos modelos que foram sendo adoptados no âmbito da intervenção relativa a menores que praticam infracções criminais. Com este enquadramento e a devida menção às razões do colapso dos anteriores modelos, visa-se possibilitar uma melhor compreensão do nosso actual direito tutelar.

De seguida, entraremos na análise do regime jurídico das medidas tutelares educativas, através da delimitação dos seus pressupostos e do conteúdo das mesmas, e da referência aos principais aspectos do processo tutelar educativo – assinalando as semelhanças e diferenças relativamente ao processo penal. Serão ainda abordadas neste capítulo algumas problemáticas que este regime tem levantado, dividindo não só doutrina, mas também a jurisprudência, nomeadamente a questão do recurso à figura do desconto, prevista no Código Penal, em sede de processo tutelar educativo, bem como a aplicação de várias medidas a um menor.

Merece especial referência o facto de estar neste momento a ser discutida na Assembleia da República a primeira alteração da Lei Tutelar Educativa, tendo sido aprovados, na generalidade, quatro Projectos de Lei, apresentados pelo PSD, CDS-PP, PS e PCP, o que vem confirmar a existência de aspectos controvertidos neste regime – ou até mesmo incongruências – e a necessidade de se proceder a alguns ajustamentos.

Feita a análise do regime tutelar educativo, estaremos, então, em condições de nos debruçarmos sobre o que realmente motivou a elaboração deste estudo: a natureza jurídica das medidas tutelares educativas. Aqui será feito o confronto das finalidades destas medidas com as finalidades das penas, procurando-se esclarecer a legitimidade da intervenção estadual e o peso – a existir – do princípio da culpa no regime tutelar educativo.

Por fim, dedicaremos um capítulo final à aplicação prática das medidas tutelares educativas que, face às limitações a que um trabalho desta natureza está sujeito (em termos quantitativos), será sumário e conciso, procurando referir apenas os aspectos mais relevantes.

CAPÍTULO I

Inimputabilidade em Razão da Idade

1. Inimputabilidade e Fins das Penas

A afirmação de que foi cometido um crime em sentido jurídico está necessariamente dependente do preenchimento cumulativo de determinados pressupostos, que se traduzem na existência de uma acção, típica, ilícita, culposa e punível¹. Quando se afirma que, em rigor, o menor não comete crimes² (leia-se, o menor de 16 anos), não significa isto que o menor não pratica factos ilícitos, traduzidos na ofensa de bens jurídicos, mas antes que esses factos nunca serão tidos por culposos. E não o são porque o nosso Código Penal assim o estabelece no seu artigo 19.º, onde se pode ler que “os menores de 16 anos são inimputáveis”. Por sua vez, é estabelecido no artigo 20.º do CP que “É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.”

Para Figueiredo Dias, o fundamento para que a imputabilidade seja excluída relativamente a agentes que não atingiram, ainda, em virtude da idade, a sua maturidade psíquica e espiritual é “da mesma índole daquele que dá base à inimputabilidade em função de anomalia psíquica: tal como uma certa sanidade mental é condição de apreciação da personalidade e da atitude em que ela se exprime, também o é um certo grau de maturidade”³. O autor acrescenta, ainda, que “do que se trata é pois – como na inimputabilidade fundada em anomalia psíquica – da impossibilidade, para o juiz, de apreensão das conexões de sentido objectivo que derivam da atitude da pessoa do agente e se exprimem no facto”⁴.

Carlota Pizarro de Almeida considera que tanto os menores, como os que padecem de anomalias psíquicas, partilham, à luz do direito penal, da incapacidade de culpa⁵. Essa

¹ V. Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º Volume, AAFDL, 1983, p.18.

² Souto de Moura, José Adriano, *A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos*, Separata da Revista do Ministério Público, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, 2000, p.98.

³ Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.594.

⁴ Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.595.

⁵ Pizarro de Almeida, Carlota, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, Almedina, 2000, p.21.

incapacidade de culpa, determinada legalmente e que se traduz na inimputabilidade penal, tem de ser compreendida por referência aos fins das penas.

Ora, relativamente à prevenção geral negativa, explica a autora que – analisando, em concreto, a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica – se fossem aplicadas penas a inimputáveis, o efeito intimidatório perder-se-ia em parte, pelo facto de a população não se reconhecer totalmente no doente mental. Acrescentando, porém, que “se considerarmos que o efeito da prevenção geral se obtém, precisamente, através de um objecto – o delinquente a quem é imposta a pena para servir de exemplo e instrumento de terror – nada obsta a que possa desprezar-se a culpa e se prossiga o mesmo fim ainda que através de um inimputável”⁶. Contudo, acaba por concluir que se deve excluir sem hesitações a punição dos inimputáveis, por forma a salvaguardar o respeito da dignidade humana e o princípio da culpa.

A nosso ver, a conclusão da autora é correcta, mas utiliza uma argumentação confusa. Isto é, o facto de a população não se reconhecer totalmente no doente mental não põe em causa o efeito de prevenção geral da pena que se lhe aplique, podendo até potenciar esse mesmo efeito, na medida em que, se até a um doente mental pode ser aplicada uma pena, por maioria de razão poderá ser aplicável a um sujeito responsável. A aplicação de uma pena a um sujeito que padece de anomalia psíquica apresenta-se, assim, idónea a consciencializar a população – pelo menos os sujeitos responsáveis – da dimensão e real valor da ameaça penal. A idoneidade da pena para as finalidades referidas pode, contudo, ser posta em causa relativamente aos potenciais doentes mentais criminosos, pois estes, por razões biopsicológicas, dificilmente compreenderão a punição ou onexo existente entre o crime e a respectiva pena.

Em relação à prevenção geral positiva, a autora, citando Figueiredo Dias, refere que no caso de anomalia psíquica “não estariam presentes os imperativos de prevenção geral, pois os actos praticados por alguém sob influência de uma patologia psíquica não põem em causa as expectativas comunitárias na validade da norma violada porque o indivíduo

⁶ Pizarro de Almeida, Carlota, *ob. cit.*, p.27.

normal não tende a tomar como exemplo o inimputável”⁷. Feita esta citação, acrescenta que “a questão não é, todavia, tão simples quanto parece”⁸.

De facto, não o é – o próprio Figueiredo Dias aborda esta problemática de uma forma mais aprofundada, por referência ao regime das medidas de segurança (artigos 91.º e seguintes, do CP). Sustenta este autor que “a exigência (para aplicação de medidas de segurança) de que se trate de facto ilícito-típico grave é feita (...) em nome do abalo social por ele causado na comunidade e da necessária estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada”⁹. E acrescenta que o disposto no artigo 91.º, n.º 2 do mesmo diploma “é sinal (...) de que também no âmbito das medidas de segurança (embora não de forma prevalente, como sucede no âmbito das penas, antes meramente secundária) a finalidade de prevenção geral de integração cumpre a sua função e, na verdade, uma função autónoma”¹⁰.

Quanto à prevenção especial, refere Carlota Pizarro de Almeida que pode fazer sentido a aplicação de uma pena a um inimputável, na medida em que mesmo os doentes mentais são, em grande número, sensíveis ao sistema de castigo e recompensa. Mas traz novamente à colação os limites constituídos pelo respeito da dignidade humana e pelo princípio da culpa, na medida em que os doentes mentais deverão ter o tratamento adequado e adaptado aos condicionalismos específicos que a anomalia psíquica impõe. A autora acaba por não fazer uma análise diferenciada relativamente à prevenção especial na sua vertente negativa, mas parece-nos que, também aqui, a pena – desconsiderando o princípio da culpa – é idónea a atingir a segurança¹¹.

Conclui, assim, que a justificação da não punição dos inimputáveis alicerça-se no respeito pelo princípio da culpa, pois à luz dos fins das penas actualmente consagrados no CP seria ainda possível aplicar-lhes penas¹².

⁷ Pizarro de Almeida, Carlota, *ob. cit.*, p.30.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Pena Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 1ª Edição, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p. 427.

¹⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p. 428.

¹¹ Pizarro de Almeida, Carlota, *ob. cit.*, p.27-29.

¹² Pizarro de Almeida, Carlota, *ob. cit.*, p.151 e 152. Sobre o princípio da culpa, v. Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.82 -84.

Do nosso ponto de vista, esta argumentação vale, igualmente, para a inimputabilidade em razão da idade, visto que, também aqui, seria possível – não fora a relevância do princípio da culpa – a aplicação de penas à luz dos fins das mesmas¹³. Aliás, as exigências de prevenção geral positiva, no sentido de estabilização e pacificação da sociedade, seriam até mais evidentes, face ao alarme social e insegurança que a delinquência juvenil tem originado.

Deve notar-se que os inimputáveis em razão de anomalia psíquica podem ser sujeitos a medidas de segurança¹⁴, que terão de ser, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 40.º do CP, proporcionadas à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Com efeito, estabelece a al. a) do artigo 1.º do CPP que por crime se deve entender “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”. Verificamos, assim, que, apesar de não poderem ser aplicadas penas aos inimputáveis em razão de anomalia psíquica, as medidas de segurança consistem, ainda, numa reacção penal – reacção essa ligada a uma perigosidade que não pode associar-se à culpa, mas que visa garantir a segurança da sociedade.

Ora, relativamente aos menores de 16 anos que praticam ilícitos criminais, também não se lhes é aplicável pena alguma, mas, contrariamente aos inimputáveis em razão de anomalia psíquica, não podem ser sujeitos a medidas de segurança, mas apenas a medidas tutelares educativas. A questão que cumpre, então, esclarecer é a razão pela qual a inimputabilidade acarreta consequências diversas, sujeitando um tipo de inimputáveis à reacção penal e afastando o outro dessa mesma reacção.

Pois bem, um menor que ainda não tenha completado os 16 anos de idade é considerado automaticamente inimputável porque se assume que as suas acções são praticadas num período em que, por natureza, não se tem, ainda, plena consciência da realidade envolvente, falhando a conexão objectiva de sentido entre o facto e a pessoa do agente¹⁵. Abaixo daquela idade, considera o legislador que o menor não tem, ainda, maturidade e experiência de vida suficientes para poder dar aos seus actos o seu verdadeiro alcance. Não existindo,

¹³ Em sentido contrário, v. Sánchez, Jesús-María Silva, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p.170.

¹⁴ Cujo regime jurídico vem previsto nos artigos 91.º e seguintes do CP.

¹⁵ Cf. Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.595.

portanto, tal conexão, não seria legítimo dirigir um juízo de imputação individual de censura à actuação do agente.

Refere Souto de Moura que se presume “que quem tem menos de 16 anos é incapaz de entender e querer, em termos suficientemente correctos para ser responsabilizado criminalmente, o que é uma opção de política criminal que toma evidentemente em conta dados fornecidos pela ciência, referidos ao nosso tempo e ao espaço português”¹⁶.

Estamos em crer que a opção por uma presunção inilidível, que tem como consequência a irresponsabilidade penal do menor, é, essencialmente, uma decisão de política criminal. Como se pode retirar da leitura do ponto 5 da Exposição de Motivos constante da Proposta de Lei n.º 266/VII (que veio a dar origem à Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro¹⁷), essa presunção encontra sentido político-criminal na necessidade de defender o menor de 16 anos contra a mais gravosa das intervenções estaduais (a acção penal) e de evitar a sua sujeição a um sistema fortemente estigmatizante e carregado de simbolismo social. Assim, considera-se que os jovens até aos 16 anos não devem suportar as consequências morais e psicológicas da responsabilidade penal, independentemente da gravidade dos seus comportamentos.

Deste modo, verificamos que a inimputabilidade em razão da idade e a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica se diferenciam, na medida em que aquela terá como consequência a não sujeição – pelo menos aparentemente – à acção penal, essencialmente por razões de política criminal, para protecção dos menores, ao passo que esta não deixará de ser enquadrada no direito penal, face às exigências de defesa social¹⁸. As medidas de segurança a que podem ficar sujeitos os inimputáveis do segundo grupo conformam apenas um outro domínio sancionador ao lado da pena¹⁹.

Estas duas acepções de inimputabilidade assemelham-se, porém, no facto de não terem necessariamente na sua génese uma verdadeira incapacidade de culpa. Em ambos os casos

¹⁶ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p.106.

¹⁷ In Diário da Assembleia da República I Série A nº 215, de 14/09/1999, disponível em www.pgdlisboa.pt. A sua entrada em vigor ficou, porém, dependente da entrada em vigor do Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos e do diploma de criação dos primeiros centros educativos para execução da medida de internamento, o que apenas se concretizou em Janeiro de 2001.

¹⁸ Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 1ª Edição, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p. 429.

¹⁹ V. Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p. 434.

se fazem sentir determinadas exigências de política criminal, o que no caso da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é evidenciado pelo n.º 3 do artigo 20.^o²⁰. No que se refere à segunda acepção da inimputabilidade, cumpre referir que sempre que a idade, como fundamento da inimputabilidade, for expressa através de um critério exclusivamente quantitativo (10, 12, 14, 16, 18 anos...), por forma a garantir a segurança jurídica, todas as teorias confrontar-se-ão com a dificuldade em compreender inteiramente este fundamento a partir do pensamento da culpa²¹.

2. Inimputabilidade e Culpa

O pensamento da culpa diz-nos que uma conduta é culposa quando “o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada”²². O conteúdo material da culpa encontra-se directamente na violação de um dever de conformação da pessoa às exigências do Direito²³.

Pedro Garcia Marques realça a importância de se aferir a consciência axiológica-jurídica, tendo em conta as exigências que o direito possa validamente dirigir à pessoa-sujeito de direito, no caso concreto²⁴. Para este autor, “a imputação de um juízo de culpa não resulta do imediato não cumprimento de uma regra mas do que isso leve implicado de não cumprimento de um dever de procura do valor subjacente à actuação a que se encontra vinculado no cumprimento da sua específica tarefa de realização existencial. (...) apenas haverá culpa jurídico-penal quando a norma retrate esse dever, quando verdadeiramente possamos dizer que o imponha e, por seu lado, este não seja cumprido pelo agente”²⁵.

²⁰ De forma desenvolvida, v. Pizarro de Almeida, Carlota, *ob. cit.*, p.101.

²¹ Neste sentido, cf. Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.595.

²² Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.274.

²³ Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.522. Sobre o conceito de culpa no ordenamento jurídico-penal português, v. Costa Oliveira, Francisco, *Crime Negligente e Culpa na Dogmática Penal e na Prática Judiciária*, Almedina, 2010, p.69 e seguintes.

²⁴ Garcia Marques, Pedro Maia, *Da culpa individual no direito penal – contributo para a procura de uma adequada justificação material e ético-individual do juízo de culpa jurídico-penal*, Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2003, p.265.

²⁵ Garcia Marques, Pedro Maia, *ob. cit.*, p.259.

Concretizando esta ideia, escreve o mesmo autor que “assim, mais não será o juízo de culpa do que a quebra pelo sujeito, no caso concreto, de um dever, susceptível de ser individualmente sentido como integrando um universo de exigências ético-existenciais ao reconhecimento dos outros como sujeitos, como homens livres dotados de valor”²⁶.

Nos casos de inimputabilidade previstos nos artigos 19.º e 20.º do CP, considerou o legislador que não poderá ser feito um juízo de censura relativamente aos agentes com idade inferior a 16 anos ou que padecem de anomalia psíquica (neste último caso, verificados os requisitos legais), respectivamente, porque não lhes é exigida uma disponibilidade para sujeitarem os seus comportamentos às normas jurídico-penais e aos seus valores²⁷. Os ilícitos criminais não podem ser pessoalmente censurados aos agentes em causa, dadas as limitações que sofrem em termos de maturidade ou de sanidade mental.

3. A Opção pelo Início da Imputabilidade aos 16 anos

Posto isto, cumpre agora descortinar a razão pela qual se elegeu os 16 anos – e não outra idade – como o início da responsabilidade penal, tendo presente que, qualquer que seja a idade considerada mais adequada, a opção por um critério quantitativo visa garantir a segurança jurídica.

É sabido que as crianças se tornam adultos em idades diferentes e em áreas diferentes²⁸. As classificações relativas às divisões etárias são necessariamente temporais, circunstanciais e políticas, no sentido de existirem consoante o interesse ou desejo de cada comunidade, ao longo dos tempos e do sistema de organização social. A juventude não é um conceito neutro, implicando, antes, uma reflexão em contexto²⁹.

Deste modo, verificamos que em determinadas áreas, como a do direito civil, as crianças (aparentemente) só passam a ser tratadas como adultos quando perfazem 18 anos. A partir

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Garcia Marques, Pedro Maia, *ob. cit.*, p.259.

²⁸ Neste sentido, v. Musgrave, P. W, *Sociologia da Educação*, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p.22.

²⁹ Cf. Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.15, disponível em www.parlamento.pt.

dessa idade, termina a menoridade e atinge-se o patamar seguinte, a maioridade, como dispõe o artigo 122.º do CC.

Na anterior redacção do referido artigo, a maioridade atingia-se, em regra, na data em que a pessoa perfizesse os 21 anos de idade. A alteração para os 18 anos terá tido a intenção de se adequar ao mais célere processo de desenvolvimento psíquico e cultural dos jovens, e de harmonizar o direito civil com a Lei Fundamental, visto que aos 18 anos já se tem capacidade eleitoral activa e passiva (artigos 49.º e 150.º da CRP)³⁰.

Embora se tenha estabelecido o termo da menoridade nos 18 anos, determinou-se que a partir dos 16 anos “o menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento” (artigo 132.º do CC), desde que devidamente autorizado (artigo 1649.º do CC). Como dispõe o artigo 133.º do CC, “a emancipação atribui ao menor plena capacidade de exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens como se fosse maior” (artigo 133.º do CC).

A nível internacional verificamos que, tanto a Convenção sobre os Direitos da Criança³¹, como as Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Jovens Privados de Liberdade³² (Regras de Havana), estabelecem a fronteira entre a menoridade e a maioridade nos 18 anos de idade. Naquela primeira Convenção pode ler-se no seu artigo 1.º que “(...) criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”; por sua vez, estipula-se nas Regras de Havana (mais precisamente na regra n.º 11 al.a)) que “menor é qualquer pessoa que tenha menos de 18 anos”.

Contudo, há mais de um século que, em Portugal, a maioridade – imputabilidade – penal foi fixada nos 16 anos, através da Lei de Protecção da Infância³³. Portugal permanece como um

³⁰ Cf. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1982, p.134 e 135.

³¹ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, publicada no Diário da República I Série, n.º 211 de 12/09/1990.

³² Aprovadas pela Resolução 45/113 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

³³ Decreto de 27 de Maio de 1911.

dos poucos países ocidentais onde a maioria penal não está nivelada com a maioria civil³⁴.

Não podemos deixar de assinalar a existência de uma certa incoerência dentro do próprio regime jurídico-penal na forma como encara a minoridade. Isto é, apesar de o menor ser tratado como maior – para efeitos de responsabilidade penal – a partir dos 16 anos, o legislador consagrou, em determinados casos, uma protecção aos menores de 18 anos sem a barreira diferenciadora dos 16 anos. Veja-se, para o efeito, os tipos de “abuso sexual de menores dependentes” e o “recurso à prostituição de menores”, previstos e punidos pelos artigos 172.º e 174.º do CP, respectivamente, em que se refere “menor entre os 14 e 18 anos”.

Verificamos, assim, que em termos de responsabilização, o Estado considera que o menor a partir dos 16 anos já pode ser sujeito às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e ao rito do processo penal, à estigmatização que sempre acompanha a passagem pelo corredor da justiça penal e aos efeitos extremamente gravosos que a aplicação de uma pena necessariamente produz³⁵. Mas assume, contudo, um papel paternalista na tipificação dos crimes contra a autodeterminação sexual, acabando por equiparar os menores até aos 18 anos – menores esses que na Parte Geral do CP são tratados de forma distinta.

Parece-nos pertinente referir, ainda, que a elevação do início da imputabilidade para os 18 anos chegou a ser ponderada pela Comissão de Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, nos trabalhos preparatórios da Reforma do Direito de Menores de 1999, mas acabou por não chegar a ser proposta face ao crescente sentimento de insegurança, ainda que tivesse sido reconhecida a sua compatibilidade com as propostas relativas ao processo tutelar educativo^{36;37}.

³⁴ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Menores, mas imputáveis: que protecção*, in Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof.Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra Editora, 2008, p.390.

³⁵ Cf. Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.595.

³⁶ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Separata Psicologia Forense, Almedina, Coimbra, 2006, p.375.

³⁷ Defendendo a elevação do limite etário para os 18 anos, como imperativo civilizacional, v. Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003, p. 59; e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.357. Em sentido oposto, v. Gonçalves, Rui Manuel, *A culpa na Lei Tutelar Educativa*, Relatório elaborado no Seminário de Criminologia, no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2007/2008, p.17 e 18,

CAPÍTULO II

Enquadramento Histórico das Medidas Tutelares Educativas

1. Modelo de Justiça

O século XIX foi, um pouco por toda a Europa, essencialmente caracterizado por um modelo de justiça (ou penitenciário) de tratamento da delinquência juvenil, em que os menores eram considerados penalmente responsáveis. A representação dominante da criança era a do “adulto miniatura”³⁸, que era submetido no essencial às mesmas regras que os adultos, não obstante as suas penas serem, em geral, mais curtas do que as dos adultos.

Este modelo de feição repressiva procedia a uma clara distinção entre menores em perigo e menores delinquentes e optava pela sujeição destes ao regime penal. O facto criminoso que estava na origem da punição, bem como a prova do mesmo, eram, assim, pressupostos irrenunciáveis de toda a intervenção, recorrendo-se, para tal, ao processo penal. Consequentemente, o menor teria asseguradas as garantias de defesa, mas, também, toda a carga negativa (estigmatizante) que a sujeição ao regime penal comporta³⁹.

Em Portugal, o Código Penal de 1852 estabelecia a inimputabilidade absoluta dos menores com menos de 7 anos (artigo 23.º, n.º 5) e a inimputabilidade relativa a partir dessa idade até aos 14 anos, cuja possível responsabilização dependeria, neste último caso, do juízo feito, em concreto, relativamente à falta de discernimento do menor aquando da prática da ilicitude penal (artigo 23.º, n.º 3).

entendendo este autor que a imputabilidade deveria ser fixada aos 14 anos de idade, pois a inimputabilidade, como se encontra actualmente estabelecida, revela-se, em muitos casos, uma pura “ficção legal”.

³⁸ Neste sentido, cf. Sudan, Dimitri, *Da criança culpada ao sujeito de direitos: alterações dos modos de gestão da delinquência juvenil (1820-1989)*, in *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*, Julho/Setembro, 1997, p.72 e seguintes.

³⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, *ob. cit.*, p.597.

2. Modelo de Protecção

A partir de 1880, surgem na Europa projectos de lei sobre protecção à infância, que reclamavam uma intervenção jurisdicional mais protectora e educativa do que repressiva, assente no ideal humanitário. Houve, assim, uma sensibilização, a nível internacional, relativa à necessidade de fazer sair uma parte dos menores das regras de direito comum previstas para os adultos e à necessidade de implementação de um modelo de protecção.

Através da LPI, criou-se em Portugal os Tribunais de Menores (ou Tutorias da Infância⁴⁰) e retiraram-se os menores de 16 anos do âmbito do direito penal, sujeitando-os, assim, a uma jurisdição especializada.

Como refere Anabela Rodrigues, “Portugal orgulha-se, a justo título, de estar entre os primeiros, ou mesmo de ter sido o primeiro, a ter adoptado, desde 1911, um conjunto de regras de direito especiais para menores”⁴¹.

A LPI caracterizava-se por um acentuado carácter protector e educativo, tendo por finalidades, como foi estabelecido no seu preâmbulo, “proteger, regenerar, tornar útil, dando a cada ser que caia sob a sua acção carinho e conforto, tentando insinuar-lhe a consciência do equilíbrio na luta das paixões e do dever, e a medida das respectivas responsabilidades, como elemento de riqueza colectiva”.

A LPI tinha, ainda, a particularidade de se destinar indistintamente a crianças em perigo moral, a crianças desamparadas e a crianças delinquentes. Deste modo, o facto criminoso não constituía pressuposto da intervenção da tutoria, podendo contribuir, quando muito,

⁴⁰ Segundo o artigo 2.º da LPI, a Tutoria da Infância era um tribunal colectivo especial, essencialmente de equidade, que se destinava a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes, sob a divisa: educação e trabalho. V. também Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos: Um Século de Tensão entre a Protecção e a Repressão, Educação e Punição*, Coimbra Editora, 2005, p.148 - onde se acentua o risco de o recurso ao significativo tribunal despertar na opinião pública uma ideia repressiva e estigmatizante, incompatível com o ideal humanitário e educativo.

⁴¹ Rodrigues, Anabela Miranda, *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 1997, p. 359. V. também Gersão, Eliana, *Menores agentes de infracções criminais – que intervenção*, Apreciação Crítica do Sistema Português, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, p.623 e 624 - onde são explicadas as razões que levaram à adopção de um modelo de protecção em Portugal.

para o conhecimento da personalidade do menor, eventualmente como indício de maior perigosidade⁴².

Contudo, este novo regime foi alvo de diversas críticas negativas, nomeadamente pelo facto de o internamento nos estabelecimentos correcionais – a medida mais largamente aplicada – ser representada como uma verdadeira pena, quer pelos menores, quer pelo público em geral⁴³.

3. Organização Tutelar de Menores

Em 1962, foi publicada a Organização Tutelar de Menores⁴⁴, que introduziu alterações significativas no regime jurídico então em vigor, nomeadamente no que se refere à barreira etária à intervenção penal, estabelecendo-se os 16 anos de idade como o início da imputabilidade.

Segundo Figueiredo Dias, este modelo expressava uma determinada concepção do Estado de direito social, em que o facto ilícito praticado pelo menor surgia como uma patologia social, indiciador da necessidade de auxílio do menor⁴⁵. Dirigindo-se a intervenção do tribunal exclusivamente à protecção do menor, não se considerava necessário assegurar-lhe garantias de defesa no processo⁴⁶.

A medida de internamento passou a ser encarada como *ultima ratio*, face à tendencial rejeição das ideias que sustentavam que a recuperação social dos menores deveria ser realizada através do afastamento destes do seu meio familiar e social⁴⁷.

Relativamente aos menores que praticavam ilícitos criminais, era reforçada a ideia de que apenas a personalidade e circunstâncias de vida destes eram relevantes para a determinação

⁴² Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.186 e 187.

⁴³ Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.217; v. também Serra, Eurico, *Os Tribunais de Menores e a sua Jurisdição* - Anteprojecto da reforma dos Serviços Jurisdicionais de Menores, Parte I, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1961, p.94.

⁴⁴ Aprovada pelo Decreto-Lei nº 44 288, de 20 de Abril de 1962.

⁴⁵ Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.597.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cf. Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.246.

da medida a aplicar, não tendo de ser tomados em consideração os factos praticados⁴⁸. A observação do menor era, assim, a pedra angular do sistema⁴⁹.

A OTM62 foi alvo de várias alterações, tendo sido especialmente reforçado o seu desiderato protector no pós 25 de Abril, através do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro, inscrevendo decisivamente o Direito de Menores português naquilo que habitualmente se designa de modelo de *welfare* ou de protecção⁵⁰. Porém, tornava-se cada vez mais criticada a falta de garantias processuais do menor face à intervenção estadual e a frequente limitação de direitos, liberdades e garantias em sede de processo tutelar⁵¹. O menor não tinha o direito a ser assistido por advogado e era a mesma pessoa (juiz) que dirigia a instrução e que aplicava as medidas, sendo que a decisão final podia ser tomada sem que tivesse havido qualquer audiência para a produção de prova – excepto no caso de se presumir a aplicação de uma medida de internamento em estabelecimento tutelar⁵².

A crise do modelo de protecção parece ter ficado, assim, a dever-se, não só à desatenção dada aos direitos fundamentais do menor – que punha necessariamente em causa a legitimidade da intervenção – mas também à sua incapacidade de dar resposta às necessidades dos menores que praticavam factos qualificados pela lei como crimes – factor que punha em causa a eficácia da intervenção⁵³. Acresce, ainda, a criticada indefinição temporal das medidas tutelares, bem como a ilimitada cumulação das mesmas relativamente ao mesmo menor, o que propiciava intervenções desproporcionadas e abusivas.

Como se pode ler no ponto 3 da Exposição de Motivos da LTE, um modelo proteccionista, guiado pela ideia de que é possível responder do mesmo modo a problemas tão diversos

⁴⁸ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.6.

⁴⁹ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p.112.

⁵⁰ Cf. Neves, Tiago, *Entre Educativo e Penitenciário, Etnografia de um centro de internamento de menores delinquentes*, Edições Afrontamento, 2008, p.22. Neste sentido, ver também Gomes, Conceição, *Os caminhos difíceis da “nova” justiça tutelar educativa, Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e Centros de Estudos Sociais, Coimbra, 2004, p.129.

⁵¹ Neste sentido, Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Almedina, 2006, p. 369; e Gersão, Eliana, *Menores Agentes de Infracções – Interrogações acerca de Velhas e Novas Respostas*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Abril/Junho 1994, p.244.

⁵² Gersão, Eliana, *ob. cit.*, p.244.

⁵³ Cf. Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.55.

como o do abandono do menor ou o da prática, por este, de condutas anti-sociais ligadas ao mundo do crime organizado, condenava-se por si próprio. Deste modo, tornava-se absolutamente premente a distinção entre finalidades da intervenção tutelar de protecção e as finalidades da intervenção tutelar educativa⁵⁴.

4. Lei Tutelar Educativa

A LTE veio criar um regime que consubstancia um novo modelo de intervenção do Estado, marcando uma ruptura importante com o “modelo de protecção” e passando a diferenciar a sua intervenção relativamente a menores agentes de factos qualificados pela lei como crimes da intervenção face a menores em perigo.

O sistema tutelar educativo consubstancia uma espécie de terceira via, ao conciliar o princípio de subtracção do menor ao sistema penal com uma estratégia responsabilizante⁵⁵. Trata-se, pois, de uma via de menor paternalismo e maior responsabilização e transparência processual que, recusando a lógica punitiva-retributiva e afirmando objectivos educativos, procura compatibilizar a salvaguarda dos direitos dos jovens com as expectativas da comunidade⁵⁶.

⁵⁴ V. Eliana Gersão, *ob. cit.*, p.246, onde a autora destaca aspectos positivos deste tratamento indiferenciado dos menores, considerando, assim, que “o tratamento dos menores delinquentes nos mesmos quadros jurídicos e nas mesmas instituições que os menores com outras dificuldades de comportamento ou simplesmente em risco contribuiu, por um lado, para a sua menor estigmatização pela opinião pública e, por outro, para uma melhoria das condições de funcionamento dos estabelecimentos tutelares, nomeadamente para a sua abertura ao exterior”. Contudo, poucas linhas mais à frente, reconhece que “a menor estigmatização dos menores delinquentes foi obtida a custo da maior estigmatização das crianças ditas inadaptadas ou simplesmente em risco” e que “com o pretexto de se salvaguardarem os menores delinquentes, sacrificam-se os menores em risco”. Veja-se, ainda, Sá Fernandes, Ricardo, *Sobre o projecto de reforma da jurisdição de menores*, in *Cadernos do Ministério Público: Direito dos Menores, reforma ou revolução?*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998, p. 192 – criticando a “separação de águas entre os jovens delinquentes, de um lado, e jovens pré-delinquentes e jovens para-delinquentes, do outro”.

⁵⁵ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes*, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos: Um Século de Tensão entre a Protecção e a Repressão, Educação e Punição, Coimbra Editora, 2005, p.371.

⁵⁶ Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.31; e Rodrigues, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 373. V. também Gersão, Eliana, *ob. cit.*, p. 254, que, antes de ter sido criada a LTE, defendia a adopção de uma “terceira via” que se aproximasse do direito penal e do processo penal relativamente aos direitos e garantias que estes reconhecem, mas que dele se afastasse quanto ao conteúdo e mesmo “filosofia de base” das intervenções; Susano, Helena, *A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação*, in *Julgado*, Lisboa, n.º 11 Maio-Ago.2010, p.111 e seguintes; e Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Almedina, 2006, p. 358.

CAPÍTULO III

Regime Jurídico das Medidas Tutelares Educativas

1. Pressupostos

Relativamente ao âmbito de aplicação da LTE, podemos referir como primeiro pressuposto a prática por menor, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime, nos termos do artigo 1.º da referida lei⁵⁷. Este pressuposto traduz-se na verificação de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais, bens esses cuja salvaguarda vem prevista na lei penal, visto ser neste ramo do direito que estão previstas as ofensas intoleráveis aos bens jurídicos essenciais.

Deste modo, se não ocorrer qualquer ofensa a bens jurídicos, a intervenção tutelar educativa não terá lugar, podendo haver, quando muito, uma intervenção de cariz protector ou assistencial. Os menores em perigo são, pois, tratados pela lei de forma diversa, assumindo-se agora que estes exigem uma resposta diferente por parte do Estado, relativamente aos menores delinquentes⁵⁸.

Fixa-se, assim, os 12 anos como idade mínima para a intervenção tutelar, considerando-se que, abaixo daquela idade, as condições biopsicológicas do menor exigem uma intervenção que não se coaduna com o sistema de justiça. Desta forma, verificada a prática de um facto qualificado pela lei como crime por menor que não atingiu a referida idade mínima, a intervenção deve ser encarada e suportada com o *pathos* que envolve os acidentes de natureza⁵⁹. A intervenção do Estado relativamente aos menores de 12 anos assume um cariz exclusivamente protector e encontra regulamentação jurídica na LPCJP.

Por outro lado, os jovens com idades compreendidas entre os 16 e os 21 anos beneficiam de um regime penal especial, previsto pelo artigo 9.º do CP e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, que procura responder de forma mais adequada às especiais necessidades de ressocialização suscitadas pelos jovens delinquentes.

⁵⁷ Pertencerão a esta lei todos os artigos que vierem a ser mencionados sem indicação de origem.

⁵⁸ Veja-se o artigo 1.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, onde se estabelece que a intervenção estadual visa “a promoção dos direitos e a protecção das crianças e jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem estar e desenvolvimento integral”.

⁵⁹ Cf. Ponto 8 da Exposição de Motivos da LTE.

O segundo pressuposto da intervenção tutelar educativa é a existência da necessidade de correcção da personalidade do menor, no plano do dever-ser jurídico-penal, expressa na prática do facto⁶⁰ – artigos 7.º, n.º 1, 87.º, n.º 1, al. c), 90.º, al. d), 92.º, n.º 1, al.b) e 93.º, n.º1, al.b). A intervenção não deve ter lugar se a prática do facto exprimir ainda uma atitude de congruência ou mesmo tão-só de não desrespeito para com os valores jurídicos essenciais⁶¹.

O terceiro pressuposto consiste na subsistência da necessidade de educação do menor para o direito, manifestada na prática do facto, no momento da decisão de aplicação de medidas tutelares educativas, de acordo com o disposto no artigo 7º, n.º 1⁶².

Contudo, parece-nos que, na prática, se torna difícil apurar se a personalidade do menor, desde o cometimento do facto ilícito até à decisão sobre a aplicação de medida tutelar, se ajustou verdadeiramente ao respeito pelo dever-ser jurídico, justificando a não aplicação de uma medida tutelar. Refere Helena Susano que chegar-se-á a essa conclusão se o menor, após praticado o facto, tiver assumido “condutas conformadoras com o respeito pelas normas reguladoras de convivência social”⁶³. A nosso ver, existe o risco de se pautar essa análise da personalidade do menor por critérios alicerçados na educação ou no dever-ser em geral, e não no dever-ser estritamente jurídico.

A LTE exige, igualmente, que a decisão de aplicação de uma medida tutelar seja proferida até o menor completar 18 anos. Se o menor completar os 18 anos sem que tenha havido decisão em 1.ª instância, cessa a competência do Tribunal de Família e Menores e, conseqüentemente, o processo não poderá ser iniciado ou, tendo-o sido, é arquivado – cf. artigo 28.º, n.º 2, al. b) e n.º 3.

Em sede de direito tutelar e à semelhança do direito penal, só pode ser aplicada medida tutelar a menor que cometa facto qualificado pela lei como crime e passível de medida tutelar por lei anterior ao momento da sua prática, conforme dispõe o artigo 3.º. Este artigo, sob a epígrafe “aplicação da lei no tempo”, mais não consagra do que o princípio da legalidade e a proibição da retroactividade da lei penal e das próprias medidas tutelares,

⁶⁰ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.57.

⁶¹ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.57.

⁶² Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.58.

⁶³ Susano, Helena, *ob. cit.*, 113.

consagrado na nossa Lei Fundamental – por referência à aplicação da lei criminal – no seu artigo 29.º e no artigo 1.º do CP.

O princípio da legalidade constitui aqui uma garantia do menor, assegurando-lhe que não poderá ser aplicada uma medida tutelar se não houver lei anterior a qualificar o facto como crime e se essa medida não estiver, também ela, prevista em lei anterior ao momento da prática do facto. Deste modo garante-se a liberdade e a segurança dos seus eventuais destinatários.

2. Conteúdo das Medidas Tutelares Educativas

As medidas tutelares encontram-se taxativamente tipificadas no artigo 4.º e ordenadas segundo a sua crescente gravidade, ou seja, pelo grau de limitação ou de restrição que, em abstracto, se considera que cada medida é susceptível de representar para a generalidade dos menores, no que se refere à sua autonomia de decisão e de condução de vida⁶⁴. Ademais, encontram-se divididas em medidas tutelares não institucionais e medidas tutelares institucionais.

Assim, considera-se medidas não institucionais (i) a admoestação; (ii) a privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores; (iii) a reparação ao ofendido; (iv) a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade; (v) a imposição de regras de conduta; (vi) a imposição de obrigações; (vii) a frequência de programas formativos; e (viii) o acompanhamento educativo. Por sua vez, considera-se medida institucional o internamento em centro educativo, que pode ser aplicada em regime aberto, em regime semiaberto ou em regime fechado, de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 3.

Conforme dispõe o artigo 9.º, a admoestação consiste na advertência solene feita pelo juiz ao menor, exprimindo o carácter ilícito da conduta e o seu desvalor e consequências e exortando-o a adequar o seu comportamento às normas e valores jurídicos e a inserir-se, de uma forma digna e responsável, na vida da comunidade.

⁶⁴ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.66.

A medida de privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores consiste – nos termos do artigo 10.º – na cassação ou na proibição de obtenção da licença, por período entre um mês e um ano.

A reparação ao ofendido pode consistir num pedido de desculpas, numa compensação económica, no todo ou em parte, pelo dano patrimonial ou no exercício de uma actividade conexas com o dano – sempre que for possível e adequado, sendo que nestas duas últimas modalidades se exige o consentimento do ofendido, nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e 6.

Por sua vez, estabelece o n.º 1 do artigo 12.º que a medida de prestações económicas ou de realização de tarefas a favor da comunidade consiste na entrega, pelo menor, de determinada quantia ou no exercício de actividade em benefício de entidade, pública ou privada, de fim não lucrativo.

A medida de imposição de regras de conduta vem prevista no artigo 13.º e tem por objectivo criar ou fortalecer condições para que o comportamento do menor se adequa às normas e valores jurídicos essenciais da vida em sociedade, podendo ser-lhe imposta a obrigação de não frequentar certos meios, locais ou espectáculos, de não acompanhar determinadas pessoas, de não consumir bebidas alcoólicas, de não frequentar certos grupos ou associações e de não ter em seu poder certos objectos.

A medida de imposição de obrigações, regulada no artigo 14.º, tem por objectivo contribuir para o melhor aproveitamento na escolaridade ou na formação profissional e para o fortalecimento de condições biopsicológicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade do menor, podendo consistir na obrigação de o menor frequentar um estabelecimento de ensino com sujeição a controlo de assiduidade e aproveitamento, de frequentar um centro de formação profissional ou seguir uma formação profissional, entre outras.

Estabelece o artigo 15.º que a medida de frequência de programas formativos pode consistir na participação em programas de ocupação de tempos livres, de educação sexual, de educação rodoviária, de orientação psico-pedagógica, de despiste e orientação profissional, de aquisição de competências pessoais e sociais e, por último, desportivos.

A medida de acompanhamento educativo consiste na execução de um projecto educativo pessoal, elaborado pelos serviços de reinserção social e sujeito a homologação judicial, que abranja as áreas de intervenção fixadas pelo tribunal – artigo 16.º, n.º 1 e 3.

Por último, a medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável – artigo 17.º, n.º 1.

Esta medida, que pode ser aplicada, como já foi referido, segundo o regime aberto, semiaberto ou fechado, é executada em centro educativo classificado com o correspondente regime de funcionamento e grau de abertura ao exterior, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º. Em regime aberto e semiaberto, a duração mínima da medida é de três meses e a máxima é de dois anos – artigo 18.º, n.º 1. No regime fechado, a duração mínima é de seis meses e a máxima é de dois anos, salvo se o menor tiver praticado facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a cinco anos – casos em que a duração máxima da medida pode ser de três anos, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º.

Pois bem, os pressupostos para aplicação da medida de internamento em regime semiaberto e em regime fechado vêm regulados nos n.ºs 3 e 4 do artigo 17.º, exigindo-se, naquele primeiro, que o menor tenha cometido facto qualificado como crime contra as pessoas a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a três anos ou que tenha cometido dois ou mais factos qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, superior a três anos. Relativamente ao regime fechado, os pressupostos são a prática de facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou a prática de dois ou mais factos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a três anos e (cumulativamente) o menor ter idade superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

Os instrumentos relevantes em termos de organização da intervenção educativa nos centros educativos vêm previstos no Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos⁶⁵, mais concretamente nos seus artigos 17.º a 21.º. Esses instrumentos consistem no Projecto de Intervenção Educativa, no Regulamento Interno, nas Orientações Pedagógicas Gerais divulgadas pelos serviços de reinserção social e no Projecto Educativo Pessoal.

3. Aspectos relevantes na Lei Tutelar Educativa

Relativamente ao conceito de “interesse do menor”, que, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º, deve orientar a escolha da medida tutelar aplicável, refere Laborinho Lúcio que “estamos aqui perante a projecção constitucional da ideia de pessoa que está por detrás do conceito de dignidade, enquanto dignidade da pessoa humana – artigo 1.º da CRP”⁶⁶. Pretende-se, assim, que sejam tidos em conta, na aplicação da medida, os direitos do menor, nomeadamente à educação, socialização, liberdade e autodeterminação, bem como o seu direito a condições potenciadoras de um desenvolvimento saudável da sua personalidade, de forma responsável⁶⁷.

Quando o menor for considerado autor da prática de uma pluralidade de factos qualificados como crime, o tribunal aplica uma ou várias medidas tutelares, de acordo com a concreta necessidade de educação do menor para o direito – artigo 6.º, n.º 4. Sendo aplicáveis várias medidas tutelares ao mesmo menor, o tribunal determina o seu cumprimento simultâneo, quando entender que as medidas são concretamente compatíveis, ou, caso não o sejam, substitui as medidas por outras ou determina o cumprimento sucessivo, nos termos do artigo 8.º.

A previsão do cumprimento sucessivo das medidas tutelares, sem a possibilidade de realização de cúmulo jurídico, tem sido alvo de crítica na doutrina⁶⁸ e na jurisprudência⁶⁹,

⁶⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 323-D/2000, de 20 de Dezembro.

⁶⁶ Lúcio, Álvaro Laborinho, *O advogado e a Lei Tutelar Educativa*, Revista do Ministério Público, ano 26, Out-Dez, n.º 104, 2005, p.59.

⁶⁷ Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *Protecção, Delinquência e Justiça de Menores – Um manual prático para juristas... e não só*, Edições Sílabo, Lisboa, 2010, p.166.

⁶⁸ Cf. Susano, Helena, *ob. cit.*, p. 127 a 131.

⁶⁹ A título de exemplo, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de Março de 2004, Processo n.º 1382/2004-3, disponível em www.dgsi.pt.

por se considerar que contraria o desiderato de internamento do jovem pelo tempo estritamente necessário à sua reinserção, frustrando-se o objectivo de “educação para o direito”⁷⁰. Tanto assim é que três dos quatro Projectos de Lei para alteração da Lei Tutelar Educativa propõem a alteração do referido artigo 8.º, por forma a consagrar o instituto do cúmulo jurídico⁷¹.

A LTE prevê não só a possibilidade de aplicação de medidas tutelares educativas, mas também de medidas de natureza cautelar – artigos 56.º a 64.º – sujeitas aos imperativos de adequação e proporcionalidade e subordinadas ao princípio da tipicidade. Como a própria nomenclatura deixa transparecer, estas medidas visam acautelar os fins do processo tutelar educativo, ou seja, a eventual aplicação ao menor de uma medida tutelar educativa⁷².

Ora, de acordo com o disposto no artigo 57.º, são medidas cautelares i) a entrega do menor aos pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou outra pessoa idónea, com imposição de obrigações ao menor; ii) a guarda do menor em instituição pública ou privada; e iii) a guarda do menor em centro educativo.

A aplicação de medidas cautelares pressupõe o preenchimento cumulativo de determinados pressupostos, nos termos do n.º 1 do artigo 58.º, a saber, a existência de indícios de facto, a previsibilidade de aplicação de medida tutelar e a existência fundada de perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados pela lei como crime. Se estiver em causa a aplicação da medida cautelar de guarda em CE é ainda necessário o preenchimento dos pressupostos previstos na alínea a) do n.º 4 do artigo 17.º. Verificados estes pressupostos, esta medida tem lugar em CE semiaberto se o menor tiver idade inferior a 14 anos, podendo o juiz determinar a sua execução em CE semiaberto ou fechado, caso o menor tenha idade igual ou superior a 14 anos – artigo 58.º, n.º 3.

Nos termos do n.º 1 do artigo 60.º, a medida de guarda de menor em CE tem o prazo máximo de três meses, prorrogável até ao limite máximo de mais três meses em casos de especial complexidade devidamente fundamentados. Quanto às restantes medidas

⁷⁰ Neste sentido, ver, também, Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.7, disponível em www.parlamento.pt.

⁷¹ V. Projecto de Lei n.º 520/XII/3ª, apresentada pelo PS; Projecto de Lei n.º 534/XII, apresentado pelo PSD; Projecto de Lei n.º 537/XII, apresentada pelo CDS-PP, projectos estes que se encontram disponíveis em www.parlamento.pt.

⁷² Cf. Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *ob. cit.*, p.138.

cautelares, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que o prazo de duração é de seis meses até à decisão do tribunal de 1.ª instância e de um ano até ao trânsito em julgado da decisão.

Relativamente à possibilidade de desconto do tempo de sujeição a medida cautelar de guarda na medida de internamento – à semelhança do que se encontra estabelecido no artigo 80.º do CP, a LTE é omissa. Parte da doutrina⁷³ e da jurisprudência defendem não ser possível tal desconto em sede de direito tutelar. Refira-se, a título de exemplo, a argumentação utilizada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Junho de 2005⁷⁴, que considerou que aquela omissão devia ser interpretada no sentido da inadmissibilidade do desconto pelas seguintes razões: i) o desconto das medidas processuais no cumprimento da pena de prisão vem previsto no CP, que, diferentemente do CPP e do CPC (cf. artigo 128.º), não é subsidiariamente aplicável; ii) são distintas as finalidades da intervenção tutelar e consequente aplicação de medida tutelar, e a aplicação de pena de prisão; iii) a medida tutelar de internamento é susceptível de revisão, quer a requerimento, quer oficiosamente, com periodicidade obrigatória, nos termos do artigo 137.º, o que não sucede com a pena de prisão; iv) aquando da aplicação da medida de internamento, o tribunal, ao fixar a sua duração, atenderá a esse período, visto que a duração da medida deve ser proporcional à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito e que a esta subsista no momento da decisão – artigo 7.º, n.º 1 – e é sempre orientada no seu interesse – artigo 6.º, n.º 3.

Mais tarde, o Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência 3/2009, de 8 de Outubro de 2008⁷⁵, veio tomar posição no sentido de não ser admissível o desconto do tempo de permanência do menor em CE, sujeito a medida cautelar de guarda, no cumprimento da medida tutelar de internamento.

⁷³ Neste sentido, Silva, Júlio Barbosa e, *Ainda a questão do desconto na medida tutelar de guarda na medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo – Um comentário comparado ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/2009 de Supremo Tribunal de Justiça*, in Revista do Ministério Público, ano 30, n.º 120, Out-Dez, 2009, págs. 233 a 271; Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *ob. cit.*, p.139; Susano, Helena, *ob. cit.*, p. 123 a 127; e Ramião, Tomé d'Almeida, *Lei Tutelar Educativa anotada e comentada*, 2ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2007, p.104 e 105.

⁷⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Junho de 2005, Processo n.º 0541369, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁵ Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência 3/2009, de 8 de Outubro de 2008, Processo n.º 07P2030, publicado no Diário da República 33, I Série, 17 de Fevereiro de 2009, p.1128-1141 e disponível em www.dgsi.pt.

Em sentido contrário, veja-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Junho de 2004⁷⁶, de 21 de Outubro de 2004⁷⁷ e de 4 de Novembro de 2004⁷⁸, onde se defende que, sendo o internamento de menor em CE uma privação da liberdade, limitadora de direitos, liberdades e garantias, as razões de justiça material que justificam o desconto em direito penal valem por inteiro para o direito tutelar de menores. Considera-se, ainda, que a regra contida no artigo 128.º, relativa à subsidiariedade do CPP, apenas diz respeito ao título em que se integra – o direito adjectivo – e não ao direito substantivo (o direito penal), não arredando a aplicação dos artigos 9.º e 10.º do CC.

Na doutrina, Tânia Almeida, defendendo esta última posição, considera que o facto de se admitir o desconto das medidas cautelares não contraria necessariamente os fins do processo tutelar educativo. A solução do desconto coaduna-se melhor com o interesse do menor, apresentando-se mais coerente com a noção de dignidade do menor e com o seu estatuto processual⁷⁹. O facto de se exigir a necessidade de correcção da personalidade do menor como requisito para aplicação de medida tutelar não exclui a conveniência de se recorrer a parâmetros objectivos, de que é, aliás, exemplo o limite legal máximo da medida tutelar educativa – artigo 18.º.

O processo tutelar educativo também é norteado pelo princípio da intervenção mínima, em que se deve procurar uma menor ingerência possível na autonomia de decisão e de condução de vida do menor. Nas palavras da autora, “a 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 e potencialmente mais

⁷⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Junho de 2004, Processo n.º 5543/2004-3, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Outubro de 2004, Processo n.º 7205/2004-9, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Novembro de 2004, Processo n.º 6359/2004-9, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁹ Almeida, Tânia, *O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 3, n.º 6, 2006, Coimbra, p. 152. Neste sentido, v. também Gonçalves, Rui Manuel, *ob. cit.*, p. 23 e 24; e Guerra, Paulo, *Jurisprudência Crítica*, in *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, ano 1, n.º 1, Setembro, 2008, p. 67 a 78.

danosa para ele do que para um adulto, uma vez que a personalidade ainda está em formação e a sua socialização inacabada.”⁸⁰.

Argumenta, ainda, que o princípio da revisibilidade não tem que ver com a questão do desconto, dado que aquele surge durante a execução da medida tutelar educativa, visando adequar a intervenção tutelar a uma personalidade em rápida transformação, mas que pode, até, determinar a sujeição a um regime mais restritivo ou oneroso para o menor – nos casos previstos nos artigos 138.º, n.º 2, als. c) e d) e 139.º, n.º 2, als. b) e c), ao passo que o desconto surge em momento anterior⁸¹.

Do mesmo modo, Filipe da Cunha e Costa considera que as razões que valem para o processo penal são igualmente válidas para o processo tutelar educativo e entende que o artigo 80.º do CP não tem carácter taxativo, podendo ser aplicado também quando esteja em causa uma medida cautelar de guarda, dado que o imperativo de justiça material do desconto incide sobre medidas privativas da liberdade de qualquer tipo⁸².

4. Processo Tutelar e Princípios

Posto isto, cumpre mencionar, mesmo que brevemente, que o procedimento tendente à aplicação de uma medida tutelar encontra-se regulado na LTE, dividido em dois momentos: o inquérito, dirigido pelo MP – artigos 75.º, n.º 1 e 40.º, n.º 1, al.a) – e a fase jurisdicional, dirigida pelo juiz – artigo 92.º, n.º 2, competindo ao tribunal de família e menores, de acordo com o disposto no artigo 28.º, n.º 1 “a) a prática de actos jurisdicionais relativos ao inquérito; b) a apreciação de factos qualificados pela lei como crime, praticados por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, com vista à aplicação de medida tutelar; c) a execução e a revisão das medidas tutelares; d) declarar a cessação ou a extinção das medidas tutelares”.

⁸⁰ Almeida, Tânia, *ob. cit.*, p. 152. Neste sentido, veja-se, ainda, Gersão, Eliana, *Ainda a revisão da organização tutelar de menores – Memória de um processo de reforma*, Separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues – I, Coimbra Editora, 2001, págs. 447 a 476.

⁸¹ Almeida, Tânia, *ob. cit.*, p. 152.

⁸² Cunha e Costa, Filipe Miguel, *Do recurso à aplicação analógica do artigo 80.º do Código Penal em sede de processo tutelar educativo*, Dissertação de Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p.97 e 98.

Da mesma forma que no processo penal o princípio da celeridade processual é referido como um princípio fundamental, no processo tutelar este princípio também o é, assumindo uma especial relevância, visto que a repercussão do tempo na personalidade do menor é muito mais acelerada do que na do adulto – artigo 44.º.

Enquanto no processo penal vigora o princípio da publicidade, na LTE vigora o princípio do segredo processual, dispondo o n.º 1 do artigo 41.º que o processo tutelar é secreto até ao despacho que designar data para a audiência preliminar ou para a audiência, se aquela não tiver lugar, visando-se, deste modo, salvaguardar a intimidade e reputação do jovem e da sua família.

Quanto à composição do tribunal, este é constituído, nos termos do artigo 30.º, n.º 1, por um só juiz, excepto na audiência em que esteja em causa a aplicação de medida de internamento, caso em que o tribunal é constituído pelo juiz de processo, que preside, e por dois juízes sociais⁸³, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo.

Neste último caso, os juízes sociais têm as mesmas competências que o juiz do processo, sendo a decisão tomada por maioria, nos termos do artigo 119.º. Diferentemente, em processo penal, quando intervém o tribunal de júri, “os jurados decidem apenas sobre as questões da culpabilidade e da determinação da sanção”, não decidindo “sobre quaisquer questões prévias ou incidentais, mesmo atinentes à admissão ou rejeição de prova, nem durante a audiência de julgamento, nem na deliberação”⁸⁴.

À semelhança do processo penal, também o processo tutelar se inicia com a notícia do crime, geralmente através de denúncia, que vem prevista nos artigos 72.º e 73.º, dando lugar à abertura de inquérito, nos termos do artigo 74.º. Embora não encontremos nenhum artigo análogo ao artigo 241.º do CPP, parece-nos evidente que o MP também pode adquirir a notícia do crime por conhecimento próprio. Assim, vigora no processo tutelar o princípio da oficialidade, na medida em que a iniciativa e a prossecução do processo pertence ao

⁸³ O regime de recrutamento e funções dos juízes sociais encontra-se regulado no DL n.º 156/78, de 30 de Junho.

⁸⁴ Pinto de Albuquerque, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p.76.

Estado, representado pelo MP. Também aqui este princípio comporta exceções, pelo facto de determinados procedimentos dependerem de queixa ou acusação particular.

Refira-se, ainda, que no processo tutelar vigora, igualmente, o princípio da legalidade, consagrado no artigo 74.º – não obstante a adopção de soluções de oportunidade que serão referidas posteriormente – e que prevê a obrigatoriedade de abertura de inquérito a partir do momento em que é adquirida a notícia do crime.

O inquérito compreende, pois, o conjunto de diligências que visam investigar a existência de facto qualificado pela lei como crime e determinar a necessidade de educação do menor para o direito, com vista à aplicação de medida tutelar – artigo 75.º, n.º 2.

Tratando-se de crimes cujos procedimentos dependem de queixa ou acusação particular, diz-nos o artigo 72.º, n.º 2 que “a legitimidade para a denúncia cabe ao ofendido” (sublinhado nosso), o que causa alguma estranheza, pois deveria ser necessária a existência de queixa e não mera denúncia, tendo presente a diferença entre os conceitos de denúncia, queixa e acusação particular⁸⁵.

Uma verdadeira denúncia não será, portanto, na medida em que se exige que a transmissão do conhecimento de factos com eventual relevância criminal seja feita por determinada pessoa – no caso, o ofendido – afastando-se, assim, o carácter geral da denúncia.

De qualquer forma, não sendo possível no processo tutelar a constituição como assistente, nem a dedução de acusação particular, uma vez instaurado o processo este seguirá necessariamente o regime do procedimento dos crimes públicos. A questão que se tem colocado é a de saber se, à semelhança do processo penal⁸⁶, é possível o ofendido vir aos autos declarar que pretende desistir do procedimento criminal.

A doutrina que vê nesta “denúncia” uma mera manifestação de ciência, desprovida de qualquer manifestação de vontade, onde se inserem, nomeadamente, Anabela Rodrigues e

⁸⁵ Para esta distinção, v. Marques da Silva, Germano, *Curso de Processo Penal*, Parte III, 3ª Edição, Editorial Verbo, 2009, p.59 e 63. Propondo a revogação da exigência de denúncia por parte do ofendido, v. Projecto de Lei n.º 534/XII, apresentado pelo PSD, que se encontra disponível em www.parlamento.pt. Este Projecto parece ser, no mínimo, *sui generis*, na medida em que, por um lado, propõem a irrelevância da “queixa” (que na LTE se designa por denúncia) do ofendido nos crimes semipúblicos e particulares, mas, por outro, propõem a possibilidade de o MP determinar o arquivamento do inquérito quando, tratando-se de facto qualificado pela lei como crime de natureza semipública ou particular, o ofendido manifeste no processo oposição ao seu prosseguimento, invocando fundamento especialmente relevante.

⁸⁶ Cf. artigo 116.º do CP e 51.º do CPP.

Duarte-Fonseca, considera que a prossecução do processo escapa a qualquer vontade do ofendido, que não lhe pode pôr fim nem determinar a sua continuação⁸⁷.

Em sentido contrário, Helena Susano defende que a desistência do procedimento tutelar por parte do ofendido é admissível nos mesmos termos do processo penal. Considera, assim, que as razões que fundamentam a exigência de apresentação de denúncia sustentam necessariamente a relevância da respectiva desistência, sendo que essas razões, explanadas no ponto 12 da Exposição de Motivos da LTE, são a “reduzida gravidade do facto ou a necessidade de tutela de certos direitos da vítima, entre os quais a intimidade”. Qualquer dessas razões permanece válida quando o agente é menor de 16 anos, na medida em que, relativamente à gravidade do facto, tornam-se menos imperativas as razões que determinam a necessidade de educação do menor para o direito e, havendo-as, será razoável atribuir-se a um membro da comunidade (o ofendido) o primeiro juízo sobre elas; quanto à tutela da vítima, a menoridade não diminui – pelo contrário, pode até agravar – o interesse na disponibilidade do direito à acção.

Estamos em crer que, embora a lei fale de “denúncia”, esta corresponde materialmente a uma queixa, na medida em que o que se pretendeu ao exigir-se a transmissão da notícia do crime pelo ofendido foi precisamente garantir que haveria uma manifestação de vontade da sua parte, no sentido de ser instaurado um procedimento. Nessa medida, fará todo o sentido sustentar-se a relevância da desistência do procedimento criminal pelo ofendido.

Relativamente ao encerramento do inquérito, consideramos não ter sido muito feliz a sistemática adoptada na LTE, na medida em que exclui da secção destinada ao encerramento (Secção IV), tanto o arquivamento liminar – artigo 78.º – como a suspensão do processo – artigos 84.º e 85.º. Contudo, andou bem o legislador ao ter adoptado, em sede de direito tutelar e à semelhança do processo penal, soluções inspiradas pela ideia político-criminal de diversão, como estratégia diferenciada de política criminal.

Deste modo, o inquérito pode ser encerrado através de arquivamento liminar, suspensão do processo, arquivamento ou requerimento para abertura da fase jurisdicional, cujos pressupostos vêm estabelecidos, respectivamente, nos artigos 78.º, 84.º, 87.º e 90.º. Deve

⁸⁷ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.183. Neste sentido, v. também Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *ob. cit.*, p.133.

salientar-se que na suspensão do processo tutelar, diferentemente da suspensão do processo penal, prevista no artigo 281.º do CPP, não se exige a concordância do juiz para a decisão de suspensão do processo.

No processo tutelar educativo vigora o princípio da não adesão, pelo que o pedido civil é deduzido em separado perante o tribunal competente – artigo 91.º – diferentemente do processo penal em que vigora o princípio da adesão – artigo 71.º do CPP.

A fase jurisdicional vem prevista nos artigos 92.º e seguintes e compreende a comprovação judicial dos factos, a avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar, a determinação da medida tutelar e a execução da mesma – artigo 92.º, n.º 1.

Uma vez recebido o requerimento para abertura da fase jurisdicional, o juiz, nos termos do n.º 1 do artigo 93.º, i) verifica se existem questões prévias que obstem ao conhecimento da causa; ii) arquiva o processo quando, sendo o facto qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, lhe merecer concordância a proposta do MP no sentido de que não é necessária a aplicação de medida tutelar; iii) designa dia para a audiência preliminar se, tendo sido requerida a aplicação de medida não institucional, a natureza e gravidade dos factos, a urgência do caso ou a medida proposta justificarem tratamento abreviado.

Se não se verificar qualquer das situações *supra* referidas, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que o juiz determine o prosseguimento do processo, notificando os intervenientes para requererem diligências, alegarem e indicarem meios de prova. Deste modo, tendo sido requerida uma medida institucional, será realizada audiência (final) e não audiência preliminar.

Nos casos em que há lugar à audiência preliminar, o juiz, se considerar que a medida proposta pelo MP é adequada e proporcional, tentará obter consenso relativamente a essa medida e, caso não consiga, tentará obtê-lo relativamente a outra possível medida que considere adequada, podendo optar pela intervenção de serviços de mediação, com a consequente suspensão da instância – artigo 104.º, n.º 2 e 3.

Se for obtida a concordância de todos – nos termos do n.º 4 do mesmo artigo – o juiz homologa a proposta do MP ou aplica a medida proposta posteriormente, se for o caso. Caso o juiz não considere adequada e proporcional a medida proposta pelo MP ou não

obtiver consenso, determina – nos termos do n.º 5 do mesmo artigo – a produção dos meios de prova apresentados, podendo proferir decisão ou determinar o prosseguimento do processo.

Refira-se que o princípio da livre apreciação da prova foi também importado para o processo tutelar – artigos 110.º, n.º 2 e 11.º, al. a) – possibilitando ao julgador formar livremente a sua convicção sobre os factos submetidos a julgamento com base apenas no juízo que se fundamenta “no mérito objectivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo”⁸⁸. O mesmo se diga relativamente ao princípio da oralidade que, apesar de não ter tido consagração expressa, se encontra implícito nos artigos 105.º e seguintes.

O prosseguimento do processo concretiza-se na realização das diligências que se mostrem necessárias e na audiência final, em que o juiz se decidirá pelo arquivamento ou pela aplicação de uma medida tutelar – artigos 115.º, 120.º e 110.º, n.º 3, al. b).

Verificamos, assim, que a audiência pode realizar-se com ou sem prévia realização de audiência preliminar, aplicando-se os artigos 104.º, n.º 5, al.b) e 115.º no primeiro caso e o artigo 93.º, n.º 2 no segundo caso.

A possibilidade de revisão das medidas tutelares vem prevista nos artigos 136.º e seguintes, consistindo num mecanismo de avaliação, aferição e reorientação das medidas tutelares face às necessidades educativas actualizadas do menor⁸⁹. A flexibilidade que caracteriza a revisão das medidas tutelares educativas possibilita a adequação da intervenção às necessidades do menor, em especial a educação deste para os valores jurídicos fundamentais⁹⁰.

Feito este breve enquadramento processual, cumpre agora fazer referência aos direitos do menor, que vêm previstos no artigo 45.º, sendo particularmente evidente a sua inspiração nos direitos do arguido em processo penal, mais concretamente no artigo 61.º CPP. O menor terá assim o direito a ser ouvido pela autoridade judiciária competente – artigo 45, n.º 2, al. a) – que corresponde ao princípio do contraditório e ao direito de audiência; o

⁸⁸ Neves, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal* (ed. Policopiada), Coimbra, 1968, p.48.

⁸⁹ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.254.

⁹⁰ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Almedina, 2006, p.381.

direito ao silêncio – artigo 45.º, n.º 2, als. b) e c)⁹¹; o direito à constituição de advogado e a ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar – artigos 45.º, n.º 2, al.e) e 46.º⁹²; o direito a intervir no inquérito, oferecendo provas e requerendo diligências – artigo 45.º, n.º 2, al. g); o direito de informação – artigo 45.º, n.º 2, al. h) – e o direito ao recurso, nos termos da lei – artigo 45.º, n.º 2, al. i).

Para além destes direitos, refira-se ainda aqueles outros que são específicos do regime tutelar educativo, a saber: o direito a ser assistido por especialista em psiquiatria ou psicologia, para efeitos de avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar (artigo 45.º, n.º 2, al.d)) e o direito a ser acompanhado pelos pais, representante legal ou pessoa que tiver a sua guarda de facto (artigo 45.º, n.º 2, al. f)).

Defendem Pinto de Abreu, Inês Sá e Vânia Costa Ramos que os direitos de defesa do menor devem ser interpretados em conformidade com o artigo 32.º da CRP e que, portanto, este terá direito a todas as garantias inerentes ao processo equitativo, presumindo-se inocente até prova em contrário⁹³ – em conformidade com o disposto no artigo 40.º, n.º 2, al. b) i) da CDC⁹⁴.

A par dos direitos do menor, são também reconhecidos determinados direitos aos familiares do menor no âmbito do processo tutelar educativo, mais concretamente aos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto, direitos esses que se traduzem em direitos de informação, audição, assistência e intervenção. Todavia, verificamos que, face ao disposto no artigo 66.º, n.º 1, “os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda

⁹¹ Relativamente ao direito ao silêncio, v. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 108/2014, Processo n.º 933/13, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Neste recente acórdão estava em causa a vigência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em sede de direito tutelar e a aplicabilidade do n.º 2 do artigo 133.º do CPP aos casos de “separação de processos”, em que um deles é um processo tutelar. O Tribunal entendeu que aquele princípio não podia deixar de acolher sob o seu manto protector a posição do menor que é sujeito a um processo tutelar e que este deve ter também a possibilidade de decidir qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objecto simultâneo de processo penal e do processo tutelar, nos quais é chamado a depor, como testemunha e como menor a quem pode ser imposta medida tutelar – excepto se o processo já tiver terminado por arquivamento, caso em que o impedimento previsto no n.º 2 do artigo 133.º já não poderá ser invocado.

⁹² O Projecto de Lei n.º 535/XII-3ª, apresentado pelo PCP, propõe a revogação da possibilidade de o defensor ser advogado estagiário, actualmente prevista no artigo 46.º, n.º 4.

⁹³ Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *ob. cit.*, p.127. Sobre esta temática, veja-se também Ramião, Tomé d’Almeida, *ob. cit.*, p.151 e 152.

⁹⁴ Dispõe esta alínea que “[Os Estados Partes garantem, nomeadamente, que] a criança suspeita ou acusada de ter infringido a lei penal tenha, no mínimo, direito às garantias seguintes: i) presumir-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

de facto do menor prestam declarações, mas não são ajuramentados”. Ou seja, não obstante não terem o dever de declarar com verdade, não podem, contudo, recusar-se a depor. Diferentemente, no processo penal, os descendentes podem recusar-se a depor como testemunhas, ao abrigo do disposto no artigo 134.º, n.º 1, al. a) do CPP, possibilidade essa que, do nosso ponto de vista, deveria ter sido importada pelo direito tutelar.

CAPÍTULO IV

Natureza Jurídica das Medidas Tutelares Educativas

1. Finalidades das Medidas Tutelares e das Penas

As finalidades das medidas tutelares educativas constam do n.º 1 do artigo 2.º, onde se estabelece que “visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”.

Por sua vez, estabelece o n.º 1 do artigo 40.º do CP que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

Em anotação ao artigo 1.º, escrevem Anabela Rodrigues e Duarte-Fonseca que é finalidade da intervenção a educação do menor para o direito e não a retribuição pelo facto praticado⁹⁵. Parece-nos ser perfeitamente dispensável esta explicação, tendo em conta que, mesmo no âmbito do direito penal, as finalidades retributivas não merecem acolhimento, tendo as penas de ser necessariamente preventivas.

Abordando a questão das diferentes finalidades das penas e das medidas tutelares educativas, refere Souto Moura que com as penas se pretende defender a sociedade e, colateralmente, mas secundariamente, atender ao benefício pessoal que o condenado tira da sua reintegração, ao passo que com as medidas tutelares educativas o que está em causa como objectivo prioritário é o interesse do menor, funcionando a maior segurança colectiva como uma possível consequência da intervenção tutelar, mas que não deve ser procurada enquanto tal pelo aplicador de medidas⁹⁶.

Como resulta do ponto 7 da Exposição de Motivos da LTE, a densificação do que seja a “necessidade de educação para o direito” não se pode reconduzir a um manual de procedimento, mas não se afigura também tarefa excessivamente melindrosa. Trata-se de 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.

⁹⁵ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.57.

⁹⁶ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p.113.

Uma possível definição foi proposta por um Grupo de Trabalho do Instituto de Reinserção Social, que considerou que a necessidade de educação par o direito consistiria no “processo que leve o jovem a aderir aos valores básicos da vida em sociedade, reflectidos nos valores jurídico-penais, de forma a que com eles conforme a sua conduta e não cometa crimes”⁹⁷.

Como explica Anabela Rodrigues, “educar é formar, ensinar e instruir as crianças - ou os adultos - por forma a conseguir o desenvolvimento integral da sua personalidade”⁹⁸. Para esta autora, educar e ensinar não coincidem inteiramente, na medida em que a educação tem pretensões mais abrangentes que o ensino. Educar alguém não se resume a transmitir apenas conhecimentos de uma ciência ou arte, consistindo, também, na formação para o desenvolvimento da personalidade, das faculdades físicas, psíquicas, morais e intelectuais⁹⁹.

Não podemos falar em educação se esta não for projectada para inserção, convivência e intervenção adequada na sociedade por parte do seu destinatário. Um cidadão educado é aquele que se compromete com o mundo onde vive. E esse compromisso passa necessariamente pelo respeito do Direito e pelo conjunto de valores que o mesmo visa salvaguardar.

Como foi já referido, as penas têm por finalidade a prevenção, quer geral quer especial. A “protecção de bens jurídicos” é a expressão utilizada para se expressar o propósito de prevenção geral, não tanto intimidatória ou negativa, mas principalmente de integração ou positiva, de modo a reforçar a consciência jurídica comunitária e o seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida¹⁰⁰.

A prevenção especial é também um fim a alcançar com a aplicação de uma pena, no sentido de “reintegração do agente na sociedade”. Aqui procura promover-se, sempre que possível, a persuasão do delinquente para a conveniência em respeitar os valores jurídico-criminais¹⁰¹.

⁹⁷ *Apud* Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.36.

⁹⁸ Rodrigues, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p.355.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Figueiredo Dias, Jorge, *Direito Pena Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p.72 e 73.

¹⁰¹ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p.116.

Ora, sabemos que, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deverá intervir quando isso seja absolutamente essencial à sobrevivência da comunidade. Quando forem suficientes medidas de outro tipo, sejam elas medidas de política social, sejam elas medidas administrativas e assim sucessivamente, o direito penal deve recuar¹⁰².

A questão que então se coloca é a de saber se, no âmbito do direito tutelar educativo, o direito penal recuou verdadeiramente, dando lugar a “medidas de outro tipo”, ou se, no fundo, este regime poderá ser ainda considerado direito penal, mesmo que mitigado.

Escrevia Eliana Gersão, ainda no âmbito da OTM78, que “o direito tutelar desempenha, na sua essência, uma função para-penal”, constituindo “uma resposta diferente do direito penal comum para os menores que cometem infracções”¹⁰³.

Por sua vez, entende Helena Susano que o direito tutelar de menores constitui um efectivo direito penal de menores cujo escopo é o da educação para o direito, sem contudo perder de vista quer a protecção que o Estado deve proporcionar às suas crianças e jovens, em obediência ao artigo 69.º da CRP, quer a reeducação que a responsabilização pela prática do facto ilícito deve desencadear¹⁰⁴.

Para João Clemente, a responsabilidade tutelar deve considerar-se, ainda, responsabilidade penal, se bem que mitigada, dada a existência do princípio *ne bis in idem*, pois, ao contrário das restantes responsabilidades (de que é exemplo a responsabilidade civil) que podem existir conjuntamente com a responsabilidade penal, sem pôr em causa aquele princípio, a responsabilidade tutelar não pode coexistir na ordem jurídica, relativamente ao mesmo facto, em paralelo com a responsabilidade penal^{105:106}.

Isto não significa, sublinhe-se, que um menor não possa cumprir simultaneamente medidas tutelares e penas, pois, como foi referido *supra*, esta possibilidade vem prevista no capítulo IV da Lei Tutelar Educativa.

¹⁰² Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª edição revista e actualizada, AAFDL, 1985, p.38.

¹⁰³ Gersão, Eliana, *Menores Agentes de Infracções – Interrogações acerca de Velhas e Novas Respostas*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Abril/Junho 1994, p. 247 e 248.

¹⁰⁴ Susano, Helena, *ob. cit.*, p.111.

¹⁰⁵ Cf. Clemente, João Maria Vieira, *A Ameaça Penal das Medidas Tutelares Educativas*, Relatório realizado no âmbito do Seminário de Criminologia, no Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p.7.

¹⁰⁶ Em sentido contrário, defendendo que o direito tutelar de menores não tem nem natureza civil nem penal, v. Gersão, Eliana, *ob. cit.*, p. 242.

O que a lei não prevê, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem* (defende o autor), é a possibilidade de cumprir cumulativamente medidas e penas quanto ao mesmo facto ilícito típico. Ademais, a intervenção tutelar deve ser necessariamente reconhecida como reacção penal na medida em que não é meramente educativa, tendo igualmente um carácter defensivo¹⁰⁷. As medidas tutelares educativas aproximar-se-iam, assim, de um sistema meramente defensivo, semelhante ao regime previsto para as medidas de segurança.

O princípio da culpa não deixa, contudo, de ser relevante – embora em menor medida – dada a aplicação ao sistema tutelar educativo das causas de exclusão ou diminuição da culpa¹⁰⁸.

O facto de o n.º 1 do artigo 7.º referir que a medida tutelar deve ser proporcionada “à necessidade de educação do menor para o direito manifestada na prática do facto e subsistente no momento da decisão” significa que o regime tutelar educativo afasta a ideia de prevenção geral, na medida em que se admite a não punibilidade do menor que cometeu um ilícito criminal caso se conclua pela falta de necessidade de educação¹⁰⁹.

Mais longe parece ir a argumentação de Rui Gonçalves, para quem o princípio da culpa é perfeitamente aplicável às medidas tutelares educativas, cuja natureza e duração na sua verdadeira essência dependem da existência e medida da culpa do menor¹¹⁰. Para este autor, com a entrada em vigor da LTE, não parece ser possível a afirmação de que o menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos é inimputável.

Assim, apesar de a posição dominante sustentar o contrário, a LTE cria um sistema de sanções a que chama medidas, distinto do dos adultos em que primam razões de prevenção especial, mas em que a prevenção geral não deixa de assumir relevância¹¹¹. Considera, ainda, que a própria Exposição de Motivos da LTE reflecte as preocupações quanto à delinquência juvenil. E, de facto, no ponto 19 da mesma pode ler-se que “o problema da criminalidade juvenil adquiriu, nos últimos anos, contornos preocupantes”; que é “patente a tendência para um início mais precoce de carreiras criminosas, por razões de diversa índole

¹⁰⁷ Clemente, João Maria Vieira, *ob. cit.*, p.7.

¹⁰⁸ Clemente, João Maria Vieira, *ob. cit.*, p.20.

¹⁰⁹ Clemente, João Maria Vieira, *ob. cit.*, p.19.

¹¹⁰ Gonçalves, Rui Manuel, *ob. cit.*, p.23.

¹¹¹ *Ibidem*.

(...); que “é cada vez mais baixa a idade em que os menores entram no mundo do crime, muitas vezes com a utilização de armas e a adopção de estratégias de organização e de dissimulação típicas das associações criminosas”; e que “nos casos mais graves, a natureza educativa não pode deixar de mostrar-se atenta a questões de defesa social”.

Deste modo, para Rui Gonçalves, as medidas sancionatórias educativas têm a natureza de verdadeiras penas, não obstante o *nomen juris* adoptado¹¹².

2. Legitimidade da Intervenção Estadual

Do nosso ponto de vista, há várias questões que têm de ser esclarecidas. Em primeiro lugar, a questão da legitimidade da intervenção do Estado. Pois bem, têm sido referidos os artigos 69.º e 70.º da CRP para justificar o direito e o dever de intervenção correctiva do Estado, no sentido de educar o menor para o direito. Ora, o artigo 69.º da CRP dispõe, no seu n.º 1, que “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições” (sublinhado nosso).

Por sua vez, nos termos do disposto no artigo 70.º, n.º 1 da CRP, “os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) no ensino, na formação profissional e na cultura; b) no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) no acesso à habitação; d) na educação física e no desporto; e) no aproveitamento dos tempos livres” (sublinhado nosso).

Dispõe o n.º 2 do mesmo artigo que “a política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade”.

Verificamos, assim, que nenhum dos artigos referidos impõe qualquer dever de educação. Impõem, isso sim, um dever de protecção “com vista ao desenvolvimento integral” e no sentido da efectivação dos “direitos económicos, sociais e culturais” dos jovens. Se

¹¹² Gonçalves, Rui Manuel, *ob. cit.*, p.23.

eventualmente impusesse, o Estado estaria em incumprimento, na medida em que deixou de efectivar esse direito/dever relativamente aos menores com idades compreendidas entre os 16 e os 18 anos – para todos os efeitos, até aos 18 anos ainda se é menor, nos termos do direito civil, da Convenção sobre os Direitos da Criança e até do direito penal (cf. artigos 172.º e 174.º do CP). Quanto a estes, a intervenção do Estado deixa de conferir relevo à dita “educação para o direito”, relevando apenas “a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”, pois, ao estarem sujeitos à lei penal, as penas que lhes poderão ser aplicadas visarão atingir as finalidades legalmente previstas (artigo 40.º, n.º 1 do CP).

Deste modo, verifica-se que a possibilidade de aplicação de determinadas medidas tutelares a menores com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos não tem por fundamento qualquer direito ou dever educativo do Estado, tendo, antes, o mesmo fundamento pelo qual o Estado intervém relativamente a adultos que cometem infracções: a prática de facto qualificado pela lei como crime e as consequentes necessidades de prevenção. Ou seja, o Estado intervém para “assegurar a defesa da sociedade perante os ataques ou agressões que ela sofre, venham esses ataques de onde vierem e, portanto, mesmo de cidadãos menores”¹¹³. Como refere Figueiredo Dias, “os ilícitos-típicos cometidos por menores não deixam, porém, de ser objecto de tutela estadual, uma vez que também em relação a esses factos deve o Estado cumprir o dever de protecção de bens jurídicos a que está adstrito”¹¹⁴.

Aqui se esgota, a nosso ver, a legitimidade da intervenção do Estado face a ofensas a bens jurídico-penais praticadas por menores.

3. Educação e Prevenção

Posto isto, trazemos novamente à colação o disposto no artigo 2.º, que estabelece que as medidas tutelares educativas visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. De novo, quererá isto dizer que as medidas tutelares educativas não terão também por finalidade a prevenção geral?

¹¹³ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.62 e 63.

¹¹⁴ Figueiredo Dias, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.596. Neste sentido, veja-se também Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *ob. cit.*, p. 112, onde referem que “perante comportamentos desviantes, a sociedade exige uma intervenção do Estado, para protecção dos seus valores essenciais”.

No ponto 6 da Exposição de Motivos da LTE, pode-se ler que o actual regime tutelar educativo tem a “virtualidade de se conformar com exigências comunitárias de segurança e de paz social, de que o Estado não pode alhear-se só porque a ofensa provém de cidadão menor”¹¹⁵. E, de facto, tem vindo a generalizar-se um sentimento de insegurança, gerado pela amplificação dada pela comunicação social a actos de violência praticados por menores, isoladamente ou em grupos, mais ou menos organizados¹¹⁶.

Com efeito, parece-nos que, não obstante a diferente redacção do artigo 2.º relativamente ao artigo 40.º do CP, as finalidades das medidas tutelares educativas reconduzem-se ainda às finalidades das penas, com a particularidade de se dirigirem a menores. Isto é, com a aplicação de medidas tutelares também se visa a “protecção de bens jurídicos”, especialmente no sentido de prevenção positiva ou de integração – “de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida”¹¹⁷.

Poder-se-ia contra-argumentar com a possibilidade, prevista na LTE, de se não sujeitar um menor que praticou um facto qualificado pela lei como crime a uma qualquer medida tutelar se não existir, em concreto, a tal necessidade de educação para o direito. Dessa forma, estar-se-ia a afastar a finalidade de prevenção geral e a frustrar as expectativas comunitárias de segurança, o que poderia indicar que o regime tutelar educativo não se reconduz ao regime jurídico-penal (dado que neste, a finalidade primária é a satisfação das expectativas comunitárias). No entanto, estamos em crer que essa possibilidade não impede que se afirme a natureza penal das medidas tutelares, porquanto a LTE estabelece, no n.º 2 do artigo 2.º que “as causas que excluem ou diminuem a ilicitude ou a culpa são consideradas para a avaliação da necessidade e da espécie de medida”.

¹¹⁵ Neste sentido, v. também Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.62, §2; e Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p.111.

¹¹⁶ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Almedina, 2006, p. 355. Veja-se, a título de exemplo, a notícia relatada no Jornal Expresso, do dia 8 de Junho de 2013, pág.22, cujo título é: “Violações cometidas por menores aumentam – Estudo conclui que adolescentes são responsáveis por um quarto das agressões sexuais. Metade dos crimes são praticados em grupo”. Nessa notícia pode ler-se que “(...) as denúncias estão a aumentar. Os casos são mais frequentes do que aquilo que se pensava. (...) estão a ocorrer casos de violência em idades cada vez mais precoces, sobretudo praticada em grupo.”

¹¹⁷ Figueiredo Dias, Jorge, *Direito Pena Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p.72 e 73. Neste sentido, v. também Valente, Manuel Monteiro Guedes, e Mulas, Nieves Sanz, *Direito de Menores – Estudo Luso-Hispânico sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, Âncora Editora, Lisboa, 2003, p.205-207.

As hipóteses em que nos parece haver ofensa a bens jurídicos fundamentais e, ainda assim, não existir a necessidade de correcção da personalidade do menor traduzem-se nos casos em que o menor actua ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa (por exemplo, erro sobre as circunstâncias do facto ou erro sobre a ilicitude – este último com grande possibilidade de aplicação à menoridade¹¹⁸) ou pratica um facto de ilicitude e/ou culpa reduzida.

Nestes casos, a lei penal também permite a não aplicação de uma pena, seja por via da exclusão da ilicitude ou da culpa, seja por via da dispensa de pena, prevista no artigo 74.º do CP – se bem que aqui os requisitos são mais exigentes.

As finalidades das medidas tutelares educativas não diferem, pois, das finalidades das penas porquanto se considere que a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade se reconduzem, ainda, à reintegração do agente na sociedade. O facto de se atribuir diferente peso às subfinalidades das penas e das medidas, e de o modo de as efectivar ser, também, diverso, não justifica a conclusão de que se tratam de dois Direitos, de duas realidades distintas.

Não podíamos deixar de assinalar o paralelismo existente entre as medidas tutelares educativas e as sanções penais; compare-se, em concreto:

- A medida tutelar de admoestação (artigos 4.º, n.º 1, al. a) e 9.º) com a admoestação, pena prevista no artigo 60.º do CP;
- A medida tutelar de privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores (artigos 4.º, n.º 1, al. b) e 10.º) com a pena acessória de proibição de conduzir veículos a motor, prevista no artigo 69.º do CP ou com a medida de segurança de cassação do título e interdição da concessão do título de condução de veículo com motor, prevista no artigo 101.º do CP;
- A medida tutelar de reparação ao ofendido (artigos 4.º, n.º 1, al. c) e 11.º) com os deveres destinados a reparar o mal do crime, a que pode ser subordinada a suspensão da execução da pena de prisão e que estão previstos no artigo 51.º do CP;

¹¹⁸ É perfeitamente concebível que um menor pratique um crime de difamação, previsto e punido pelo artigo 180.º do CP, sem ter a consciência da ilicitude do facto – não obstante poder ter consciência da imoralidade do mesmo.

- A medida tutelar de realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade (artigos 4.º, n.º 1, al. d) e 12.º) com a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, prevista no artigo 58.º do CP, e com o deveres previstos no artigo 51.º do mesmo diploma, em especial na al. c) do seu n.º 1;
- A medida tutelar de imposição de regras de conduta (artigos 4.º, n.º 1, al. e) e 13.º) com as regras de conduta, previstas no artigo 52.º do CP, em especial no seu n.º 2, que podem ser impostas pelo tempo de duração da suspensão da execução da pena de prisão;
- A medida tutelar de imposição de obrigações (artigos 4.º, n.º 1, al. f) e 14.º) com as regras de conduta, previstas no artigo 52.º do CP, em especial na alínea c) do seu n.º 1, que podem ser impostas pelo tempo de duração da suspensão da execução da pena de prisão;
- A medida tutelar de frequência de programas formativos (artigos 4.º, n.º 1, al. g) e 15.º) com as regras de conduta, previstas no artigo 52.º do CP, em especial na alínea b) do seu n.º 1, que podem ser impostas pelo tempo de duração da suspensão da execução da pena de prisão;
- A medida tutelar de acompanhamento educativo (artigos 4.º, n.º 1, al. h) e 16.º) com o plano de reinserção social, previsto no artigo 54.º do CP.
- A medida tutelar de internamento em centro educativo (artigos 4.º, n.º 1, al. i), 17.º, 18.º e 143.º ss) com os artigos 41.º, 42.º, 45.º e 46.º do CP.

Este paralelismo parece, assim, evidenciar o quão coincidentes são, na prática, as finalidades das penas e das medidas tutelares, embora a letra da lei, ao estabelecer as finalidades de umas e de outras, não aponte nesse sentido.

4. Princípio da Culpa

Quanto à questão da existência de culpa no âmbito do direito tutelar, consideramos que também aqui faz sentido falar-se do princípio da culpa, à semelhança do entendimento de Rui Gonçalves. De facto, a natureza e duração das medidas dependem da existência e da medida da culpa do menor, traduzida esta na necessidade de educação deste para o direito.

Retomando o conceito de culpa proposto por Pedro Garcia Marques, este pode ser definido como a “quebra pelo sujeito, no caso concreto, de um dever, susceptível de ser individualmente sentido como integrando um universo de exigências ético-existenciais ao reconhecimento dos outros como sujeitos, como homens livres dotados de valor”¹¹⁹.

Transpondo este conceito para o direito tutelar, verificamos que, ao considerar-se que um menor, através da prática de determinado ilícito criminal, necessita de ser educado para o direito, está a assumir-se que lhe é exigida uma disponibilidade à conformação do seu comportamento pela proibição subjacente ao tipo incumprido. Não se mostrando disponível para pautar o seu comportamento pela norma, revela-se juridicamente “mal educado”.

Nessa medida, não obstante o discurso político-criminal consistir em que os menores até perfazerem os 16 anos de idade não são susceptíveis de culpa, a forma como se delineou o direito tutelar vem mostrar que afinal é possível aferir a culpabilidade do menor, a partir da exigência de necessidade de educação para o direito. Deste modo, a culpa do menor apresenta-se como pressuposto irrenunciável de toda a intervenção tutelar educativa.

¹¹⁹ Garcia Marques, Pedro Maia, *ob. cit.*, p.259.

CAPÍTULO V

Aplicação Prática das Medidas Tutelares Educativas

1. Medida Tutelar de Internamento

Entre as medidas tutelares educativas, a medida de internamento é aquela que melhor satisfaz as necessidades de prevenção geral, estando reservada para os crimes mais graves, nos termos do *supra* referidos, em que o alarme social é mais acentuado. Esta medida, pelo seu carácter institucional e pelas consequentes restrições à liberdade do menor, evidencia mais facilmente a semelhança das medidas tutelares educativas com o direito penal.

Sendo, contudo, a medida de internamento uma medida tutelar educativa, visa (também) necessariamente a educação do menor para o direito e a sua inserção na vida em comunidade. Esta finalidade apresenta, no entanto, um maior risco de não se concretizar, pelos efeitos negativos que as restrições à liberdade do menor – em certos casos, equivalente às comportadas pela prisão – acarretam, e de ser representada apenas como meio de tranquilização e segurança da comunidade. A ideia de que quanto maior for a carência jurídico-educativa do menor – reflectida, sempre, na prática do facto – maior será a necessidade de o afastar do seu meio habitual e de restringir a sua liberdade, através do internamento numa instituição, é, no mínimo, discutível¹²⁰.

De facto, o internamento nos CEs, para além dos efeitos estigmatizantes inerente à sua intervenção, implica a ruptura com o meio físico e social em que os menores se inseriam e a sua integração num universo separado da sociedade, sujeitos a um conjunto de regras, imposto por indivíduos especializados, deixando de poder controlar a sua vida¹²¹ (universo esse, seja referido, que tem a possibilidade de constituir – à semelhança da prisão – uma

¹²⁰ Para maior desenvolvimento da questão do internamento do menor – em especial, em regime fechado – como uma medida capaz de atingir as finalidades previstas na LTE, v. Neves, Tiago, *A defesa institucional numa instituição total: o caso de um centro de internamento de menores delinquentes*, in *Análise Social*, volume XLII (185), 2007, págs.1021 a 1039; Marteleira, Joana, *Jovens à margem: análise sociológica de um centro educativo*, in *Infância e Juventude* (Janeiro-Março), Lisboa, 2005, p.91-108; e Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.8. Sobre a aplicação prática, em geral, das medidas tutelares de internamento, v. Pereira da Silva, José, *Medidas Tutelares de Internamento*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007, p.381 e seguintes.

¹²¹ Castro, José Luís dos Santos, *Socialização das Crianças de Rua e Lógicas de Intervenção das Redes de Suporte Social*, Cadernos do CEJ, Lisboa, 1997, p. 97.

“escola de crime”). Como refere Dulce Rocha, procuradora do Ministério Público, “o internamento pode ter efeitos perversos, uma vez que a criança convive com adolescentes mais velhos e com maior historial de marginalidade e pode sair de lá mais agressiva e revoltada”¹²².

Anabela Rodrigues e Duarte-Fonseca reconhecem que a solução de excluir o menor da convivência social que lhe é comum não parece adequar-se nem parece, à primeira vista, congruente com os fins das medidas tutelares educativas¹²³. Não obstante, consideram os autores que, mesmo existindo o constante risco de essa antinomia se fazer presente, a medida de internamento parece ser a única solução para casos extremos.

Relativamente à medida de internamento em centro educativo e à finalidade de educação para o Direito, refere Tiago Neves, autor de uma etnografia no Centro Educativo de Santo António (CESA), que “a ambição ressocializadora circunscreve-se em boa parte à implementação de uma escola de boas maneiras”¹²⁴, uma vez que, nos centros educativos, a autoridade se dirige para um grande número de itens de conduta – roupa, comportamento, maneiras, abrangendo a higiene pessoal, as regras de etiqueta, a forma como se deve estar à mesa durante as refeições e até o comportamento que se deve ter enquanto se joga às cartas¹²⁵.

Segundo o autor, o sucesso do internamento não pode deixar de ser aferido pelo grau de reinserção dos jovens. No CESA, mesmo perante a ausência de indicadores estatísticos fiáveis e continuados no tempo, é evidente a descrença na capacidade reinsersora do internamento, sendo considerado, em geral, pelos professores, Técnicos Profissionais de Reinserção Social e demais agentes educativos, que o internamento não é um modelo ideal, pois serve essencialmente para mostrar que às condutas incorrectas se associa a perda de liberdade¹²⁶.

Deste modo, pode considerar-se que existe uma educação para o Direito, mas no sentido do contacto dos jovens educandos com os processos judiciais nos quais estão envolvidos,

¹²² In Jornal Expresso, de 8 de Junho de 2013, p. 22.

¹²³ Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *ob. cit.*, p.295.

¹²⁴ Cf. Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.204.

¹²⁵ Cf. Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.206.

¹²⁶ Cf. Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.217.

contacto esse donde nasce um conhecimento acerca do funcionamento do sistema judicial, que pode permitir identificar o interdito. Considera, no entanto, que não se pode concluir que esse conhecimento sirva para interiorizar o interdito¹²⁷.

Assim, a medida tutelar de internamento permite que os jovens avaliem os riscos (judiciais) associados ao comportamento de determinadas infracções, mas já não a interiorização dos valores subjacentes à tipificação dessas mesmas infracções, promovendo uma educação para o sistema judicial, mais do que uma educação para o direito¹²⁸.

O autor termina a etnografia concluindo que, no funcionamento quotidiano do CE, existe um excesso de preocupações defensivas e que a esfera educativa tende a subsumir-se ao processo de defesa institucional (ou gestão securitária), no sentido de manutenção da ordem e minimização dos riscos, através do controlo intensivo dos educandos. Nas suas palavras, “a educação do educando visa então, antes de mais, a defesa da instituição. Se o ímpeto educativo se dissemina é porque a necessidade de defesa institucional é omnipresente”¹²⁹.

Numa visão bastante crítica do funcionamento dos CEs refira-se, ainda, o Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, entidade fiscalizadora cuja competência vem prevista no artigo 209.º.

De entre as várias críticas que são feitas, entende aquela entidade que os CEs não são aptos a realizar as finalidades das medidas tutelares educativas, previstas no artigo 2.º. Como se pode ler nesse Relatório, “confinados entre as paredes de um CE, poderá cumprir-se o desiderato do controle institucional, substituindo as regras da vida exterior pelo microcosmos em que se torna qualquer estabelecimento fechado, com as suas próprias regras e relações de força, mas não se cumpre o objectivo que é, afinal, a razão do internamento em Centro Educativo: a correcção da personalidade do menor no sentido de um desenvolvimento socialmente aceitável”¹³⁰.

Acrescentando-se que a proposta educativa em prática nos CEs, por se processar em circuito fechado, impede, desde logo, a concretização da sua finalidade primeira, que é a integração social dos jovens que recebe. Deste modo, está-se perante um modelo de

¹²⁷ Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.213.

¹²⁸ Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.213.

¹²⁹ Neves, Tiago, *ob. cit.*, p.255.

¹³⁰ Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.9.

intervenção que, pelo seu fechamento, não proporciona as aprendizagens integrativas que só podem ocorrer em contexto integrador, e mais concretamente em relações efectivas com a comunidade e na comunidade envolvente¹³¹.

Para que as medidas tutelares possam, na prática, surtir alguma transformação no comportamento dos jovens, por forma a adequá-lo aos valores jurídicos, torna-se necessário procurar verdadeiramente educar os jovens – educação que terá de ser entendida num sentido amplo, favorecendo os vínculos sociais e a aquisição de um conjunto de competências. É certo é que a LTE estipula, como finalidade das medidas tutelares, “a educação do menor para o direito”. Não obstante, não parece ser concebível – e a experiência tem-no confirmado – uma educação para o direito que não abranja, como instrumento para atingir aquela finalidade, uma educação em sentido amplo, tendo em conta que “a esmagadora maioria dos jovens internados em CEs (...) provém de meios socioeconómicos debilíssimos, vítimas da pobreza e da exclusão social, criados ao abandono, sem quaisquer normas ou regras, muitas vezes integrados em famílias muito desestruturadas ou filhos de pais ausentes (...)”¹³².

Neste sentido, entendeu a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos que só através da permeabilização dos CEs à sociedade se poderá cumprir o desígnio (final) da educação para o direito, permeabilização essa que deveria passar pela implementação de programas de voluntariado responsável no interior dos CEs, bem como pela deslocação dos jovens internados para apoio de populações vulneráveis e cujo acompanhamento se revelasse benéfico. Sem a responsabilização comunitária e o alargamento do quotidiano dos jovens à vida exterior, não se poderá falar em reinserção.

Ainda quanto à medida de internamento, uma última nota para referir que o Projecto de Lei n.º 534/XII, apresentado pelo PSD, propõe a revogação da medida de internamento em fins-

¹³¹ Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.28.

¹³² Relatório de 2012 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, p.10. Neste sentido, ver, ainda, Martins Ribeiro, Jorge, *Lei Tutelar Educativa: Medidas tutelares educativas não institucionais*, in Direito das Crianças e Jovens, Actas, Lisboa, 2007, p.410; Sani, Ana Isabel, & Gonçalves, Rui Abrunhosa, *Análise de características sócio-familiares em menores (pré)delinquentes*, in Crimes: práticas e testemunhos, Universidade do Minho, 1999, p. 125 e ss; Ventura, João Paulo, *Nascer e não ter sorte...Ser jovem, deserdado e delincente...*, in Crimes: práticas e testemunhos, Universidade do Minho, 1999, p. 35 e seguintes.; e Ríos Martín, Julián, *Jurisdicción de menores en España – Hacia una intervención no punitiva*, in Cadernos da Revista do Ministério Público: O Direito de Menores, reforma ou revolução?, Edições Cosmos, Lisboa, 1998, p.31.

de-semana, prevista na al. e) do artigo 145.º, pela sua comprovada incapacidade de, num período tão reduzido e fragmentado, persuadir os menores e, por qualquer forma, educá-los.

2. Medidas não Institucionais

Quanto às medidas não institucionais, tem sido referido que a sua aplicação é ainda irregular, dada a falta de regulamentação das mesmas. Em especial, a medida de frequência de programas formativos e as medidas de vocação reparadora têm sido consideradas como as medidas em que mais se ressentem a omissão da regulamentação legal¹³³.

Autores há – nomeadamente Jorge Martins Ribeiro – que defendem a exclusão de determinadas medidas, como a medida de privação de obter permissão para conduzir ciclomotores (artigos 4.º, n.º 1 al. b) 2ª parte e 10.º), por desvirtuar os próprios fins das medidas. Tendo esta um carácter meramente punitivo, não educativo, impede que o menor adquira formação assim que fosse possível¹³⁴. Quanto à medida da compensação económica ao ofendido, no todo ou em parte, pelo dano patrimonial (artigos 4.º, n.º 1 al. c) e 11.º, n.º 1 al. b)) ou à medida de prestações económicas a favor da comunidade (artigos 4.º, n.º al. d) e 12.º), ainda que bem intencionadas, trata-se de medidas que, exceptuando os casos em que o menor esteja regularmente inserido no mercado trabalho – o que dificilmente acontecerá até aos 16 anos – afectam o património dos pais e não o do próprio menor¹³⁵.

Relativamente à medida de admoestação, tem sido assinalada não só a sua reduzida utilidade, mas também o facto de esta poder ser, em regra, dispensada, devendo dar-se preferência à suspensão do processo, caso este mecanismo de diversão processual possa, no caso, ser determinado¹³⁶.

Cristina Carvalho, Susana Castela e Ana Vieira analisam a execução das restantes medidas tutelares não institucionais e referem que, no que respeita à medida de privação do direito

¹³³ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Medidas tutelares educativas não institucionais*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007, p.376 e 377.

¹³⁴ Martins Ribeiro, Jorge, *Lei Tutelar Educativa: Medidas tutelares educativas não institucionais*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007, p. 414 e 415.

¹³⁵ Martins Ribeiro, Jorge, *ob. cit.*, p. 415.

¹³⁶ Neste sentido, v. Barbosa e Silva, Júlio, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, Almedina, 2013, p. 62 a 64.

de conduzir, apesar de ter tido pouca aplicação, levanta dúvidas quanto à sua ressonância pedagógica se aplicada isoladamente, sem uma intervenção complementar¹³⁷.

Quanto à reparação ao ofendido, cuja aplicação tem também assumido pouca relevância, levanta igualmente dúvidas, em especial no que concerne ao valor desta iniciativa para o jovem e para a própria vítima, dado o elevado risco de ser percebida pelo jovem como uma obrigação e pela vítima como um automatismo.

Já a medida de realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade tem sido bem aceite pelos jovens e pela comunidade, constituindo-se como uma intervenção pedagógica por excelência e com impacto positivo para os intervenientes.

Quanto à medida de imposição de regras de conduta, evidencia-se que os limites impostos são apresentados pela forma negativa, não se valorizando as condutas positivas que o jovem pode desenvolver e que podem contribuir para a redução da frequência dos comportamentos disruptivos.

Relativamente à medida de imposição de obrigações, esta tem ganho uma maior expressividade ao longo dos anos, sendo um dos objectivos desta medida promover o aproveitamento escolar e formação, nas áreas que melhor respondem às necessidades apresentadas pelos jovens.

Quanto à medida de frequência de programas formativos, referem que se tem deparado com dificuldades ao nível da escassez dos recursos comunitários e que se deveria reforçar a implementação de programas especialmente dirigidos tanto aos delitos de natureza rodoviárias, como de competências pessoais e sociais.

Por fim, na execução da medida de acompanhamento educativo levantam-se alguns obstáculos, nomeadamente no tocante à oportunidade e adequação dos recursos comunitários, ao nível da adesão do menor e ao nível das diferentes práticas judiciais.

¹³⁷ Carvalho, Cristina, Castela, Susana e Vieira, Ana, *Um contributo para a reflexão sobre a intervenção nas medidas tutelares não institucionais*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007, p. 453 e seguintes.

CONCLUSÃO

Feito este estudo, e não obstante o muito que ainda há para estudar e escrever, é-nos agora possível responder à questão colocada no título do trabalho, resposta essa que, do nosso ponto de vista, não poderá deixar de ser afirmativa. Assim, as medidas tutelares educativas consubstanciam, de facto, uma intervenção penal encoberta.

Será esta conclusão incompatível com a inimputabilidade em razão da idade, prevista no artigo 19.º do Código Penal? Não necessariamente. Do mesmo modo que os inimputáveis em razão de anomalia psíquica estão abrangidos pelo direito penal, embora sujeitos a medidas de segurança – e não a verdadeiras penas – também os inimputáveis em razão da idade podem estar abrangidos pelo direito penal, ainda que sujeitos a um processo e medidas específicos.

Qual é, então, a materialidade subjacente à inimputabilidade em razão da idade? Como relacionar com o regime tutelar educativo? As nossas conclusões vão no sentido de que a inimputabilidade em razão da idade, expressa através de um critério quantitativo, não é sinónimo de ausência de culpa. Esta reflecte tão-somente uma opção de política criminal, alicerçada no princípio da humanidade, que consiste em evitar que uma criança, mesmo que delinquente, carregue a pesada cruz das “consequências jurídicas do facto” previstas no artigo 40.º e seguintes do CP – opção esta que rejeita o modelo de justiça, característico do século XIX. Não sendo sinónimo de ausência de culpa e porque não impede que daí advenham necessidades preventivas, esta opção implica uma tomada de posição por parte do Estado, no sentido de uma intervenção específica, ainda que as finalidades dessa intervenção sejam, no essencial, idênticas às finalidades da intervenção penal. Essa forma específica de intervenção consiste na possibilidade de aplicação de medidas tutelares educativas.

Assume a culpa alguma relevância neste regime tutelar? Sim, porquanto a culpa – denominada agora de “necessidade de educação para o direito” – é pressuposto irrenunciável da intervenção tutelar. Este regime distancia-se, assim, de um modelo de protecção, na medida em que procura responsabilizar os menores que – com culpa – praticam factos qualificados pela lei como crime. Daí a relevância da medida tutelar ser “proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito

manifestada na prática do facto e subsistente no momento da decisão” (artigo 7.º, n.º1 da LTE) e de serem consideradas para a avaliação dessa necessidade e da espécie de medida “as causas que excluem ou diminuem a ilicitude ou a culpa” (artigo 2.º, n.º 2 da LTE).

De que modo as finalidades destas medidas são, no essencial, coincidentes com as finalidades das penas? Precisamente porque mesmo estando em causa ilícitos praticados por menores, continua a constituir tarefa fundamental do Estado a segurança, destinada à protecção de bens jurídicos (prevenção geral) ou, como estabelece a nossa Lei Fundamental, para “garantir os direitos e liberdades fundamentais” da comunidade e o “bem-estar e a qualidade de vida do povo” (al. b) e d) do artigo 9.º). A isto acresce o facto de o problema da criminalidade juvenil ter vindo a adquirir, nos últimos anos, contornos realmente preocupantes, agravado pelo forte impacto da comunicação social.

Por sua vez, o cunho de prevenção especial (essencialmente positiva) é evidenciado pela finalidade de educação do menor para o direito e (consequente) reinserção do mesmo na vida em comunidade, de uma forma digna e responsável. No fundo, trata-se de especificar a finalidade prevista na lei penal de “reintegração do agente na sociedade”, por forma a torná-la adequada à realidade que visa abranger: a minoridade. Não se nega que esta finalidade assume um peso considerável na intervenção tutelar; mas, não só isso não invalida a conclusão de que as finalidades das medidas se reconduzem às finalidades das penas, como o próprio direito penal tem vindo a assumir um cunho de prevenção especial cada mais evidente, pela consagração e crescente aplicação de penas de substituição.

Não obstante a finalidade assumidamente educativa destas medidas, verificamos que o respectivo conteúdo é bastante similar às penas previstas no Código Penal. Isto não constituiria em si um problema caso se tivesse previsto determinados mecanismos para tornar estas medidas verdadeiramente educativas na sua execução. Pelo estudo feito neste trabalho, podemos concluir que inexitem, em regra, tais mecanismos, o que potencia o risco de estas medidas serem sentidas como verdadeiras penas – em particular, a medida tutelar de internamento. Mas não só: uma medida tutelar de admoestação (artigo 9.º da LTE) e uma pena de admoestação (artigo 60.º do CP) não poderão ser consideradas diferentes pela simples razão de, quanto àquela, se referir que tem finalidades educativas!

O facto de se concluir que o regime tutelar educativo tem natureza penal não significa que se deva revogar todo este regime. Significa, tão-só, que deveriam ser reconhecidas, por um lado, a finalidade de protecção de bens jurídicos, de modo a tornar este regime mais transparente, e, por outro, a compatibilidade desta finalidade com o desiderato de educação para o direito. Significa, ainda, que se deve criar os mecanismos para uma eficaz aplicação destas medidas, dado que se estas não assumirem um cariz educativo em nada se diferenciarão das penas.

Concluindo com a citação feita no início do trabalho, por referência à peça de teatro de *Albert Camus*¹³⁸, urge dar tempo (numa acepção essencialmente qualitativa) aos “novos” para serem verdadeiramente novos. Tratar novos como adultos com a capa da “educação” potenciará inevitavelmente o fracasso deste regime.

¹³⁸ Camus, Albert, *Os Justos*, Edição Livros do Brasil, Lisboa, p.183.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Tânia, *O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 3 – n.º 6 – 2006, Coimbra.

Barbosa e Silva, Júlio, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, Almedina, 2013.

Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º Volume, AAFDL, 1983.

Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª edição revista e actualizada, AAFDL, 1985.

Camus, Albert, *Os Justos*, Edição Livros do Brasil, Lisboa.

Carvalho, Cristina, Castela, Susana e Vieira, Ana, *Um contributo para a reflexão sobre a intervenção nas medidas tutelares não institucionais*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007.

Castro, José Luís dos Santos, *Socialização das Crianças de Rua e Lógicas de Intervenção das Redes de Suporte Social*, Cadernos do CEJ, Lisboa, 1997.

Clemente, João Maria Vieira, *A Ameaça Penal das Medidas Tutelares Educativas*, Relatório realizado no âmbito do Seminário de Criminologia, no Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

Costa Oliveira, Francisco, *Crime Negligente e Culpa na Dogmática Penal e na Prática Judiciária*, Almedina, 2010.

Cunha e Costa, Filipe Miguel, *Do recurso à aplicação analógica do artigo 80.º do Código Penal em sede de processo tutelar educativo*, Dissertação de Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes*, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos: Um Século de Tensão entre a Protecção e a Repressão, Educação e Punição, Coimbra Editora, 2005.

Duarte-Fonseca, António Carlos, *Medidas tutelares educativas não institucionais*, in *Direito das Crianças*, Actas, Lisboa, 2007.

Duarte-Fonseca, António Carlos, *Menores, mas imputáveis: que protecção?*, in Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof.Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra Editora, 2008.

Duarte-Fonseca, António Carlos, Duarte-Fonseca, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais*, Separata Psicologia Forense, Almedina, Coimbra, 2006.

Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Pena Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 1ª Edição, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2011.

Garcia Marques, Pedro Maia, *Da culpa individual no direito penal - contributo para a procura de uma adequada justificação material e ético-individual do juízo de culpa jurídico-penal*, Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2003.

Gersão, Eliana, *Ainda a revisão da organização tutelar de menores – Memória de um processo de reforma*, Separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues – I, Coimbra Editora, 2001.

Gersão, Eliana, *Menores Agentes de Infracções – Interrogações acerca de Velhas e Novas Respostas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Editorial Notícias, Abril/Junho 1994.

Gersão, Eliana, *Menores agentes de infracções criminais – que intervenção*, Apreciação Crítica do Sistema Português, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984.

Gomes, Conceição, *Os caminhos difíceis da “nova” justiça tutelar educativa, Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e Centros de Estudos Sociais, Coimbra, 2004.

Gonçalves, Rui Manuel, *A Culpa na Lei Tutelar Educativa*, Relatório elaborado no Seminário de Criminologia, no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2007/2008.

Guerra, Paulo, *Jurisprudência Crítica*, in Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova, ano 1, n.º 1, Setembro, 2008.

Lúcio, Álvaro Laborinho, *O advogado e a Lei Tutelar Educativa*, Revista do Ministério Público, ano 26, Out-Dez, n.º 104, 2005.

Marques da Silva, Germano, *Curso de Processo Penal*, Parte III, 3ª Edição, Editorial Verbo, 2009.

Marteleira, Joana, *Jovens à margem: análise sociológica de um centro educativo*, in Infância e Juventude (Janeiro-Março), Lisboa, 2005.

Martins Ribeiro, Jorge, *Lei Tutelar Educativa: Medidas tutelares educativas não institucionais*, in Direito das Crianças e Jovens, Actas, Lisboa, 2007.

Musgrave, P. W, *Sociologia da Educação*, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

Neves, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal* (ed. Policopiada), Coimbra, 1968.

Neves, Tiago, *A defesa institucional numa instituição total: o caso de um centro de internamento de menores delinquentes*, in Análise Social, volume XLII (185), 2007.

Neves, Tiago, *Entre Educativo e Penitenciário*, Etnografia de um centro de internamento de menores delinquentes, Edições Afrontamento, 2008.

Pereira da Silva, José, *Medidas Tutelares de Internamento*, in Direito das Crianças, Actas, Lisboa, 2007.

Pinto de Abreu, Carlos, Carvalho Sá, Inês e Costa Ramos, Vânia, *Protecção, Delinquência e Justiça de Menores – Um manual prático para juristas... e não só*, Edições Sílabo, Lisboa, 2010.

Pinto de Albuquerque, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1982.

Pizarro de Almeida, Carlota, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, Almedina, 2000.

Ramião, Tomé d'Almeida, *Lei Tutelar Educativa Anotada e Comentada – Jurisprudência e Legislação Conexa*, 5ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2004.

Ríos Martín, Julián, *Jurisdicción de menores en España – Hacia una intervención no punitiva*, in *Cadernos da Revista do Ministério Público: O Direito de Menores, reforma ou revolução?*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

Rodrigues, Anabela Miranda, *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 1997.

Rodrigues, Anabela Miranda e Duarte-Fonseca, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003.

Sá Fernandes, Ricardo, *Sobre o projecto de reforma da jurisdição de menores*, in *Cadernos do Ministério Público: Direito dos Menores, reforma ou revolução?*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

Sánchez, Jesús-María Silva, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

Sani, Ana Isabel, & Gonçalves, Rui Abrunhosa, *Análise de características sócio-familiares em menores (pré)delinquentes*, in Crimes: práticas e testemunhos, Universidade do Minho, 1999.

Serra, Eurico, *Os Tribunais de Menores e a sua Jurisdição - Anteprojecto da reforma dos Serviços Jurisdicionais de Menores, Parte I*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1961.

Silva, Júlio Barbosa e, *Ainda a questão do desconto na medida tutelar de guarda na medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo – Um comentário comparado ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/2009 de Supremo Tribunal de Justiça*, in Revista do Ministério Público, ano 30, n.º 120, Out-Dez, 2009.

Souto de Moura, José Adriano, *A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos*, Separata da Revista do Ministério Público, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, 2000.

Sudan, Dimitri, *Da criança culpada ao sujeito de direitos: alterações dos modos de gestão da delinquência juvenil (1820-1989)*, in Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social, Julho/Setembro, 1997.

Susano, Helena, *A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação*, in Julgar, Lisboa, n.º 11, Maio-Agosto, 2010.

Valente, Manuel Monteiro Guedes, e Mulas, Nieves Sanz, *Direito de Menores – Estudo Luso-Hispânico sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, Âncora Editora, Lisboa, 2003.

Ventura, João Paulo, *Nascer e não ter sorte...Ser jovem, deserdado e delinquente...*, in Crimes: práticas e testemunhos, Universidade do Minho, 1999.