

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



**A Interação entre a Intervenção Protetiva, a Intervenção Tutelar
Educativa e a Intervenção Penal junto de jovens adultos delinquentes**

Dissertação elaborada no âmbito do Mestrado
de Direito Forense, sob orientação do Professor
Doutor Germano Marques da Silva.

Maria Mariana Oliveira de Almeida

Março, 2022

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva pela ajuda e orientação na elaboração da presente dissertação.

À minha família pelo apoio, incentivo e pela compreensão da minha indisponibilidade em muitos momentos.

A todos os colegas que me acompanharam ao longo do meu percurso académico.

RESUMO

São vários os diferentes enquadramentos legais que podem envolver uma criança ou jovem e que se traduzem em diferentes tipos de intervenções que merecem a devida atenção: a intervenção tutelar educativa a que podem ser sujeitos os menores entre os 12 e os 16 anos, enquanto agentes de factos qualificados pela lei como crime, que nos remete de imediato para o fenómeno da delinquência juvenil; a intervenção de promoção e proteção acionada perante os menores que estejam em situação de perigo e que necessitam de proteção; e a intervenção penal junto de jovens adultos entre os 16 anos e os 21 anos que praticam crimes.

No passado, a pretensão de separar menores delinquentes e menores em perigo conduziu à consagração de modelos de intervenção diferenciada, nomeadamente, a intervenção tutelar e a intervenção de proteção. Contudo, a necessidade de diferenciar duas intervenções que prosseguem diferentes finalidades não é absoluta e, frequentemente, há a necessidade da sua articulação e união perante um propósito comum, a concretização dos superiores interesses do menor.

Além disso, uma articulação semelhante pode ter que existir entre a intervenção tutelar e a intervenção penal a ter lugar junto de jovens adultos entre os 16 e os 21 anos de idade. Apesar de a partir dos 16 anos de idade, um jovem já poder ser responsabilizado penalmente, isso não afasta a possibilidade de lhe serem aplicadas medidas tutelares por crimes praticados antes dos 16 anos, o que leva a uma interação entre a intervenção tutelar e a intervenção penal no que diz respeito à categoria dos jovens adultos que deve ser analisada.

Através da comparação destes três sistemas interventivos que compõe o dispositivo normativo do Direito de menores em Portugal, é possível concluir que apesar de serem diferentes, por vezes terão que coexistir, dada a sobreposição das suas fronteiras.

Palavras-chave: Sistema de justiça juvenil; modelos de intervenção; menores em perigo; menores delinquentes; articulação.

ABSTRACT

There are several different legal contexts that can involve a child or young person and that translate into different types of interventions that deserve due attention: educational tutelary intervention to which minors between 12 and 16 years may be subject, as agents of facts qualified by law as crime, which immediately brings us to the phenomenon of juvenile delinquency; promotion and protection intervention activated for minors who are in danger and who need protection; and criminal intervention for young adults between the ages of 16 and 21, who commit crimes.

In the past, the intention to separate delinquent minors and endangered minors led to the consecration of differentiated intervention models, namely, educational tutelary intervention and protection intervention. However, the need to differentiate two interventions that pursue different purposes is not absolute and frequently there is a need for their articulation and union for a common purpose, which is the materialization of the best interests of the minor.

Furthermore, a similar articulation may have to exist between tutelary intervention and penal intervention towards young adults between 16 and 21 years of age. Although from the age of 16, a young person can already be held criminally responsible, this does not rule out the possibility of applying tutelary measures for crimes committed before the age of 16, which leads to an interaction between the tutelary intervention and the criminal intervention in relation to the category of young adults that should be analyzed.

From the comparison of these three intervention systems that make up the normative device of the Law of Minors in Portugal, it is possible to conclude that despite being different, sometimes they will have to coexist, given the overlapping of their borders.

Keywords: Juvenile justice system; intervention models; minors in danger; juvenile delinquents; articulation.

ÍNDICE

Abreviaturas e siglas.....	6
Introdução.....	7

Capítulo I

A Intervenção Tutelar Educativa.....	9
1. Pressupostos de Aplicação das Medidas Tutelares Educativas	9
2. Finalidades.....	15
3. Educação do menor para o Direito vs. Segurança da comunidade.....	18

Capítulo II

A Intervenção de Promoção dos Direitos e Proteção de menores em perigo.....	20
1. Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo: aspetos relevantes.....	20
2. Legitimidade.....	26
3. Articulação entre a Intervenção Tutelar e a Intervenção de Proteção	29

Capítulo III

A Intervenção Penal junto de jovens Adultos	33
1. Regime Penal Especial para jovens adultos: especialidades e ambiguidades	33
2. O entrecruzamento entre o sistema penal e o sistema tutelar educativo	39
Conclusão	47
Bibliografia.....	50

ABREVIATURAS E SIGLAS

CPCJ Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

CRP Constituição da República Portuguesa

CP Código Penal

DL Decreto-Lei

LPCJP Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

LPI Lei de Proteção da Infância

LTE Lei Tutelar Educativa

P Página

PP Páginas

OTM Organização Tutelar de Menores

INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação prende-se com a interação de três sistemas de intervenção que compõe o sistema de justiça juvenil, sendo que pelo menos dois deles se tornam necessários perante o fenómeno crescente e preocupante da delinquência juvenil, que, por estar revestido de especial complexidade pelos diferentes contextos e trajetos de vida dos menores, precisa de uma reação estadual diferenciada daquela que é reservada aos adultos que cometem crimes.

Embora tais intervenções sejam díspares e percorram finalidades distintas, dado se destinarem a diferentes marcos etários e tipos de situações, os seus caminhos cruzam-se frequentemente. Importa, por isso, analisar o tipo de medidas e/ou de sanções de cada uma, clarificando e aprofundando as suas finalidades.

Assim, num primeiro capítulo, começaremos por expor as especificidades presentes na Lei Tutelar educativa, criadora de um novo modelo de intervenção face ao que antes era um modelo de feição meramente protecionista.

A Lei Tutelar educativa é atualmente a referência no que toca à intervenção tutelar educativa, as medidas nela enunciadas, a aplicar aos menores entre os 12 e 16 anos que pratiquem factos qualificados na lei como crimes, prosseguem finalidades que vão muito além das finalidades de repressão e expiação da culpa, que se pretendem alcançar com a aplicação das penas em processo penal destinadas aos adultos, são primeiramente formas de ressocialização, como veremos. De facto, subjacente a esta intervenção, há uma problemática que merece também uma cuidada reflexão, afinal, em que medida o legislador consegue garantir as duas finalidades que norteiam esta intervenção, por um lado, a educação e ressocialização dos jovens delinquentes e por outro lado, a segurança da comunidade? Existirá um equilíbrio?

Seguidamente, num segundo capítulo, serão tecidas algumas considerações acerca da intervenção protetiva, edificada pela Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo. O objetivo é claro, demonstrar que, apesar das intervenções protetiva e tutelar do Estado tratarem de atuações necessárias a diferentes níveis, a sua articulação é de grande importância, pelo facto de muitos dos menores delinquentes serem também crianças em perigo. Até porque as finalidades prosseguidas por cada uma, complementam-se muitas vezes, sem nunca perder de vista o seu foco comum, o superior interesse da criança ou do jovem intervencionado.

Aparentemente são claras as situações que podem suscitar a intervenção protetiva e a intervenção tutelar.

A primeira tem-se por justificada “quando o gozo ou o exercício de direitos cívicos, sociais, económicos e culturais são ameaçados por fatores que lhe são exteriores — incúria, exclusão

social, abandono ou maus tratos” (Souto de Moura, 2002, pp. 91-92), já a segunda deve ter lugar quando a criança ou jovem ofende as normas penais, demonstrando através dos comportamentos por si perpetrados uma personalidade avessa ao cumprimento do dever jurídico, sendo por isso dever do Estado intervir corretivamente, direcionando-o para um projeto de vida conforme ao direito.

Apesar disso, como veremos, “não podem ser criadas divisões artificiais – de proteção e assistencial, por um lado, e educativa, por outro, é exigível que se estabeleçam «pontes de passagem» entre si”¹. Se uma criança está sujeita a um processo de proteção e a processo tutelar educativo, em simultâneo, isso exige que as decisões que se seguirem estejam em harmonia uma com a outra, com uma correta avaliação sobre o seu nível de saúde mental e física, de integração familiar, social e escolar, de forma a melhor serem prosseguidas as finalidades de cada um dos processos².

De facto, os caminhos da intervenção de proteção e da intervenção tutelar podem unir-se, não só pela necessidade comum a ambas de ser criado um ambiente terapêutico e não meramente de controlo, mas também porque é clara a evidência de que se houver uma intervenção atempada ao nível da proteção, isso ajudará a combater o fenómeno da delinquência juvenil e consequentemente a reduzir os casos alvo da intervenção tutelar educativa.

Para mais, um dos grandes problemas a ser mencionado que demonstra a relação quase intrínseca que existe ente o sistema de proteção e o sistema tutelar, são os problemas de conduta que apresentam os menores sob a alçada da proteção, condutas disruptivas, violentas e com problemas do foro emocional, o que até pode levar a questionar se fará sentido distinguir objetivamente os menores sob proteção e os menores delinquentes.

Por último, a par destas duas intervenções, restará aprofundar a intervenção penal, corporizada no Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, aplicável a jovens adultos com idades compreendidas entre 16 e 21 anos que pratiquem crimes.

Apesar de já não serem considerados inimputáveis à luz do Código Penal, por razões de reinserção social, o legislador considerou que podem vir a beneficiar de medidas corretivas ou do princípio de atenuação especial da pena de prisão. Assim, mais uma vez, mas noutra

¹ Rodrigues, Anabela, Comunicação apresentada na Conferência Internacional sobre as reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global, 16 de dezembro de 2008, organizada pela Faculdade de Direito de Macau no 20º aniversário da Faculdade de Direito, disponível em <https://www.odireitoonline.com/direito-das-criancas-e-dos-jovens-delinquentes.html>

² Fialho, Anabela Raimundo; Felgueiras, Belmira Raposo, «A Intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa — Caminhos que se cruzam», *Revista Julgar*, Lisboa, n.º 24, 2014, p. 94.

contexto, agora já dentro do campo da imputabilidade (art. 19.º do CP) e da aplicação do Direito Penal comum, o legislador visou criar um direito mais direcionado para reeducar do que para sancionar³, resta saber em que parâmetros o terá feito.

Capítulo I

A Intervenção Tutelar Educativa

1. Pressupostos de Aplicação das Medidas Tutelares Educativas

I. Atualmente a adoção por parte de crianças e jovens de comportamentos considerados desviantes, que põem em causa o conjunto de valores que à luz dos padrões sociais da sociedade devem ser respeitados, leva a que seja imperioso a existência de um sistema de meios reativos, nomeadamente, quando esses comportamentos sejam qualificados pela lei penal como crime, e, por consequência, coloquem em causa as expectativas de segurança da comunidade.

Porém, há que atentar que os meios de reação às condutas dos menores, qualificadas como crime, diferem consoante o marco etário em que nos situemos, dado que tudo depende do estágio de desenvolvimento da criança ou jovem e da sua capacidade de avaliar a ilicitude do facto e de se autodeterminar de acordo com essa avaliação.

A reação pode ser meramente protetiva, se o facto em causa for cometido por menor com idade inferior a 12 anos, sendo assim poupado ao contacto com o sistema de justiça penal, ou a reação pode ser de carácter educativo e responsabilizante, se menor tiver entre 12 e 16 anos de idade, isto porque, dado estarmos dentro do campo da inimputabilidade penal, as medidas a serem tomadas nada têm a ver com as medidas e sanções penais aplicáveis aos adultos. Como decorre do artigo 19.º do Código Penal, os menores com idade inferior a 16 anos são penalmente inimputáveis.

Se o menor, no momento da prática do facto, tiver idade igual ou superior a 16 anos, será penalmente imputável e, nesse caso, já despoletará uma reação penal, ainda que possa beneficiar do regime especial trazido pelo DL n.º 401/82, de 23 de setembro, que analisaremos adiante.

Mas, centremo-nos agora nos menores entre os 12 e 16 anos, que praticam factos qualificados na lei como crime.

³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro.

Ainda que o conceito de inimputabilidade represente a incapacidade dos indivíduos responderem penalmente pelos seus atos, por vezes pela insuficiente compreensão do alcance das decisões que tomam, pois é consensual que os jovens são bastante permeáveis a influências várias e nem sempre positivas (seja do grupo de pares onde se inserem, do meio familiar ou escolar muitas vezes pautados por falta de orientação, violência, ou adições várias...), há também que realçar que inimputabilidade penal não equivale a irresponsabilidade⁴. As crianças e jovens com idades compreendidas entre os 12 e 16 anos não deixarão de ser intervencionados pelo Estado, o que não ocorrerá é uma intervenção penal, mas sim uma resposta do sistema tutelar educativo.

A intervenção tutelar educativa, assente na Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, nasce da preocupação em assegurar aos jovens condições adequadas ao seu crescimento e desenvolvimento pessoal e social, e em defender a sociedade, salvaguardando a tranquilidade e ordem públicas, quando os jovens entrem em conflito com a lei.

O modelo educativo de responsabilidade, hoje preconizado pela referida Lei Tutelar Educativa, surgiu da necessidade de elevar o direito tutelar de menores que existia desde 1962 através da Organização Tutelar de Menores, “ao patamar do direito substantivo sancionatório”⁵. O modelo de proteção, adotado pela intervenção estadual até aí, assentava na ideia de que os menores que praticavam factos qualificados na lei como crime, eram pessoas somente carecidas de proteção, padeciam apenas de inadaptação à comunidade, daí que não lhe fossem aplicados os mecanismos penais previstos para os adultos, os menores permaneciam protegidos do estigma associado ao sistema penal⁶.

A certa altura, o modelo de proteção entrou em crise; não eram aplicadas eficazmente as diretrizes da Convenção sobre os Direitos das Crianças, o que era incompreensível dado que Portugal havido sido um dos primeiros países a ratificá-la, e não eram asseguradas as garantias processuais e os direitos fundamentais dos menores. O foco deste modelo era a personalidade do menor e suas condições de vida, o que suscitava grandes arbitrariedades e tratamentos

⁴ Souto de Moura, José Adriano, “A Tutela Educativa: Fatores de Legitimação e Objetivos”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 103.

⁵ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de Menores delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 369.

⁶ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, pp. 108-109.

seletivos que, por vezes, lhe eram prejudiciais⁷. Desta forma, tornou-se prioritário a adoção de uma solução de equilíbrio entre os modelos de justiça e o modelo de proteção, com vista a superar as problemáticas que estes modelos ofereciam, conseguindo-se alcançar um modelo de «terceira via»⁸.

Uma das críticas a apontar ao modelo de proteção era o facto de se intervir de igual forma quer se tratasse de menores em perigo, quer fossem menores agentes de factos qualificados pela lei como crime. Era necessário que houvesse uma diferenciação, daí que a reforma do direito tutelar de menores se tenha traduzido na publicação da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, a designada Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) e na publicação da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, a Lei Tutelar Educativa (LTE). Instituíram-se, desta forma, dois tipos de intervenções diferenciadas, justificadas pela “legitimidade e a eficácia do sistema de intervenção estadual junto dos menores”⁹.

Contudo, devido à articulação que tantas vezes é necessária entre a intervenção tutelar educativa e a intervenção de proteção, a separação não foi total e absoluta. A competência para a intervenção judiciária continuou a caber à mesma jurisdição especializada, ao Tribunal de família e menores. É, por isso, errado concluir-se que esta distinção implica que necessariamente a intervenção tutelar e a intervenção protetiva percorram caminhos distintos.

Quando comparados aos adultos que cometem crimes, os menores, por estarem ainda em processo de desenvolvimento e formação pessoal e social, possuem necessidades específicas e daí terem que ter respostas também distintas¹⁰. Porém, as garantias e seus direitos devem ser assegurados com igual intensidade.

Como salienta Eliana Gersão, o que se pretende agora é um modelo de intervenção estadual “que impeça os abusos dos sistemas de «proteção», nomeadamente reconhecendo aos menores as garantias concedidas aos adultos pelo direito constitucional, pelo direito processual penal e pelo próprio direito penal (...) mas que simultaneamente salvasse a herança positiva do modelo de «proteção», em especial a natureza educativa das medidas aplicáveis e a profunda

⁷ Gersão, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 7, fasc. 4, 1997, pp. 578-579.

⁸ Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de...*, cit., pp. 369-371.

⁹ Fialho, Anabela Raimundo; Felgueiras, Belmira Raposo, *ob. cit.*, pp. 89-91.

¹⁰ Carvalho, Maria João Leote de, *A Lei Tutelar Educativa – A criança e o facto qualificado na lei como crime. A medida de internamento – sentido e potencialidades*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 228.

consideração dos interesses da criança ao longo de todo o processo de aplicação e execução das medidas”¹¹.

Até porque com a Lei Tutelar Educativa, enquanto nova aposta do sistema de justiça juvenil português, pretendeu-se não só centralizar a necessidade da intervenção por parte do Estado no facto praticado pelo menor, mas também e principalmente na necessidade de reeducação do menor, de este ser orientado para os valores fundamentais da comunidade que foram violados pelo ato ilícito¹².

Assim, impulsionada por vários instrumentos internacionais, a Lei Tutelar Educativa assumiu como preocupação central a instituição de fortes garantias de defesa e de direitos do jovem delincente, que até aí não tinham sido consideradas em linha de conta pelo modelo de proteção: o menor passou a ser encarado também como um sujeito detentor de direitos e não só de deveres.

II. Relativamente à aplicação das medidas tutelares educativas, há que tecer importantes considerações sobre os pressupostos dos quais depende a sua aplicação.

Segundo o artigo 1.º da Lei Tutelar Educativa, um dos pressupostos para a aplicação de uma medida tutelar é a prova da prática de um facto qualificado pela lei como crime, por um menor com idade entre os 12 e 16 anos de idade. Porém, ainda que necessário, só este pressuposto não se afigura como suficiente. Há ainda que considerar como pressupostos: a necessidade de educar o menor para o Direito, sendo que essa necessidade tem de subsistir no momento de aplicação da medida tutelar educativa (artigo 7.º); o menor não ter completado 18 anos até à data da decisão em 1ª instância ou se tiver entre os 16 e os 18 anos, não lhe ter sido aplicada pena de prisão efetiva em processo penal (artigo 28.º, n.º 2, als. a) e b)¹³.

Quanto ao primeiro pressuposto para a aplicação de medida tutelar educativa, a prática de facto qualificado pela lei como crime, há que atentar que este não se verifica se existir uma causa de exclusão da ilicitude ou que excluiria a culpa de imputável (art. 2.º, n.º 2 da LTE), pois nesse caso não se pode considerar que haja por parte do menor uma atitude desrespeitosa e violadora dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade.

¹¹ Gersão, Eliana, *ob. cit.*, p. 580.

¹² Carvalho, Maria João Leote de, *ob. cit.*, p. 228.

¹³ Susano, Helena, «A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação», *Revista Julgar*, Lisboa, n.º 11, 2010, pp. 112-113.

Ainda quanto a este primeiro pressuposto, pode dizer-se que este assenta também numa certa especificidade do seu destinatário, designadamente a sua faixa etária, a intervenção tutelar é fixada nos 12 anos de idade. É exigível que exista um limiar mínimo do desenvolvimento (maturidade) da criança, dado que só a partir dessa idade, o menor consegue alcançar o sentido da intervenção educativa, que é a educação para a responsabilização. O menor com idade inferior a 12 anos e que cometa facto ilícito tipificado na lei penal, está excluído do âmbito da Lei Tutelar Educativa; pode é, em substituição, carecer de proteção ao abrigo do regime estabelecido pela Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo¹⁴.

Quanto ao limite máximo etário, a Lei Tutelar Educativa será aplicada aos menores que pratiquem crimes até aos 16 anos, porque tem-se entendido que o menor com idade inferior a 16 anos, apesar de poder possuir a necessária capacidade para avaliar a ilicitude da sua conduta e se determinar de acordo com essa avaliação, não é suscetível de um juízo de culpa, culpa essa que seria condição necessária para que pudesse ser aplicada uma pena. Por outro lado, um menor com idade igual ou superior a 16 anos, que corresponde à idade da imputabilidade penal, considera-se que já tem a capacidade de suportar um juízo de culpa jurídico-penal, cujo sentido político-criminal é eminentemente punitivo e preventivo¹⁵, logo já não poderá estar sujeito ao regime deste diploma.

O segundo pressuposto, encaminha-nos para dois dos princípios estruturantes da intervenção tutelar educativa: o princípio da atualidade e o princípio da necessidade da existência de necessidades educativas.

Perante um menor que revele uma personalidade avessa ao cumprimento e respeito das normas e dos valores essenciais da comunidade, o Estado deve intervir, não com vista a puni-lo, mas sim para fomentar o respeito do jovem pelas normas e para que este desenvolva uma atitude responsável socialmente. O que de facto norteia a intervenção do Estado é o interesse do menor, mas para isso tem que se apurar se existe de facto a necessidade de educar o menor para o direito, esse é o ponto-chave na lógica da intervenção educativa, ainda mais do que a exigência de defesa da sociedade.

¹⁴ Ramião, Tomé d' Almeida, *Lei Tutelar educativa – Anotada e comentada*, Lisboa, Quid Iuris?, 2004, pp. 33-34.

¹⁵ Rodrigues, Anabela, Comunicação apresentada na Conferência Internacional sobre as reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global, 16 de dezembro de 2008, organizada pela Faculdade de Direito de Macau no 20º aniversário da Faculdade de Direito, disponível em <https://www.odireitoonline.com/direito-das-criancas-e-dos-jovens-delinquentes.html>

Neste seguimento, se se considerar que a prática do facto manifesta “uma atitude de congruência ou mesmo tão só de não desrespeito pelos valores essenciais à vida em comunidade ou se se insere nos processos normais de desenvolvimento da personalidade, os quais incluem, dentro de limites razoáveis, a possibilidade de o menor testar a vigência das normas através da infração”¹⁶, a intervenção tutelar educativa não ocorrerá.

A intervenção tutelar educativa também não terá lugar, se o menor padecer de anomalia psíquica que seja impeditiva de alcançar o sentido da intervenção, como refere o artigo 49.º da Lei Tutelar Educativa, e nesse caso em qualquer momento que seja detetada, o processo será arquivado e o menor será seguido pelas autoridades competentes de saúde mental¹⁷.

Em termos semelhantes, o processo não seguirá e será arquivado se o crime em causa for o de consumo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, como expressa o artigo 78.º da Lei Tutelar Educativa. Ao invés, o menor será reencaminhado para os serviços de apoio e tratamento da toxicodependência e será aberto o processo de promoção e proteção, no caso de os seus pais se mostrarem incapazes de proteger o menor¹⁸.

No fundo, para a aplicação de medida tutelar educativa têm de estar presentes todos estes pressupostos, nenhum substitui o outro, são cumulativos. Mas para sabermos se estes estão reunidos, é essencial também distinguir as situações que podem levar a uma intervenção tutelar educativa ou a uma intervenção protetiva, o que pode não ser fácil.

Se efetivamente estamos perante a prática de um facto qualificado pela lei como crime, que significa o rompimento com os valores essenciais à convivência social e que é revelador que há um conflito do menor com a lei, há claramente uma necessidade educativa presente e a mais adequada será a intervenção tutelar educativa, mas se se tratar de um menor que está apenas desprotegido e frágil socialmente, a intervenção protetiva pode tornar-se o melhor caminho a seguir¹⁹.

¹⁶ Rodrigues, Anabela Miranda; Duarte-Fonseca, António, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 57.

¹⁷ Dias, Cristina; Santos, Margarida [et. al.], *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 202-203.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 268-270.

¹⁹ Fernando, Rui do Carmo Moreira, “Lei Tutelar Educativa – Traços Essenciais, na Perspetiva da Intervenção do Ministério Público”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 126-127.

2. Finalidades

I. O modelo de justiça juvenil corporizado na Lei Tutelar Educativa pretende ser um equilíbrio entre as várias preocupações que ao Estado cabe assumir, o que, por sua vez, se repercute nas finalidades e na natureza das medidas tutelares educativas.

Ao Estado, segundo o artigo 69.º da Constituição, cabe-lhe garantir os direitos dos menores, conferindo-lhes a proteção necessária ao seu desenvolvimento e formação, mas não só. Tem a seu cargo, como estabelece o artigo 70.º, n.º 2 da Constituição, a tarefa de lhes inculcar o sentido de serviço à comunidade e de criar as condições necessárias para a sua integração ativa na sociedade.

Ora, nesta última incumbência reside também a legitimidade da intervenção estadual, com vista à “educação do menor para o Direito”, quando o menor apresenta comportamentos inadequados à convivência em sociedade, capazes de integrar a ilicitude típica. Se os Códigos Penais representam os valores e normas mais importantes à vida em sociedade, é natural que, quando o menor os infrinja, haja uma reação judicial que vai condicionar a sua liberdade ou autodeterminação, mas que também faz por respeitar outros direitos do menor, entre os quais se destaca o seu direito à educação.

A palavra que importa é equilíbrio, equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos da sociedade, quando falamos na legitimidade da intervenção estadual, olhar para a Constituição é fundamental. A intervenção estadual como vimos vai implicar uma restrição de direitos fundamentais não só dos menores mas também dos seus progenitores (direito à educação e manutenção dos filhos), mas essa restrição tem limites, assume um carácter excecional e obedece aos princípios da necessidade e proporcionalidade, tem de estar justificada pela necessidade de “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.º, n.º 2 da CRP)²⁰.

Como se sabe a justiça penal e a justiça tutelar educativa convivem em conjunto e muitas vezes paralelamente, porém é fulcral distingui-las, os fins das penas e os fins das medidas tutelares educativas não são os mesmos e como veremos, também não o são as suas prioridades. Enquanto a justiça penal se norteia por uma função punitiva, a justiça tutelar educativa assume marcadamente uma função de reeducação para a responsabilização do menor.

²⁰ Rodrigues, Anabela Miranda, «Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 7, fasc. 3, 1997, pp. 357-359.

Desta forma, para que o Estado possa intervir corretivamente, é essencial que exista e se mantenha a necessidade de educar o menor para o Direito; esse é o pressuposto essencial e orientador deste tipo de intervenção. Como vimos, a intervenção tutelar educativa depende de condições pré-definidas e determinadas na lei, entre elas, a inimputabilidade em razão da idade e a avaliação da necessidade de intervenção, a qual implica “aquilatar por um lado a prática do facto que integraria o crime e, uma vez verificado esse, ainda a personalidade do jovem e a sua necessidade, no momento atualístico da decisão, da necessidade de educação para o Direito”²¹.

II. Convém, no entanto, compreender o alcance do que se quer dizer, quando no artigo 2.º da Lei Tutelar Educativa, se enuncia como finalidade das medidas tutelares educativas, a “educação do menor para o Direito”.

A “educação do menor para o Direito” deve ser percecionada como um processo educativo que pretende que os jovens adquiram comportamentos conformes às regras sociais e normas jurídico-penais, de forma a eliminarem comportamentos delinquentes e a adotarem uma conduta normativa e pró-social. Neste sentido, procura-se tornar o jovem num cidadão que sabe estar em sociedade, integrado numa sociedade moral e solidária, que tem direitos mas também deveres que deve fazer por cumprir.

Assim, o processo de educação do menor para o Direito implica uma interiorização/consciencialização por parte do jovem dos valores mais elementares e essenciais da vida em sociedade, para isso a sua personalidade deve ser reestruturada de forma que assuma uma atitude de adesão a esses mesmos valores²².

No entanto, como é que isso se consegue? Educar deve englobar o respeito pela diversidade, tendo em conta a maneira de ser de cada um, ajudando a crescer e a descobrir as suas capacidades atuais e potenciais, o essencial é que o menor aprenda também a se autovalorizar e a reconhecer os seus erros²³.

A expressão “educar o menor para o Direito” é representativa não só do processo de reconhecimento interno a ser feito pelo jovem de quais os comportamentos que deve manter e quais deve alterar, mas, mais do que isso, deve ser encarada como um sinal de que a intervenção

²¹ Torres, Raquel Teixeira, «Que educação para o direito?: Da lei tutelar educativa à intervenção educativa com delinquentes juvenis», *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, Lisboa, ano 3, n.º 7, 2010, p. 43-44.

²² *Ibidem*, pp. 38-40.

²³ Rodrigues, Anabela Miranda, *Repensar o Direito...*, cit., p. 356.

tutelar não é um mero sucedâneo do direito penal e que é primacialmente organizada em função do interesse do menor.

III. Hoje o carácter educativo da intervenção assume contornos distintos dos que possuía no passado. Se anteriormente era impensável pensar em responsabilizar os menores pelos seus atos por estes serem inimputáveis e, por isso, incapazes de culpa, atualmente considera-se que apesar da inimputabilidade isso não é impeditivo da implementação de uma “pedagogia da responsabilidade” que visa alertar os jovens para a importância do cumprimento das normas.

Inclusivamente, no passado, o processo educativo a ser desenvolvido passava pela frequência de programas de duração indeterminada que decorriam preferencialmente em instituições, sendo que se acreditava que esse processo deveria ocorrer longe da família que era tida muitas vezes como a origem do comportamento inadequado dos menores agentes de crimes. Hoje, pelo contrário, não só é dada mais oportunidade aos menores de se pronunciarem sobre os assuntos que lhes dizem respeito, como também é atribuído um papel chave à família; a colaboração da família do menor é vista como imprescindível, sem ela tudo se torna mais difícil²⁴.

Esta finalidade educativa que a intervenção tutelar prossegue advém da construção de um conceito de cidadania e respeito pelo bem-estar social que os sistemas de controlo social têm procurado instituir para fazer face ao individualismo e competitividade reinantes no mundo contemporâneo em que vivemos e que, atingindo pontos extremos, podem originar comportamentos inadequados.

No fundo visa-se estabelecer uma ordem social, que seja representativa dos ideais sociais e humanos que hoje estão globalizados e isso só é possível de ser feito pelo recurso à educação, começando pelos jovens que ainda têm uma personalidade em desenvolvimento e principalmente naqueles que apresentam comportamentos transgressivos²⁵.

²⁴ Gersão, Eliana, *ob. cit.*, pp. 581-582.

²⁵ Torres, Raquel Teixeira, *ob. cit.*, p. 36.

3. Educação do menor para o Direito vs. Segurança da comunidade

I. Quando comparadas as atuações operadas pelo sistema de justiça penal e pelo sistema tutelar educativo são claras as diferenças que os separam. Os fins das penas divergem dos fins prosseguidos pelas medidas tutelares educativas, podendo dizer-se que há em parte uma inversão de prioridades.

Quanto aos fins das penas, o artigo 40.º do Código Penal diz-nos que “a aplicação das penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”, o que respetivamente, corresponde aos propósitos de prevenção geral e especial.

Assume-se então como preocupação central do sistema de justiça penal a proteção das expectativas de segurança da sociedade, o reforço da confiança da comunidade em como a lei está a ser cumprida. Só em segundo lugar, surge a preocupação de reintegração do agente na sociedade que se interliga com a necessidade de dissuadi-lo da prática de novos crimes para assim se assegurar também a segurança da comunidade. Ou seja, tudo nos conduz à preocupação que para o legislador parece ser a principal: a defesa da sociedade.

Assim, se com a execução das penas o interesse do agente surge em segundo plano e está ao serviço de uma finalidade maior que é a defesa da sociedade (proteção dos bens jurídicos), com as medidas tutelares educativas, a prioridade é o interesse do menor, como atesta o artigo 2.º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa, quando elege como finalidades a “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”.

Deste modo, é notório, fraseando José Adriano Souto de Moura, que “De um pensamento centrado na defesa de bens jurídicos e na segurança da sociedade, somos convidados a operar uma autêntica inversão de prioridades quando confrontados com o sistema tutelar educativo. Porque aí surge como objetivo prioritário o interesse do menor, relegando-se para um plano secundário a segurança na sociedade”²⁶.

Em suma, se na intervenção penal há uma centralização na defesa dos bens jurídicos e na segurança da sociedade, por sua vez, na intervenção tutelar educativa, as prioridades são outras, aí o interesse do menor passa a ser prioritário e secundariza-se a segurança da sociedade. Claro que se procura, mediatamente, satisfazer as necessidades comunitárias de segurança e paz social. Não é por ser um cidadão menor, que vai ficar incólume, essa não pode ser uma desculpa para o Estado não agir, porém, em primeira linha, o que importa é o objetivo de ajudar alguém

²⁶ Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, p. 115.

para que possa ser um cidadão adaptado à vida em sociedade e é isso que o Estado deve procurar fazer.

Ainda que o fim da intervenção tutelar não se identifique com o do direito punitivo, o legislador quis “dotar a Lei Tutelar Educativa de um cunho de prevenção especial idêntico ao do direito penal, que, neste contexto incidirá diretamente sobre o menor delinquente, dirigindo o seu fim na sua correção, na sua responsabilização e na sua integração social pela aplicação da medida tutelar educativa, procurando que ele se afaste da prática de novas condutas antijurídicas, violadoras de bens jurídicos fundamentais, educando-o para o direito e para a liberdade”²⁷.

Como é perceptível, a função educativa das medidas tutelares educativas é muito mais destacada do que a sua função de segurança da comunidade, até porque basta olhar para a Lei Tutelar educativa, designadamente no seu artigo 6.º, n.º 3, nos termos do qual “A escolha da medida tutelar aplicável é orientada pelo interesse do menor” e até para o artigo 7.º que refere que “a medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o Direito”, para se poder concluir que a defesa da sociedade não é o critério orientador e principal na escolha da medida tutelar educativa a aplicar ao menor.

Tem-se entendido que “no caso de delinquentes menores, as necessidades de defesa da sociedade têm de se considerar satisfeitas na estrita medida em que a intervenção seja exigida pelo «direito» que eles têm a uma intervenção que os eduque para o direito. Só nesses termos é legítimo assegurar a satisfação das exigências de segurança”. Obviamente que as exigências de segurança não podem ser descuidadas, porém em algumas situações podem ficar para trás, em nome da salvaguarda de certos valores fundamentais à organização da sociedade, como o direito do menor à socialização que se sobrepõe ao direito da sociedade à segurança²⁸.

II. Atente-se que apesar da finalidade primária da aplicação das medidas tutelares educativas ser a socialização do menor e não tanto a finalidade de satisfação das exigências de defesa da sociedade, uma não é impeditiva da outra, sendo que a primeira abre caminho para a segunda.

Como se sabe, “o Estado tem o dever de potenciar na maior medida possível a realização dos direitos dos menores: e, realizando-os – cumprindo esse dever –, realiza do mesmo passo o

²⁷ Valente, Manuel Monteiro Guedes; Mulas, Nieves Sanz, *Direito de Menores: Estudo Luso-Hispânico sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, Lisboa, Âncora, 2003, pp. 205-206.

²⁸ Rodrigues, Anabela Miranda, “Justiça Juvenil e Delinquência: uma questão de direitos”, *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 798.

seu próprio interesse – que é também para ele um dever – de 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”²⁹.

Fica assim claro que ainda que a função educativa tenha mais peso do que a função segurança na hora da aplicação das medidas tutelares educativas, a primeira, a educação do menor acaba também por ser um meio para se alcançar a segunda, a paz social e segurança da sociedade.

Capítulo II

A Intervenção de Promoção dos direitos e Proteção de menores em perigo

1. Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo: aspetos relevantes

I. Tendo em conta as particularidades que o ser criança implica, com consequências claras no tratamento que lhes é dispensado, há que ver que a conceptualização que hoje é feita da infância e do que é ser criança é muito diferente daquela que existia desde a idade medieval até ao século XX. Durante esse período a criança era vista como um “adulto miniatura”, não existia a consciência da particularidade infantil, a particularidade que permite distinguir essencialmente a criança do adulto e que confere à criança direitos que são só seus³⁰.

Somente na última metade do século XX, se começam a ter em conta as particularidades das crianças e a serem edificados com mais firmeza os seus direitos próprios enquanto cidadãos, sendo de destacar a adoção em 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração dos Direitos da Criança que “consagra que a criança deve beneficiar de proteção especial a fim de se poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condição de liberdade e dignidade, e, na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante”³¹.

²⁹ Rodrigues, Anabela M.; Duarte-Fonseca, António, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 62-63.

³⁰ Gebert, Angélica Baumgarten, «De adulto em miniatura para protagonista: Uma primeira infância possível?», *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, Curitiba, n.º 58, c. 5, 2019, pp. 189-190.

³¹ Guerra, Paulo, “Reflexões sobre o Sistema legal de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens”, *Atores e Dinâmicas no Sistema de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 13.

No entanto, o verdadeiro ponto de viragem na forma como eram percecionados os direitos da criança veio a ocorrer com a Convenção sobre os Direitos da Criança elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, que construiu um verdadeiro dispositivo normativo dos direitos das crianças a ser respeitado e concretizado pelos Estados que a ratificaram; já não se tratavam de meros princípios éticos a seguir pelos Estados. A partir daí, foi reconhecido que a criança é um sujeito com os mesmos direitos que os adultos aos quais acrescem ainda direitos específicos que advêm da sua condição de criança, destacando-se a importância da família na promoção do seu crescimento e bem-estar, para que a criança venha a ser um verdadeiro ator social na comunidade³².

Se anteriormente se acreditava que o menor não era autónomo, que não tinha capacidade de escolha e que era um mero objeto de direitos, hoje já não é assim. A verdade é que as crianças também têm liberdade e possibilidade de escolha. A infância é um estado progressivo de construção da identidade e desenvolvimento da personalidade em que vai havendo, cada vez com maior densidade, autonomia da vontade e cabe-nos a nós reconhecê-la.

Assim, na sequência de movimentos que acendiam o debate sobre o Direito dos menores no plano internacional, da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança que alertavam os Estados para a necessidade de protegerem os direitos das crianças, sem nunca esquecer os direitos dos seus progenitores e com olhos postos no superior interesse da criança, foi idealizada a reforma de 1999, que originou duas leis distintas: a Lei n.º 166/99, de 14 de setembro – Lei Tutelar Educativa e a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro – Lei de Proteção de Jovens e Crianças em Perigo, que vieram alterar profundamente o panorama do direito de crianças e jovens em Portugal existente até esse momento.

A reforma de 1999, corporizada nestas duas leis, teve como motivação a diferenciação que se pretendia efetuar entre a necessidade de proteção da criança em perigo e as exigências de uma educação para o direito do menor infrator, dado que até aí o jovem delinquente e a criança em perigo recebiam igual tratamento, o que não podia continuar³³.

A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, em específico, trouxe consigo a inovação que era necessária ao sistema de direito relativo a crianças e jovens que há muito não viam salvaguardados de forma eficiente os seus direitos fundamentais e os direitos dos seus progenitores, vindo assegurar a resposta a situações de perigo que comprometem seriamente o

³² Ibidem, pp. 13-16.

³³ Clemente, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 16.

desenvolvimento e bem-estar do jovem ou da criança, quer fruto das ações, quer das omissões dos seus progenitores, representantes legais ou de quem detenha a sua guarda³⁴.

Desta forma, assume-se como uma manifestação das obrigações que, ao nível constitucional, cabem ao Estado, em matérias de infância e juventude, da qual é expressão plena o artigo 69.º da Constituição, segundo o qual o Estado tem o dever de despoletar as ações devidas e necessárias à proteção das crianças vítimas de violência, abuso sexual, exploração, abandono ou tratamento negligente, ou que estejam privadas de um ambiente familiar adequado³⁵.

II. Relativamente à Lei em análise, há que dizer que esta assenta em dois conceitos fundamentais que estão sempre presentes: o conceito de proteção, que se afirma como o seu principal objetivo e o conceito de perigo, que é o que legitima a sua ação.

A definição de proteção presente na referida Lei não é somente uma definição clássica que passa pela retirada da criança da situação de perigo que a envolve, através da erradicação dos elementos geradores dessa mesma situação, significa também garantir que a criança goza dos seus direitos. Assim, a promoção de direitos e a proteção são conceitos complementares e interdependentes entre si, não podendo a proteção ser feita à custa da violação dos seus direitos, não vale tudo³⁶.

As situações em que se considera que a criança ou o jovem está em perigo, fator legitimador da intervenção protetiva, encontram-se enumeradas a título meramente exemplificativo no artigo 3.º, n.º 2 da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Pela primeira vez no direito de menores, é feito um enquadramento das situações de perigo que podem desencadear a intervenção protetiva. Convém conscientizarmo-nos que a situação de perigo pode surgir de várias frentes: por os pais, o representante legal, ou quem tenha a guarda de facto colocarem em perigo a segurança, a saúde, formação, educação da criança ou jovem; pela ação ou omissão de terceiros; ou ainda pela ação ou omissão da própria criança ou do jovem que assume comportamentos marginais³⁷.

³⁴ Ibidem, p. 21.

³⁵ Desterro, Maria Raquel; Gomes, Ângelo [et. al.], *Comentário à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 22.

³⁶ Clemente, Rosa, *ob. cit.*, pp. 23-25.

³⁷ Guerra, Paulo, *ob. cit.*, pp. 24-25.

III. Para além dos conceitos-chave, perigo e proteção, são vários os princípios orientadores que enformam a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo, consagrados no artigo 4.º, que lhe dão força, consistência e que apontam o melhor caminho a seguir.

Começemos por aquele que deve ser tido como o princípio guia da intervenção protetiva: o interesse superior da criança.

Encontra-se inscrito não só no artigo 4.º, alínea a) da Lei de Proteção, mas também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 24.º, e na Convenção sobre os Direitos das Crianças, no seu artigo 3.º.

Este princípio remete-nos para a importância de serem feitos valer os direitos das crianças, pelo que deve estar sempre presente no que diz respeito à tomada de quaisquer decisões relativas à criança ou até ser ponderado perante uma dúvida de interpretação de certa disposição legal, o que importa é que seja salvaguardo o que for mais benéfico para a criança e para os seus interesses.

Quando nos propomos à tarefa de ponderar o que significa atuar no superior interesse da criança, essa revela-se uma tarefa difícil. Contudo, consegue-se equacionar que possivelmente passa por ser priorizada a construção de laços afetivos de qualidade por parte da criança, pelo direito da criança em se fazer ouvir, pelo respeito pela identidade e unicidade de cada criança, pois independentemente de existirem direitos que são universais a todas elas, há crianças que pela sua especial vulnerabilidade, necessitam de outro tipo de respostas.

Essencialmente, atuar no superior interesse da criança implica que sejam assegurados os seus direitos mais elementares e essenciais, como o direito à saúde, à integridade física e emocional, à vida, à liberdade nas suas mais variadas vertentes, sobrepondo ela e os seus interesses face a quaisquer outros interesses que possam estar envolvidos, como o dos pais ou outros adultos que dela cuidam, o que podendo parecer fácil, nem sempre o é na realidade.

Pensados também para corresponder àquele que deve ser o superior interesse da criança, estão outros princípios que se distribuem pelas restantes alíneas do artigo 4.º da Lei de Proteção, como é o caso da alínea b), com o princípio da privacidade: a criança tem direito a ter a sua esfera íntima e privada devidamente salvaguardadas, o que pode ser alcançado se o processo de proteção tiver um acesso condicionado e se as informações divulgadas aos meios de comunicação social, forem diminutas.

Através do princípio da intervenção precoce, consagrado na alínea c) do mesmo artigo, o legislador lança um importante alerta para a necessidade de intervir atempadamente, uma intervenção imediata assim que é tomado conhecimento da situação de perigo que rodeia a

criança ou jovem, é o que se pretende, sendo isso muitas vezes fator diferenciador entre o sucesso ou o fracasso da intervenção³⁸.

No entanto, para além de atempada, é também fundamental que a intervenção seja realmente necessária e não despropositada, isto é, para além do que é legítimo, como dita o princípio da intervenção mínima, consagrado na alínea d). As intervenções podem implicar a compressão de certos direitos de alguns dos sujeitos que estão envolvidos, nomeadamente dos progenitores, pelo que a intervenção a ter lugar deve cingir-se ao que for estritamente indispensável e só deve partir das entidades que detenham legitimidade para o fazer.

O que torna razoável questionar quando é que é indispensável intervir? Os princípios da proporcionalidade e da atualidade, previstos na alínea e), ajudam a encontrar esse equilíbrio, promovendo a ideia de que a intervenção deve ser adequada e não em excesso para a situação concreta que está em causa. O ponto de partida deve ser sempre a existência de uma situação de perigo concreta, presente ou prestes a acontecer; se assim não for, não há sobre o que seja necessário intervir.

Há também que ter em atenção, que ao longo do processo de intervenção, os progenitores devem estar o mais presentes possível, cooperando com as entidades responsáveis e assumindo-se como parte da solução. Não estão de todo dispensados da assunção das suas responsabilidades naqueles que são os problemas dos seus filhos, como refere o princípio da responsabilidade parental, presente na alínea f) do mesmo artigo.

Até porque, ainda que não de forma total e absoluta, o processo de promoção e proteção deve estar submetido, ao princípio da prevalência da família, fixado na alínea h). A Constituição da República Portuguesa, por via do seu artigo 67.º, atribui à família um papel essencial na sociedade, por isso não é de estranhar que seja sempre preferível, quando possível, que a criança seja integrada numa família que dela cuide e a respeite.

A casa de acolhimento, enquanto medida de proteção, se bem que se assuma como opção a equacionar, nunca deve ser tida como solução permanente e definitiva; o ideal é que seja sempre uma opção meramente transitória e de último recurso, devendo a criança sair da casa de acolhimento o mais rapidamente possível.

Além de que o princípio da prevalência da família não está restringido à família biológica, verdadeiramente o que dá prevalência é à integração numa família, seja ela qual for, biológica, adotiva, afetiva, o que acaba por se unir, de certa forma, com o princípio consagrado na alínea g) do artigo 4.º, relativo à preservação de relações afetivas estruturantes, profundas e

³⁸ Desterro, Maria Raquel; Gomes, Ângelo [et. al.], *ob. cit.*, pp. 56-58.

significativas, pois como se acredita é numa família (que não tem de ser necessariamente a biológica) que serão potenciadas as adequadas condições de formação, crescimento e autonomia da criança.

Neste contexto, as alíneas i) e j) também do artigo 4.º da Lei de Proteção, muito ligadas uma à outra, realçam também aspetos importantes da intervenção de proteção: a primeira com o princípio da obrigatoriedade de informação, que prescreve que as crianças e jovens alvo de intervenção devem ser informadas e esclarecidas acerca do porquê da intervenção, bem como dos direitos que lhes cabem, como por exemplo, o direito a representação por advogado, o direito de recurso, o direito de se pronunciarem sobre as medidas; e a segunda com o princípio da audiência obrigatória e participação, que no fundo vem consagrar o direito a um processo equitativo e justo, em que é possível que todas as partes envolvidas se venham pronunciar sobre múltiplos aspetos e decisões³⁹.

Por último, na alínea k) o princípio da subsidiariedade, efetua uma graduação entre as diversas entidades responsáveis pela intervenção de proteção, acabando por nos remeter para a estrutura de uma pirâmide.

Na base da pirâmide, estão as entidades com competência em matéria de infância e juventude, muito dependentes do princípio da audiência obrigatória e participação, inscrito na alínea j), na medida em que a sua intervenção deve ser feita de modo consensual, ou seja, depende do consenso por parte dos pais, representantes legais ou dos detentores da guarda de facto e da não oposição da criança de 12 anos ou mais, sendo que as crianças com idade inferior a 12 anos também podem ter uma palavra a dizer, consoante a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção (artigos 7.º, 10.º, 65.º, n.º 1 da Lei de Proteção).

Porém, quando essas entidades não possam atuar de forma adequada, eficaz ou suficiente, para eliminar a concreta situação de perigo em que se encontra a criança, é a vez das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) atuarem, estando, no entanto, também dependentes do consentimento expresso dos pais, representantes legais ou guardiões de facto e da não oposição da criança (artigos 8.º, 9.º, 10.º e 38.º da Lei de Proteção)⁴⁰.

É em nome do princípio constitucional prescrito pelo artigo 36.º, n.º 6 da Constituição que dispõe que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”, que se exige o tal consentimento para que as duas entidades acima referidas possam intervir.

³⁹ Ibidem, pp. 59-64.

⁴⁰ Guerra, Paulo, *ob. cit.*, pp. 25-26.

O que nos leva às últimas entidades a serem chamadas a intervir, os tribunais, particularmente, os Juízos de Família e Menores (artigos 73.º e 101.º da Lei de Proteção), que só intervêm em último recurso, depois da intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das comissões não terem logrado cumprir a sua função, ou quando a intervenção destas não seja possível⁴¹.

IV. Em suma, a intervenção protetiva deve resumir-se ao seguinte: assumindo uma vertente judiciária ou não, o que importa é que tenha lugar assim que é notada uma situação de perigo, devendo intervir as entidades cuja ação seja fulcral para a promoção dos direitos e proteção da criança ou jovem, procurando nunca exceder o que é necessário e adequado, sempre tendo como prioridades: instruir os pais para que sejam sujeitos positivamente ativos no processo, e, sempre que possível, privilegiar a integração da criança numa família como medida a longo prazo.

2. Legitimidade

I. A intervenção protetiva para ter lugar deve sempre assumir como preocupação o equilíbrio que deve ser feito por manter, entre os direitos e os deveres dos pais providenciarem pela educação, sustento e manutenção dos seus filhos, conforme consagra o artigo 36.º, n.º 5 da Constituição, e, ao mesmo tempo, os direitos das crianças e jovens. Assim, para que este equilíbrio entre os direitos dos progenitores e os direitos das crianças e jovens seja alcançado, a intervenção protetiva tem de estar justificada e, por isso, legitimada.

Partindo do pressuposto que o gatilho para essa intervenção é a existência de uma situação de perigo, há que estabelecer quando é que podemos estar perante uma real situação de perigo, e daí, que seja positivo e até uma forma de facilitar trabalho das entidades intervenientes, recorrer às situações elencadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção e Promoção de Crianças e Jovens em Perigo, que ainda que não constituam um elenco taxativo, representam a maioria das situações de perigo, evitando-se acionar a intervenção protetiva para situações que dela não necessitam e que apenas levam ao desperdício de recursos.

Clarificar-se e balizar-se de antemão, quais são essas situações de perigo, abre caminho para que não sejam postos em causa, princípios orientadores fundamentais da intervenção de

⁴¹ Borges, Beatriz Marques, “O Princípio da subsidiariedade”, *Promoção e Proteção*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 63-64, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=MYsJuIqUF1E%3d&portalid=30>.

proteção, nomeadamente, o princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da atualidade, que integram o artigo 4.º, como vimos⁴².

II. Quando em certo contexto em que a criança ou jovem está inserido, por resultado da sua própria ação ou omissão, ou por via da ação ou omissão dos seus pais ou de terceiros, sejam colocadas em causa a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, não sendo preciso que a situação de perigo se venha efetivamente a concretizar, bastando apenas que esteja próxima de vir a acontecer, a intervenção protetiva pode e deve ter lugar.

O que indica que o conceito de perigo, de forma geral, abarca situações que põem em causa os bens mais essenciais da criança, como a vida, a sua integridade física e psicológica, sendo que essas situações de perigo podem assumir a forma de abandono, de maus-tratos ou de outros tipos de abusos (alíneas a), b) e parte da alínea c) do n.º 2 do artigo 3.º).

O conceito de abandono, pressupõe o ato de deixar uma criança completamente sozinha, havendo, nestes casos, uma intenção clara por parte de quem a abandona de o fazer. Diversamente, se a criança vive entregue a si própria, sem qualquer suporte familiar, sem ninguém para a proteger, mas em que não foi deixada sozinha intencionalmente, como acontece com as crianças que perdem os seus pais ou de quem delas cuida, daquelas que são deixadas por longos períodos de tempo sozinhas em casa ou ainda daquelas cujos pais estão presos ou doentes, estar-se-á perante uma realidade diferente que não está abrangida pelo conceito de abandono, no seu sentido mais literal.

De entre os diversos tipos de maus-tratos, que se integram claramente nas situações de perigo, sejam eles abusos físicos, emocionais ou sexuais, provavelmente os mais difíceis de definir são os maus-tratos psicológicos, dado que não deixam marcas tão facilmente visíveis, o que dificulta que sejam descobertos. Contudo, comum a todos os tipos de abusos, é o domínio intrusivo que é exercido pelo agressor sobre a criança, e o que os distingue é se esse domínio é infligido fisicamente na criança ou através de ofensa verbal⁴³.

III. Para além destas situações tradicionais que são facilmente identificáveis como situações de perigo, têm sido contempladas novas situações de perigo que devem ser seriamente tomadas em conta por puderem também ameaçar direitos fundamentais ao desenvolvimento adequado

⁴² Desterro, Maria Raquel; Gomes, Ângelo [et. al.], *ob. cit.*, p. 45.

⁴³ Ramião, Tomé D'Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo - Anotada e comentada*, Lisboa, Quid juris?, 2019, pp. 31-35.

da criança ou jovem, como o direito ao afeto, o direito a receber os cuidados adequados à sua idade e situação pessoal, que pode ser posto em causa por falta de prestação de cuidados de saúde ou de cuidados alimentares adequados (alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção).

IV. Porém, a estas situações de perigo acrescem ainda outras, no qual se incluem as que resultam de comportamentos adotados por terceiros e que contribuem para ameaçar a segurança e estabilidade emocional das crianças ou jovens (alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção).

A alínea e) foca a atenção em práticas que ameaçam o desenvolvimento e dignidade das crianças, por serem promotoras da exploração e do trabalho infantil, o que por sua vez remete para a importância da advertência que é feita pelo artigo 32.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças: a criança deve ser salvaguardada de qualquer trabalho que ponha em perigo o seu desenvolvimento, saúde ou educação.

A par disso, a alínea f) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção, por remissão ao artigo 56.º, n.º 2 do mesmo diploma, contempla “os comportamentos adotados em razão de alcoolismo, toxicod dependência ou doença psiquiátrica dos pais ou das pessoas a quem a criança ou o jovem esteja confiado”, e que a colocam de alguma forma em perigo. Mas, outros comportamentos podem ser incluídos nesta alínea, nomeadamente, todos aqueles que assumam contornos criminosos, por parte de quem conviva de perto com a criança e que a tornam numa vítima direta ou indireta, como é tão frequente no caso do fenómeno da violência doméstica, em que muitas vezes, a criança não é agredida fisicamente mas em que assiste a episódios de violência que ameaçam profundamente o seu bem-estar psíquico e social.

V. Por fim, também se pode dar o caso de a situação de perigo resultar de uma ação ou omissão da própria criança ou jovem e nesse caso estar também abrangido pelo âmbito de aplicação da Lei de Proteção (alínea g) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção), o que quer dizer que determinadas condutas muitas vezes tidas como delinquentes, criminosas, não são sempre passíveis de originar uma intervenção tutelar educativa virada para a finalidade de educar o menor para o Direito, pois não é disso que essas crianças ou jovens realmente precisam.

Ao invés, o que se verifica em muitas das crianças ou jovens que assumem comportamentos desviantes é uma necessidade de proteção em virtude de não estarem devidamente integrados socialmente, reclamando antes uma intervenção protetiva⁴⁴.

3. Articulação entre a Intervenção Tutelar e a Intervenção de Proteção

I. Uma das críticas facilmente apontáveis à anterior Organização Tutelar de Menores (OTM) era não ser feita qualquer diferenciação entre menores agentes de crimes que precisavam de uma intervenção tutelar direcionada para educar para o Direito, e menores que estavam expostos a situações de perigo, fosse por mero infortúnio, fosse por serem vítimas de crimes, ou alvo de negligência parental ou familiar, e que, por isso, necessitavam de apoio e de proteção, pelo que, em consequência, procedeu-se à separação destas intervenções, separação que há muito tempo já se julgava necessária e até mesmo urgente.

No entanto, ainda que a sua separação tenha sido pertinente, dado que se dirigem a situações efetivamente distintas, hoje tende-se a considerar que essa divisão não deve ser total, ou seja, a linha que divide estas duas intervenções não deve ser tida como intransponível, pelo contrário, devem ser criados canais de comunicação entre si.

Assim deverá ser, pois ainda que percorram caminhos distintos, estas duas intervenções unem-se por diversas vezes, naquele que é o seu ponto principal e comum, o superior interesse da criança, por isso, na verdade, não se opõem e antes se complementam uma à outra⁴⁵.

Desta forma, um menor agente de factos qualificados pela lei como crime, ainda que a intervenção de que precise seja a tutelar pela necessidade de se responsabilizar pelos atos que pratica, essa intervenção pode revestir-se de uma dimensão protetora, o que consequentemente, torna crucial a troca de informação com as entidades de proteção, pois a sua reeducação e encaminhamento para o cumprimento das regras pode ter que passar também por remover a situação de perigo que está a envolver essa criança ou jovem.

É precisamente quando se verifica esta coincidência de necessidades educativas e de necessidades de proteção que se torna ainda mais importante a comunicabilidade permanente entre o sistema tutelar educativo e o sistema de proteção, comunicabilidade para a qual também contribui a atuação do Ministério Público.

⁴⁴ Clemente, Rosa, *ob. cit.*, pp. 25-41.

⁴⁵ Vidal, Joana Marques, “Processo Tutelares: Que articulação?”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 159-161.

O Ministério Público pode, em qualquer fase do processo tutelar educativo, nomeadamente em caso de arquivamento: participar às entidades competentes a situação de menor que careça de proteção social; tomar as iniciativas processuais que se justificarem relativamente ao exercício ou ao suprimento das responsabilidades parentais; requerer a aplicação de medidas de proteção, que até em caso de urgência, podem ser requeridas e aplicadas, no âmbito do próprio processo tutelar educativo (artigo 43.º, n.ºs 1 e 2 da Lei Tutelar Educativa).

Isto porque não é de todo raro que a mesma criança ou jovem fique sujeito simultaneamente à intervenção tutelar educativa e à intervenção de proteção, pois ainda que sigam fins distintos, numa intervenção pode estar a solução da outra, por exemplo, uma criança que apresente comportamentos criminosos, muitas vezes fá-lo pela existência de fatores de perigo que comprometem o seu adequado desenvolvimento, e que, por isso, devem ser ponderados e solucionados.

No fundo, a relação a ser feita é a seguinte: não é pelo facto de uma criança assumir comportamentos criminosos que necessariamente terá de ser sujeita à intervenção tutelar educativa ou só à intervenção tutelar educativa; muitas vezes o mais acertado a fazer é que ambas as intervenções corram em simultâneo.

Afinal, o que é facto é que ainda que estas intervenções se distingam substantiva e processualmente, “uma criança que prevarica, praticando factos qualificados pela lei como crime, é também, necessariamente, uma criança em perigo, podendo, por isso, ser instaurados a seu favor, concomitantemente, processo de promoção e proteção e processo(s) tutelar(es) educativo(s)”⁴⁶.

A premissa pode ser a seguinte: educar o menor para o Direito, pode significar e significa quase sempre, pugnar também pela sua proteção.

Daqui se retira que nem sempre é fácil prever qual será a intervenção a ter de ser acionada, se a protetiva ou se a tutelar, ou se ambas, pois as situações que legitimam uma e a outra não são sempre inequívocas.

Se por um lado é verdade que a criança ou jovem que pratica atos qualificados pela lei como crimes está também de certa forma em perigo, o contrário também é verdade, ou seja, muitos dos menores que estão sob a alçada da proteção podem também apresentar condutas disruptivas, violentas e problemas do foro emocional, o que nos leva a questionar até que ponto se consegue compartimentar objetivamente menores em perigo e menores delinquentes.

⁴⁶ Fialho, Anabela Raimundo; Felgueiras, Belmira Raposo, *ob. cit.*, p. 93-96.

Sabe-se que foi esse o objetivo por detrás da rutura da OTM, a separação de ambas as intervenções por se destinarem a diferentes situações e destinatários, mas será que a separação quer-se total? Parece-nos que ainda que possa ter sido essa a ambição inicial, hoje não é comportável que o seja, pelo menos de forma absoluta.

Além disso, o seguinte raciocínio faz prova da relação quase intrínseca que existe entre o sistema de proteção e o sistema tutelar educativo: se houver uma atempada intervenção de proteção estar-se-á a contribuir para a inibição do fenómeno da delinquência juvenil e conseqüentemente para a redução dos casos alvo da intervenção tutelar educativa; já, se contrariamente, não for reconhecida a situação de perigo e acionada a correspondente resposta em tempo útil, tal poderá ter repercussões negativas, como o aumento do risco de serem praticados factos qualificados pela lei como crimes, e por conseguinte, o aumento dos processos tutelares educativos.

II. Neste sentido, se a comunicação entre o sistema tutelar e as instâncias de proteção deve ser uma constante há que ver que mecanismos em concreto fazem com que essa articulação se materialize, sendo de destacar as comunicações obrigatórias entre as várias entidades intervenientes, bem como o regime das apensações e conexões processuais.

É reconhecidamente vantajoso que exista uma rede de comunicações obrigatórias entre as várias entidades, para que assim seja acionada a intervenção correta e por quem é de facto competente para o caso em concreto, com vista a evitar que fique em curso uma espécie de intervenção que não seja a mais apropriada.

Efetivamente a denúncia ou participação de factos relevantes pode ser feita por qualquer pessoa que assim o entenda, porém, existem pessoas ou entidades que devem denunciar obrigatoriamente, e as quais a Lei Tutelar Educativa faz referência, nomeadamente, as autoridades policiais ou funcionários, quando deles tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas (artigos 72.º e 73.º, n.1 da Lei Tutelar Educativa).

Os diretores de estabelecimentos de educação, CPCJ's, casas de acolhimento, centros educativos também podem e devem fazê-lo, dado que são entidades que por contactarem de perto com os menores têm esse dever acrescido. Para além disso, como *supra* descrito, o Ministério Público pode vir a desempenhar um papel-chave, servindo de ponte, entre o processo tutelar educativo e o processo de proteção, se assim o achar mais conveniente.

Analogamente, na Lei de Proteção estão também previstas comunicações obrigatórias, sendo de destacar o dever de as entidades policiais e as autoridades judiciárias comunicarem as situações de perigo que conheçam, no exercício das suas funções, às comissões de proteção

(artigo 64.º, n.º 1 da Lei de Proteção) e, similarmente, o de as comissões de proteção ou entidades com competência em matérias de infância e juventude, quando se deparem com situações de perigo que possam constituir crime, as comunicarem ao Ministério Público (artigo 70.º da Lei de Proteção)⁴⁷.

III. O próprio princípio da harmonização/conjugação entre as várias espécies de decisões é mais um sinal da correlação entre as duas intervenções, ajudando a compreender o que acontece quando o mesmo menor se vê sujeito a processo tutelar educativo e a processo de proteção e promoção em simultâneo. Se anteriormente, se pensava que existia um predomínio de um tipo de medida sobre a outra, hoje defende-se a sua harmonização tendo em consideração o superior interesse do menor (artigo 43.º, n.º 3 da Lei Tutelar Educativa).

A dificuldade que pode acarretar este desígnio de se conjugarem as decisões e o risco de serem proferidas decisões contraditórias são atenuados pela regra de apensação processual que refere que quando existem vários processos de natureza distinta, respeitantes ao mesmo menor, estes são decididos pelo mesmo tribunal e pelos mesmos magistrados. Assim, quando estiverem a decorrer diferentes processos, relativamente à mesma criança ou jovem, nomeadamente, “processo de promoção e proteção, processo tutelar educativo e/ou processo tutelar cível, devem os mesmos correr por apenso, sendo competente para deles conhecer o Tribunal e o juiz do processo instaurado em primeiro lugar” (artigo 81.º da Lei Proteção).

Deste modo, quando ponderadas estas vias pelas quais os processos tutelares e os processos de promoção e de proteção se podem unir, fica claro que ainda que tenham seguido caminhos em separado, em resultado da reforma legislativa de 1999, por diversas vezes são chamados a conectarem-se entre si, pois o mesmo menor reclama ser olhado de forma unitária, ainda que a realidade que o rodeia nem sempre o facilite, pois essa nem sempre é simples, muitas vezes é polifacetada. O que faz com que seja indispensável convocarem-se os pressupostos para a aplicação de ambos os processos, o tutelar educativo e o de proteção e de promoção, quando assim seja essencial⁴⁸.

⁴⁷ Vidal, Joana Marques, *ob. cit.*, pp. 162-163.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 160-167.

Capítulo III

A Intervenção Penal junto de jovens Adultos

1. Regime Penal Especial para jovens adultos: especialidades e ambiguidades

I. Ao tentarmos compreender o sistema de justiça juvenil atualmente vigente, vimos que na sequência da crise do modelo de proteção, se introduziu na ordem jurídica, um modelo que combina um sistema de intervenção de proteção junto dos menores em perigo e um sistema de intervenção tutelar educativa perante situações de delinquência⁴⁹.

Se nos centrarmos no modelo de resposta próprio para crianças e jovens entre os 12 e os 16 anos, menores inimputáveis, que cometem factos qualificados pela lei como crimes, verifica-se que todos os menores até aos 16 anos de idade, ainda que não deixem de ser responsabilizados pelos seus atos, podendo ser sujeitos ao sistema tutelar educativo a partir dos 12 anos de idade, são considerados inimputáveis aos olhos da Lei Penal, nos termos do artigo 19.º do Código Penal.

O conceito de inimputabilidade em razão da idade não tem de denotar uma ideia de imaturidade, até porque se considera que, na maioria das vezes, os menores inimputáveis são capazes de se autodeterminarem e de avaliarem a ilicitude da sua conduta, porém o que não podem ser é ainda ser alvo de um juízo de censura ético-jurídico, dado que a sua personalidade se encontra incompleta e ainda em construção, em plena transição da fase da infância para a fase da adolescência⁵⁰.

Assim, em vez dos menores delinquentes com essa faixa etária se verem logo confrontados com o sistema penal, a opção do legislador assentou em mantê-los afastados do estigma que está frequentemente associado ao sistema penal, submetendo-os ao sistema tutelar educativo. Com o sistema tutelar educativo, tenta-se, por um lado, que a segurança da comunidade não saia frustrada, e ao mesmo tempo, tentam conciliar-se os imperativos de proteção da infância e juventude a cargo do Estado (daí a designação “tutelar”) com uma estratégia responsabilizante

⁴⁹ Gonçalves, Manuel, «Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos. Breve Enquadramento jurídico internacional», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra editora, ano 7, fasc. 4, 1997, p. 635.

⁵⁰ Rodrigues, Anabela Miranda, “Jovens e delinquentes: a revisão urgente da idade da imputabilidade”, *Estudos em Homenagem ao Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 73.

(vertente “educativa”), no sentido de que se pretende encaminhar o menor inimputável para o respeito pelas normas e valores que o rodeiam (a sua educação para o Direito)⁵¹.

II. Por esta ordem de ideias, poder-se-ia concluir que os menores com idade superior a 16 anos, enquanto seres imputáveis penalmente, e que, portanto, teoricamente já não podem ser submetidos ao sistema tutelar educativo, responderiam pelos seus atos junto do mesmo sistema penal que é aplicável aos adultos, porém, a realidade não é tão óbvia assim, podendo até ser ambígua no que respeita ao tratamento jurídico-penal desses jovens adultos.

É facto que ao se refletir sobre a imputabilidade penal que se fixa nos 16 anos de idade, já há mais de um século desde o Decreto de 27 de maio de 1911 (Lei de Proteção da Infância), percebe-se que Portugal é um dos poucos países onde a maioridade civil, fixada nos 18 anos e a maioridade penal, fixada nos 16 anos, não coincidem.

Ao serem imputáveis penalmente a partir dos 16 anos de idade, significa que esses jovens menores de 18 anos podem sofrer as mesmas medidas de coação, inclusivamente as detentivas, e as mesmas penas que os adultos sem distinção, quer ao nível da sua natureza, quer ao nível da sua duração. E que, para além disso, os jovens adultos, menores de 18 anos, podem cumprir essas medidas de coação detentivas (prisão preventiva) e penas privativas de liberdade nos mesmos estabelecimentos prisionais dos adultos, o que como se sabe pode acarretar problemas, como a estigmatização e/ou reforço das condutas delinquentes desses jovens⁵².

Podem por isso ser nefastas as consequências de a idade da imputabilidade se fixar nos 16 anos, particularmente para os menores de 18 anos que cometem crimes depois dos 16 anos.

Face ao exposto, muitas são as vozes que se têm erguido para que ocorra a subida da idade da imputabilidade para os 18 anos de idade, pois se com a Lei de Proteção da Infância de 1911 que elevou a idade da imputabilidade penal dos 14 anos para os 16 anos, o objetivo era a retirada dos menores das prisões, para muitos não é compreensível que tanto tempo depois, estes indivíduos ainda considerados menores pela lei civil, possam sofrer as mesmas penas previstas na lei penal para os adultos.

Até porque a não elevação da maioridade penal para os 18 anos, aliada a outros fatores, fazem com que o conceito de jovem adulto na nossa lei comporte uma certa dualidade, sendo

⁵¹ Figueiroa, Filipa de, «Punição no limiar da idade adulta: O Regime Penal Especial para jovens adultos e, em especial, a interatividade entre penas e medidas tutelares educativas», *Revista Julgar*, Lisboa, nº 11, 2010, p. 153.

⁵² Duarte-Fonseca, António Carlos, “Menores, mas imputáveis: que proteção?”, *Volume comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação Proteção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 389.

este visto “com dois pesos e duas medidas” pois o que é facto é que qualquer indivíduo a partir dos 16 anos, ainda que seja considerado um menor perante a lei civil, se praticar factos ilícitos que ponham em causa os valores protegidos pela lei penal, deixa de ser considerado como tal e passa a ser visto como adulto, com todas as consequências punitivas que isso implica⁵³.

No entanto, e ao mesmo tempo, um jovem entre os 16 e os 21 anos de idade, ainda que já seja imputável penalmente, pode ser sujeito a medida tutelar educativa se tiver praticado um facto qualificado como crime antes dos 16 anos e se forem reveladas necessidades educativas nesse sentido. Isto porque um jovem entre os 16 e os 18 anos, continua a poder ser julgado pelo Tribunal de Família e Menores, por facto ilícito cometido antes dos 16 anos⁵⁴.

É por isto evidente que o critério etário fixado para destrinçar a imputabilidade da inimputabilidade, não deixa de padecer de alguma arbitrariedade que se traduz em ambiguidades no conceito de jovem adulto e na definição do tratamento jurídico-criminal dos jovens adultos.

III. Certo é que com vista a uma melhor ressocialização dos jovens imputáveis, o legislador idealizou um regime penal especial para jovens com idades compreendidas entre os 16 e os 21 anos, dotado de alguma especificidade face àquele que é o Direito Penal comum.

Com esse regime especial, pretende-se evitar, quando possível, a aplicação de penas de prisão para os jovens adultos, dado o entendimento de que a privação de liberdade pode assumir efeitos devastadores para indivíduos nessa faixa etária.

A necessidade sentida para a criação deste regime em torno do conceito de jovens adultos, adveio do desenvolvimento de áreas como a psicologia juvenil que tornaram perceptível que o estágio de vida e de desenvolvimento em que se encontram estes jovens adultos não se compadece ainda com a autonomia e maturidade que traduzem a vida adulta.

Afinal, há que ter presente que estes jovens adultos, não sendo já olhados pelo direito penal como menores, se mostram todavia profundamente diferentes dos adultos, encontrando-se numa fase da vida que alguns apelidam de “latência” social, ao mesmo tempo que tentam tornar-se mais autónomos, fugindo do controlo exercido pela família parental e pela escola, não foram

⁵³ Ibidem, p. 391.

⁵⁴ Duarte-Fonseca, António Carlos, «A Interatividade entre penas e medidas tutelares: contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 11, fasc. 2, 2001, pp. 294-295.

ainda chamados a assumir novos papéis sociais e profissionais na sua vida que lhes trouxessem novas responsabilidades.

Em consequência, este período da sua vida acaba muitas vezes por ser um verdadeiro promotor da delinquência, ainda que o cometimento de crimes tenda a assumir um carácter pontual e transitório, que se vai diluindo à medida que o indivíduo é levado a exercer os papéis sociais que fazem dele um adulto.

Assim, reconhecendo-se que esta é uma fase do seu desenvolvimento marcada pelas mais variadas alterações biológicas, psicológicas e sociológicas que, por esse motivo, fazem integrar estes jovens adultos numa categoria social autónoma, foi pensado um sistema punitivo específico. Este sistema coloca a possibilidade de ser afastada a aplicação das penas comuns quando estas se revelem mais prejudiciais do que benéficas para a sua ressocialização, numa tentativa de fuga ao sistema penal e de aproximação do direito penal dos jovens imputáveis aos princípios e regras do direito reeducador dos menores⁵⁵.

IV. Em concreto, a lei penal especial para jovens adultos, Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, estabelece a possibilidade de atenuação especial da pena de prisão quando aplicada a jovens adultos entre os 16 e os 21 anos de idade, e ainda a aplicação de medidas tutelares e medidas de correção, sendo que para isso é necessário dividi-la em dois grupos: os jovens entre os 16 e os 18 anos de idade (artigo 5.º, n.º 1) e os jovens entre os 18 e 21 anos (artigo 6.º, n.º1).

Caso esteja em causa a aplicação da pena de prisão, o diploma prevê que o juiz deve atenuar especialmente a pena, quando acredite que essa atenuação será vantajosa para a reinserção social do condenado.

Este instituto não é de aplicação automática, mas o juiz tem o poder-dever de o usar quando as circunstâncias que envolvem o caso concreto o levem a emitir um juízo de prognose favorável relativamente ao que pode advir dessa atenuação especial.

Se ao aferir da estabilidade familiar e profissional, das condições pessoais e económicas e da conduta antes e depois da prática do facto, se verificar que o jovem não tem uma atitude avessa à ressocialização, e que, portanto, a atenuação especial da pena pode servir como incentivo para uma melhor reintegração na sociedade, o tribunal deve aplicá-la. O juiz não pode

⁵⁵ Santos, Carolina Girão, «Da Especificidade do Direito Penal dos Jovens Adultos na Perspetiva das Consequências Jurídicas do Crime», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 8, nº 16, 2011, pp. 86-89.

é deixar de avaliar se é ou não de aplicar este regime especial, devendo fundamentar a posição que adote seja no sentido da sua aplicação ou não⁵⁶.

Por seu turno, quanto aos menores entre os 16 e os 18 anos, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, vem permitir a aplicação de medidas tutelares previstas na OTM, ao remeter para o artigo 18.º da OTM, bastando para isso que se verifiquem cumulativamente dois pressupostos: uma medida da pena correspondente ao caso inferior a 2 anos (leia-se a pena concreta a aplicar e não a moldura penal abstrata) e um juízo de conformidade sobre a personalidade do agente e sobre as circunstâncias de facto.

Porém, há quem defenda que aos jovens adultos com idade entre os 16 aos 18 anos de idade, em face das medidas previstas na OTM terem sido revogadas, já não podem ser aplicadas medidas alternativas ou substitutivas da pena privativa da liberdade, ficando os jovens que se enquadram nesta faixa etária sem a possibilidade de lhes serem aplicadas medidas tutelares.

Por outro lado, alguns são os que afirmam que privar esses menores da aplicação de medidas tutelares, seria perpetuar uma desigualdade de tratamento, sem qualquer razão, o que os desfavorece quando comparado com o regime que vigora para os jovens maiores de 18 anos, desapossando-os de qualquer alternativa à pena de prisão. Desta forma, estar-se-ia a pôr em causa a proibição do arbítrio, dimensão do princípio da igualdade consagrado constitucionalmente, que obsta a diferenciações de tratamento sem qualquer motivo razoável⁵⁷.

Assim, coloca-se um impasse, pois se ao não se permitir a aplicação de medidas tutelares, se poderá deixar estes menores de 16 e 17 anos ainda mais desprotegidos e sem qualquer alternativa à pena de prisão, em contrapartida, defender a sua aplicação, talvez torne este regime ainda mais ambíguo.

Relativamente aos jovens entre os 18 e os 21 anos, o artigo 6.º, n.º 1, prevê a possibilidade de, em certos casos, lhes poderem ser aplicadas medidas de correção, entre elas, a admoestação, a imposição de certas obrigações, multa e internamento em centros de detenção.

A admoestação é como uma advertência que se reveste de particular solenidade censurando a conduta do jovem, contudo, tal como a lei adverte, deve ser feita com o mínimo de resguardo pela sua esfera social, tendo em consideração a sua dignidade e os fins da sua reinserção social (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro), havendo até quem entenda que

⁵⁶ Pereira, Joel Timóteo, «Regime penal especial para jovens: do que se trata e da sua aplicação», *O advogado*, n.º 18, 2005, pp. 6-7.

⁵⁷ Santos, Carolina Girão, *ob. cit.*, pp. 88-89.

deveria ser feita no gabinete do juiz, decorrendo na sala de audiência apenas a leitura da sentença.

O mesmo se aplica relativamente à medida de imposição de certas obrigações, pois deve também ter em conta a dignidade e a reinserção social do jovem, não se prolongando demasiado no tempo, sob pena de terem um efeito contraproducente e antipedagógico. No caso de estas obrigações serem incumpridas dolosamente, será determinado o internamento em centro de detenção pelo tempo que se considere necessário, mas respeitando os limites previstos no artigo 10.º, mínimo 3 meses e máximo de 6 meses (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro).

A medida de correção de multa partilha semelhanças com a pena de multa, ambas são fixadas tendo por base os mesmos princípios, se bem que na medida de correção se deva ter um especial cuidado na sua fixação, procurando afetar-se unicamente o património do jovem, para o responsabilizar mais firmemente (artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro).

Por fim, a medida de correção detentiva, internamento em centros de detenção, pode ser cumprida em regime de internato, semi-internato ou somente de detenção de fim de semana, sendo que em qualquer um deles é exigida a realização de atividades por parte do jovem. A ressaltar que, findo o seu cumprimento, o jovem poderá ainda ser sujeito a um período de orientação e vigilância em liberdade não excedente a 1 ano, em que terá de frequentar o centro durante um determinado número de horas por semana, não excedente a 6 horas.

Algumas destas medidas são comuns às previstas para os menores de 16 anos e para os menores entre os 16 e os 18 anos (a que se refere o artigo 5.º), o que simboliza mais uma vez o alargamento a idades superiores, de medidas de natureza educativa que no início estavam apenas reservadas aos inimputáveis⁵⁸.

V. Assim, esta possibilidade de substituição da pena de prisão por medidas de correção que têm semelhanças óbvias com as penas de substituição, faz-nos a recuar à transformação do direito clássico, assente na retribuição de culpa, num novo sistema fundamentado na prevenção especial, que privilegia a ressocialização do agente sempre que possível.

A lei vem permitir a aplicação de medidas de correção quando a pena de prisão até dois anos não for necessária nem conveniente à reinserção social do arguido, o que não significa que não

⁵⁸ Bárbara, Madeira, «O Direito Penal e os jovens delinquentes: Dec.-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro», *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 4, vol. 15, 1983, pp. 16-20.

sejam tidas em conta as finalidades de prevenção geral, tendo de ser salvaguardas as expectativas comunitárias e a necessária tutela dos bens jurídicos.

A prevenção geral continua a ter o poder de afastar a conclusão a que se tenha chegado para efeitos da prevenção especial, pois se com a aplicação da medida de correção sair abalada a confiança do público no direito, sendo interpretada até como uma prova de fraqueza/leviandade face ao crime, quaisquer que fossem as razões de prevenção especial que justificassem a aplicação de uma medida de correção retrocedem, passando-se a aplicar a pena de prisão.

O próprio preâmbulo do DL n.º 401/82 institui que, apesar da prevalência da prevenção especial de socialização na hora da decisão da aplicação das medidas de correção, a prevenção geral apresenta-se com uma função de limite, ou seja, para a reinserção social ser alcançada, não podem ser descurados os interesses da comunidade.

Assim, no direito penal dos jovens adultos, a prevenção especial de carácter educativo a alcançar com as medidas de correção, que detêm o propósito de obstar ao efeito criminógeno da pena de prisão, devem ser opção quando realizem “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”⁵⁹.

2. O entrecruzamento entre o sistema penal e o sistema tutelar educativo

I. Como se sabe para que possa ser assacada responsabilidade penal de alguém, através da intervenção punitiva do Estado, é necessário que se lhe possa dirigir um juízo de culpa, conectando esse alguém à prática do facto tipificado na lei como crime. Se isso for possível, o indivíduo será imputável penalmente.

Com efeito, para distinguir as categorias de imputabilidade e de inimputabilidade e, em consequência, se concluir quem fica sujeito ao sistema penal e quem dele fica excluído, o legislador acolheu o critério etário, com vista a melhor avaliar qual o momento em que a personalidade do indivíduo se encontra completa e capaz de suportar um juízo de censura ético-penal. Contudo, o critério etário padece de alguma aleatoriedade e despoleta alguma ambiguidade que é bem visível se pensarmos naquela que pode ser uma sobreposição de fronteiras do sistema tutelar educativo e do sistema penal.

De facto, há uma inimputabilidade absoluta até aos 16 anos de idade, pelo que se crianças ou jovens dos 12 anos até aos 16 anos de idade praticarem crimes, no máximo terão que

⁵⁹ Santos, Carolina Girão, *ob. cit.*, p. 94.

enfrentar o sistema tutelar educativo e conseqüentemente a aplicação de medidas tutelares. Pelo contrário, a partir dos 16 anos de idade, tornam-se imputáveis e passam a ser tratados como adultos, embora o legislador lhes reserve um regime especial, nos contornos que já especificámos, até aos 21 anos de idade.

No entanto, esta linearidade na separação da intervenção tutelar e da intervenção penal juntos dos jovens adultos é apenas aparente, muitas vezes ao mesmo menor podem ser aplicadas medidas tutelares e penas.

II. Dos 16 anos aos 21 anos, período alargado, o legislador permite que os jovens cumpram medidas tutelares e penas pela prática de factos qualificados como crimes e por isso podem ser equacionadas as mais diversas situações: um jovem com menos de 21 anos está a cumprir ou vai iniciar a execução da medida tutelar que lhe foi aplicada por facto praticado antes dessa idade (necessariamente por um facto criminoso cometido antes dos 16 anos) e pratica um crime depois dos 16 anos pelo qual vem a ser condenado; ou, um jovem com menos de 21 anos encontra-se a cumprir pena em que foi condenado e é-lhe aplicada, antes de completar 18 anos, medida tutelar educativa por facto qualificado como crime cometido antes dos 16 anos.

Assim, fica patente que a conjugação dos vários limites etários previstos na lei faz transparecer que relativamente ao mesmo jovem pode haver a convergência de necessidades educativas para a sua reintegração social e de uma responsabilidade capaz de sustentar um juízo de censura ético-penal.

Essa interatividade entre medidas tutelares e penas é uma possibilidade prevista na Lei Tutelar Educativa (artigos 23.º a 27.º), sendo que a regra geral é a de que sempre que forem compatíveis entre si, as medidas tutelares e as penas aplicadas ao mesmo jovem podem ser executadas simultaneamente.

A condenação por crime cometido depois dos 16 anos não tem que pôr obrigatoriamente termo à intervenção tutelar que seja determinada por via das necessidades educativas que o jovem manifeste ao praticar um facto qualificado como crime antes dos 16 anos.

É como se a pena e a medida tutelar se auxiliassem uma à outra na concretização das finalidades que cada uma prossegue, a pena pode adjuvar na concretização dos fins educativos da medida ou esta adjuvar na realização dos fins de ressocialização da pena⁶⁰. Com efeito, a

⁶⁰ Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, cit., pp. 274-275.

intervenção tutelar e a intervenção penal ainda que prossigam diversas finalidades, podem ser perspetivados como coadjuvantes no propósito educativo e socializador⁶¹.

III. A prossecução da compatibilidade entre a medida tutelar e a pena deve ser considerada, nomeadamente, aquando da aplicação de pena de substituição não detentiva (ou seja, pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou em pena de prisão suspensa na sua execução), devendo o juiz fixar ou modificar os deveres, regras de conduta ou obrigações que advêm do cumprimento da pena, por forma a adequá-los à situação concreta do jovem que cumpre a medida tutelar de internamento (artigo 26.º, n.ºs 1 e 2 da Lei Tutelar Educativa).

Da mesma forma, o tribunal ao aplicar a medida tutelar de internamento a jovem que esteja a cumprir pena de substituição não detentiva, deve ter em conta ao fixar o regime da medida, a sua compatibilidade com a pena em execução (artigo 26.º, n.º 3 da Lei Tutelar Educativa)⁶².

IV. Por outro lado, quando esteja em causa o cumprimento da pena de prisão efetiva aplicada, as medidas tutelares em execução tendem a cessar, porque existe essa incompatibilidade. Até porque mesmo após o jovem cumprir a pena de prisão, dificilmente subsistirão as razões que dão significado à medida tutelar educativa, pelo que não faz sentido que após o cumprimento de uma pena tão gravosa como a pena de prisão, se inicie a execução de uma medida tutelar.

No entanto, essa tendência de incompatibilidade da pena de prisão efetiva com as medidas tutelares, não se aplica a todas as medidas tutelares educativas. Se se tratarem de medidas tutelares como a admoestação, a reparação ao ofendido (através de compensação económica) ou a realização de prestações económicas a favor da comunidade, a compatibilidade com a execução da pena de prisão será possível⁶³.

Assim, dependendo das circunstâncias, nomeadamente da natureza da pena e da medida tutelar em causa, estas podem ser executadas cumulativamente.

V. É de questionar se estas mesmas regras valem no que se refere à aplicação da medida de coação de prisão preventiva, vindo o artigo 27.º da Lei Tutelar Educativa, estabelecer o que acontece quando o jovem com menos de 21 anos é sujeito a prisão preventiva enquanto está a

⁶¹ Figueiroa, Filipa de, *ob. cit.*, p. 158.

⁶² Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, *cit.*, p. 275.

⁶³ Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, *cit.*, pp. 275-276.

cumprir com a medida tutelar, ou quando lhe é aplicada medida tutelar educativa durante o cumprimento da prisão preventiva.

Neste contexto, também é seguida a regra geral de execução cumulada, com a condição de que a medida tutelar seja compatível com a prisão preventiva. Igualmente com o que acontece em relação à pena de prisão efetiva, as medidas tutelares não institucionais, como a admoestação, a reparação ao ofendido (compensação económica) ou a realização de prestações económicas a favor da comunidade são compatíveis com a prisão preventiva e, portanto, podem ser com ela cumulativamente cumpridas (artigo 27.º, n.ºs 1 e 2 da Lei Tutelar Educativa).

Obviamente que cabe ao juiz que aplica a prisão preventiva a jovem que se encontra a cumprir medida tutelar não institucional, determinar essa compatibilidade (artigo 27.º, n.º 4 da Lei Tutelar Educativa). Da mesma forma, o juiz de família e menores que aplique medida tutelar a um jovem que está em prisão preventiva, tem de ter essa circunstância em conta na sua decisão, ao escolher a medida a aplicar.

Quando não for possível compatibilizar a execução da medida tutelar não institucional com a prisão preventiva, prevalecerão as razões preventivas que deram origem à aplicação daquela medida de coação, pelo que a execução da medida tutelar não terá início ou caso já esteja em execução, será interrompida.

No fundo, a execução da medida tutelar fica em suspenso e dependente do desfecho que o processo penal irá ter.

Se no caso concreto, o jovem vier a ser absolvido no processo penal, a medida tutelar poderá ser iniciada ou retomada, se bem que terá de ser revisto se se mantém a necessidade de execução da medida tutelar (artigo 27.º, n.º 6 da Lei Tutelar Educativa). Diversamente, se o jovem vier a ser condenado, o início ou prosseguimento da medida tutelar dependerá mais uma vez da sua compatibilidade com a pena aplicada.

Assim, analisada a conjugação da medida de coação de prisão preventiva com as medidas tutelares não institucionais, poder-se-ia pensar que a medida de coação de prisão preventiva e a medida tutelar institucional (medida de internamento em centro educativo), por implicarem serem executadas em instituições, seriam incompatíveis entre si, contudo não tem de ser assim. Por isso, se o jovem estiver a cumprir medida de internamento e entretanto for decretada a prisão preventiva, estas podem conjugar-se entre si.

Desde que os fins que se pretendem conseguir com a prisão preventiva não sejam prejudicados durante a execução da medida de internamento, não há motivos para que esta seja interrompida, o jovem pode cumprir a prisão preventiva no centro educativo onde se encontra ou noutro, isto se o regime de execução da medida tutelar for o regime fechado (artigo 27.º, n.º

5 da Lei Tutelar Educativa). Na eventualidade de a medida de coação findar antes do termo da medida de internamento, esta pode e deve prosseguir, a não ser que já não subsistam as necessidades educativas que levaram à sua aplicação.

Pelo contrário, se o regime de execução da medida tutelar for o regime semiaberto ou aberto, o jovem prossegue o cumprimento da medida tutelar, mas tendo em atenção que também lhe foi aplicada a prisão preventiva, tem de ser transferido para centro educativo em regime fechado, dado que só deste modo se cumprem simultaneamente os fins da medida tutelar educativa e os fins da prisão preventiva.

No entanto, neste caso, quando a medida de coação de prisão preventiva termine e, caso termine antes da medida tutelar de internamento, o jovem já não poderá permanecer em centro educativo em regime fechado, pois deixa de se justificar. Os motivos que levaram à agravação do regime da medida tutelar a que estava inicialmente sujeito terminaram, o que obriga à revisão da medida tutelar como prevê a alínea b) do n.º 2 do artigo 136.º da Lei Tutelar Educativa, devendo para tal o juiz ouvir o Ministério Público, o menor e os serviços de reinserção social (artigo 137.º, n.º 8 da Lei Tutelar Educativa).

Na realidade, o que se assiste aqui é a uma unificação da medida de coação de prisão preventiva com a medida tutelar institucional de internamento em centro educativo em regime fechado que permite que ambas sejam cumpridas em simultâneo, conseguindo-se até evitar o contacto do jovem com o meio prisional.

Porém, esta compatibilização da medida de coação de prisão preventiva com a medida tutelar de internamento não é absoluta e não se estende a todos os casos. Por exemplo se a medida tutelar terminar antes da medida de coação de prisão preventiva, o cumprimento desta passará a ocorrer em estabelecimento prisional, o que indica que nem sempre é possível evitar a entrada do jovem em estabelecimento prisional.

Ademais, outro caso demonstrativo dessa incompatibilidade, é quando o jovem está a cumprir a prisão preventiva e lhe é aplicada medida de internamento. Se essa medida de internamento aplicada ainda não teve início, o que nos indica que o processo de reeducação ainda não se iniciou e por isso não está em risco, a medida de prisão preventiva prossegue, pelo que só aquando do seu término, é que poderá ter início a execução da medida tutelar.

Obviamente que mais uma vez a medida tutelar só se iniciará após o termo da medida de prisão preventiva, se se mantiverem as necessidades educativas que justificavam a sua

aplicação, estando a sua execução sempre dependente do resultado do processo penal que está a decorrer (artigo 27.º, n.º 6 da Lei Tutelar Educativa)⁶⁴.

VI. Por fim, a possibilidade oferecida pelo regime penal especial dos jovens adultos, no seu artigo 6.º, de serem aplicadas medidas de correção a jovens adultos entre os 18 anos e os 21 anos, levanta também questões de particular interesse. Analisemos então que tipo de interação se pode estabelecer entre elas e as medidas tutelares quando aplicadas ao mesmo jovem, dado poder haver esse cruzamento.

A Lei Tutelar educativa não prevê exatamente essa interação entre medidas tutelares e medidas de correção, existindo, portanto, uma verdadeira lacuna que é resolvida através da aplicação analógica do artigo 25.º da Lei Tutelar Educativa, onde se preveem as regras para a interatividade entre as penas de substituição (que têm o mesmo carácter substitutivo da pena de prisão como as medidas de correção) e as medidas tutelares educativas⁶⁵.

Ser aplicada medida de correção a jovem que se encontra a cumprir medida tutelar, ou o seu inverso, ser aplicada medida tutelar a jovem que está a cumprir medida de correção, em princípio não suscita problemas desde que se tratem de medidas de correção não detentivas, pelo que é possível a sua compatibilização e em consequência a sua execução conjunta, como dita a regra geral do artigo 23.º da Lei Tutelar Educativa.

Já se estiver em causa uma medida de correção detentiva como a de internamento em centro de detenção, já poderão surgir dificuldades na sua compatibilização com as medidas tutelares e consequentemente na sua execução em simultâneo.

Por isso, se no caso concreto a medida tutelar não institucional e a pena detentiva de substituição (ou medida de correção detentiva), forem incompatíveis, a execução da pena tem prevalência sobre a medida tutelar, e portanto, se um jovem estiver a cumprir medida tutelar não institucional e lhe for aplicada pena detentiva de substituição (ou medida de correção detentiva), esta deve ter início, interrompendo o cumprimento da medida tutelar em curso. Ao contrário, se o jovem estiver a cumprir pena detentiva de substituição e lhe for aplicada medida tutelar, esta somente terá início depois do cumprimento da pena (artigo 25.º, n.ºs 2 e 3).

Contudo, há uma exceção relativamente à precedência da execução da pena sobre a medida tutelar, referida acima, nomeadamente, quando ao jovem que se encontra a cumprir medida tutelar de internamento, for aplicada pena detentiva de substituição (ou medida de correção

⁶⁴ Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, cit., pp. 277-280.

⁶⁵ Figueiroa, Filipa de, *ob. cit.*, pp. 160-161.

detentiva), nesse caso, só após a execução da medida tutelar institucional se deve executar a pena ou medida de correção (artigo 25.º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa). A justificação para não se interromper neste contexto a execução da medida tutelar de internamento, prende-se com o facto de esta ter carácter institucional, pelo que há um projeto educativo idealizado e adaptado às necessidades educativas do jovem que se encontra internado em centro educativo que tem de ser salvaguardado.

Finalmente, se diversamente, for aplicada medida de internamento em regime fechado enquanto o jovem está a cumprir pena detentiva de substituição, esta pena finda no momento em que o tempo que falte cumprir for igual ou inferior ao da duração da medida cuja execução se inicia nesse momento (artigo 25.º, n.º 4 da Lei Tutelar Educativa)⁶⁶.

VII. Todas estas interações que conduzem ao entrecruzamento da intervenção tutelar com a intervenção penal, demonstram que na faixa etária dos 16 anos aos 21 anos, muitos fatores podem concorrer entre si, levando a que o mesmo jovem possa ser sujeito a uma pena enquanto está a cumprir medida tutelar ou possa ser alvo de uma medida tutelar durante a execução da pena que lhe foi aplicada.

A justificação para esta ambiguidade de soluções está na fixação da maioridade penal abaixo da maioridade civil que, conseqüentemente, faz com que jovens a partir dos 16 anos possam ser sujeitos a penas, mas que possibilita ao mesmo tempo que os tribunais de família e menores julguem os factos qualificados como crimes praticados por um menor antes dos 16 anos, até este atingir os 18 anos.

Nestes termos, desde que se mantenham atualizadas as necessidades de educação para o direito do menor, a lei tem permitido o prolongamento da intervenção tutelar até tão tarde quanto possível e, como vimos, a medida tutelar pode até ter prioridade sobre a execução da pena, sendo esta somente executada depois do cumprimento da medida tutelar. No fundo, acredita-se que através da medida tutelar pode haver uma melhor consciencialização dos valores dominantes do que se conseguiria alcançar somente com uma condenação.

Porém, ao mesmo tempo que este é o pensamento que dá força ao tratamento penal diferenciado que merecem os jovens, com ele não se afasta totalmente a possibilidade de aplicação de penas, a jovens a partir dos 16 anos. É que como vimos, a aplicação da prisão preventiva é suficiente para interromper a medida tutelar em curso, a não ser que se trate de uma medida tutelar institucional.

⁶⁶ Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, cit., pp. 284-287.

Por tudo isto se evidencia a dualidade do tratamento jurídico dispensado aos jovens adultos: a possibilidade de beneficiar de um tratamento diferenciado atendendo à sua faixa etária, convive ao mesmo tempo com a possibilidade de aplicação da penas como a de prisão efetiva, quando sejam agentes de crimes de elevada gravidade, mesmo quando tenham idade inferior a 18 anos.

Esta manutenção da possibilidade de aplicação da pena de prisão a menores, assenta nos mesmos motivos que inviabilizaram a subida da idade da imputabilidade penal para os 18 anos de idade, a intranquilidade e insegurança gerada na sociedade com a expansão do fenómeno da delinquência juvenil⁶⁷.

Assim, um jovem na faixa etária dos 16 anos aos 21 anos, pode ser sujeito a dois tipos de intervenções distintas, a intervenção tutelar e a intervenção penal, que têm necessariamente de interagir entre si, segundo as regras enunciadas.

⁶⁷ Duarte-Fonseca, António Carlos, *A Interatividade entre penas...*, cit., pp. 289-295.

CONCLUSÃO

A presente dissertação pretendeu abordar, e por um lado, diferenciar os múltiplos enquadramentos legais que podem envolver uma criança ou jovem, e que se dividem em três tipos de intervenções: a intervenção tutelar educativa a que podem ser sujeitos os menores entre os 12 e os 16 anos, enquanto agentes de factos qualificados pela lei como crime, que nos remete de imediato para o fenómeno da delinquência juvenil; a intervenção de promoção e proteção acionada perante os menores que estejam em situação de perigo e que necessitam de proteção; e a intervenção penal junto de jovens adultos entre os 16 anos e os 21 anos que praticam crimes.

Efetivamente, são muitos os traços e finalidades que as separam, o que deu aso à conceção de leis distintas, a Lei Tutelar Educativa, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e o Regime penal especial aplicável a jovens adultos.

A primeira, a intervenção tutelar educativa tem lugar perante a prática de factos qualificados pela lei como crimes, por parte de agentes com uma faixa etária específica, entre os 12 e os 16 anos de idade, visando a sua educação para o Direito, a sua reinserção de forma consciente e responsável na sociedade, e por isso, assenta em medidas tutelares que ajudam na sua reconstrução (entre elas, a admoestação, a reparação ao ofendido, a realização de tarefas a favor da comunidade, a imposição de deveres e regras de conduta, o internamento em centro educativo).

Diversamente, a segunda, a intervenção de promoção e proteção é despoletada perante situações de perigo que envolvam qualquer criança, entre os 0 e os 18 anos, o seu compromisso é tudo fazer para remover a situação de perigo que a envolve e garantir a sua proteção, promovendo a sua saúde, desenvolvimento, bem-estar e formação. E fá-lo primeiramente com entidades com competência em matéria de infância e juventude, se for necessário com as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e só em último caso, recorrendo aos tribunais que têm uma atuação subsidiária.

Contudo, ainda que sejam bem visíveis as diferenças entre si, particularmente entre a intervenção tutelar e a intervenção de proteção, há problemas que rapidamente se associaram à sua separação, na sequência da reforma do direito de menores, como o perigo de os sistemas de intervenção criados terem tanto de diferentes como de estanques, inaptos a estabelecer qualquer tipo de comunicação entre si, o que não era de todo desejável.

Afinal, os diferentes contextos que os legitimam, por tantas e tantas vezes, também se intersectam e transpõem, o que leva a terem que ser desencadeadas ambas as intervenções, pois

apesar de prosseguirem finalidades díspares, unem-se em redor do propósito que lhes é comum, a concretização dos direitos fundamentais das crianças e jovens, dos seus superiores interesses.

Desta forma, nem sempre o caminho implica compartimentar as situações de modo a que sejam uma coisa só, uma criança ou jovem que pratica factos qualificados pela lei como crime, para além de um delinquente juvenil, pode ser também uma criança ou jovem em perigo, os seus comportamentos desviantes podem ser motivados pelas situações de perigo em que se encontra, entre elas, a violência doméstica, o crescimento em ambientes familiares e sociais destrutturados.

Da mesma forma é válido o inverso, uma criança sujeita a medidas de promoção e proteção, nomeadamente acolhimento familiar ou residencial, muitas vezes apresenta também comportamentos inadequados e altamente marginais, pelo que se não for intervencionada atempadamente ao nível do sistema de proteção, mais tarde ou mais cedo, entrará em contacto com o sistema tutelar educativo.

Se é da máxima importância termos estas duas leis distintas que permitem intervenções direcionadas para diferentes tipos de situações, também o é a sua coexistência na resposta a contextos em que ambas se justificam e em que a sua articulação é necessária e justificada.

Para além disso, uma articulação semelhante pode ter que existir entre a intervenção tutelar e a intervenção penal a ter lugar junto de jovens adultos entre os 16 e os 21 anos de idade.

A necessidade de criação deste regime próprio para jovens adultos foi sentida pelo legislador para dar resposta a um período especial do desenvolvimento humano que se pode enquadrar no conceito de “jovem adulto”, entendeu que lhe deveria dar expressão normativa, com vista a resguardar os jovens entre os 16 e os 21 de idade dos efeitos corruptores da prisão sempre que possível.

Deste modo, quando a aplicação das penas comuns se revelem contrárias e até prejudiciais à ressocialização do jovem, podem ser afastadas ao abrigo deste regime especial contido no Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro.

Contudo, a sua concretização na prática tem-se resumido à possibilidade de atenuação especial da pena de prisão e à aplicação de medidas de correção, ao que acrescem dificuldades por via da manutenção da idade da imputabilidade penal nos 16 anos de idade.

A partir dos 16 anos, qualquer indivíduo passa a poder responder penalmente como um adulto, é essa fronteira etária que aparentemente separa a inimputabilidade da imputabilidade e, conseqüentemente, a intervenção tutelar da intervenção penal, porém essa fronteira pode tornar-se menos rígida. O facto de um jovem se encontrar na faixa etária dos 16 aos 21 anos, não significa que não possa ser sujeito a medidas tutelares por factos praticados antes dos 16

anos e a penas por factos praticados depois dessa idade e por isso, há que ter em conta as regras que disciplinam a interação entre a intervenção tutelar e a intervenção penal no que diz respeito à categoria dos jovens adultos.

Assim, através do cotejo destes três sistemas interventivos, intervenção tutelar educativa, intervenção de proteção e intervenção penal junto de jovens adultos, que compõe o dispositivo normativo do Direito de menores em Portugal, conclui-se não só pela existência de uma sobreposição de fronteiras, que convoca os pressupostos de aplicação de cada uma delas, como pela necessidade da sua articulação. Tudo isto para o alcance de um propósito comum: orientação das crianças e jovens para o sistema de valores da sociedade que os rodeia.

BIBLIOGRAFIA

Bárbara, Madeira, «O Direito Penal e os jovens delinquentes: Dec. Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro», *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 4, vol. 15, 1983.

Borges, Beatriz Marques, “O Princípio da subsidiariedade no sistema de proteção das crianças e jovens em Portugal e a intervenção reservada aos tribunais”, *Promoção e Proteção*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=MYsJuIqUF1E%3d&portalid=30>.

Carvalho, Maria João Leote de, *A Lei Tutelar Educativa – A criança e o facto qualificado na lei como crime. A medida de internamento – sentido e potencialidades*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

Clemente, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Desterro, Maria Raquel; Gomes, Ângelo [et. al.], *Comentário à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra, Almedina, 2020.

Dias, Cristina; Santos, Margarida [et. al.], *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra, Almedina, 2021.

Duarte-Fonseca, António Carlos, «A Interatividade entre penas e medidas tutelares: contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra editora, ano 11, fasc. 2, 2001.

Duarte-Fonseca, António Carlos, *Internamento de Menores delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Duarte-Fonseca, António Carlos, “Menores, mas imputáveis: que proteção?”, *Volume comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação Proteção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Fernando, Rui do Carmo Moreira, “Lei Tutelar Educativa – Traços Essenciais, na Perspetiva da Intervenção do Ministério Público”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

Fialho, Anabela Raimundo; Felgueiras, Belmira Raposo, «A Intervenção protetiva e a intervenção tutelar educativa — Caminhos que se cruzam», *Revista Julgar*, Lisboa, n.º 24, 2014.

Figueiroa, Filipa de, «Punição no limiar da idade adulta»: O Regime Penal Especial para jovens adultos e, em especial, a interatividade entre penas e medidas tutelares educativas», *Revista Julgar*, Lisboa, n.º 11, 2010.

Gebert, Angélica Baumgarten, «De adulto em miniatura para protagonista: Uma primeira infância possível?», *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, Curitiba, n.º 58, c. 5, 2019.

Gersão, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 7, n.º 4, 1997.

Gonçalves, Manuel, «Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos. Breve Enquadramento jurídico internacional», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra editora, ano 7, fasc. 4, 1997.

Guerra, Paulo, “Reflexões sobre o Sistema legal de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens”, *Atores e Dinâmicas no Sistema de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021.

Pereira, Joel Timóteo, «Regime penal especial para jovens: do que se trata e da sua aplicação», *O advogado*, n.º 18, 2005.

Ramião, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo - Anotada e comentada*, Lisboa, Quid juris?, 2019.

Ramião, Tomé d’ Almeida, *Lei Tutelar educativa – Anotada e comentada*, Lisboa, Quid Iuris?, 2004.

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

Rodrigues, Anabela Miranda, “Jovens e delinquentes: a revisão urgente da idade da imputabilidade”, *Estudos em Homenagem ao Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar*, Coimbra, Almedina, 2019.

Rodrigues, Anabela Miranda, “Justiça Juvenil e Delinquência: uma questão de direitos”, *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2017.

Rodrigues, Anabela Miranda, «Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 7, n.º 3, 1997.

Santos, Carolina Girão, «Da Especificidade do Direito Penal dos Jovens Adultos na Perspetiva das Consequências Jurídicas do Crime», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra editora, ano 8, nº 16, 2011.

Souto de Moura, José Adriano, “A Tutela Educativa: Fatores de Legitimação e Objetivos”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

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

Torres, Raquel Teixeira, «Que educação para o direito?: Da lei tutelar educativa à intervenção educativa com delinquentes juvenis», *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, Lisboa, ano 3, n.º 7, 2010.

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

Vidal, Joana Marques, “Processo Tutelares: Que articulação?”, *Direito Tutelar de Menores: O Sistema em Mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.