



**Faculdade  
de Direito**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**MESTRADO CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES**

**DIREITO DOS MENORES**

**A RESPONSABILIDADE DOS MENORES**

**MESTRANDO: ANTÓNIO JOAQUIM DOMINGUES**

**MESTRADO: “A RESPONSABILIDADE DOS MENORES”**

**ANO: 2014**



**Faculdade  
de Direito**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**MESTRADO CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES**

**DIREITO DOS MENORES**

**MESTRANDO: ANTÓNIO JOAQUIM DOMINGUES**

**TRABALHO ORIENTADO POR:**

**PROFESSOR DOUTOR AUGUSTO SILVA DIAS**

**MESTRADO: “A RESPONSABILIDADE DOS MENORES”**

**ANO: 2014**

Dedicatória:

À minha querida filha Vanessa Filipa, e  
À minha querida esposa Teresa, pela  
sua amizade e bondade e pelo amor  
que lhes tenho.

## Agradecimentos

Ao meu Orientador Professor Doutor Augusto Silva Dias  
Pelas diretrizes seguras e oportunas que me deu.  
A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na  
Elaboração deste trabalho.

*“Neste mundo desapiidado e devassado não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido que os bichos ainda podem sentir na toca. Agora ninguém é dono de si e do seu pudor. Somos públicos e baldios. À hora menos pensada, por artes do primeiro bisbilhoteiro profissional que nos sai ao caminho, perdemos toda a densidade humana e ficamos espectrais e sem duração na leviana fugacidade de uma notícia.”*

*Miguel Torga*

## LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CP – Código Penal

CRLPTE – Comissão de Reforma da Legislação sobre o Processo Tutelar Educativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIP – Direito Internacional Público

IRS – Instituto de Reinserção Social

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

TFM – Tribunais de Família e Menores

TRP – Tribunal da Relação do Porto

# Índice

ABSTRACT.....	8
I – INTRODUÇÃO.....	12
II – ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS MENORES.....	18
CAPÍTULO I – PREVENÇÃO, AMEAÇA PENAL IMPLÍCITA NA LTE .....	25
1.1 – Responsabilidade Tutelar como Responsabilidade Social. ....	25
1.2 – A aceção de Criminologia .....	26
1.3 – O problema penalista dos fins das penas.....	29
1.3.1 – As teorias absolutas ou da retribuição.....	30
1.3.2 – As teorias relativas .....	32
1.3.2.1 – A teoria da prevenção geral negativa ou intimidação .....	33
1.3.2.2 – A teoria da prevenção geral positiva ou da integração.....	34
1.3.2.3 – As teorias de prevenção especial ou individual .....	35
1.3.2.4 – A teoria da prevenção especial negativa ou de neutralização.....	35
1.3.2.5 – A teoria da prevenção especial positiva.....	37
1.3.3 – Teorias mistas ou unificadoras.....	38
1.3.4 – Teoria acolhida pelo nosso ordenamento jurídico.....	38
CAPÍTULO II – JUSTIÇA DE CRIANÇAS E JOVENS.....	42
2.1 – Modelos de intervenção.....	42
2.2 – Os marcos etários no ordenamento jurídico português .....	46
2.2.1 – A maioridade penal .....	46
2.2.2 – A maioridade civil .....	49
2.2.3 – O desfasamento entre a maioridade penal e a maioridade civil .....	51
2.3 – O processo tutelar educativo (Lei Tutelar Educativa) - tramitação.....	52
2.4 – Direitos e deveres do menor do âmbito da Lei Tutelar Educativa .....	55
2.5 – A Responsabilidade do Menor, no âmbito da LTE .....	58
CAPÍTULO III – OS FINS DAS MEDIDAS TUTELARES .....	64
3.1 – Os fins das Medidas Tutelares Educativas.....	64
3.2 – Medidas cautelares educativas .....	64
3.3 – Medidas tutelares educativas .....	68
3.4 – As Medidas Tutelares Educativas - Aspectos Punitivos e Pedagógicos .....	76
III – CONCLUSÕES.....	82
IV – REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA .....	90

## **ABSTRACT**

Direito dos menores

A responsabilidade dos Menores

Fazer um trabalho, uma dissertação ou uma tese no âmbito de um Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, sobre o direito dos menores, revela-se uma tarefa árdua, gigantesca, mas é um desafio imperdível.

Falar do direito de crianças e jovens é falar de presente e de futuro. De presente, pelo facto de conhecermos determinadas realidades respeitante a crianças e jovens adolescentes. Realidades que, não poucas vezes nos chocam pela forma como tratamos, como são tratados, as nossas crianças, os nossos adolescentes, os nossos jovens, os adultos de amanhã. Não podemos deixar de nos perturbar quando vemos crianças e jovens tão mal tratados, abandonados, sem família, sem lar, na prostituição, vítimas e autores de crimes e, em não poucos casos, de crimes de extrema violência, como roubos, violações e mesmo homicídios.

Falar do direito de crianças e jovens é falar igualmente do futuro, na medida em que teremos como missão melhorar o estado da coisas, no sentido de poder agir quer como cidadãos comuns, como professores, como juízes, como educadores, com a perspectiva de, em conjunto, poder melhorar a vida de tantas crianças que, com a complacência dos adultos, que olham para o lado, que passam por cima dos problemas, ignorando-os, negligenciando o sofrimento de tantas crianças e adolescentes, que sofrem indefesas, utilizando como justificação “isso é com o Estado e suas instituições”, Auto-desresponsabilizando-se.

A sociedade que não cuida das suas crianças não tem perspectivas de futuro, porque as crianças são os adultos de amanhã.

No presente trabalho propomo-nos deambular sobre o direito dos menores, mais propriamente sobre a responsabilidade dos menores no Âmbito da Lei tutelar Educativa, ou seja, a lei que regula o direito dos menores entre os 12 e os 16 anos de idade, quando estes cometem factos considerados pela lei penal como crimes.

Pretendemos saber se há, ou não, responsabilidade dos menores, quando autores de factos tipificados pela lei penal como crimes, melhor dizendo saber se é possível assacar responsabilidade ao menor, e na afirmativa, em que medida e com que fundamentos.

Quando falamos de menores temos de ter bem presentes que estamos perante seres em desenvolvimento físico e psicológico, temos que ter a perfeita noção que são seres diferentes dos adultos, que são seres com evidentes e “perigosas” fragilidades.

Temos que tratar as crianças e jovens de forma responsável e exigente, só assim poderemos ter adultos preparados e responsáveis.

O adolescente vive mergulhado no antagonismo de duas gerações. Ambas têm o tempo como referência; o que as diferencia é o facto de uma se destacar pela perspectiva da vida, o futuro, e a outra, pela experiência de vida, o passado.

Entre as diversas fases do desenvolvimento humano, a adolescência ocorre sensivelmente na segunda década da vida, perspectivando a continuidade da espécie, continuando o processo dinâmico e ininterrupto da evolução, iniciado com o nascimento.

O vocábulo tem origem no verbo latino *adolescere*<sup>1</sup>, que significa crescer ou crescer para a maturidade. É uma fase especial ao ser humano, entendida como a etapa em que culmina o processo de maturidade biopsicossocial do indivíduo. Apreendidos como indissociáveis, os aspetos biológicos, psicológicos e sociais são essenciais no entendimento da adolescência, posto que o conjunto e a combinação destas particularidades, resultam na especificidade deste período da vida.

É na adolescência que os requisitos da personalidade variam, ora aparecendo como curiosidade e ação no universo exterior, ou recolhendo-se numa introspeção com o mundo interior. Uma indecisão que oscila entre a afirmação e a contestação dos valores enraizados e socialmente aceites, manifestando a sua rebeldia das mais diversas formas, pondo em xeque as regras vigentes, questionando-as e, mesmo, desobedecendo-lhe.

É igualmente na fase da adolescência que surge a maior evolução da afetividade, bem como das necessidades de autoafirmação, decorrentes das vivências emocionais. Em função da experiência particular e pessoal de cada adolescente pode transformar emoções como o amor e a gratidão em competição e ódio. Pelo que é fundamental que a família, por um lado e a sociedade, por outro, exerçam uma atenção contínua de forma a conterem o adolescente no caminho certo, no

---

<sup>1</sup> Tal palavra vem do latim *adolescere* “crescer”, formada por ad-, “a”, mais *alescere* “ser nutrido”, *dealere*, “alimentar, nutrir”. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Adolesc%C3%A2ncia>

caminho do bem, não permitindo que nasçam os indesejáveis sentimentos de agressividade e impotência, incompatíveis a um desenvolvimento são, de forma a obter um crescimento para a cidadania, com confiança e de forma equilibrada.

## **ABSTRACT**

Minors' Right

Minors' Responsibility

Doing a work, a dissertation or a thesis as part of a Masters in Legal and Forensic Sciences, on minors' right, proves to be an arduous, daunting task, but it is an unavoidable challenge. Speaking of children's rights and youngsters is talking about present and future. Present, because we know certain realities concerning children and youngsters. Realities that quite often shock us by how we treat, how they are treated, our children, our teens and our young adults of tomorrow. We can not help but get disturbed when we see children and youngsters so badly treated, abandoned, no family, no home, prostitution, victims and perpetrators of crime, and in many cases of extreme violence crimes such as robberies, rapes and even homicides. Speaking of children's rights and youngsters is also talking about the future, in the extent that our mission is to improve the way things stand, in order to be able to act either as ordinary citizens, as teachers, as judges, as educators, with the prospect of together improve the lives of many children that, with the compliance of adults looking to the side, disregarding the problems, ignoring them, neglecting the suffering of so many children and adolescents who suffer defenseless, using as justification "that is with the state and its institutions" discard the responsibility.

A society that does not take care of their children have no prospects for the future, because children are the adults of tomorrow.

In this paper we propose to wander on the minor's right, more properly on the responsibility of guardianship of minors in ambit of Educational Law, ie the law governing the right of the minors between 12 and 16 years old when they commit acts considered as crimes under criminal law.

We intend to know if there is or not responsibility of the minors, when authors of facts typified as crimes under criminal law, more precisely whether it is possible to accredit responsibility, and if so, to what extent and on what grounds.

When we talk about minors we must be well aware that we are dealing with beings in physical and psychological development, we have to know perfectly that these beings are different from adults, they are beings with obvious and "dangerous" weaknesses. We have to treat children and youngsters in a responsible and demanding way, just so we can have prepared responsible adults.

The teenager lives steeped in antagonism of two generations. Both have time as a reference; what distinguishes them is the fact that one stands for the prospect of life, the future, and the other for life experience, the past.

Among the various stages of human development, adolescence occurs approximately in the second decade of life, forecasting the continuity of the species, continuing the dynamic and uninterrupted process of evolution, starting with the birth. The word originates from the Latin verb *adolescere*<sup>i</sup>, it means to grow or grow to maturity. It is a special phase in humans, regarded as the culminating step in the process of biopsychosocial maturity of the individual. Seized as inseparable, biological, psychological and social aspects are essential in the understanding of adolescence, since the set and the combination of those characteristics, result in the specificity of this period of life.

It is during adolescence that the personality requirements vary, sometimes appearing as curiosity and action in the outer universe, or in an introspection to the inner world. Indecision that oscillates between affirmation and the questioning of entrenched and socially accepted values, expressing his rebellion in many different ways, putting into question the current rules and even disobeying them.

It is also during adolescence that comes the greatest evolution of affection, as well as the needs of self-assertion, arising from emotional experiences. Depending on the individual and personal experience of every teenager it can transform emotions like love and gratitude in competition and hatred. Therefore it is essential that the family on the one hand and society on the other, exert continuous attention to contain the teen on the right path, the path of good, not allowing to be born unwanted feelings of aggression and helplessness, incompatible to a healthy development, in order to obtain growth for citizenship, with confidence and in a balanced way.

## I – INTRODUÇÃO

A sociedade como um todo deve tender para o equilíbrio e para que assim ocorra, todos os seus elementos devem estar em perfeita harmonia. A sociedade é composta por pessoas das mais variadas origens, étnicas, culturais, raciais, etc. Essa mesma sociedade tem no seu seio crianças adolescentes, jovens, adultos, homens e mulheres.

O ideal, para que a sociedade, esteja ou tenda para o equilíbrio, é que os seus diversos elementos possam conviver, entre si, com o mínimo de conflitualidade ou com ausência total de conflitos.

Para que assim aconteça é fundamental o estabelecimento de regras, regras essas que vão desde as regras morais, às religiosas, às do trato social e por fim as regras jurídicas, que como sabemos, só estas últimas podem ser impostas coercivamente pelo Estado.

O objeto fundamental do nosso estudo centra-se no Direito dos Menores, mais propriamente a “Responsabilidade dos Menores” entre os 12 e os 16 anos de idade, enquanto autores de fatos qualificados pela Lei Penal como crimes.

Sendo o estudo centralizado na Lei Tutelar Educativa (LTE), aprovado pela lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, e os respetivos estudos desta matéria.

Os direitos dos menores são direitos autónomos, encontram-se plasmados a nível interno na Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente nos arts. 36.º, 67.º, 69.º, e 70.º).

O artigo 69º da CRP sob a epígrafe “infância” determina que as crianças têm direito a uma proteção especial, quer por parte da sociedade, no seu todo, assim como por parte do Estado, enquanto garante prioritário dos direitos destes cidadãos em desenvolvimento. Esta proteção especial deve materializar-se de forma que as crianças e os jovens tenham proteção contra todas as formas de abandono, de marginalização e de sujeição e contra o exercício impróprio do poderio da família e das demais organizações. Esta proteção deverá ser mais incisiva, mais evidente quando estamos perante crianças especialmente desprotegidas, como sejam os órfãos, abandonados pelas famílias, deficientes.

O Estado deverá assegurar e garantir quês as crianças e jovens frequentem o ensino, nomeadamente o ensino obrigatório e que e que estas mesmas crianças e jovens não sejam vitimas de trabalho e outras formas de exploração.

Já o art.70º com a epígrafe “juventude” prescreve uma série de direitos no sentido de que os jovens tenham as condições ideais para poderem crescer de uma forma equilibrada, garantindo-lhe condições para que tenham acesso à formação, cultura, ao emprego, habitação condigna. Pretende-se que o jovem tenha condições para crescer de forma saudável, para que se garantam condições de se tornar num adulto responsável e bem integrado socialmente. - O Estado, tem especial responsabilidade em agilizar e promover estes direitos, tendo para tal que estabelecer condições para que, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, e outras organizações, sejam promovidas atividades de integração destes mesmos jovens.

Os direitos das crianças e dos jovens, são direitos Universais, por tal motivo eles estão vertidos em diversos normativos de Direito Internacional, tendo como exemplo alguns dos mais relevantes, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>1</sup>, de 1959, e a Convenção Sobre Direitos da Criança<sup>2</sup>, de 1989.

No nosso ordenamento jurídico, em regra, o menor é tendencialmente irresponsável<sup>3</sup>, inimputável, a total responsabilidade dos menores, só é exigida, ou é tendencialmente plena aos 18, 19, 20 ou 21 anos de idade, como veremos ao longo do presente trabalho.

Regra, nos séculos passados os direitos eram praticamente censitários, ou seja, cada um tinha os direitos correspondentes aos contributos que dava para a sociedade e os menores pouco podiam contribuir, logo os seus direitos eram praticamente nulos.

É no Séc. XX que os menores veem os seus direitos aumentados, nomeadamente na segunda metade.

Atualmente, não há, nem existiu no passado, uma ideia comum, quer a nível europeu ou outro, que uniformizasse a idade a partir da qual os menores eram considerados imputáveis, assim, cada país tem critérios diversos para verificar e

---

<sup>1</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH>.

<sup>2</sup> CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA, de 1989, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.apfn.com.pt/>.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código Penal Português, Anotado, 11.ª ed Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 1997, p.123.

estabelecer a idade a partir da qual os menores passam a ser penalmente responsáveis<sup>1</sup>.

Muitos dos fatos negativos praticados pelos jovens devem-se à sua natural falta de experiência de vida. Os menores reagem de uma forma mais emocional e menos racional que um adulto agiria naquelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo. Outras vezes, os atos delinquentes manifestados por pessoas ainda em tenra idade devem-se a situações familiares ou sociais das quais eles próprios foram vítimas, falamos aqui de abandono, de maus tratos ou violações, o que os tornam pessoas naturalmente revoltados com a vida e sem um porto de abrigo seguro que, devido a fragilidade inerente à personalidade das crianças e jovens os faz enveredar por caminhos antissociais.

O jovem deve ser preparado para a maturidade, para as dificuldades e responsabilidades, que ele não tinha, nem faria ideia, nem vontade de ter. Sendo aqui determinante o papel da família, apoiada por outras instituições estatais e da sociedade em geral, incluindo os Tribunais, que são mais que a importante figura do Juiz.

Nas decisões a tomar referente aos menores, é importante que o Direito se faça assessorar por outras ciências, como a psiquiatria, a sociologia, a psicologia, etc..

O menor pode ser rápido e muito inteligente, mas não é, seguramente, experiente.

A nossa sociedade tem revelado nas últimas décadas uma tendência cada vez mais violenta, desumana, egoísta, fazendo com que as crianças e jovens estejam, cada vez mais, entregues a si próprias, sendo manifesta a quebra de laços familiares, pelo fato de, regra, ambos os progenitores trabalharem fora de casa, fazendo com que os filhos, durante o dia, sejam entregues em escolas ou fiquem a “deambular” pelas ruas. No período noturno também não há muito contato entre pais e filhos, dado que a casa está cheia de tecnologias, que contribuem para o isolamento familiar.

A razão fundamental da intervenção tutelar é no sentido de proteger a criança, jovem ou menor (Art. 4.º, da lei Tutelar Educativa – LTE), no sentido de corrigir determinados comportamentos conflituantes socialmente, fazendo prevalecer,

---

<sup>1</sup> **DIAS**, Jorge de Figueiredo, Código Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 594 e segt.s.

sempre, o superior interesse da criança ou jovem, mas, tendo sempre presente e respeitando a privacidade do menor alvo da intervenção tutelar. Fazendo sempre um apelo direcionado para a responsabilidade parental, e dando sempre prioridade a que o jovem seja assistido, educado, corrigido junto do seu núcleo familiar.

No decorrer da intervenção tutelar devemos ter presente as várias instituições, que devem ser chamadas, ser envolvidas na procura de soluções o mais adequadas possível a salvaguardar os direitos e interesses do jovem, como sejam as escolas, autarquias, associações, Segurança Social, Universidades, Hospitais, entre outras forças vivas que possam contribuir com os seus saberes, com o objetivo de aumentar e salvaguardar o superior interesse do menor. O superior interesse da criança, adolescente ou jovem é pouco normativo na Lei Portuguesa, é uma expressão um pouco vazia, desprovida, de conteúdo. O superior interesse implica que nenhum interesse das pessoas (ex. – pais) que lidam com a criança se lhe sobreponha<sup>1</sup>.

A Lei Tutelar Educativa (LTE), é direcionada a crianças que manifestem comportamentos pré-delinquentes ou delinquentes, com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos. Relativamente às crianças com idade inferior a 12 anos autores de fatos considerados pela lei penal como crimes não se aplica a intervenção tutelar educativa, mas, pelo contrário, haverá uma intervenção protetiva<sup>2</sup>. Isto significa que dentro do espírito de desjudicialização das questões referentes a crianças, em que socialmente se tornaram insuportáveis por estarem gravemente inseridas no submundo da criminalidade, praticando de modo repetido e compulsivo infrações tipificadas pela lei penal como crimes.

São finalidades do processo tutelar educativo:

- A necessidade de educação da criança ou jovem para o direito. À criança impõe-se o dever de respeito pelas normas jurídico-penais essenciais à normalidade da vida em sociedade, protegendo e garantindo o gozo e exercício dos direitos fundamentais;

- Satisfação das exigências comunitárias de segurança e de paz social. As expectativas da comunidade devem alcançar-se só e na estrita medida em que a

---

<sup>1</sup> **ROCHA**, Dulce, Seminário no âmbito do Curso de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, em 03Dec.2010.

<sup>2</sup> Comungando do princípio de que as crianças menores de 12 anos são inaptas a cometer infrações criminais.

criança ou jovem ofendeu de forma particularmente grave os bens jurídicos fundamentais da comunidade;

- Proteção dos direitos da criança ou jovem. Pretende-se a realização do interesse da criança ou jovem através da proteção dos seus direitos e do desenvolvimento da sua capacidade de autodeterminação.

O processo tutelar educativo vai beber ao processo penal um conjunto de garantias fundamentais para a proteção dos direitos do menor, nomeadamente, o direito ao contraditório (art. 45.º - LTE), o princípio do acesso ao direito através da possibilidade/obrigatoriedade de ser representado por advogado ou defensor (art. 46.º - LTE), o direito a ser ouvido (art. 47.º - LTE). O processo tutelar educativo tem evidentes semelhanças com o processo penal, dele retirando, essencialmente, as garantias constitucionais no que se refere a direitos fundamentais e alguns institutos adaptados aos fins do processo tutelar educativo, como por exemplo a participação processual do ofendido.

A problemática da criminalidade associada aos menores de cada vez mais tenra idade tem sido objeto das mais diversas análises e muito debatida, principalmente, através dos meios de comunicação social, onde a informação é massificada, situação que não sendo tratado com o devido cuidado pode criar grave alarme social e transformar-se num fenómeno com contornos inimagináveis.

Com efeito, neste início do Séc. XXI, a marginalidade e delinquência juvenil tornou-se, no contexto europeu, um fator de inquietamento social, que vem legitimando transformações de cunho repressor e securitário às respostas a esse fenómeno.

Sobressai, assim, um relativo, mas real, «décalage» entre as disposições europeias e as soluções que os Estados europeus vêm consagrando em tempos mais recentes.

Nas referidas normas europeias, mostra-se uma apreensão com a especificidade da delinquência juvenil e com a adequação da resposta social a dar-lhe, procurando-se um equilíbrio entre o cariz crescentemente punitivo e a abordagem de pendor educativo, que responde à necessidade e obrigação de respeitar o estatuto especial da criança, tributários de princípios humanistas e de solidariedade.

Já ao nível da política criminal prosseguida pelos Estados europeus, observa-se uma orientação para a gestão do risco e da desordem sociais, relativamente às pessoas e aos seus comportamentos.

E o facto de essas pessoas serem crianças ou jovens é cada vez menos tomado em atenção. O que significa que, em evidente contraste com a quase «angelificação» da criança delinvente, dominante até ao último quartel do século passado, assiste-se, hoje, à sua «diabolização», concretizada na «repenalização», por diversos modos, dos seus comportamentos violadores da lei.

Pode dizer-se que, em países onde a criança «parecia ter saído do direito penal», «regressa» agora inequivocamente a ele.

A esta política não é indiferente o crescente e generalizado sentimento social de insegurança, muito particularmente nas áreas urbanas, em grande parte amplificado pelos media, ao dar conta de atos pontuais de violência, por vezes de grande violência, praticados por crianças, adolescentes e jovens, isoladamente ou em grupo.

## II – ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS MENORES

Em Portugal, apesar de já nas Ordenações Manuelinas se encontrarem previstas normas de proteção de crianças e jovens em relação ao direito penal, onde se previa que o menor de dezassete anos, sendo autor de um delito grave, tal ato não lhe poderia ser desculpável<sup>1</sup>. Assim, aplicar-se-lhe-ia uma pena mais baixa, mas não se deixava de condenar tal ato, a efetiva proteção judiciária daqueles surgiu com maior relevo e expressão mais tarde.

Ao longo da História verificamos que a sociedade não encerrava em si uma consciência, uma necessidade de proteção das suas crianças e adolescentes. Tal desiderato remonta à segunda metade do Séc. XIX<sup>2</sup>. Durante o Séc. XX o Estado alargou a intervenção judiciária à menoridade. Intervenção que promovia, em absoluto, a desresponsabilização do menor, quando este fosse autor de fatos tipificados, pela Lei como crimes; considerando que tais atos eram consequência da exclusão social, falta de afetos, supondo assim uma maior proteção do menor. Os menores adolescentes passaram a ser entendidos como sujeito de direitos subjetivos, passando a ter direito a uma intervenção que efetivasse esses mesmos direitos, que os tutelasse.

Consequentemente era urgente criar uma estrutura que pudesse acolher os menores objeto de intervenção tutelar, como os menores indisciplinados, delinquentes, abandonados, pobres, mal tratados, ociosos, vadios, libertinos, mendigos, etc.. A título de exemplo diremos que o surgimento da Casa de Detenção e Correção de Lisboa no terceiro quartel do Séc. XIX (1871), sucedeu com o objetivo de educar as crianças, *regenerando-as educativa e moralmente pelo trabalho*<sup>3</sup>. Após esta data as crianças deixaram de cumprir as penas nas prisões juntamente com os adultos, como acontecia até então. Posteriormente foram sendo construídas mais casas para colocação destes jovens, masculinos e femininos, que continuam, presentemente, em funcionamento.

---

<sup>1</sup> Livro nº 3, título 88 das Ordenações Manoelinas apud Boaventura Sousa Santos, Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa, Coimbra Editora, 2004, página 127.

<sup>2</sup> **CARVALHO**, Maria João Leote de, entre as Malhas do Desvio, Celta Editora, Oeiras 2003, p. 47.

<sup>3</sup> **MARTINS**, Ernesto Candeias, A Problemática Socioeducativa da Proteção e da Reeducação dos Menores Delinquentes e Inadaptados entre 1871 a 1962, dissertação de mestrado inédita apresentada na Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 334.

Assim, no ano de 1911, concretamente a 27 de Maio, Portugal foi pioneiro ao publicar a Lei de Proteção da Infância (Menores), publicada no Diário de Governo n.º 133, de 14 de Junho de 1911<sup>1</sup>, sendo inovador ao tratar de forma diversa as crianças e os adultos. Este decreto-lei introduziu no sistema judiciário português os primeiros tribunais de menores, denominados tutorias de infância, que mais tarde dariam origem aos atuais Tribunais de Família e Menores (TFM), bem como um direito substantivo e adjetivo para menores de 16 anos. Inicialmente este regime vigorou apenas em Lisboa, e mais tarde em 1925, estendeu-se a sua aplicação a todo o país.

A lei (art. 1.º) define que esta pretende «prevenir não só os males sociais que podem produzir perversão ou crime entre os menores de ambos os sexos e de menos de 16 anos ou comprometer a sua vida ou saúde; mas também para curar os efeitos desses males».

A Tutoria de Infância (art. 2.º) era um tribunal coletivo especial que se destinava a «guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes, mas sob a divisa: educação e do trabalho».

Os jovens com menos de 16 anos tornaram-se penalmente inimputáveis e passaram a comparecer perante estas Tutorias da Infância.

Estavam definidas como um «tribunal que julga pela sua consciência, como um bom pai de família, no amor da verdade e justiça, e sempre no interesse dos menores» (art.º 2º, parágrafo único), fato que era inovador naquela época.

O juiz tinha um papel determinante e junto das tutorias funcionavam os refúgios da infância, que visavam o acolhimento provisório dos menores.

Este primeiro momento na história do direito dos menores baseava-se nos ideais republicanos que via a criança como o futuro da sociedade. Desde o ano de 1911, operou-se significativa evolução no que se refere ao modo como o sistema Judicial Português tutela, defende e promove os direitos das crianças, o que até ali não existia, ou pelo menos era descorado.

Esta Lei de Proteção da Infância de 1911 criou em Portugal um regime inovador no que se refere à visão que a sociedade tinha sobre os adolescentes, nomeadamente quando estes são autores de fatos que a lei penal tipifica como crimes. É operada uma alteração paradigmática, os adolescentes passam a ter um

---

<sup>1</sup> Lei de Proteção da Infância, de 27 de maio, de 1911, Diário do Governo de 14 de junho de 1911.

tratamento diferenciado relativamente aos adultos. Por toda a Europa, de finais do Séc. XIX e início do Séc. XX preconiza-se a substituição de um sistema repressivo por um sistema educativo<sup>1</sup>.

Esses ideais passavam pela educação, «pois entendia-se que se as crianças fossem educadas num determinado ideal seriam adultos de pleno direito e desenvolvimento»<sup>2</sup>. Este diploma de 1911 vigorou até 1962, quando foi publicada a Organização tutelar de Menores (OTM)<sup>3</sup>,

Assim, em 1962, a necessidade de reunir num só texto legal as normas respeitantes às crianças com comportamentos delinquentes ou com outro tipo de problemas ligados à infância levou à aprovação da Organização Tutelar de Menores (OTM), que em 1978 foi reformulada através do Decreto-lei nº 314/78 de 27 de Outubro com o qual a intervenção do Estado em relação aos jovens passa a orientar-se por um modelo de proteção maximalista.

Vivíamos sob uma política ditatorial e aqui é acentuado o papel protetor e autoritário do Estado e as ideias que lhe estão subjacentes.

Este diploma procedeu a uma reestruturação dos diversos serviços relacionados com a proteção dos menores, como refere o art.º 1.º<sup>4</sup>, “*Compete à Direção dos Serviços Tutelares de Menores dirigir os serviços de justiça relativos aos menores sujeitos a jurisdição especializada, promover a execução das medidas decretadas pelos tribunais de menores, orientar os serviços de assistência social e superintender nos estabelecimentos dependentes*”.

Com o novo regime instituído pela OTM, ao Ministério Público é atribuída a função de representação dos menores – crianças e jovens - incumbindo-lhe zelar<sup>5</sup> pelos seus interesses<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> **SANTOS**, Boaventura Sousa, **GOMES**, Conceição, Os Caminhos Dífceis da «Nova» Lei Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa, Observatório Permanente da Justiça, 2004, p. 128.

<sup>2</sup> Lei de Proteção da Infância, de 27 de maio, de 1911, Diário do Governo de 14 de junho de 1911.

<sup>3</sup> **Organização Tutelar de Menores**, publicada em 20/04/1962, Decreto-Lei n.º 44288, Diário do Governo, I Série – Número 89.

<sup>4</sup> **Decreto n.º 44289**, de 20 de Abril de 1962, Regulamento da Direção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores.

<sup>5</sup> **Art. 12.º**, Lei de Proteção da Infância, de 27 de maio, de 1911, Diário do Governo de 14 de junho de 1911.

<sup>6</sup> **FURTADO**, Leonor, **GUERRA**, Paulo, O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço, CEJ, 2001, p. 29-30.

No que se refere ao plano dos princípios orientadores, manteve-se a orientação preconizada pela Lei de 1911, o mesmo acontecendo no respeitante ao modelo de assistência aí efetivado.

Com a OTM foram introduzidas duas formas processuais, uma referente a matérias de natureza penal-tutelar<sup>1</sup> e outra para providências de natureza tutelar cível<sup>2</sup>.

A OTM não distinguia entre jovens como agentes do crime e jovens e crianças em perigo. Os factos praticados pelos jovens não eram valorados por si, o que fazia com que as medidas aplicadas às crianças e jovens agentes de crimes fossem por um lado, determinadas exclusivamente pela personalidade e circunstâncias devidas e por outro, indeterminadas quanto à sua duração e à possibilidade da sua substituição.

Na vigência da OTM, raramente o jovem ou os seus pais e /ou representantes eram ouvidos, o jovem não tinha a possibilidade de requerer diligências de prova ou indicar testemunhas, violando se assim o principio do contraditório, que hoje vigora. Significa isto que o processo tutelar de menores ali previsto caracterizava-se pela sua informalidade, esquecendo os direitos fundamentais do jovem, não lhe sendo atribuídos os meios de defesa devidos. Por outro lado, era absolutamente impossível aplicar penas nomeadamente a pena de prisão, ou medidas de coação previstas no Código Penal como a prisão preventiva a menores de 16 anos e existia um diminuto estigma por parte da sociedade relativamente aos jovens delinquentes.

Em 1978, a OTM foi, profundamente, alterada<sup>3</sup> pela segunda vez, retomando-se a categoria dos «*menores em perigo moral*», afastada em 1967.

A revisão da OTM correspondeu, ainda, às alterações introduzidas na organização judiciária pela Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro. Entre outras alterações introduzidas por esta lei foi implementada a distinção entre os Tribunais de Família e Menores, atribuindo a competência aos primeiros em matéria de providências de natureza cível.

Em 1999 com a Reforma do Direito de Menores são elaboradas e publicadas a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) (Lei n.º 147/99, de 01 de

---

<sup>1</sup> Art.ºs 41.º e 50.º, OTM, publicada em 20/04/1962, Decreto-Lei n.º 44288, Diário do Governo, I Série – N.º 89.

<sup>2</sup> Art.s 35. e 77.º, OTM, publicada em 20/04/1962, Decreto-Lei n.º 44288, Diário do Governo, I Série – N.º 89.

<sup>3</sup> Dec.-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, Organização Tutelar de Menores (OTM).

Setembro) e a Lei Tutelar Educativa (LTE) (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro), ainda hoje em vigor, que consagram os mecanismos e recursos para a promoção e proteção dos direitos das crianças, proteção que pode ser alargada até aos 21 anos. Estes diplomas revogaram as normas da OTM relativas às matérias agora também abrangidas por estes novos diplomas.

Contudo estes dois diplomas legais têm um alvo diferente: enquanto a LTE se aplica aos casos em que o menor praticou um fato qualificado pela lei como crime (artigo 1º da LTE), a LPCJP tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo (artigo 1º da LPCJP). Em comum têm por exemplo o facto de caber ao Ministério Público participar às entidades competentes a situação do jovem que careça de proteção social, bem como tomar as medidas que se justifiquem relativamente ao exercício ou suprimento das responsabilidades parentais e requerer a aplicação de medidas de proteção (vide art. 43º nº1 LTE).

A reforma de 1999 traça intervenções diversas da forma como intervém, temos por um lado os menores vítimas onde a intervenção tem como aspeto fulcral a proteção da criança ou jovem, por outro lado tem um tratamento distinto relativamente a jovens, entre os 12 e os 16 anos, quando estes são autores de fatos que a lei penal qualifica como crimes, neste caso a intervenção é de correção, é tutelar educativa<sup>1</sup>.

Estamos aqui perante um novo modelo de intervenção tutelar – o modelo de justiça – que tem como elemento muito significativo a defesa da sociedade, por um lado, e a responsabilização dos menores, por outro, no entanto, são respeitados os direitos do menor alvo de intervenção, com as garantias de defesa fundamentais inerentes ao processo tutelar, colocando de parte o modelo anterior que favorecia a ação protetora do Estado, protegendo o menor, mas sem o considerar sujeito processual<sup>2</sup>.

A reforma de 1999 pretendeu envolver no processo tutelar a responsabilização da família, das comunidades e da sociedade como um todo, fazendo com que todas estas entidades fossem envolvidas nos processos de promoção e proteção e tutelar

---

<sup>1</sup> **FURTADO**, Leonor, **GUERRA**, Paulo, O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço, CEJ, 2001, p. 44.

<sup>2</sup> **FIGUEIREDO**, João, o seu “Execução de Medidas Tutelares Educativas”, in Direito Tutelar de Menores, o Sistema em Mudança.

educativo, pretendendo-se obter como resultado jovens melhor formados, melhor informados, mais preparados para a cidadania<sup>1</sup>.

Atualmente, no nosso país existem cerca de 20 tribunais de família e menores, com cada vez mais juízes e procuradores com formação específica na área do Direito dos Menores.

O modelo preconizava que aos menores seriam aplicadas medidas de proteção, reeducação e preparação para a vida, de forma a serem mantidos ou integrados na sociedade como cidadãos preparados e plenamente responsáveis. O regime não preconizava a punição do jovem, ou a sua reprovação social. Não se estabelecia a separação entre crianças e jovens em perigo ou vítimas de crime e agentes de crimes<sup>2</sup>.

Os referidos comportamentos desviantes legitimavam a intervenção do Estado e se necessário a aplicação de medidas de internamento nos colégios pertencentes ao Instituto de Reinserção Social (IRS).

Esta intervenção estatal tinha uma vasta abrangência, desde situações de mero assistencialismo, a casos com extrema gravidade, de comportamentos desviantes no campo da delinquência, em última análise os menores eram internados nos mais de uma dezena de colégios tutelados pelo IRS<sup>3</sup>.

No que se refere à censurabilidade, os fatos praticados pelos menores, não eram valorados, sendo que as medidas aplicadas aos jovens autores de fatos qualificados pela lei como crimes tinham como fundamento a sua personalidade e as circunstâncias da sua vida pessoal e familiar. As medidas tinham duração indeterminada, sem previsão de substituição.

No que se refere ao Direito dos Menores, Portugal está integrado num contexto internacional, onde o Estado Português se obriga a cumprir certos princípios e regras.

Ao longo do século passado foram aprovados diversos diplomas legislativos, em termos internacionais, com o fim de proteger e aumentar os direitos da criança, direitos materiais, processuais, especialmente para promover as garantias do menor contra a intervenção estatal, principalmente, de natureza penal ou tutelar-penal, fazendo com que os direitos dos menores fossem semelhantes aos direitos dos

---

<sup>1</sup> **BARRENTO**, António, o seu amigo, Cidadania e Educação, in Direitos Fundamentais, Multiculturalismo e Religiões, Lisboa, Principia, 2007.

<sup>2</sup> Art. 1.º, da OTM.

<sup>3</sup> **CARVALHO**, Maria João Leote de, Entre as Malhas do Desvio, Celta editora, Oeiras, 2003, p. 50.

arguidos em processo penal<sup>1</sup>, nomeadamente, a presunção de inocência, direito de ser assistido por advogado, direito de participar no processo, direito a recorrer, direito ao silêncio, etc.. Estes instrumentos internacionais revelam certas preocupações, notando-se uma necessidade de intervenção na área da prevenção da delinquência juvenil. Estamos aqui perante a Declaração Internacional dos Direitos da Criança<sup>2</sup> (DIDC), 1959, da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>3</sup> (CDC), de 1989, das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados da Liberdade<sup>4</sup>, de 1990, dos Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil<sup>5</sup>, de 1990, da Declaração n.º (R) 87 20, do Conselho da Europa, de 1987.

Estes e outros documentos do Direito Internacional Público preconizavam uma necessidade de operar uma reforma no que concerne aos processos tutelares, fazendo com que incorporassem o respeito pelos direitos humanos, no campo da justiça tutelar-penal. Salientando que já em 1978 tal reforma era imprescindível, mas que por razões incompreensíveis, Portugal, já em democracia, ficou aquém da reforma introduzido nos noutros países europeus, que adequaram as leis de forma a garantirem efetiva proteção e garantia aos menores quando eram alvos de processos tutelares.

Hoje em dia continuam a vigorar a Lei Tutelar educativa, bem como a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, existindo cada vez mais necessidade de intervenção nesse tipo de situações, devido ao aumento da criminalidade por parte de menores de idade e pelo facto de existir uma crescente necessidade de proteção de crianças indefesas e abandonadas que vão surgindo no nosso país.

---

<sup>1</sup> **GONÇALVES**, Manuel Lopes Maia, Código de Processual Penal, Anotado, 9.<sup>a</sup> ed Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 1998.

<sup>2</sup> **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA**, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH>.

<sup>3</sup> **CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA**, de 1989, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.apfn.com.pt/>.

<sup>4</sup> **NAÇÕES UNIDAS**, Regras para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, 1990.

<sup>5</sup> **NAÇÕES UNIDAS**, Princípios Orientadores para a Prevenção da Delinquência Juvenil, 1990.

## CAPÍTULO I – PREVENÇÃO, AMEAÇA PENAL IMPLÍCITA NA LTE

### 1.1 – Responsabilidade Tutelar como Responsabilidade Social.

Ao analisarmos a lei Tutelar Educativa em termos formais, mas também na sua substância, poderemos ficar com a ideia de estarmos perante um novo tipo de responsabilidade, que parece tratar-se, mesmo de forma ténue, mitigada, ou seja, responsabilidade não penal, mas uma responsabilidade mitigada (atenuada), por força e respeito pelo princípio *non bis in idem*, pois consideramos estar em patamares diversos, cotejando com os demais tipos de responsabilidades, existentes no ordenamento jurídico Português a par da responsabilidade penal, como sejam a responsabilidade disciplinar, a responsabilidade civil, este tipo de responsabilidade (civil, disciplinar) pode operar no âmbito do mesmo facto sem que colida ou viole o princípio *non bis in idem*, sendo que tal não ocorre, como sabemos, no âmbito da responsabilidade tutelar educativa, ou seja quando um menor com idade entre os 12 e os 16 anos comete factos que a lei qualifica como crime.

O nosso legislador, julgamos nós, embora o cerne da intervenção tutelar educativa não se identificar com o direito punitivo, dotou a LTE de um cunho de **prevenção especial**<sup>1</sup> similar ao do direito penal, que no âmbito das medidas tutelares educativas incidirá diretamente sobre o menor autor que praticou facto que a lei criminal qualifica como crime, tendo como fim a correção do menor, responsabilizando-o, de forma a que desenvolva novas competências sociais, autocontrolo e que se ajuste emocionalmente, que seja preparado com novas competências sociocognitivas, para que a sua integração na sociedade seja efetiva, fazendo com que a medida tutelar educativa funcione como elemento catalisador e que faça com que o menor ao ser reintegrado na sociedade, o faça de uma forma **socialmente responsável**, afastando-se do cometimento de novos comportamentos antijurídicas, violadoras de bens jurídicos fundamentais, de forma a que o menor seja educado para o direito e para a emancipação, de feição a que se torne num ser verdadeiramente autónomo e que possa disfrutar de toda a liberdade.

---

<sup>1</sup> **VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, **MULAS**, Nieves Sanz, *Direito de Menores, Estudo Luso-Hispânico Sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, 1.ª ed. Âncora Editora. Lisboa 2003, pág. 205.

Assim sendo, consideramos a responsabilidade tutelar como uma responsabilidade que o menor tem necessariamente que assumir, a responsabilidade social. Este tipo de responsabilidade atua no sistema como sendo uma etapa de transição da inimputabilidade para a fase da imputabilidade, da total irresponsabilidade para a responsabilidade penal, após os 16 anos de idade. Consideramos que esta responsabilidade tutelar tem, inevitavelmente, de ser considerada e reconhecida como reação sobre o menor delinquente, pelo facto de considerarmos que intervenção tutelar educativa não é unicamente educativa, ela encerra em si, igualmente, um carácter preventivo/defensivo da paz social, mesmo que num plano secundário<sup>1</sup>, dada a primazia da educação do menor para o direito.

Por estarmos perante uma imputabilidade absoluta do menor, naturalmente que esta se reveste de características peculiares, quer do ponto de vista das sanções, assim como no que toca à própria elaboração da teoria do crime, essencialmente porque estamos perante a inserção de um elemento novo nas circunstâncias de punibilidade, ou seja, a já mencionada necessidade de educação do menor para o direito no momento da aplicação da medida tutelar ou “sanção”<sup>2</sup>.

## 1.2 – A aceção de Criminologia

Etimologicamente o termo “Criminologia” deriva do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (tratado ou estudo) o que traduzido de forma literal significaria o "estudo do crime".

Assim a criminologia consiste no estudo do crime, da criminalidade bem como das suas causas, da vítima, do controlo social do ato criminoso. Estuda igualmente a personalidade do criminoso e a melhor forma de proceder à sua ressocialização. Este é o objeto desta ciência.

Não obstante, a criminologia é uma ciência empírica e ao mesmo tempo uma ciência interdisciplinar. É empírica porque se baseia na experiência da observação, nos factos e em questões reais e práticas, mais do que em opiniões e argumentos. É interdisciplinar porque é formada pelo estudo de uma série de ciências e disciplinas, tais como a biologia, a psicopatologia, a sociologia, a política, a

---

<sup>1</sup> Art.s 78º, nºs 1 e 2; 87º, nº 1, al. c), 93º. E 84º e ss, da LTE, onde se manifesta o princípio do consenso e de oportunidade.

<sup>2</sup> Art. 7º, nº 1, da LTE.

antropologia, o direito penal, processual penal, a filosofia, a psicologia e a psiquiatria criminal e outros<sup>1</sup> que entre elas se completam. Contudo, ainda que interdisciplinar, a criminologia é também uma ciência autónoma.

Assim se quisermos definir criminologia num sentido restrito diríamos que é a ciência que se ocupa apenas e tão só por realizar o estudo do crime. Num sentido mais alargado diríamos que abarca também outros aspetos inerentes à prática do crime, como as várias formas dos comportamentos que configuram um crime, do modo como os crimes são praticados, dos métodos usados para a execução do facto ilícito e da relevância das diversas características dos criminosos, como a idade, o sexo e a classe social.

Ora tal como a maioria dos estudiosos desta área também nós perfilhamos o conceito de criminologia mais alargado. Assim, esta ciência debruça-se também pelas causas do crime. Há quem entenda, por um lado que a criminologia deveria procurar a causa do delito na sociedade em que o delinvente está inserido (J.J. Rousseau) e quem entenda que a causa deveria ser procurada no próprio delinvente e não na sociedade (C. Lombroso).

Contudo, tanto uma teoria como a outra isoladamente, não têm, hoje em dia, qualquer aplicação prática, na medida em que a criminologia baseia-se num elemento bio-psico-social para encontrar as causas do crime, pois por um lado analisa os elementos genéticos do autor do crime, por outro os distúrbios mentais de cada um que possam estar associados a comportamentos antissociais e/ou criminais e por fim analisa os fatores sociais e a influência que a sociedade pode assumir nos comportamentos de cada um, nomeadamente o meio familiar em que vive, que podem acarretar distúrbios de várias índoles.

Cumpramos aqui esclarecer uma situação crucial: enquanto o direito criminal se preocupa em encontrar a conexão causal entre um comportamento individual e um determinado crime, apurando assim a responsabilidade criminal individual, a criminologia apenas começa a operar a partir deste momento, ou seja, quando já se tenha estabelecido estenexo causal. Um criminólogo não está interessado em saber se A praticou o crime de furto, mas sim, o porquê de A ter praticado esse ato ilícito, o que o motivou, e o porquê de o ter executado de uma maneira e não de outra que conduziria ao mesmo fim.

---

<sup>1</sup> In <http://pt.wikipedia.org>

Mas deverá a criminologia incluir também o estudo das reações da sociedade perante um crime? Ora poderíamos considerar que esta é uma matéria sob a alçada da sociologia do direito criminal, contudo é muito ténue a linha que separa estas matérias, e por isso também a criminologia deve encarregar-se de estudar as reações sociais a estes factos.

Relacionada com este aspeto surge uma controvérsia que se resume ao facto de saber se a criminologia deveria apenas estudar o crime num sentido estritamente jurídico, ou se deveria extravasar para abranger também comportamentos antissociais que não são juridicamente tratados como crimes.

Ora de um lado, Thorsten Sellin (sociólogo e criminologista americano) entendia que a criminologia deverá ter esta conceção mais ampla. Por outro lado, por exemplo Vouin Leauté entende que a maioria desses comportamentos considerados antissociais, são penalizados como crime. Contudo, a primeira tese acolhe mais aplausos, na medida em que mesmo os apologistas da segunda teoria concordarão que quando o criminólogo estuda um certo comportamento de um criminoso, não pode apenas e tão só partir da definição legal sem ter em conta outros comportamentos sociais<sup>1</sup>.

Outra atribuição dada à criminologia é o estudo das razões para o aumento da prática de um determinado delito. Esta informação é depois encaminhada para os criadores e aplicadores da lei penal, que irão tentar arranjar novas soluções como forma de mudar o cenário apresentado pelo criminologista.

Assim, o objeto da criminologia é o crime (facto ilícito), o criminoso, a culpa na prática do crime (tarefa previamente realizada pelo direito Penal) e a vítima que pode ou não ter também culpa na conduta do criminoso.

Os estudos realizados pela criminologia têm como finalidade por um lado determinar a etiologia do crime, fazer uma análise geral da personalidade do criminoso e o porquê da sua conduta antissocial, para que o possa punir da forma mais justa possível, determinar as causas do crime, auxiliar na preservação da criminalidade e permitir a ressocialização do delinquente.

A criminologia divide-se em dois ramos complementares entre si: por um lado a criminologia clínica que utiliza o método individual, ou seja, baseia-se no próprio

---

<sup>1</sup> Autores e teorias citadas por MANNHEIM, Hermann in criminologia comparada I volume., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pág. 37 e 38.

indivíduo possuidor de comportamentos antissociais e por outro a criminologia geral que utiliza o método estatístico (de grupo, histórico e sociológico).

O criminólogo é um cientista que investiga a realidade metódica e objetivamente mantendo-se o mais próximo e o mais longe possível da ténue linha que separa a subjetividade do mundo da objetividade do método. Devido à interdisciplinaridade da criminologia, o criminólogo não só produz saber próprio como também usufrui dos conhecimentos e métodos das diversas áreas do conhecimento, adaptando-os ao seu objeto de estudo.

Posto isto podemos concluir que a tarefa da criminologia é crucial na descoberta das causas do crime e no estudo do mesmo. Assim, a criminologia consiste no estudo pluridisciplinar do fenómeno criminal, constituindo-se no cruzamento dos saberes sobre o crime, os desvios comportamentais e os sistemas de controlo social. Trata-se pois de articular os conhecimentos de diferentes áreas científicas, bem como dos respetivos métodos, para conhecer o crime, o delinquente, a vítima, a criminalidade e a reação social do crime. Enquanto disciplina teórica, empírica e aplicada, a Criminologia baseia-se em grande medida nos conceitos, perspetivas e metodologias das ciências humanas e sociais, das ciências jurídicas e das ciências biomédicas.

### 1.3 – O problema penalista dos fins das penas

Determina o ar. 40º do nosso Código Penal (CP) sob a epígrafe “ Finalidades das penas e das medidas de segurança” que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Esta é, de um modo geral, a finalidade das penas e das medidas de segurança quando decretadas.

Contudo a problemática dos fins da pena criminal não é tão simples quando pode parecer, uma vez que configura uma questão muito mais controversa do que este preceito legal nos quer fazer crer. É um problema já antigo e que tem sido objeto de discussões vivas e sem soluções de continuidade no ordenamento jurídico português.

As respostas dadas ao longo dos tempos a esta problemática reconduzem-se a três grandes teorias: por um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação, por outro, as teorias relativas, que se

subdividem nas teorias de prevenção geral e nas teorias de prevenção especial e por último as teorias mistas ou ecléticas.

### 1.3.1 – As teorias absolutas ou da retribuição

Falamos em teorias absolutas porque nestas a pena é concebida como uma exigência absoluta, metafísica e ética, de justiça, independentemente de considerações utilitaristas, da maior ou menor conveniência que tal pena possa acarretar na perspectiva do interesse social aferido num determinado contexto histórico concreto.

Para os defensores das teorias absolutas ou da retribuição a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nessa essência se esgota<sup>1</sup>.

Assim a medida concreta da pena que deve ser aplicável a um determinado agente não pode ser encontrada em função de outros pontos de vista que não sejam o da correspondência entre a pena e o facto.

É conhecido o exemplo dado por Kant, defensor destas teorias, ao aludir à comunidade de habitantes de uma ilha que, antes de a comunidade se desintegrar devido á dispersão dos seus habitantes por outros locais, não pode deixar de punir quem seja responsável por crimes que no seu seio tenham sido cometidos. É assim porque, afirma Kant numa frase também célebre, «quando a justiça desaparece, a vida na terra deixa de ter valor».

Por isso a ideia base é que se pune porque se tem de punir, pune-se porque se praticou o mal, e não como forma de prosseguir algum interesse ou utilidade social.

Falamos em teorias da retribuição porque tal exigência de punição de acordo com a justiça se traduz na conceção da pena como castigo. Ao mal do crime responde-se com o mal da pena.

Contudo, como teoria dos fins da pena esta teoria deve ser recusada, e não é, aliás acolhida pela maioria porque na verdade a aplicação da mesma circunscreve-se à circunstância de existir um crime, e não a outros elementos que possam estar ligados com tal cometimento. Ainda assim pode estar ligada a um princípio da culpa, sendo que este é pressuposto da pena e limite da medida da pena. Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, pág. 43 Coimbra Editora

A lógica retributiva poderá conduzir à lógica da lei de talião- no Antigo Testamento (“olho por olho, dente por dente”), significa isto que se o mal da pena responde ao mal do crime, a gravidade da pena deverá ser equivalente à gravidade do crime, ou seja, o castigo deverá ser proporcional ao mal que se praticou. No fundo a lei de Talião veio evitar que o castigo fosse superior ao mal causado. Contudo esta lógica não é aceite por todos. Contra esta crítica, afirmam os partidários do retribucionismo que a gravidade da pena há-de ser, na lógica retributiva, proporcional à gravidade do crime, não necessariamente igual ou equivalente a essa gravidade. E que a pena é, como o crime, um mal em sentido fáctico, mas não é, ao contrário do crime, um mal em sentido ético.

Numa primeira aproximação, podemos notar como a teoria retributiva encontra eco em reações espontâneas de pessoas comuns diante da prática de crimes, motivadas pelo anseio de que «se faça justiça» e de que quem pratica crimes «preste contas», «receba o que merece» e «pague pelo que fez». Porém, aquilo que pode parecer um compreensível anseio de justiça também frequentemente degenera na lógica da lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), quando se pretende fazer equivaler o mal associado à pena ao mal associado ao crime, com a justificação da pena de morte, ou da severidade das penas. A culpa é fundamento da pena, isto é, castiga-se, ou aplica-se uma pena a alguém porque há culpa, daí que se fale de teoria da retribuição ou retributiva.

No entender do Professor Figueiredo Dias esta teoria deve ser rejeitada por três razões: por um lado porque o autor não considera que as teorias absolutas sejam verdadeiras teorias dos fins da pena, isto porque visam justamente o contrário, isto é “ a consideração da pena como entidade independente de fins”. Por outro lado entende que esta teoria será de rejeitar pela sua “inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal”. Ao estado cabe o papel de satisfazer, de proporcionar as condições de existência em sociedade, e atribuir ao cidadão o espaço necessário para desenvolver a sua personalidade. Ora o carácter retributivo ou de compensação destas teorias é incompatível com esta tarefa do estado democrático. Por fim a teoria absoluta deve ser ainda de rejeitar, porque uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinquentes como compensação ou expedição do mal do crime mas distancia-se de

qualquer tentativa de socialização do delinquente e restauração da paz social, ou seja, falta-lhe claramente um elemento preventivo, de controlo e domínio do crime.

### 1.3.2 – As teorias relativas

Ao contrário das teorias absolutas, as teorias relativas são verdadeiras teorias de fim<sup>1</sup>. Também elas reconhecem que a pena a aplicar se traduz num mal para quem a sofre, mas a sua aplicação justifica-se por outras razões para além da contrapartida da prática do crime.

Para as teorias relativas, a legitimidade da pena depende da sua necessidade e eficácia para evitar a prática de crimes. A pena não se justifica por si mesma (« porque tem de ser», porque é um puro imperativo de justiça), mas tem uma finalidade relativa e circunstancial. Falamos aqui no facto de funcionar como obstáculo à prática de novos crimes e como prevenção. Não se trata de realizar a justiça, mas sim de proteger a sociedade, criando um sentimento de maior segurança. Ou seja, não se castiga apenas porque o agente praticou um mal, ou melhor, um crime, mas sim para que ele próprio, ou outros, não pratiquem crimes no futuro, seguindo o seu próprio exemplo. Se se pretende evitar que seja o próprio agente a praticar novos crimes no futuro, então estamos no domínio da prevenção especial, se, por outro lado, se pretende evitar que sejam os agentes sociais em geral a praticar novos crimes no futuro, estamos no domínio da prevenção geral.

Assim, teremos de proceder à distinção, dentro das teorias relativas de dois tipos, as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual, tendo em conta que o denominador comum de ambas é sempre a conceção da pena como instrumento politico-criminal destinado a atuar sobre a generalidade dos elementos da sociedade, afastando-os da prática do crime através da ameaça penal prevista na lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução.

Ainda dentro das teorias de prevenção geral, temos de efetuar a distinção entre as teorias de prevenção geral negativa ou de intimidação e as teorias de prevenção geral positiva ou de integração.

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias, in Direito Penal, Parte Geral,

### 1.3.2.1 – A teoria da prevenção geral negativa ou intimidação

Para a teoria da prevenção geral negativa ou intimidação, a pena funciona como exemplo que pretende dissuadir (intimidando) os potenciais e futuros criminosos. O que se pretende com aplicação de uma pena, no fundo, é que na altura de cometer um crime, o agente possa decidir, depois de ponderados os efeitos dos mesmos, e as penas a que poderá estar sujeito quando o mesmo seja praticado, se a prática do crime será a melhor solução,

A oportunidade de aplicação de cada uma das penas e a medida destas hão-de, pois, ser vistas à luz da sua capacidade de dissuadir o potencial criminoso, que pondera as vantagens e inconvenientes decorrentes da sua ação.

Aliás a ideia de intimidação está sempre presente na altura de proceder a alterações legislativas, bem como, na prática, na altura de aplicação de penas, como forma de combate ao crime.

Contudo, também esta teoria é alvo de críticas, já que não é consensual que seja esta a verdadeira e única finalidade das penas.

Primeiramente, e ao contrário da ideia base que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor, severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não se guiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas mas, sim, pela maior, ou menor, probabilidade de os seus atos virem a ser efetivamente detetados e perseguidos criminalmente. Na realidade o fator que poderá impedir um homicida de, efetivamente cometer o crime, não é o facto de saber que poderá estar sujeito a 25 ou 20 anos de prisão efetiva, mas sim, o medo de ser descoberto e de ser punido. Nesta perspetiva, o maior ou menor incremento da criminalidade não dependerá, tanto, da severidade das penas, como, sobretudo, dos mecanismos fiscalizadores que reforçam a probabilidade de efetiva aplicação da pena.

Por outro lado, não podemos pensar que todos os crimes cometidos, surgem de um premeditação continua, e por isso o agente saberia que ao cometer aquele determinado crime estaria sujeito àquela determinada pena, até porque muitos crimes derivam de atos momentâneos, falamos por exemplo de ofensas à integridade física fruto de rixas entre pessoas que se desentendem sem se conhecerem antes. Neste tipo de situações o agente que pratica o crime, em

princípio não teria premeditado o mesmo, pelo que não fez uma ponderação racional e antecipada dos verdadeiros efeitos dos seus atos.

Por outro lado, a intimidação não poderá ser o sentimento que persegue e que impede o agente de fazer algo, não era, aliás, viável nem tão pouco saudável que vivêssemos com o sentimento de perseguição em tudo o que fazemos. No nosso entendimento, a maioria das pessoas cumpre as regras, não porque tem medo do que possa suceder, mas por razões de educação e saber viver em sociedade.

#### 1.3.2.2 – A teoria da prevenção geral positiva ou da integração

Por outro lado a pena pode também ser concebida como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e assim no ordenamento jurídico-penal, como forma de reafirmar perante a comunidade a rigidez da ordem jurídica.

Como vimos, a função da pena enquanto instrumento de prevenção geral negativa tem como destinatários os potenciais criminosos. Contudo a generalidade dos cidadãos adere espontaneamente à pauta de valores tutelada pelo direito penal. É a estes cidadãos, que confiam na validade da ordem jurídica, que se dirige a função da pena como instrumento de prevenção geral positiva. Perante a violação de normas jurídicas, o que o cidadão espera é que a justiça seja feita, e caso o sistema jurídico-penal falhe nesse sentido, a confiança que o cidadão comum tem na justiça é posta em causa. A pena deve, por isso, exercer também uma função pedagógica, dirigida à interiorização dos bens jurídico-penais pela consciência jurídica comunitária e, por isso, de integração e de tutela desses bens. Como instrumento de reforço da confiança da consciência comunitária na validade da ordem jurídica, consciência que havia sido abalada pela prática do crime, a pena exerce, também, uma função de pacificação social.

Esta teoria encontra significativo eco na nossa doutrina. Há quem veja nesta doutrina uma versão disfarçada da doutrina retributiva e a critique por isso. No entanto, é importante assinalar duas importantes diferenças entre a doutrina retributiva e a doutrina da prevenção geral positiva. A primeira é a de que a doutrina da prevenção geral positiva se situa claramente, ao contrário da doutrina da retribuição, no âmbito das teorias relativas, e não das teorias absolutas. As

exigências de reforço da consciência comunitária na validade da ordem jurídica são situadas no tempo e no espaço, variarão de acordo com os diferentes contextos sociais, culturais e históricos. Serão maiores ou menores de acordo com esse contexto. As exigências de punição de acordo com a justiça são, nesta perspectiva, relativizadas e despidas de qualquer conotação metafísica. Por outro lado, que a pena deva ser adequada à culpa não significa que a culpa seja fundamento da pena, mas, antes, que a culpa é pressuposto e limite da pena. A culpa é condição necessária da aplicação de uma pena, mas não sua condição suficiente. E é assim porque a pena só poderá justificar-se por necessidades de prevenção, não por uma exigência absoluta de adequação à culpa do agente (uma vez que não é esta o fundamento da pena).

A maior ou menor sensibilidade perante a gravidade de cada um dos crimes também nem sempre reflete padrões objetivos.

A frequência e visibilidade que determinados crimes assumem hoje em dia no seio da nossa comunidade pode acentuar as necessidades maiores ou menores de prevenção geral positiva.

Por outro lado, pode considerar-se as exigências da prevenção geral de um modo indireto, tornando-as dependentes dos graus de ilicitude e culpa do crime em concreto: essas exigências serão tanto mais acentuadas quanto mais acentuados esses graus de ilicitude e culpa. Nesta perspectiva, tais exigências deixarão de ser uma variável independente das particularidades do caso concreto e poderão ser consideradas na determinação da medida da pena.

#### 1.3.2.3 – As teorias de prevenção especial ou individual

As doutrinas da prevenção especial ou individual têm por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes, ou seja traduz-se na tentativa de evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio agente.

#### 1.3.2.4 – A teoria da prevenção especial negativa ou de neutralização

Na teoria de prevenção especial, na sua vertente negativa, visa-se a proteção da sociedade perante um agente que se considera perigoso. Fala-se, então, em separação, segregação ou neutralização desse agente.

O princípio da dignidade da pessoa humana em que assenta um Estado de Direito (artigo 1º da

Constituição portuguesa) não pode deixar de supor uma conceção da pessoa humana como ser livre e responsável. A pena, por definição, distingue-se das medidas de segurança. Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre, também, como seu corolário, o princípio da culpa. Este funciona, pelo menos, como pressuposto e limite da aplicação das penas. Atribuir à pena uma função de simples prevenção especial negativa, se deste princípio se retirarem todas as suas consequências, levará a sacrificar o princípio da culpa. A pena seria, assim, medida em função da perigosidade do agente, e não em função da sua culpa. Mas a pena deixará de ser justa se for desproporcional em relação à objetivamente reduzida gravidade dos crimes

E há que considerar, também, que um juízo sobre a probabilidade de o agente vir a cometer crimes no futuro é sempre incerto. A pena não pode basear a sua legitimidade num juízo desse tipo.

Como princípio, pode dizer-se que é legítimo punir por causa do crime cometido, não por aqueles que possam vir a ser cometidos, e que por isso é incerto que o seja. É certo que um juízo de perigosidade decorre, muitas vezes, dos antecedentes criminais do agente e que estes conduzem, naturalmente, a uma maior severidade da pena, aliás os antecedentes criminais têm grande peso na escolha da pena.

Mas esta maior severidade não se justifica tanto por essa perigosidade, como, sobretudo, pelo facto de tais antecedentes agravarem o próprio crime cometido

Para uns a “correção total” dos delinquentes é uma utopia, pelo que a prevenção especial só poderia dirigir-se à sua intimidação individual, em que a pena visa atemorizar o delincente até ao ponto de este não voltar a cometer crimes no futuro. Por outro lado há quem entenda que a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delincente, procurando assim atingir-se a neutralização do agente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias, in Direito Penal, Parte Geral, pág. 52

### 1.3.2.5 – A teoria da prevenção especial positiva

As doutrinas da prevenção especial positiva assumem, a este respeito, uma postura radicalmente diferente da das doutrinas da prevenção especial negativa. Nestas a pena não visa, fundamentalmente, a proteção da sociedade diante da perigosidade do agente do crime, mas a sua regeneração, reeducação, ressocialização ou reinserção social

Dela está afastada qualquer ideia de “irrecuperabilidade” do agente do crime. Pelo contrário, o que com a pena se pretende é a sua “recuperação”.

Estatui, nesta linha, o artigo 43º, nº 1, do Código Penal: «A execução da pena de prisão (...) deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes».

Estas doutrinas tenderão a dar outro relevo, que não é dado pelas doutrinas anteriores, aos fatores sociais que estão na gênese do crime. O objetivo da reinserção social decorre de um dever de solidariedade próprio de um Estado de Direito social. Porque a desestruturação social contribui, nalguma medida, para a prática do crime e a facilita, é dever da sociedade criar condições que contribuam para a reinserção social e a facilitem.

Porque a pena de prisão se tem demonstrado nociva e contraproducente na perspectiva da reinserção social e por isso é vista sempre como ultima rãtio, existe a possibilidade de aplicação de penas alternativas à pena de prisão, que, pelo contrário, facilitem e estimulem a reinserção social e permitam ao condenado continuar a fazer uma vida dita “normal” em liberdade, sem que isso o desintegre da sociedade em que está inserido. Este princípio está presente no artigo 70º do Código Penal, que estabelece, como critério de escolha da pena, a preferência por pena não privativa da liberdade sempre que esta «realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».

A estrutura e função da pena pode não se adequar inteiramente a um programa de socialização. Trata-se, porém, de uma desadequação com que se terá de lidar necessariamente, se não for desvirtuado o sentido da pena, substituindo-o pelo próprio programa de socialização. Esta há-de ser instrumental em relação à pena, e não pode substituir-se a ela.

### 1.3.3 – Teorias mistas ou unificadoras

Apesar da quantidade de teorias que surgem em torno das finalidades das penas, a verdade é que as mesmas não reúnem consenso de todos os autores, uns optam por defender uma e outros rejeitam-nas e optam por outra. Ora no sentido de reduzir estes pontos de vista divergentes existe um conjunto de teorias mistas que englobam características de todas as teorias.

Primeiramente existem as teorias em que reentra ainda a ideia da retribuição, que pode definir-se como “defensora de uma pena retributiva no seio da qual se procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção, geral e especial ou de uma “pena preventiva através da justa retribuição”<sup>1</sup>”. Tanto numa como noutra acepção a pena é vista como retribuição da culpa e subsidiariamente como instrumento de intimidação da generalidade, e na medida do possível, de ressocialização do agente.

Um outro conjunto de teorias, denominado teorias da prevenção integral, que tem como ponto de partida a combinação ou unificação das finalidades da pena que só pode ocorrer a nível da prevenção, geral e especial, com exclusão de qualquer ressonância retributiva, expiatória ou compensatória.

### 1.3.4 – Teoria acolhida pelo nosso ordenamento jurídico

Como supra referido o art. 40º nº1 do Código Penal refere que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. O nº 2 do mesmo preceito legal afirma que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Na referência deste nº 1 à proteção de bens jurídicos, a doutrina mais influente e a jurisprudência corrente no nosso país faz uma alusão à finalidade de prevenção geral positiva, já que é através da consciencialização da sociedade sobre o valor desses bens jurídicos que se concretiza a proteção sobre os mesmos.

Na referência à expressão “reintegração do agente na sociedade”, identificamos a finalidade da prevenção especial positiva, conforme ficou supra melhor explicado, já que o que se pretende é que o agente condenado e ao qual é

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias, in Direito Penal, parte geral, pág. 58

aplicada uma pena se reintegra facilmente na sociedade, sem que haja estigmas por parte da mesma.

O nº 2 do mesmo preceito legal consagra o princípio da culpa na sua dimensão unilateral de limite: ou seja, proclama que não existe pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa. Pode discutir-se, e tem sido discutida, a questão de saber se deste artigo decorre a consagração de uma opção clara e acabada por uma das teorias dos fins das penas, já que, numa primeira análise é isso que nos faz parecer.

No diploma que procedeu à revisão do Código Penal em 1995 (Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março) e formulou a redação atual do citado artigo 40º, a respeito deste preceito legal afirmava-se que: “Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objetivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa”.

Contudo, e como já tivemos oportunidade de referir, a problemática das finalidades das penas, não se resolve apenas com uma análise legislativa, e com aquilo que o Código Penal prevê. Contudo, este art. 40º fornece ao aplicador do direito critérios seguros para proceder à determinação das finalidades das penas. Assim, do nº 2 desse artigo decorre a consagração inequívoca do princípio da culpa, na sua vertente unilateral de limite. A verdadeira função da culpa no sistema penal reside efetivamente numa proibição de excesso, a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas. Por outras palavras a função da pena é a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade dentro de um Estado de Direito democrático.

O professor Jorge de Figueiredo Dias entende que do teor do citado artigo 40º decorrem quatro axiomas básicos que devem orientar de forma vinculativa o aplicador da lei jurídico-penal.

O primeiro é o de que a pena tem finalidades exclusivamente preventivas (de prevenção geral ou especial, positiva ou negativa) e nunca puramente retributivas. É o que impõem os princípios, de base constitucional, da necessidade, da intervenção

mínima e da subsidiariedade do direito penal. O direito penal é a última ratio, ou seja, deve ser aplicado apenas quando outras formas de intervenção social e legislativa não são suficientes para atingir objetivos de proteção da comunidade. Estatui o artigo 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos nesse mesmo diploma, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos. Como tal, a pena representa sempre uma restrição de direitos do cidadão. Esses direitos só podem ser restringidos na estrita medida do que é exigido pelas necessidades da sociedade e dos outros cidadãos. Falamos aqui de finalidades preventivas.

Partindo deste axioma, um segundo postulado a ter em conta é o de que o ponto de partida para a determinação da medida da pena são as exigências de prevenção geral positiva ou de integração. Estas exigências representam as necessidades de tutela dos bens jurídico-penais no caso concreto, de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada. As exigências de prevenção geral positiva estabelecem uma moldura situada entre um limiar máximo, que coincide com o ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos, e um ponto mínimo, que coincide com as exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico. No entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, a pena adequada à tutela da confiança e às expectativas da comunidade na manutenção da ordem jurídica é, em regra, a pena adequada à gravidade objetiva e subjetiva de um crime em concreto. É a aplicação dessa pena justa que a comunidade espera e reclama e é essa aplicação que reforça a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e na validade dos bens jurídicos em questão.

A partir deste ponto de partida, funcionam como ponto de chegada (é este o terceiro dos postulados apontados por Jorge de Figueiredo Dias) as exigências de prevenção especial, nomeadamente as de prevenção especial positiva ou de socialização.

Assim, em regra, a medida da pena há-de corresponder às necessidades de socialização do condenado. Excecionalmente, no caso de delinquentes “incorrigíveis”, em que é improvável o sucesso de qualquer tentativa de socialização do mesmo, ficam em aberto as possibilidades de a pena ter por finalidade primordial

a de prevenção especial negativa, de “inocuidade” ou de proteção social contra a perigosidade do agente.

Como quarto postulado, está assente o princípio, claramente consagrado no nº 2 do artigo 40º do Código Penal, de que a culpa é o limite inultrapassável da pena. Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da culpa. A culpa é condição necessária, embora não suficiente, da aplicação da pena (princípio unilateral, e não bilateral, da culpa).

Podemos por isso concluir que a teoria penal que defendemos e aquela que é defendida pelo direito penal é a que entende que “(1) toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) a pena concreta é limitada, no meu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; (4) dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias in Direito Penal, Parte Geral Tomo 1 pág. 81

## CAPÍTULO II – JUSTIÇA DE CRIANÇAS E JOVENS

### 2.1 – Modelos de intervenção

A responsabilidade criminal do agente que cometa determinado crime, destina-se, dadas as finalidades de prevenção geral e específica positivas, à satisfação de interesses da comunidade, ofendida pelo facto ilícito criminal por ele cometido, por outras palavras, visa a reposição contrafática da norma violada, recuperando a confiança da sociedade na mesma, enquanto, simultaneamente, visa a reintegração do agente criminoso na sociedade – nisto consistem as finalidades do Direito Penal, como acabamos de analisar.

A criminalidade é um fenómeno presente em todo o mundo. É comum, e cada vez mais, lermos notícias ou assistirmos na nossa própria rua a relatos de assaltos, de homicídios, de abuso de menores, de corrupção, de ofensas à integridade física e de tantos outros crimes que criam insegurança, medo e desconfiança à restante população.

Esta questão tem estado mais visível devido à constante mediatização por parte dos *media*. Estes estão cada vez mais sensacionalistas, daí o grande destaque a este tema e também a maior visibilidade atribuída a esta delicada questão. Esta problemática gera ainda mais consternação dentro do seio de uma sociedade, quando os agentes do crime são jovens, muitas vezes também eles vítimas das próprias agruras da vida. Temos conhecimento, diariamente, de atos de vandalismo, assaltos, tráfico de drogas em que os seus agentes têm apenas 12, 15, ou 18 anos. Este é infelizmente o retrato da sociedade actual, tanto em Portugal, como nos restantes países, em que a delinquência juvenil se expandiu de tal forma que torna-se muito difícil para a sociedade ter e tornar os seus meios eficazes ao combate deste flagelo.

Numa sociedade são vários os instrumentos para promover a conformidade às normas e valores vigentes das crianças e dos jovens, tentando assim controlar e evitar comportamentos desviantes e em simultâneo proteger as crianças e jovens. Num sentido estrito o controlo social significa vigiar e punir, prevendo um conjunto de mecanismos que têm como função orientar as ações individuais e sancionar os comportamentos desviantes com o objetivo de adotar comportamentos de acordo com as normas sociais vigentes.

Contudo, o aparente fracasso demonstrado pelos agentes de socialização como a família, a escola e a própria sociedade, incapazes de controlar os comportamentos dos nossos jovens, levam à necessidade de intervenção de outras instituições de controlo social no processo educativo das crianças e jovens, falamos aqui da justiça juvenil.

A legitimidade do Estado para educar, mesmo contra a vontade de quem exerce as responsabilidades parentais, resulta de uma situação desviante que torna clara a rutura com elementos nucleares da ordem jurídica. Ao Estado assiste-lhe o direito e mais do que isso, o dever, de intervir corretivamente sempre que o menor ofenda valores essenciais da sociedade e coloque em causa regras mínimas de convivência social, revele comportamentos desviantes que se manifestam demasiado cedo, numa personalidade que ainda não acabou de se construir.

Assim é essencial que o Estado intervenha, nesta que era uma esfera particular, no sentido de educar o menor para o direito, para que aprenda a viver em sociedade.

A ideia de que as crianças são diferentes dos adultos, e por isso têm de ser tratados juridicamente diferentes, é uma ideia relativamente recente. De facto durante muitos séculos as crianças foram objeto de um interesse bastante menor que os adultos. Só depois do momento em que a Europa despertou da longa hibernação intelectual e da estagnação social da Idade Média, é que a filosofia moral começou a pôr em causa a forma como se devia tratar e educar as crianças. Nos séculos subsequentes houve uma grande preocupação em promover o bem-estar das crianças e jovens, passando estas a merecer toda a proteção de todos ao seu redor. Foi neste contexto de mudança que surgiu o conceito atual de “infância”, ou seja, começou a entender-se que as crianças, como seres frágeis e simples que são, deviam ser objeto de proteção enquanto não se encontrassem devidamente preparadas para enfrentar o mundo dos adultos.

A intervenção Estadual deve pautar-se por determinados princípios que vêm limitar a mesma. Falamos primeiramente do princípio da mínima intervenção que se traduz na salvaguarda do menor à sua liberdade e à sua autodeterminação sendo que este tem a possibilidade de se desenvolver durante toda a sua vida, no seu ambiente sócio familiar vivendo sob regras, princípios e valores que lhe são

impostos pela família sem que o Estado condicione tais adoções de comportamentos, costumes e regras.

Por outro lado, e não menos importante, a intervenção do Estado deve reger-se pelo princípio da tipicidade, já que as medidas tutelares que podem ser aplicadas aos menores, são alvo de tipificação por parte da lei, que fixa igualmente o conteúdo e a modalidade de execução das mesmas.

A intervenção do Estado comporta, no entanto, outros modelos distintos de intervenção sendo que não se limita a punir os jovens pelos seus atos. Na verdade a proteção das crianças e dos jovens que apresentem dificuldades nos seus processos de desenvolvimento enquanto pessoas tem merecido grande atenção entre a sociedade no geral.

Presidiu-lhe uma ideia de proteção e prevenção, orientada no sentido de evitar situações de perigo, que conduziam ao desenvolvimento de comportamentos antissociais e até delinquentes por parte das crianças e dos jovens.

A intervenção do Estado, mesmo que justificada por condutas delinquentes, tinha como finalidade a proteção da criança ou do jovem e não a punição, intimidação ou reprovação social.

Contudo este modelo de proteção que vigorava já desde a implementação da Lei de Proteção à Infância de 27 de maio de 1911, entrou em crise e tem vindo a ser abandonado por alguns países que o haviam adotado, como Canadá, Espanha ou Bélgica.<sup>1</sup>

O debate sobre a legitimidade e a capacidade da intervenção judicial junto de menores gerou, já nos anos oitenta, uma corrente crítica dos diversos sistemas que, de forma diferenciada, se insiram neste modelo.

Por um lado critica-se a intervenção na medida em que não reconhece direitos processuais tais como a audição e direito do contraditório e que criminaliza e estigmatiza a pobreza e por outro lado surgem movimentos que invocam o aparente crescimento da delinquência juvenil e a insegurança dos cidadãos, para defenderem a penalização da justiça de menores, com a diminuição da idade da imputabilidade penal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Exposição de motivos da proposta de lei nº 265/VII que veio dar origem à Lei de Proteção de Crianças e jovens em perigo aprovada pela lei nº 147/99 de 1 de setembro.

<sup>2</sup> Vide neste sentido Exposição de motivos da proposta de lei nº 265/VII que veio dar origem à Lei de Proteção de Crianças e jovens em perigo aprovada pela lei nº 147/99 de 1 de setembro.

Assim nos anos oitenta assistiu-se a um debate entre o denominado modelo “de justiça” que privilegia a defesa da sociedade com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos menores, e o modelo de proteção que privilegia a intervenção do estado na defesa do interesse do menor sem que lhe seja formalmente reconhecido o estatuto de sujeito processual.

O modelo educativo de justiça juvenil, associado ao Estado de bem-estar, caracterizava-se por prever um tratamento multidisciplinar, incluindo psicólogos, trabalhadores sociais, educadores, entre outros profissionais, aos jovens delinquentes e aos que, pela sua situação de desamparo, necessitavam de assistência. Este modelo era favorável à desformalização dos procedimentos e à não aplicação de medidas de internamento. Defendia a ação educativa através de programas a executar no âmbito da família e da comunidade, a desinstitucionalização e a desjudicialização, evitando que o jovem fosse sujeito a procedimento judicial. Este modelo realçava, não as necessidades específicas do jovem delincente, mas sim o ato que este praticara. O jovem deve assumir a responsabilidade das suas escolhas e das suas atitudes e a sanção aplicada deve ser proporcional à gravidade do delito cometido. O modelo distingue as crianças em risco ou com dificuldades de adaptabilidade social, das crianças que praticam factos qualificados como crime, prevendo um processo de natureza não formal que salvaguarda as garantias de defesa essenciais do jovem e as medidas aplicáveis, dando igualmente prioridade à função educativa.

Para o modelo de proteção, a criança não é responsável pelos seus atos, mas vítima das circunstâncias, pelo que não deve ser punida. O comportamento criminal está ligado a limitações sociais, económicas e físicas e, por isso, qualquer intervenção do Estado não deve ter como objetivo punir o delincente em particular, mas constituir uma atenuante a essas limitações, isto é, a intervenção a fazer deve ser orientada pelas necessidades e não pelo facto praticado.

Assim transita-se da mera proteção da infância para a promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens. Esta conceção deriva essencialmente da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças, ao reconhecer que o desenvolvimento pleno das crianças implica a realização de direitos sociais, culturais, económicos e civis e ao estabelecer um equilíbrio entre os direitos das

crianças e dos responsáveis legais, concedendo àqueles o direito de participar nas decisões que lhe digam respeito de acordo com uma perspectiva global de responsabilidade e solidariedade social. Configura-se, assim, um novo modelo de justiça de menores que, superando os anteriores, assenta no princípio de que as crianças e jovens são atores sociais, cuja proteção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais.

O atual sistema de intervenção tutelar, a vigorar em Portugal, distingue as situações de menores maltratados ou em perigo das situações em que a menor é agente de um facto com relevância jurídico-penal, que configuram situações distintas e finalidades diferentes.

Enquanto a Lei tutelar educativa (Lei nº 166/99, de 14 de setembro) se aplica aos casos em que o menor praticou um facto qualificado pela lei como crime (artigo 1º da LTE), a Lei de Promoção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei nº 147/99 de 1 de setembro) tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo (artigo 1º da LPCJP).

Assim, o modelo que hoje se adota visa por um lado punir os jovens delinquentes e simultaneamente educá-los e protegê-los.

## 2.2 – Os marcos etários no ordenamento jurídico português

### 2.2.1 – A maioridade penal

A fixação da idade da inimputabilidade penal e a problemática a ela conexas, o aumento da delinquência juvenil, para além das questões sociais, culturais e económicas que a situação suscita é, sem dúvida, uma questão que é alvo de vários estudos e críticas e de constantes problemáticas.

A idade dos agentes do crime define muito mais do que apenas o tipo de pena aplicável. Na verdade a idade da imputabilidade penal, ou seja, a idade mínima para que um agente possa ser responsabilizado criminalmente está longe de encontrar consenso na opinião pública e parlamentar, tendo já sido alvo de várias tentativas de alteração.

Em Portugal, o ordenamento jurídico, determina como patamar mínimo para a imputabilidade penal os 16 anos de idade, como refere o art. 19º do Código Penal ao determinar que “ os menores de 16 anos são inimputáveis”, ou seja, dois anos

abaixo da maioridade civil que se alcança aos 18 anos (nos termos do art. 122º Código Civil). Isto significa que o termo “menor” do ponto de vista da lei civil não significa o mesmo que o “menor” do ponto de vista da lei penal, desde logo porque o limite etário é distinto.

Em países como a Espanha, França, Itália, Finlândia, Alemanha, Irlanda ou Grécia, adotou-se os 18 anos como a idade de referência para a imputabilidade penal, tendo em conta vários instrumentos internacionais que pregam nesse sentido<sup>1</sup>. Estes e outros países fixam a idade mínima dos 18 anos e fazem-no tendo em conta que antes dessa idade ainda não está completo o processo biológico que transforma o jovem em adulto e porque existe uma equiparação entre o direito penal e o direito civil. Ao lado de Portugal, existem outros países onde a maioridade penal é inferior a 18 anos, como a Rússia (14 anos), a Turquia, a Suécia, a Suíça e a Dinamarca (todos aos 15 anos) a Roménia (16 anos), a Polónia e a Estónia (17 anos).

Na verdade em Portugal um jovem autor de um crime, mas que tenha idade inferior a 16 anos não pode ser julgado criminalmente como se de um adulto se tratasse, sendo que os mesmos estão sob a alçada da Lei Tutelar Educativa. Assim a LTE aplica-se a todos os jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos de idade que pratiquem, em Portugal, um facto qualificado pela lei como crime e apresente necessidades de educação para o Direito.

A questão dos limites etários desta intervenção tutelar educativa tem sido alvo de alguma controvérsia. Quanto ao limite mínimo – 12 anos – a partir do qual esta intervenção pode ter lugar, afigura-se justificado. Entendemos, salvo melhor opinião, que a intervenção educativa não faz sentido em estádios de desenvolvimento da criança muito recuados, pois assenta numa educação para a responsabilidade «jurídica». A opção pelo limite dos 12 anos procura corresponder tendencialmente ao início da puberdade e, assim, a um limiar mínimo do desenvolvimento da criança requerido para a compreensão do sentido da intervenção educativa. Alerta-se que, nestes casos, em que se verificou a prática de um facto qualificado como crime por uma criança com idade inferior a 12 anos, também se poderá (ou não) justificar uma intervenção de proteção, consoante se verifique (ou não) a sua necessidade.

---

<sup>1</sup> Como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, regras das Nações Unidas para a proteção dos Menores Privados de liberdade e a convenção sobre os Direitos das Crianças.

A este propósito, o que se pode ainda assinalar é o facto de noutras legislações europeias, está a ser pensada uma diminuição do limiar mínimo etário a partir do qual já é permitida uma intervenção educativa e, por vezes, de cariz marcadamente «sancionatório», ainda que não necessariamente ou inteiramente de cariz penal em todos os casos.

Em França, por exemplo, com a Lei 2002-1138, de 9 de Setembro de 2002 passou a ser possível a responsabilização das crianças pela prática de factos qualificados como crimes a partir dos 10 anos de idade, aplicando-se-lhes medidas e sanções educativas. De salientar, por último, que a Espanha manteve no limiar mínimo dos 14 anos a intervenção educativa, apesar de a *Ley Orgânica 8/2006* ter representado um endurecimento das respostas à delinquência de crianças e jovens.

Voltando à legislação portuguesa, quanto ao limiar máximo etário dos 16 anos fixado na LTE, ele corresponde à idade da imputabilidade penal (art.º 19.º do Código Penal), entendida como capacidade de suportar um juízo de culpa jurídico-penal e cujo sentido político-criminal é eminentemente punitivo e preventivo.

Foi na Lei de Protecção da Infância, de 1911, que se elevou a idade da imputabilidade penal dos 14 para os 16 anos, o sentido de retirar às crianças a possibilidade de serem presas, evitando assim a sua sujeição precoce a um sistema fortemente repressivo. Sucede porém que esse limite nunca mais foi alterado, apesar das tentativas feitas nesse sentido.

A par com o Direito Penal, no nosso ordenamento jurídico, encontramos também um regime penal especial para jovens adultos, aqueles com idades compreendidas entre os 16 e os 21 anos, previsto no art. 9º do Código Penal e concretizado pelo Decreto-lei nº 401/82 de 23 de Setembro.

Este diploma traduz-se essencialmente pela definição de um regime específico ao nível das consequências jurídicas do crime que tem em conta as especiais necessidades de ressocialização suscitadas pelos jovens delinquentes, que se situem entre as referidas idades.

A definição dos limites etários não é socialmente alheia à intervenção política e social. Mesmo que artificiais, os critérios etários são fulcrais na operacionalização das medidas, expressando muito mais do que simples números. A demarcação etária depende do entendimento que uma sociedade faz sobre a infância e a adolescência, bem como da necessidade que determinada sociedade tem de

combater o fenómeno da delinquência entre os jovens. Em Portugal, como supra referido, qualquer infração cometida até aos 16 anos, mesmo que à luz do Código Penal seja qualificada como crime, só pode ser objeto de uma intervenção que conduza ao estabelecimento de medidas de proteção e/ou educativas, nunca podendo a criança ou jovem ser submetido a julgamento criminal que leve à execução de penas previstas exclusivamente no Código Penal, nomeadamente a uma pena de prisão. Entende-se que, até essa idade, não se coloca a necessidade de imposição de um Código na execução de uma pena, que reveste um carácter retributivo perante a comunidade, mas antes uma medida tutelar que vá no sentido da promoção e da não reincidência pelo reforço à conformidade social.

Relativamente aos jovens, entre os 16 e os 21 anos de idade, autores de factos qualificados como crime pelo Direito Penal, o art. 4º do referido diploma que estabelece um regime especial para jovens adultos, permite, nos casos em que deva ser aplicada pena de prisão, a atenuação especial da pena, quando houver razões para crer que da atenuação resultavam vantagens para a reinserção social do agente.

Ao contrário do que sucedia ao abrigo do Código Penal de 1886, o facto de o ato ser praticado por um jovem não implica uma atenuação automática da pena. O regime da atenuação automática que anteriormente se aplicava justificava-se com base numa ideia de imputabilidade diminuída, isto é, pelo facto da idade do agente não o permitir distinguir o bem do mal, logo a pena deveria ser atenuada por essa razão<sup>1</sup>. Contudo não é esta a razão que agora justifica a atenuação especial para estes jovens adultos. A maturidade de cada jovem deve ser apreciada em concreto. E por isso a atenuação não é automática, fica antes sujeita a um juiz que tenha em consideração a culpa menos grave do agente e / ou as exigências de prevenção sobretudo de prevenção especial.

### 2.2.2 – A maioridade civil

Segundo a lei civil, é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade (art. 122º CC). A Reforma de 1977, por motivos ligados a uma melhoria na qualidade de vida e na divulgação de informação, o que potencia uma mais rápida

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Jorge Figueiredo Dias, in “direito Penal – Parte Geral” Tomo 1 página 553

maturação e independência dos jovens contemporâneos, baixou a idade em que o sujeito atinge a maioridade dos 21 para os 18 anos de idade. Assim sendo, a incapacidade por menoridade, salvo situações expressamente previstas na lei, termina quando o menor atinge a idade de 18 anos<sup>1</sup> ou for emancipado (artigos 122º, 129º, 130º e 133º CC), salvo se, na primeira hipótese, ainda lhe estiver pendente uma ação de inabilitação (artigo 131º CC). Devido à menoridade, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos (art. 123º CC), ou seja, devido à sua incapacidade não estão habilitados a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens, nem têm capacidade para adquirir direitos ou assumir obrigações por ato próprio, por via negocial.

Os menores, leia-se os menores de 18 anos de idade, não têm capacidade para quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial – a menoridade é uma incapacidade geral, como deduzimos do artigo 123º do CC. Porém, o mesmo artigo ressalva algumas exceções, remetendo-nos para o artigo 127º do CC. Assim os menores podem praticar validamente atos de administração ou de disposição de bens que hajam adquirido por seu trabalho (alínea a)). Por conseguinte é o menor que dispõe dos frutos do seu trabalho, sem prejuízo de uma eventual obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, de acordo com o previsto no art. 1874º nº2 do CC e sem prejuízo da eventual utilização dos rendimentos do menor, permitida pelo art. 1896º C.C. São também válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância (alínea b)), como é o caso de, por exemplo, material escolar de pequeno valor monetário, igualmente são válidos os negócios relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer; ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício (alínea c)) (por exemplo o menor filia-se num sindicato do seu ramo ou adquire material de trabalho ou escolhe um domicílio profissional - art. 83º C.C).

Nestes casos o legislador pressupõe que o menor já possuiu o discernimento e o poder de avaliação suficientes para agir em conformidade com os seus interesses e para assumir as respetivas responsabilidades. Isto deve-se ao facto de a maturidade e o discernimento não se adquirir automaticamente no dia em que o

---

<sup>1</sup> “Nos termos da presente convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe é aplicável, atingir maioridade mais cedo” (artigo 1º da convenção sobre os direitos da criança).

menor completa 18 anos de idade e se torna maior, são sim características que se vão desenvolvendo na personalidade de uma pessoa.

Por outro lado, para além destas exceções do art. 127º CC, outras são também admitidas por várias normas dispersas pelo Código Civil, nomeadamente no art. 1289º nº2 CC (capacidade para adquirir por usucapião), no art. 1957º nº1 CC (convocação do conselho de família), no 1886º que regula a educação religiosa dos filhos menores apenas até aos 16 anos, no art. 1850º CC que confere ao menor de dezasseis anos a capacidade para perfiar e no art. 2189º al. a) CC que reconhece a capacidade de testar do menor emancipado pelo casamento. Não tem capacidade para contrair casamento o menor com mais de dezasseis anos sendo necessário para o suprimento dessa incapacidade a autorização expressa dos pais ou do tutor do menor (art.1612º nº1 podendo o tribunal também suprir a autorização (art. 1612º nº 2)). Assim podem contrair validamente casamento os que tenham idade superior a 16 anos (artigo 1601º do CC), não esquecendo que a oposição dos pais ou do tutor constitui um impedimento impediendo, não causando a nulidade do ato mas a aplicação de sanções especiais (artigos 1604º, alínea a), 1627º e 1649º). O casamento do menor leva sempre à emancipação (art. 132º) e quando devidamente autorizado leva ainda à atribuição da plena capacidade de exercício, como se fosse maior (art. 133º).

Quanto aos negócios realizados indevidamente pelo menor, estes encontram-se feridos de anulabilidade (artigo 125º do CC, que elenca as pessoas com legitimidade para arguir a anulabilidade), podendo esta ser invocada normalmente por via de exceção, sem dependência de prazo, se o negócio não estiver cumprido

A incapacidade dos menores é suprida através das responsabilidades parentais e subsidiariamente através da tutela, e ainda através da administração de bens do menor, devendo estes não emancipados, nos termos do art. 128º CC, em tudo quanto não seja ilícito ou imoral, obedecer a seus pais ou tutor e cumprir os seus preceitos.

### 2.2.3 – O desfasamento entre a maioridade penal e a maioridade civil

Numa época em que o alargamento da condição juvenil se prolonga no tempo, numa difícil encruzilhada de transição para a vida adulta, um dos maiores desafios nesta área reporta-se ao limite etário da imputabilidade penal e à

necessidade de discussão sobre os motivos que justificam, ou anulam, o desfasamento existente entre a maioridade civil e a maioridade penal. Por um lado, inibe-se a participação social dos jovens numa vertente que possibilite um maior exercício ativo de cidadania (i.e. votar, ser eleito, casar, assumir outras responsabilidades), desvaloriza-se a sua capacidade de ação, autonomia, liberdade e responsabilidade até aos 18 anos; mas por outro lado, aceita-se o entendimento da sua competência individual e total discernimento para delinquir promovendo-se a responsabilização penal em idade mais baixa, aos 16 anos.

A persistência deste quadro nas últimas décadas tem promovido a violação de princípios e diretrizes propostas em vários documentos internacionais ratificados pelo Estado português. Trata-se de uma situação agravada pelo não cumprimento na plenitude do disposto no *Decreto-lei nº 401/82*, de 23 de Setembro, que consagra a existência de um “regime penal especial para jovens adultos”, como já deixamos supra explicado. Independentemente da possibilidade de atenuação das penas, mediante a verificação de certos critérios, constata-se que, desde a entrada em vigor deste diploma legal há mais de trinta anos, não ocorreu a sua regulamentação pelo que o regime de cumprimento das penas de prisão neste escalão etário é igual ao previsto para os adultos maiores de 21 anos.

Deste modo, coexistem nas prisões portuguesas, lado a lado, menores de 18 anos de idade com adultos, situação que configura uma clara violação do disposto no art.º 37º da *Convenção sobre os Direitos da Criança*, ratificada por Portugal em 1990, bem como do estabelecido noutros instrumentos internacionais fundamentais nesta área, designadamente, as *Regras Mínimas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)*, das Nações Unidas (1985) e as *Regras Mínimas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (Regras de Havana)*, das Nações Unidas (1990).

### 2.3 – O processo tutelar educativo (Lei Tutelar Educativa) - tramitação

Como já tivemos oportunidade de referir por diversas vezes a lei aplicável aos jovens com idades compreendidas entres os 12 e os 16 anos que cometam factos qualificados pela lei como crime é a Lei Tutelar Educativa instituída pela lei nº 166/99 de 14 de setembro. Este diploma legal, em paralelo com o Código Penal e Código Processo Penal, estes aplicados a imputáveis em razão da idade – com idade

superior a 16 anos- institui um verdadeiro processo que respeita a regras e procedimentos bem como atribui direitos e deveres às crianças e jovens como forma de os proteger e em simultâneo proteger a sociedade no geral. Ao contrário do processo penal, o processo tutelar está estruturado em apenas duas fases distintas mas complementares, por um lado a fase do inquérito e por outro a fase jurisdicional.

A fase do inquérito é dirigida pelo Ministério Público (MP) que declara a abertura do inquérito sendo assistido por Órgãos de Polícia Criminal e por serviços de reinserção social (art. 75º da LTE) e visa investigar a existência do facto qualificado pela lei como crime, a prova da sua prática pelo menor e a necessidade de aplicação a este de uma medida tutelar. O prazo (indicativo) para conclusão do inquérito é de três meses podendo, em razão da especial complexidade, o inquérito prolongar-se por mais três meses.

A fase do inquérito inicia-se com a denúncia de um facto feita por qualquer pessoa ao Ministério Público ou a um Órgão de Polícia Criminal a quem incumbe posteriormente o dever de a transmitir ao Ministério Público. À semelhança do processo penal a denúncia é obrigatória para o órgão de polícia criminal e funcionários quanto a factos que tomem conhecimento, os segundos no exercício das suas funções ou por causa delas.

Durante o decurso do inquérito o Ministério Público, pratica os atos e assegura os meios de prova necessários à realização do mesmo podendo solicitar diligências e informações que entender convenientes a qualquer entidade pública ou privada.

Depois de aberto o inquérito o Ministério Público deverá proceder à audição do menor, no mais curto espaço de tempo.

A fase do inquérito pode terminar de três formas distintas: com a suspensão, arquivamento ou com o requerimento de abertura da fase jurisdicional. Há lugar a suspensão do processo quando, sendo o facto qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a cinco anos, o menor apresente um plano de conduta que evidencie estar disposto a evitar, no futuro, a prática de factos qualificados pela lei como crime. Assim o processo fica suspenso por um máximo de um ano e o prazo do inquérito fica interrompido. O plano de conduta pode consistir, nomeadamente a) na apresentação de desculpas ao ofendido; b) no ressarcimento, efetivo ou simbólico, total ou parcial, do dano, com dispêndio de dinheiro de bolso ou

com a prestação de uma atividade a favor do ofendido, c) na consecução de certos objetivos de formação pessoal nas áreas escolar, profissional ou de ocupação de tempos livres; d) na execução de prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade, e) na não frequência de determinados lugares ou no afastamento de certas redes de companhia.

Quando o plano não for cumprido o Ministério Público manda prosseguir o processo para que venha a ser aplicada uma medida tutelar ao menor infrator. Quando, por outro lado, o plano seja cumprido, ou chegado ao fim o tempo da suspensão, o Ministério Público arquiva o inquérito.

O processo pode ser arquivado quando o Ministério Público conclua pela inexistência do facto; pela insuficiência de indícios da prática do facto; ou pela desnecessidade de aplicação de medida tutelar, sendo o facto qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a três anos (art.87º da LTE).

Por fim a fase de inquérito pode terminar com o requerimento de abertura da fase jurisdicional, quando o processo deva prosseguir. O requerimento para abertura da fase jurisdicional contém a) a identificação do menor, seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto; b) a descrição dos factos, incluindo, quando possível, o lugar, o tempo e motivação da sua prática e o grau de participação do menor; c) a qualificação jurídico-criminal dos factos; d) a indicação de condutas anteriores, contemporâneas ou posteriores aos factos e das condições de inserção familiar, educativa e social que permitam avaliar da personalidade do menor e da necessidade da aplicação de medida tutelar; e) a indicação da medida a aplicar ou das razões por que se torna desnecessária; f) os meios de prova; g) a data e a assinatura (art. 90ºnº1 da LTE).

Por seu lado, a fase jurisdicional é presidida pelo Juiz, obedecendo ao princípio do contraditório e compreende a comprovação judicial dos factos; a avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar; a determinação da medida tutelar; e a execução da mesma. Depois de receber o requerimento para abertura da fase jurisdicional, o juiz vai verificar se existem questões prévias que obstem ao conhecimento da causa, pode por outro lado arquivar o processo quando, sendo o facto qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, lhe merecer concordância a proposta do Ministério Público no sentido de que

não é necessária a aplicação de medida tutelar; ou por fim pode designar dia para audiência preliminar se, tendo sido requerida a aplicação de medida não institucional, a natureza e gravidade dos factos, a urgência do caso ou a medida proposta justificarem tratamento abreviado. Não se verificando nenhuma destas três situações o juiz vai determinar o prosseguimento do processo, mandando notificar o menor, os pais ou representante legal e o defensor de que poderão requerer diligências, no prazo de 10 dias; alegar, no mesmo prazo, ou diferir a alegação para a audiência; ou ainda indicar, no mesmo prazo, os meios de prova a produzir em audiência, se não requererem diligências.

A decisão inicia-se por um relatório que contém: *a)* as indicações tendentes à identificação do menor e dos pais, representante legal ou de quem tenha a sua guarda de facto e do ofendido, quando o houver; *b)* a indicação dos factos imputados ao menor, sua qualificação e medida tutelar proposta, se a houver.

Ao relatório segue-se a fundamentação que consiste na enumeração dos factos provados e não provados, indicação da sua qualificação e exposição, tão completa quanto concisa, das razões que justificam o arquivamento ou a aplicação de medida tutelar, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

A decisão termina pela parte dispositiva que contém: *a)* as disposições legais aplicáveis; *b)* a decisão de arquivamento ou de aplicação de medida tutelar; *c)* a designação das entidades, públicas ou privadas, a quem é deferida a execução da medida tutelar e o seu acompanhamento; *d)* o destino a dar a coisas ou objetos relacionados com os factos; *e)* a ordem de remessa de boletins ao registo; e *f)* a data e a assinatura do juiz.

E tal como se passa no processo penal, também aqui é possível recorrer da decisão, no prazo de cinco dias, para o tribunal superior, o da Relação. Contudo só é permitido recorrer de decisão que ponha termo ao processo; que aplique ou mantenha medida cautelar ou medida tutelar, que recuse impedimento deduzido contra o juiz ou contra o Ministério Público; que condene no pagamento de quaisquer importâncias; ou de decisão que afete direitos pessoais ou patrimoniais do menor ou de terceiros.

#### 2.4 – Direitos e deveres do menor do âmbito da Lei Tutelar Educativa

A lei que existe para punir as crianças e jovens delinquentes ou com comportamentos desviantes, também é a mesma que lhes atribui direitos, como não poderia deixar de ser.

No âmbito do processo tutelar, a participação do menor em qualquer diligência processual, ainda que sob detenção ou guarda, faz-se de modo que se sinta livre na sua pessoa e com o mínimo de constrangimento.

Em qualquer fase do processo, o menor tem especialmente direito a:

- a) Ser ouvido, oficiosamente ou quando o requerer, pela autoridade judiciária;*
- b) Não responder a perguntas feitas por qualquer entidade sobre os factos que lhe forem imputados ou sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;*
- c) Não responder sobre a sua conduta, o seu carácter ou a sua personalidade;*
- d) Ser assistido por especialista em psiquiatria ou psicologia sempre que o solicite, para efeitos de avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar;*
- e) Ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele;*
- f) Ser acompanhado pelos pais, representante legal ou pessoa que tiver a sua guarda de facto, salvo decisão fundada no seu interesse ou em necessidades do processo;*
- g) Oferecer provas e requerer diligências;*
- h) Ser informado dos direitos que lhe assistem;*
- i) Recorrer, nos termos desta lei, das decisões que lhe forem desfavoráveis.<sup>1</sup>*

Acresce que o menor não fica sujeito a prestar juramento em caso algum.

Os menores que fiquem internados num centro educativo têm direito ao respeito pela sua personalidade, pela sua liberdade ideológica e religiosa e pelos seus direitos e interesses legítimos não afetados pelo conteúdo da decisão de internamento. Este é de resto um direito absoluto previsto também na CRP para os cidadãos em geral. Este internamento em centro educativo não pode implicar privação dos direitos e garantias que a lei reconhece ao menor, a menos que o tribunal expressamente os suspenda ou restrinja para proteção e defesa dos interesses do menor<sup>2</sup>.

No âmbito da aplicação da medida de internamente num centro educativo, o menor tem direito a que o centro zele pela sua vida, integridade física e saúde, tem

---

<sup>1</sup> Conforme art. 45º da LTE

<sup>2</sup> Conforme art. 171º da LTE

direito a que seja elaborado um projeto educativo pessoal e à participação na respetiva elaboração, que velará pela sua formação, educação cívica, escolaridade, pela sua preparação profissional e pela ocupação dos seus tempos livres. O menor, enquanto estiver no centro educativo tem direito a frequentar a escolaridade obrigatória. Por outro lado tem direito à preservação da sua dignidade e intimidade, a ser tratado pelo seu nome e a que a sua situação de internamento seja estritamente reservada perante terceiros. É – lhe, de igual forma, garantido o exercício dos seus direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, salvo quando incompatíveis com o fim do internamento. O menor tem direito a usar as suas próprias roupas, sempre que possível e a usar artigos próprios, autorizados, de higiene pessoal ou os que, para o mesmo efeito, forem fornecidos pelo centro. O menor tem ainda direito à posse de documentos, dinheiro e objetos pessoais autorizados, à guarda, em local seguro, dos valores e objetos pessoais, não proibidos por razões de segurança, que não queira ou não possa ter consigo, e à restituição dos mesmos à data da cessação do internamento. Podem os menores contactar, em privado, com o juiz, com o Ministério Público e com o defensor bem como manter outros contactos autorizados com o exterior, nomeadamente por escrito, pelo telefone, através da receção ou da realização de visitas, bem como da receção e envio de encomendas. No âmbito do processo tutelar o menor tem direito a ser ouvido antes de lhe ser imposta qualquer sanção disciplinar, a ser informado, periodicamente, sobre a sua situação judicial e sobre a evolução e avaliação do seu projeto educativo pessoal, a efetuar pedidos, a apresentar queixas, fazer reclamações ou interpor recursos. Por fim o menor tem ainda direito a ser informado pessoal e adequadamente, no momento da admissão, sobre os seus direitos e deveres, sobre os regulamentos em vigor, sobre o regime disciplinar e sobre como efetuar pedidos, apresentar queixas ou interpor recursos. Caso a jovem sujeita ao internamento seja mãe, tem o direito a ter na sua companhia o filho ou filhos até que os mesmos perçam 3 anos de idade.

Durante o internamento os menores dispõem de assistência hospitalar ou outra sempre que necessidades de saúde a exijam.

Por último os menores internados têm o direito a não ser fotografados ou filmados, bem como a não prestar declarações ou a dar entrevistas, contra a sua vontade, a órgãos de informação.

Contudo, o menor que esteja num centro educativo internado, está também sujeito ao cumprimento de diversos deveres, nomeadamente ao dever de respeito por pessoas e bens que consiste em não cometer atos lesivos ou que coloquem em perigo a pessoa ou os bens de outrem, o dever de permanência que consiste em não sair, sem autorização, do centro educativo ou de instalações onde decorra atividade prevista no projeto educativo pessoal, o dever de obediência que consiste em cumprir os regulamentos, as catividades previstas no projeto educativo pessoal e as orientações legítimas dos responsáveis do estabelecimento, o dever de correção que consiste em tratar educadamente com outrem e em se apresentar adequadamente limpo e arranjado, o dever de colaboração que consiste em participar nas atividades do centro, de interesse coletivo, designadamente na manutenção da limpeza e arrumação dos materiais, equipamentos e instalações do centro, o dever de assiduidade que consiste em o menor comparecer, regular e continuamente, às atividades previstas no projeto educativo pessoal ou outras previstas para o seu tipo de internamento e o dever de pontualidade que consiste em comparecer, às horas fixadas, nas atividades referidas anteriormente e no centro educativo, após saída autorizada.

Aos pais ou representantes legais dos menores internados também a lei lhes confere alguns direitos fundamentais. Assim os mesmos conservam, enquanto durar o internamento todos os direitos e deveres relativos à pessoa do menor, que não sejam incompatíveis com a medida tutelar, salvas as restrições ou proibições impostas pelo tribunal.

Os pais ou representante legal têm direito, nos termos regulamentares, salvas as restrições ou proibições impostas pelo tribunal, a ser imediatamente informados pelo centro educativo da admissão, transferência, ausência não autorizada, concessão ou suspensão de autorizações de saída, bem como doença, acidente ou outra circunstância grave referente ao menor, a ser informados sobre a execução da medida de internamento e sobre a evolução do processo educativo do menor e a ser avisados pelo centro educativo, em tempo útil, da cessação do internamento.

## 2.5 – A Responsabilidade do Menor, no âmbito da LTE

A alusão a ferramentas legislativas internacionais indica-nos que não são muito diversos os princípios que norteiam as soluções perfilhadas ao nível dos textos europeus, da União Europeia e do Conselho da Europa, e dos textos de vocação mundial das Nações Unidas<sup>1</sup>.

De um modo geral consideramos que a União Europeia, como instituição e a Comissão Europeia como poder executivo, pouco têm feito no sentido de melhorar o direito dos menores, no seio da União, muito particularmente no que se refere aos menores delinquentes. Os trechos mais relevantes continuam a ser, para além da Convenção sobre os Direitos das Crianças, outros elaborados pelo Conselho da Europa, com uma ênfase especial a Recomendação 2003-20, de 24 de Setembro.

Em linhas gerais, a gestão da delinquência juvenil e do seu controlo social tem evoluído significativamente, com efeito, neste início do século XXI, a delinquência juvenil tornou-se, ao nível da Europa, um causa de preocupação coletiva, que vem validando modificações de cariz repressor e securitário às réplicas a tal fenómeno.

O modelo começou por ser protetor, em que os adultos definiam a cada momento os direitos do menor delincente e os modos de melhorar o seu comportamento.

Em Portugal, evoluiu-se, no final do Séc. XX (Lei 166/99, de 14set. – LTE) para o modelo de justiça, onde ao menor, ao jovem com idade entre os 12 e os 16 anos, são reconhecidos e garantidos os direitos processuais, à semelhança do modelo processual dos adultos, sendo que o menor é também responsabilizado pelos atos que pratica, quando tipificados na lei penal como crimes. Claro que o objetivo final não é punir o menor, mas, pelo contrário, tutela-lo, protege-lo, educa-lo, fazendo com que o mesmo arrepie caminho, contribuindo para que siga a sua vida de forma socialmente adequada e equilibrada, sem cometer crimes.

No que toca política de combate à delinquência juvenil é fundamental encontrar a justa medida, ou seja, estabelecer um equilíbrio, tendo por um lado a proteção e educação do menor delincente, e por outro a proteção da sociedade, deverá existir uma preocupação com a especificidade da delinquência juvenil e com a adequação da resposta que a sociedade lhe deverá oferecer, buscando-se um simetria entre o cariz castigador e a abordagem de pendor educativo, que responde à necessidade e

---

<sup>1</sup> Comunicação apresentada, dia 16 de Dezembro de 2008, na «Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global», organizada pela Faculdade de Direito de Macau no 20.º aniversário da Faculdade de Direito.

obrigação de respeitar o estatuto especial da criança, tributários de origens humanistas e de solidariedade.

A ideia social de que a chamada criminalidade ou delinquência praticada por menores está a aumentar e a agudizar-se não nos parece encontrar correspondente representação estatística<sup>1</sup>, mas tem tradução no discurso político comprovativo das reformas de cariz mais repressivo, securitário e punitivo e populista.

Em Portugal, entrou em vigor, em Janeiro de 2001, Lei Tutelar Educativa – LTE<sup>2</sup>. Este diploma e a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo – LP<sup>3</sup>, constituem os diplomas nucleares da reestruturação do direito das crianças.

Pretendeu-se, com a referida reforma, por um lado, fazer a separação dos menores autores de factos que a lei penal tipifica como crimes, de forma a fundamentar a intervenção do Estado, através das mais diversas instituições, no aspeto educativo do menor, e por outro, fazer a separação das crianças em perigo, estas elas próprias vítimas de negligências várias e mesmo vítimas de atos criminosos perpetrados por adultos, estando aqui legitimada a intervenção do Estado na sua proteção.

De qualquer modo estes dois sistemas, de intervenção educativa e de proteção, não devem caminhar de forma separada, mas sim, devem caminhar juntos, de para a par, de forma articula, facto que nos parece ter sido devidamente acautelado pelo legislador<sup>4</sup> art.ºs 43.º, LTE e 81.º, LP).

Uma vertente que não podemos deixar de referir é o facto de a LTE se aplicar a crianças delinquentes, de idade dos 12 aos 16 anos. A este desígnio, queremos tecer algumas considerações.

Em primeiro para que a intervenção educativa se efetive é necessário que se prove a prática de facto que a lei penal tipifique como crime, por um lado, e por outro, concomitantemente, a prova de que o menor carece de ser “educado para o direito”, ou seja, para os valores fundamentais, para uma sã convivência social, valores esses constantes e protegidos pelo lei penal.

Sem se verificar a necessidade de educação não há legitimidade para intervenção educativa, mesmo que esteja demonstrada a prática do facto criminoso.

Em segundo, tem a ver com os limites etários da intervenção educativa.

---

<sup>1</sup> Relatório Anual de Segurança Interna 2012 – [www.portugal.gov.pt/media](http://www.portugal.gov.pt/media).

<sup>2</sup> Lei n.º 166/99, de 14 de Set.

<sup>3</sup> Lei n.º 147/99, de 1 de Set.

<sup>4</sup> Art.ºs 43.º LTE e 81.º LP.

Quanto ao limite mínimo – 12 anos<sup>1</sup> – a partir do qual esta intervenção pode ter lugar, afigura-se-nos minimamente, justificado, no entanto, a idade de 14 anos parece-nos a mais adequada para o início da intervenção<sup>2</sup> da LTE. Entende-se – corretamente, do nosso ponto de vista – que a intervenção educativa não faz sentido em estádios de desenvolvimento da criança muito recuados, pois assenta numa educação para a responsabilidade jurídica, pode mesmo dizer-se, com propriedade, «jurídico-penal» que abaixo de um certo limiar etário uma criança dificilmente pode compreender. A opção pelo limite dos 12 anos procura corresponder tendencialmente ao início da puberdade e, assim, a um limiar mínimo, consideramos nós muito baixo, do desenvolvimento da criança requerido para a compreensão do sentido da intervenção educativa.

Quanto ao limiar máximo etário dos 16 anos fixado na LTE, ele corresponde, em Portugal, à idade da imputabilidade penal (art.º 19.º do Código Penal), entendida como capacidade de suportar um juízo de culpa jurídico-penal e cujo sentido político-criminal é eminentemente punitivo e preventivo. Consideramos, neste aspeto, que falta a Portugal dar o passo que se exige e já muito se justifica, à semelhança do que acontece na generalidade dos países da Europa, ou seja, a responsabilidade penal, que se situa nos 16 anos de idade, deveria ser colocada no patamar dos 18 anos<sup>3</sup>, ou seja nivelá-la com a maioridade civil, como recomendado pela Comissão de Reforma de Legislação sobre o Processo Tutelar Educativo (CRLPTE)<sup>4</sup>, encarregada de estudar a reforma da LTE no final do século passado (1996-1999), bem como recomendado por internacionais de defesa dos direitos da criança, até porque Portugal incorporou no seu direito interno norma de Direito Internacional Público (DIP) onde é defendida (CDC) que a responsabilidade penal ocorra após os 18 anos.

Foi na Lei de Protecção da Infância, de 1911<sup>5</sup>, que se elevou a idade da imputabilidade penal dos 14 para os 16 anos. Deste modo, inscrevendo-se no

---

<sup>1</sup> Art. 1º da LTE, Lei 166/99, de 14set.

<sup>2</sup> **VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, **MULAS**, Nieves Sanz, *Direito de Menores, Estudo Luso-Hispânico Sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, 1.ª ed. Âncora Editora. Lisboa 2003, pág. 289.

<sup>3</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança, Artº 1º - <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>.

<sup>4</sup> **DUARTE-FONSECA**, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes – a Lei Portuguesa e os Seus Modelos – Um Século de Tensão Entre Protecção e Repressão*, Educação e Punição. Coimbra Editora, 2005, pág. 269 e 396.

<sup>5</sup> Lei de Protecção da Infância, de 27 de maio, de 1911, Diário do Governo de 14 de junho de 1911.

movimento filantrópico que se desenvolvia na América e na Europa ocidental, em Portugal, com esta lei, pretendeu-se deitar um novo olhar sobre as crianças, imprimindo um cunha de maior dignidade e respeito às crianças e jovens, fazendo com que cada vez mais tarde adolescentes e jovens fossem alvos de privação da liberdade em prisões comuns, facto que se projetava de uma forma muito negativa no futuro desenvolvimento familiar e social do adolescente, logo, livrar-se, em tenra idade de um regime altamente opressivo, marcante e repleto de simbolismo social. Achamos que passada mais de uma dúzia de anos após a entrada em vigor da LTE, que notoriamente passou já o “teste da realidade”, estamos em condições ideais para que se realize o desígnio declarado aquando da sua elaboração, de altear a idade da responsabilidade penal dos 16 para os 18 anos de idade. Que, julgamos, esta alteração deveria ser acompanhada da entrada em vigor de um (novo) regime penal especial para jovens adultos delinquentes.

A intervenção do Estado e das entidades competentes em matéria de infância e juventude, provoca uma restrição natural do gozo e exercício de direitos do menor e da sua família. Todavia essa restrição está legitimada<sup>1</sup>, a CRP (Art. 69º) consagra o direito das crianças à “proteção da sociedade e do Estado, (...) especialmente contra as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. A intervenção, que gera, em regra, restrições de direitos, liberdades e a sua previsão no ordenamento jurídico conformam-se constitucionalmente. Ao se prescrever a detenção do menor<sup>2</sup> com mais de 12 anos de idade que cometa um facto que a lei penal tipifica como crime contra a vida ou integridade física a que corresponda pena de prisão superior a três anos, restringe-se o seu direito de liberdade. Mas, a educação do menor para o direito<sup>3</sup> não se pode prender com a permissão de atos que ofendam bens jurídicos fundamentais à saudável vivência em comunidade sem que os seus autores não sejam **responsabilizados** para uma melhor reinserção, para a educação, na sociedade, sem cometer crimes.

---

<sup>1</sup> Art. 69º, nº. 1, da CRP

<sup>2</sup> Art. 52º, da LTE.

<sup>3</sup> Art. 2º, da LTE.

Jamais será aplicada, no âmbito da LTE, qualquer medida tutelar ao menor sem que a este sejam garantidos os seus direitos, o menor é um sujeito processual, com direitos<sup>1</sup> e deveres<sup>2</sup>.

O desenvolvimento integral do menor não se coaduna com uma omissão de educação e reinserção do menor delinquente, cujo patamar de relacionamento se distingue do menor vítima, pelo que as restrições de direitos no âmbito da LTE se destinam a proteger e a promover quer direitos do menor delinquente, quer das vítimas dos seus atos.

A restrição de direitos, liberdades e garantias do menor deve-se consubstanciar no princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso, que tem como corolário o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, circunscrever-se às exigências de ordem e segurança que a justifiquem de acordo com os requisitos gerais do art. 18º, CRP<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 45º, da LTE.

<sup>2</sup> Art. 4º, da LTE.

<sup>3</sup> **MIRANDA**, Jorge, **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral*, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra 2010.

## **CAPÍTULO III – OS FINS DAS MEDIDAS TUTELATES**

### **3.1 – Os fins das Medidas Tutelares Educativas**

A intervenção tutelar educativa, através da aplicação da Lei Tutelar Educativa (lei nº 166/99, de 14 de Setembro) comporta dois objetivos principais: por um lado educar os jovens para o direito, e, por outro, corrigir a personalidade dos jovens, de forma a fazê-los compreender os valores essenciais da sociedade e as regras básicas de convivência e a integrarem-se de forma digna e responsável na vida em sociedade.

Como já tivemos oportunidade de referir, a LTE aplica-se a todos os jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos de idade que pratiquem, em Portugal, factos qualificado pela lei como crime e mostrem necessidade de educação para o direito.

Para além da idade, o primeiro pressuposto de aplicação deste diploma legal é a existência de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais traduzidos na prática de um facto considerado, pela lei, como crime.

O segundo pressuposto é o de que não se poderá aplicar medida tutelar educativa sem que se conclua, em concreto, pela necessidade de corrigir a personalidade do menor, aquilatada no momento da decisão da aplicação da medida tutelar. Aliás apenas deve ocorrer intervenção tutelar educativa quando a necessidade de correção da personalidade do menor subsista no momento da aplicação de uma medida.

### **3.2 – Medidas cautelares educativas**

Em qualquer fase do processo tutelar educativo, podem ser aplicadas medidas cautelares que têm o objetivo de prevenir a fuga do jovem ou o cometimento, por aquele, de novos factos qualificados pela lei como crime. (cfr. Art. 56º e ss. LTE).

A aplicação de uma medida deste género exige o preenchimento cumulativo de três pressupostos: primeiramente têm de existir indícios do facto, de seguida tem de existir uma previsibilidade de aplicação de medida tutelar e, por último, pressupõe a existência fundada de perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados, pela lei, como crime.

A aplicação das medidas cautelares, visam, primeiramente e aqui podemos recorrer, com as devidas adaptações, às regras processuais penais, evitar alguns dos perigos enunciados no art. 204º do CPP, sendo certo que o perigo de perturbação da inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, o perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova não são tidos em conta pela lei tutelar educativa para pesar na escolha da medida cautelar ou de necessidades cautelares (art. 58ºnº1 LTE). Assim visam a) evitar a fuga ou perigo de fuga; b) diminuir o perigo em razão da natureza do facto qualificado como crime ou de personalidade do jovem infrator, de que este continue a atividade criminosa.

As medidas cautelares visam simultaneamente a salvaguarda da investigação pela defesa do próprio interesse do jovem. Estas são medidas cautelares estritamente processuais. O próprio jovem é parte essencial no processo, existindo diligências de prova e comprovação da aplicação de medida cautelar educativa que incidem diretamente sobre ele, como é o caso da perícia sobre a personalidade, prevista no art. 69º da LTE e ainda informações e relatórios sociais, de grande relevância para o processo tutelar educativo (cfr. art. 71º LTE).

Existem contudo vários princípios que têm de ser necessariamente tidos em conta para aplicação de qualquer medida de cautelar<sup>1</sup>. O primeiro princípio será o princípio da tipicidade, uma vez que apenas podem ser aplicadas as medidas cautelares previstas na lei. O segundo princípio a enunciar é o princípio da necessidade, já que a aplicação de medida cautelar deve acontecer quando, primeiramente, existam indícios de facto, quando seja previsível a aplicação de uma medida tutelar e por fim quando exista, fundadamente, perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados pela lei como crime (cfr. Art. 58º nº1 da LTE). Um outro princípio que se deve encontrar verificado é o princípio da adequação, uma vez que as medidas de coação devem ser adequadas às exigências preventivas ou processuais que o caso requer. (art. 56º LTE). Deve também respeitar o princípio da proporcionalidade, pois as mesmas devem ser proporcionais à gravidade do facto e às medidas tutelares aplicáveis (art. 56º LTE). As medidas cautelares estão previstas na LTE segundo um grau de gravidade (da menos grave à mais gravosa) de acordo com a restrição à liberdade do jovem que elas implicam, sendo que a guarda do jovem em instituição, pública ou privada, e a

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Lei Tutelar Educativa Comentada de Júlio Barbosa e Silva, Almedina 2013

guarda em centro educativo só podem ser aplicadas quando as outras medidas se revelarem insuficientes (art. 57º LTE). Falamos aqui do princípio da subsidiariedade. Por fim, mas não menos importante, deve também se verificar o princípio da precariedade, já que as medidas cautelares devem ser revistas, oficiosamente de dois em dois anos, sendo o ministério público, o defensor e o próprio jovem ouvidos, e devem ser substituídas caso o juiz conclua que a medida aplicada não realiza as finalidades pretendidas (art. 61º). Por outro lado devem cessar logo que deixarem de se verificar os pressupostos cautelares de natureza processual que determinaram a sua aplicação, ou seja, quando deixarem de ser necessários (art. 62º LTE).

São medidas cautelares a entrega do menor aos pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou outra pessoa idónea, com imposição de obrigações ao menor; a guarda do menor em instituição pública ou privada e a guarda do menor em centro educativo. Não existe aqui qualquer importação de medidas coativas previstas no código de processo penal, se bem que alguma pudesse ter também aplicação e algum sucesso entre os menores, como é o caso da medida de obrigação de permanência na habitação, adaptada à situação específica do jovem, tendo em conta a sua escolaridade, ou a vigilância eletrónica, já que permitiria a sua continuidade na escola enquanto durasse a supervisão e permitiria a continuidade dos laços positivos que existam com a família e com a comunidade no geral<sup>1</sup>.

Assim quando requerida pelo Ministério Público, uma medida cautelar na fase de inquérito, ou pelo juiz já na fase jurisdicional cumpridos os pressupostos para a sua aplicação, o tribunal, ouvido o Ministério Público, o defensor do jovem e o seu representante, determina a aplicação daquela que em concreto realize as finalidades pretendidas com a sua aplicação.

No que respeita à medida cautelar da guarda de menor em centro educativo, para além da obediência ao princípio da proporcionalidade e da adequabilidade e da necessidade de verificação dos pressupostos gerais de aplicação das medidas cautelares, o tribunal só a poderá decretar quando haja indícios suficientes que o jovem tenha cometido facto qualificado como crime a que corresponde pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou que tenha

---

<sup>1</sup> Vide neste sentido Lei Tutelar Educativa Comentada, de Júlio Barbosa e Silva, Almedina, 2013.

cometido dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponde pena máxima abstratamente aplicável superior a três anos.

A referida medida é executada em centro educativo semiaberto se o menor tiver idade inferior a 14 anos. Se o menor tiver idade igual ou superior a 14 anos, o juiz determina a execução da medida em centro educativo de regime semiaberto ou fechado.

A medida de guarda de menor em centro educativo tem o prazo máximo de três meses, prorrogável até ao limite de três meses em casos de especial complexidade. As restantes medidas cautelares duram no máximo seis meses até à decisão do tribunal de primeira instancia e um ano até ao trânsito em julgado da decisão<sup>1</sup>.

Na verdade se atendermos aos pressupostos que estão na base da aplicação de medidas cautelares (que note-se não são medidas de coação), teremos inevitavelmente, de chegar à conclusão que a aplicação tem o objetivo claro se se adaptar ao tratamento subsequente dos factos em apreço. Isto significa que as medidas cautelares devem inserir-se numa lógica de encadeamento com o futuro do processo e com a medida a aplicar a final, sendo a própria lei quem caracteriza os dois tipos de medidas (cautelares e tutelares) numa linha de unidade e de continuidade.

Quer isto dizer que caso não se verifique, desde logo quaisquer necessidades educativas futuras ou atuais, não deverá ser aplicada nenhuma medida cautelar.

Porém a necessidade de aplicação de uma medida cautelar poderá surgir em fases subsequentes ao primeiro interrogatório (em sede de inquérito ou de fase jurisdicional) podendo aí aplicar-se qualquer medida cautelar que o caso exija.

---

<sup>1</sup> Vide aplicação prática no Ac. Do Tribunal da Relação de Lisboa de 01/10/2002 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), do qual se extrai o seguinte sumário:

"I - Havendo indícios da prática por um menor de 14 anos de factos integradores de crimes de roubo e de furto qualificado justifica-se a aplicação da medida cautelar de guarda em centro educativo de regime fechado quando se verifica que o menor vive com os avós que não têm capacidade para impedir comportamentos socialmente desadequados e que os pais não exercem qualquer controle e supervisão relativamente a esses seus comportamentos. II - Com essa medida procura-se impedir o menor, de forma efetiva e eficaz de ceder às solicitações do seu grupo de pares e de permanecer permeável à adoção de comportamentos desviantes, especialmente de natureza violenta. III - Instruído o processo com prova indiciária relativamente aos factos integradores dos crimes e com relatórios social e da perícia de personalidade elaborados pelo IRS não há qualquer deficiência de prova que se imponha suprir.

### 3.3 – Medidas tutelares educativas

Por força do princípio da legalidade consagrado na Lei Tutelar Educativa, o legislador indica as medidas cautelares educativas que podem ser aplicadas de forma expressa e taxativa, cuja escolha da mesma irá recair sob critérios de adequação, intervenção mínima e proporcionalidade. Assim o legislador distinguiu dois tipos de medidas: as não institucionais da medida institucional (internamento em centro educativo).

Tal como determina o art. 2.º n.º1 da LTE as medidas tutelares educativas, visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. Trata-se aqui, genericamente, da responsabilização, mudança e inserção. As crianças e os jovens são simultaneamente diferentes dos adultos, logo têm necessidades emocionais educativas que estes últimos não têm. É este o fator, entre outros, que estabelece a imputabilidade de jovens menores de 16 anos e a consequente existência de regras específicas para jovens em conflito com a lei, já que ser inimputável não significa que não seja responsabilizado pelos seus atos.

Fazendo uma leitura atenta ao preceituado no art. 40º do Código penal, constatamos que as finalidades das medidas tutelares educativas são completamente diferentes das finalidades das penas e das medidas de segurança cuja aplicação “ visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Significa isto que “ as finalidades de aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos, e na medida do possível, na reinserção do agente na comunidade”.

Podemos afirmar que enquanto na Lei Tutelar Educativa, a função da educação assume particular importância, definida como “ o dever que ao Estado incumbe de proteger a infância e a juventude, nomeadamente na sua capacidade de autodeterminação”, a função de proteção encontra-se secundarizada. Já no Código Penal, a finalidade de reinserção social do arguido aparece subordinada à de proteção dos bens jurídicos, que assume a importância primordial.

Decorre desta distinção o facto de na Lei Tutelar Educativa estar consagrado o princípio segundo o qual, provados os factos que a lei penal qualifica como crime, só há lugar à aplicação de uma medida tutelar educativa se tal se mostrar necessário atendendo à suas finalidades, enquanto que na lei penal a prova do crime implica

por regra a aplicação de uma pena, e tal só não acontece nos casos e condições expressamente previstos na lei.

A autonomia do direito tutelar educativo em relação à ordem jurídico-penal repercute-se no facto da medida tutelar não ambicionar ser um sucedâneo das penas, sendo destituída do carácter punitivo que as caracteriza e primordialmente ordenada ao interesse do menor, o qual é fundado num juízo de necessidade de correção e no direito à criação de condições que permitam o desenvolvimento da sua personalidade de forma socialmente responsável.

São medidas tutelares educativas as seguintes: <sup>1</sup>

a) A admoestação (art. 9º da LTE) que consiste numa “advertência solene feita pelo juiz ao menor, exprimindo o carácter ilícito da conduta e o seu desvalor e consequências e exortando-o a adequar o seu comportamento às normas e valores jurídicos e a inserir-se, de uma forma digna e responsável, na vida em comunidade”. A advertência a ser feita pelo juiz deve conter a informação mínima, competindo a esta entidade esclarecer de forma inequívoca, o menor sobre a gravidade dos seus atos, alertá-lo para as consequências de uma possível reincidência e incentivá-lo a ajustar o seu comportamento às normas e valores juridicamente tutelados e a se reintegrar na sociedade. Esta é, de resto a sanção mais leve prevista na LTE e é aquela que menos interfere na autonomia da decisão e condução devida do menor. É aplicada a factos de escassa gravidade relativamente aos quais se entende não existir razões para aplicação de outra medida mais gravosa. A admoestação pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra medida.

b) A privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores (art. 10º da LTE) que consiste na cassação ou na proibição de obtenção da licença, por período entre um mês e um ano. Com o recurso e aplicação desta medida o que se pretende é que o menor fique inibido de conduzir ciclomotores. Assim caso o menor já possua licença de condução procede-se à sua cassação ficando ainda impedido de obter nova licença, caso não estiver ainda habilitado para a condução, poderá ficar impedido de o fazer. É cada vez mais frequente o crime de condução sem habilitação legal entre os jovens, e por isso surgiu no sistema jurídico português a necessidade de aplicar esta medida. A

---

<sup>1</sup> Art. 4º e ss da Lei tutelar educativa, Lei nº 166/99 de 14 de Setembro in [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

mesma destina-se a menores que conduzam ciclomotores sem estarem habilitados para o fazer, que infrinjam gravemente as regras de trânsito ou que pratiquem crimes com recurso àqueles. Esta medida pode ser cumulada com outra e executada em simultâneo com a mesma.

c) A reparação ao ofendido (art. 11º,, da LTE) esta pode consistir em três situações: o menor pedir desculpas ao ofendido, compensar economicamente o ofendido no todo ou em parte pelo dano patrimonial ou exercer, em benefício deste, atividade que se conexe com o dano, sempre que isso seja possível e adequado. Esta variedade de modalidades justifica-se pela necessidade de cumprir os objetivos do processo tutelar educativo e de pacificação do conflito social criado pelo jovem infrator. As medidas de natureza reparadora, como esta, assumem extrema importância para a intervenção do Estado na educação do menor, na medida em que atuam sobre o jovem de uma forma positiva, pois permite-lhe consertar o mal que causou e ter a percepção do mesmo, dando-lhe a oportunidade de demonstrar aos outros que é capaz de agir dentro dos padrões de comportamento estabelecidos dentro de uma sociedade.

O pedido de desculpas que o menor poderá ficar sujeito a apresentar, consiste no facto de ele exprimir “ o seu pesar pelo facto” através de uma das seguintes formas: pela manifestação, na presença do juiz e do ofendido, do seu propósito de não repetir factos análogos ou pela satisfação moral ao ofendido, mediante ato que simbolicamente traduza arrependimento.

A segunda modalidade de compensar economicamente o ofendido, prevista para as situações de que resultem danos patrimoniais, pode ser efetuada em prestações, desde que não desvirtue o significado da medida, atendendo o juiz, na fixação do montante da compensação ou da prestação, apenas às disponibilidades económicas do menor. Esta medida alcança o seu carácter educativo se o menor sentir efetivamente, na sua esfera patrimonial, o desvalor da culpa, assumindo inteiramente a responsabilidade pelo pagamento e reconhecendo a importância do mesmo. Contudo o que na prática sucede é que são os pais, ou quem detenha o poder paternal, aqueles que acabam por compensar o ofendido economicamente, sendo que é a sua esfera patrimonial que fica afetada e não a do menor, daí que os verdadeiros castigados sejam os familiares.

Por fim quanto à atividade exercida em benefício do ofendido não pode ocupar mais de dois dias por semana e três horas por dia e respeita o período de repouso do menor, devendo salvaguardar um dia de descanso semanal e ter em conta a frequência da escolaridade, bem como outras atividades que o tribunal considere importantes para a formação do menor. A atividade exercida em benefício do ofendido tem o limite máximo de doze horas, distribuídas, no máximo, por quatro semanas.

d) A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade; (art. 12º LTE) consiste no facto de o menor entregar uma determinada quantia pecuniária ou exercer atividade em benefício de uma entidade, pública ou privada, de fim não lucrativo, não podendo tal tarefa exceder um total de 60 horas distribuídas por um período máximo de três meses. O montante a entregar pode ser pago em prestações, atendendo sempre à disponibilidade financeira do jovem e as tarefas a executar têm de respeitar por exemplo, o período de repouso do jovem, bem como a frequência da escola e de outras atividades de formação que o tribunal considere importantes. Se for aplicada esta medida, o tribunal tem de fixar, na sua decisão, a modalidade da medida, o montante ou a forma de prestação da atividade, bem como a duração e forma de prestação, a entidade que acompanha a execução da medida ou a entidade a quem deve ser prestada a medida tutelar. O tribunal pode, no entanto, conceder ao Instituto de Reinserção Social a definição da forma de prestação da atividade (cfr. Art. 20º da LTE). Esta medida diferencia-se da anterior em vários aspetos. Desde logo na natureza do beneficiário, que neste âmbito é uma entidade pública ou privada sem fins lucrativos, na qualidade do ofendido, que neste caso é indeterminado e ainda no facto da atividade ter um limite de duração muito mais amplo e poder prolongar-se por mais tempo, restringindo fortemente a autonomia e a liberdade do menor. Pelo facto de o ofendido ser indeterminado, ou seja, ser a comunidade em geral, podemos concluir que esta medida se deverá aplicar a situações em que o menor viole interesses sociais e comunitários, por exemplo, quando vandaliza, destrói ou furta património público, quando provoca incêndios em parques públicos, quando desrespeita as autoridades ou quando participa em motins. Mais uma vez aqui o carácter pedagógico desta medida, no que tange à prestação económica, falha redondamente, uma vez que

geralmente não é a esfera patrimonial do menor que fica atingida, mas sim dos familiares.

e) A imposição de regras de conduta; (art. 13º da LTE) que tem por objetivo criar ou fortalecer condições para que o comportamento do menor se adeque às normas e valores jurídicos essenciais da vida em sociedade e evitar a reincidência das condutas que contribuíram para a prática das infrações. A LTE prevê a título exemplificativo algumas regras de conduta, nomeadamente a obrigação de não frequentar certos meios, locais ou espetáculos; de não acompanhar determinadas pessoas; de não consumir bebidas alcoólicas; de não frequentar certos grupos ou associações; e de não ter em seu poder certos objetos. Estas medidas têm a duração máxima de dois anos e não podem representar limitações abusivas e desrazoáveis à autonomia de decisão e de condução da vida do menor. Surge porem um problema de fiscalização da execução desta medida, já que é praticamente inexistente.

f) A imposição de obrigações; (art. 14º da LTE) tem por objetivo contribuir para o melhor aproveitamento na escolaridade ou na formação profissional e para o fortalecimento de condições psicobiológicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade do menor. Estas obrigações, entre outras, podem consistir na obrigatoriedade de frequentar um estabelecimento de ensino com sujeição a controlo de assiduidade e aproveitamento, frequentar um centro de formação profissional ou seguir uma formação profissional ou submeter-se a programas de tratamento médico, médico-psiquiátrico, médico-psicológico ou equiparado junto de entidade ou de instituição oficial ou particular, em regime de internamento ou em regime ambulatorio.

A submissão a programas de tratamento visa sensivelmente o tratamento de situações como a habituação alcoólica, o consumo habitual de estupefacientes, a doença infectocontagiosa ou sexualmente transmissível e/ou a anomalia psíquica. É necessário que o menor adira ao tratamento sendo que quando o mesmo tiver idade superior a 14 anos é necessário que seja obtido o seu consentimento. Tal como a medida anterior esta também dura até dois anos e a sua aplicação não pode representar limitações abusivas e desrazoáveis à autonomia de decisão e de condução da vida do menor.

g) A frequência de programas formativos; (art. 15º LTE) esta medida consiste na participação em programas de ocupação de tempos livres; programas de educação sexual; programas de educação rodoviária; programas de orientação psicopedagógica; programas de despiste e orientação profissional; programas de aquisição de competências pessoais e sociais e programas desportivos. Os programas formativos têm como finalidade o combate das ações e dos hábitos que contribuem para a delinquência e a sua programação tem de ser organizada e supervisionada pelas entidades competentes. Numa altura em que o consumo do álcool e de estupefaciente aumenta consideravelmente entre os jovens, torna-se cada vez mais necessário a frequência dos jovens de programas formativos de combate aos maus hábitos.

h) O acompanhamento educativo; esta medida consiste na execução de um projeto educativo pessoal que abranja as áreas de intervenção fixadas pelo tribunal. Este projeto é elaborado pelos serviços de reinserção social e homologado pelo juiz e tem a duração mínima de seis meses e máxima de dois anos. No fundo, esta medida consiste numa mescla de outras medidas tutelares autónomas devidamente conjugadas. Dependendo das necessidades de educação para o direito do menor em juízo, compete ao juiz determinar quais as medidas adequadas ao caso concreto. Esta medida está destinada a delitos mais graves, sendo que é aquela que mais limita o menor e por isso a mais interventiva dentro das medidas não institucionais. É uma das medidas mais aplicadas pelos Tribunais portugueses, já que está sujeita à fiscalização por parte dos serviços de reinserção social.

i) O internamento em centro educativo. A medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável. Esta medida consubstancia-se na privação da liberdade e determina uma intervenção tutelar educativa mais exigente e que integra, para além da educação para o direito, a formação escolar e a formação profissional.

A medida executa-se em estabelecimentos do Ministério da Justiça, na dependência do Instituto de Reinserção Social, denominados centros educativos de

acordo com o regime de funcionamento e grau de abertura ao exterior (art. 1º nº 1 e nº2 da LTE).

A medida de internamento em centro educativo em regime semiaberto ou fechado, possui o seu âmbito de aplicação delimitado à prática de determinado facto e, pela idade do jovem. Assim a medida de internamento em regime semiaberto é aplicável ao jovem que tenha praticado um “facto qualificado como crime contra as pessoas a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos ou tiver cometido dois ou mais factos qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos”. Por seu lado a medida de internamento em regime fechado só é aplicável quando cumulativamente se encontrem preenchidos os seguintes pressupostos: “ter o menor cometido facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais factos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; e ter o menor idade superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

A medida de internamento em regime aberto e semiaberto tem a duração mínima de três meses e a máxima de dois anos. Por outro lado a medida de internamento em regime fechado tem a duração mínima de seis meses e a máxima de dois anos ou três anos quando o menor tiver praticado facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos.

Nos centros de regime aberto, os menores podem, em regra, prosseguir no exterior a sua formação, aproveitando as estruturas e os equipamentos existentes nas imediações e não interrompendo o contacto com o meio.

Nos centros de regime semiaberto, os contactos, pelo menos inicialmente, estão circunscritos a algumas atividades educativas, mas podem progressivamente alargar-se a outras, à medida da evolução positiva do processo educativo.

Nos centros de regime fechado, todas as atividades educativas decorrem no interior do centro

A escolha da medida é sempre orientada pelo interesse do menor nos termos do art.º 6º nº 3 da LTE.

O tribunal deve de entre o leque de medidas possíveis escolher a que realize de forma adequada, e suficiente as finalidades visadas com a aplicação, ou seja, a socialização do menor.

A lei atribui uma preferência pela medida não institucional, face à institucional, pois na verdade a medida de internamento, é a que acaba sempre por representar maior intervenção na autonomia de decisão, e condução de vida do menor.

O artigo 6º da LTE regula explicitamente o dever do juiz optar sempre pela medida menos grave, só podendo aplicar outra quando aquela se revele insuficiente. Prevê ainda que uma vez determinada a medida e a sua duração deve-se estabelecer uma execução que represente a menor interferência possível na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que proporcione a sua maior adesão, tendo sempre presente que, nos termos do artigo 18º nº 2 da CRP, a restrição de direitos constitucionalmente consagrados deve limitar-se ao indispensável.

Também no artigo 133º nº 3 da LTE está presente um corolário do princípio da prevalência das medidas não institucionais sobre a institucional, quando se prevê que em caso de execução sucessiva de medidas tutelares, a execução da medida institucional prevaleça sobre a execução de medida não institucional, cujo cumprimento se suspende, na medida em que devem ser cumpridas segundo a sua gravidade.

A primazia das medidas não institucionais sobre as institucionais acarreta várias vantagens, nomeadamente o facto de nas primeiras os efeitos se verificarem mais rapidamente, uma vez que o processo foi imbuído de um princípio de contingência, segundo o qual os prazos têm de ser reduzidos e as fases simplificadas para que o processo se adapte à personalidade da maioria dos jovens, a qual está em permanente transformação e os procedimentos de decisão devem permitir uma constante apreciação da situação, de forma a garantir que a medida seja sempre atual e necessária. Não podemos ignorar que uma das críticas apontadas ao sistema de justiça português é a morosidade processual, o que neste âmbito seria preocupante, pois o desfaseamento temporal entre o momento da prática

do facto e o momento em que a execução da medida tem início poderia torná-la desnecessária e ineficaz

Outras vantagens inerentes às medidas não institucionais são: a oportunidade da vítima participar diretamente na resolução do conflito; a designada “descentração”, ao permitir ao menor colocar-se no lugar da vítima tendo uma maior consciencialização da ilicitude do ato. Em simultâneo, o menor adquire autocontrolo, sentido crítico e alcança a socialização pela satisfação de executar certas tarefas. Possibilita ainda a participação ativa dos detentores das responsabilidades parentais na medida concreta e na forma de a aplicar. É de destacar também o facto de as medidas não institucionais acarretarem menos despesa para o Estado em comparação com a medida de internamento, o que no contexto económico em que vivemos é de extrema importância.

### 3.4 – As Medidas Tutelares Educativas - Aspetos Punitivos e Pedagógicos

A lei Portuguesa considera penalmente inimputável o jovem até 16 anos de idade, sujeitando-o ao que dispõe a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)<sup>1</sup>, no caso de criança negligenciada ou vítima e a lei Tutelar Educativa (LTE)<sup>2</sup>, quando o adolescente é autor de factos qualificados, pela lei, como crimes. Diz-se que o adolescente é inimputável pelo facto de se considerar ainda não manifestar a compreensão de que o ele até aos 16 anos<sup>3</sup> não possui a maturidade suficiente para o entendimento, de forma clara, do carácter ilícito do ato praticado, Considerando que estamos perante um ser humano em pleno desenvolvimento. Essa incapacidade exclui a culpabilidade, a faculdade de ter culpa (culpa criminal), sem, todavia excluir a **responsabilidade**, pois o menor delinquente está sujeito à legislação especial, que se lhe aplica, onde menor, possibilitando-lhe todas as garantias de defesa, é sujeito a um processo tutelar, onde são investigados os factos praticados e no caso de lhe serem imputados tais factos, ao menor pode ser aplicada uma medida tutelar educativa<sup>4</sup>, sendo obrigado ao seu cumprimento, sempre com a finalidade de corrigir desvios, com o intuito de educação para o

---

<sup>1</sup> Lei nº 147/99, de 1set.

<sup>2</sup> Lei nº 166/99, de 14set.

<sup>3</sup> **GONÇALVES**, Manuel Lopes Maia, *Código de Processual Penal*, Anotado, 9ª ed Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 1998

<sup>4</sup> **RAMIÃO**, Tomé d’Almeida, *Organização Tutelar de Menores*, Anotada e Comentada, *Jurisprudência e Legislação Conexa*, 9.ª ed. Atualizada e Aumentada. Quid Juris. Lisboa 2010, pág. 600.

direito, para que possa viver em sociedade, em segurança e sem perturbar a segurança dos outros.

As medidas tutelares educativas contêm aspetos de natureza coerciva; mas, o conteúdo fundamental da medida é educativo e não repressivo, deve obrigar o adolescente a refletir sobre o facto praticado, dando oportunidade ao entendimento da realidade e efetiva assimilação dos valores que atravessam a sociedade em cada momento da sua História. A aplicação das medidas tutelares educativas têm de respeitar o princípio da legalidade, da proporcionalidade<sup>1</sup>, e da adequação<sup>2</sup>, pressupondo a existência de provas suficientes, e claras, da autoria dos factos de que é acusado e da materialidade da infração, sempre respeitando ponto a ponto os direitos<sup>3</sup> do menor<sup>4</sup>, dando assim conteúdo às normas internas e de Direito Internacional<sup>5</sup> sobre os direitos dos menores.

Cada uma das nove medidas tutelares educativas previstas na LTE possui particularidades específicas apresentando-se de forma gradual da mais branda para a mais grave. Sendo que algumas das medidas se revelam de maior significado, encerram em si maior importância para a socialização do menor.

A medida de *admoestação* tem como conteúdo uma chamada de atenção, uma repreensão, feita pelo Juiz do Tribunal de Menores, solene sobre o menor, repreendendo-o pelo facto praticado, para que o mesmo se corrija, sem a necessidade de aplicação de medidas mais severas.

A *reparação ao ofendido*, tem a ver com a restituição do bem, ou, não sendo possível, o ressarcimento da vítima por via diversa, revestindo-se de carácter coercitivo e educativo.

A *realização de prestação económicas ou de tarefas a favor da comunidade*, faz com que a comunidade se envolva, através das mais diversas instituições na aceitação do menor colaborar na prestação de serviços compatíveis<sup>6</sup> (*Acórdão do*

---

<sup>1</sup> Art. 6º. Da LTE.

<sup>2</sup> **RAMIÃO**, Tomé d'Almeida, *Organização Tutelar de Menores, Anotada e Comentada, Jurisprudência e Legislação Conexa*, 9.ª ed. Atualizada e Aumentada. Quid Juris. Lisboa 2010, pág. 601.

<sup>3</sup> Art. 45º, da LTE

<sup>4</sup> Art. 8º, nº 2 e 16º, nº 1, da CRP, **MIRANDA**, Jorge, **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral*, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra 2010, pág. 159 e ss e pág. 289 e ss.

<sup>5</sup> Art. 40, da Convenção Sobre os Direitos da Criança. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)

<sup>6</sup> "A intervenção tutelar educativa do Estado relativamente aos jovens justifica-se quando "se tenha manifestado uma situação desviante que tome clara a ruptura com elementos nucleares da ordem

TRP, Processo nº. 2289/12.3TAVNG, DE 22MAI.2013) com a sua idade e formação profissional. Esta medida tutelar, embora encerre alguma coercividade e restrição da liberdade do educando, o aspeto mais relevante prende-se com o apelo comunitário e educacional.

A medida tutelar de *imposição de regras de conduta*, pretende-se que o menor seja retirado de determinado meio ou lugar, ou fazendo com que não conviva com determinadas pessoas, no caso de estas poderem ser nocivas ao saudável crescimento do menor.

A *imposição de obrigações*, destina-se a dar formação profissional e/ou escolar ao menor, de forma a habilitar o menor para que no futuro possa viver de forma mais

---

*jurídica”, legitimando-se o Estado para educar o jovem para o direito, mesmo contra a vontade de quem está investido das responsabilidades parentais.*

*II - São pressupostos da intervenção tutelar educativa:*

- *A existência de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais traduzido na prática de um facto considerado por lei como crime;*
- *A exigência ao jovem do dever de respeito pelas disposições jurídico- penais essenciais à normalidade da vida em comunidade, conformando a sua Personalidade de forma socialmente responsável - necessidade de ser educado para o direito;*
- *A idade mínima de 12 anos, fazendo coincidir o início da puberdade com o limiar da maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção tutelar educativa.*

*III - E é ainda necessário que a necessidade de correcção subsista no momento da decisão.*

*IV - Tal como acontece com as penas, exclui-se qualquer finalidade retributiva: as medidas tutelares não são um castigo, uma expiação ou compensação do mal do crime (punitur quia peccatum est), mas visam garantir que o desenvolvimento do menor “ocorra de forma harmoniosa e socialmente integrada e responsável, tendo como referência o dever-ser jurídico consubstanciado nos valores juridicamente tutelados pela lei penal, enquanto valores mínimos e essenciais da convivência social”*

*V – À semelhança do que sucede no processo penal, em que a tarefa primeira do juiz é a escolha da pena a aplicar, também no processo tutelar deve o julgador começar por ponderar e decidir qual a medida tutelar mais adequada, a que melhor serve o interesse do menor, dando-se preferência àquela que realize de forma adequada e suficiente a finalidade subjacente à sua aplicação, isto é, a socialização do menor.*

*VI - Na determinação da dosimetria concreta da medida a aplicar importa observar os critérios de proporcionalidade e necessidade de correcção da personalidade do menor manifestada na prática do facto e que subsista no momento da decisão.*

*VII - Na fixação da duração da medida concretamente aplicada, o tribunal deve ter em conta a gravidade do facto cometido, a necessidade de correcção da personalidade do menor, manifestada na prática do facto, e a atualidade dessa necessidade de correcção.*

*VIII - O Tribunal deve dar preferência, de entre as medidas que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do jovem e que seja suscetível de obter a sua maior adesão e a adesão dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto.*

*IX - A escolha da medida tutelar aplicável é orientada pelo interesse do jovem (balizado pela proteção dos seus direitos fundamentais, assim se exigindo a observância no âmbito do processo tutelar educativo dos princípios da legalidade, tipicidade, oficialidade, obtenção da verdade material, contraditório, livre apreciação da prova e celeridade processual).*

*X - A medida, sempre de duração determinada, deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do jovem para o direito, manifestada na prática do facto e subsistente no momento da decisão”*. <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>

autónoma, de forma a ser menos dependente, para que possa viver em sociedade sem cometer crimes.

A medida tutelar de *acompanhamento educativo*, consiste num acompanhamento do menor, por técnicos da Direção Geral de Reinserção Social (DGRS), por meio do acompanhamento individualizado à vida social do adolescente; possui caráter coercitivo e com limitações da liberdade do menor.

A medida tutelar de *internamento em centro educativo*, além do caráter coercitivo, há também privação parcial (regimes aberto e semiaberto), ou total (regime fechado) da liberdade do direito de ir e vir; implicam o afastamento do menor da convivência familiar e comunitária, mantendo-o em programas de formação e educação e a prestação de serviços comunitários. A medida mais penosa é o internamento do menor, com mais de 14 anos, em regime fechado, aplicando-se aqueles adolescentes que cometam factos qualificados como crimes e crimes com certa gravidade, nomeadamente crimes contra as pessoas.

É importante salientar que a razão de ser e aplicação de qualquer das medidas é a educação do menor, para que o mesmo não reincida na prática de crimes, corrigindo-o, para que caminha para a vida adulta de forma equilibrada, sem colisões com a lei criminal.

A aplicação das medidas tutelares educativas pressupõe a existência de provas suficientes da autoria material dos factos que a lei prevê como crimes, sendo que a medida tutelar aplicada deverá ter em especial consideração o tipo de facto praticado, assim como a aptidão do menor para cumprir a medida aplicada, sendo que o juiz deverá considerar diversos fatores como o estado de saúde física e mental do menor, tal como o contexto social e familiar e a adaptabilidade para se submeter aos programas, considerando as estruturas e serviços existentes.

Quando o menor pratica factos que a lei qualifica como crimes, pode ser ao menor aplicada uma medida tutelar educativa, de entre a legalmente prevista<sup>1</sup>. De entre as medidas, deverá ser aplicada aquela que melhor responder às necessidades do menor, nomeadamente as necessidades educativas e pedagógicas, dando preferências às medidas que melhor protejam e fortaleçam as relações familiares e comunitárias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 4º, da LTE.

<sup>2</sup> Art. 6º, da LTE.

As medidas tutelares educativas encerram uma dupla vertente ou grandeza: Temos por um lado o aspeto coativo, e, por outro, o educativo. O carácter coercivo está explícito no facto de ser aplicada ao menor, que não tem como recusar o seu cumprimento, dado tratar-se de uma sentença judicial, estamos aqui, sem dúvida perante uma restrição da liberdade pessoal, mesmo que relativa, ou pouco incisiva. A componente socioeducativa deve ser assegurada no âmbito do processo de acompanhamento levado a cabo pelos programas sociais, respeitando o direito à informação, à realização de trabalhos e tarefas de formação profissional e socioeducativa, com vista à sua colocação, de forma autónoma, no mercado de trabalho. A medida aplicada deve também fazer refletir o menor relativamente à gravidade de facto praticado, evitando futuras recaídas, fazendo com que melhor se integre socialmente<sup>1</sup>.

Assim, a finalidade, primeira, da aplicação das medidas tutelares educativas, como resposta ao facto típico praticado, que a lei qualifica como crime, tem um duplo objetivo: em primeiro caucionar a paz social e fazer com que o menor seja integrado na sociedade de forma responsável e sem cometer factos que a lei avaliza como crimes.

Perante esta responsabilidade, o Estado e todas as instituições com responsabilidade na área da educação dos menores autores de factos que a lei qualifica como crimes, têm a obrigação de envolver aos mais diversos níveis, familiar, escolar, municipal, distrital, regional, todas as instituições responsáveis pelas políticas setoriais, para operacionalizar os programas de reinserção nas áreas da saúde, assistência social, educação, cultura, desporto, trabalho, formação profissional, lazer.

É fundamental que no cumprimento e execução das medidas, em concreto, que os aspetos pedagógicos prevaleçam sobre os aspetos punitivos ou coercivos, referindo que a mera submissão a uma medida jurídica e judicial encerra em si a componente coerciva, portanto punitiva.

A Lei Tutelar Educativa concebe o menor como um sujeito de direitos<sup>2</sup>, não o vê como um cidadão adulto, mas sim como um ser humano num período especial, com evidentes fragilidades de desenvolvimento e, por essa razão, não tem condições para conhecer na plenitude, ou seja, ainda não tem as ferramentas necessárias para

---

<sup>1</sup> Art. 7º, da LTE.

<sup>2</sup> Art. 45º, da LTE.

poder agir de forma autónoma, não é capaz de só por si fazer face às necessidades mais elementares de vida. Tendo a aqui a família, um papel decisivo, o mesmo acontecendo com a comunidade e a comunidade no seu todo, onde se inclui o Estado e as suas instituições.

O conteúdo principal da lei tutelar educativa é em primeiro lugar a proteção do menor, no sentido de o corrigir, de o recuperar, de forma a integrá-lo na sociedade de forma responsável e sem cometer factos que a lei qualifica como crimes.

Para que isso ocorra os agentes e instituições envolvidos no acompanhamento educativo do menor<sup>1</sup>, têm como atribuição especial a proteção do menor, tendentes a caucionar o conjunto de direitos e educar o menor, de forma a regressar ao seio da sociedade sem que a possa perturbar. Essas instituições especialmente dotadas e equipadas devem desencadear um conjunto de ações que favoreçam a educação formal do menor, a sua formação profissional, a saúde, e lhe proporcione meios de lazer, assim como outros direitos legalmente estatuídos<sup>2</sup>.

O menor não é um adulto, não age, não pensa como adulto, o menor é um futuro adulto. Será um adulto responsável, na medida em que os adultos sejam responsáveis no seu crescimento e na sua educação. Quando o menor viola uma lei criminal, comete um ato que a lei qualifica como crime, pode ser-lhe aplicada uma medida tutelar, legalmente prevista, com o fim de recuperar o menor, de o educar para a responsabilidade. Por incapacidade ou impreparação das instituições e funcionários que acolhem o menor, não poucas vezes o cumprimento de uma medida tutelar educativa pelo menor incumpridor da lei, não lhe garante ou facilita a reinserção social. Pelo contrário, torna-a ainda mais um desafio, podendo acontecer que o cumprimento de uma medida judicial pode representar uma forma de exclusão, quando está latente a pobreza, a segregação, a subalternidade, a não equidade, a negação do acesso a certos bens sociais básicos e a não representação coletiva. Não devemos colocar rótulos no menor infrator, devemos lutar contra essa realidade. Não rotulando retiramos uma carga emocional enorme do menor, sendo certo que os restantes papéis que venha a desempenhar também não serão afetados por esse rótulo.

---

<sup>1</sup> Art. 144º e ss, da LTE.

<sup>2</sup> Art. 171º, da LTE.

### III – CONCLUSÕES

A família é célula principal na educação cívica de todos. E aí do menor sem família. Abandonado pela família. Ou, pior que isso, fustigado pela família.

E quando estamos perante famílias disfuncionais, ou por que não existe ou por problemas de várias ordens, como separações, dificuldades económicas, desintegração social, última ratio intervêm – ou deverão intervir - a sociedade civil e o Estado (lei tutelar). Para suprir falhas, ou seja, para ajudar; para resistir a desvios, melhor dizendo, para educar (lei educativa), para a cidadania, educar para uma salutar convivência em sociedade, “educação do menor para o direito<sup>1</sup>” e sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade<sup>2</sup>.

O Estado no âmbito do direito dos menores intervém (tutela) quando são verificados certos desvios ao comportamento normal, ou comportamento padronizado. Tal intervenção pode ter uma de duas origens: ou estamos perante menores em perigo (vítimas) ou de menores autores de factos considerados legalmente como crimes (agentes de “crime”).

A sociedade dos nossos tempos depara-se com autênticos vendavais de problemas, sendo que os tempos que nos esperam não parecem trazer a bonança.

Todos os dias somos confrontados com relatórios e notícias a dar conta do aumento da criminalidade e criminalidade cada vez mais violenta, que contribui para que as pessoas se sintam mais inseguras, ou, pelo menos, atravessadas pela ideia ou sentimento de insegurança.

Novos focos de violência preocupam o cidadão, as autoridades, o Estado e a sociedade no seu todo.

As pessoas, o cidadão comum, depara-se com novos medos. Sentimento de medo que nem só o terrorismo nos transmite, nem só o terrorismo nos aterroriza. São as novas formas violentas de criminalidade que incutem nas pessoas o receio, o medo<sup>3</sup>. Esse sentimento tem como uma das principais causas a, também, chamada criminalidade infantil. São os grupos mais ou menos organizados, que se transformam em autênticos gangs de rua, para praticarem atos de elevada violência

---

<sup>1</sup> Art. 2º, da LTE.

<sup>2</sup> RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Organização Tutelar de Menores, Anotada e Comentada, Jurisprudência e Legislação Conexa*, 9.ª ed. Atualizada e Aumentada. Quid Juris. Lisboa 2010, p. 600.

<sup>3</sup> “Jovens de 14 e 16 anos foram detidos em flagrante no Bairro Portugal Novo, nas Olaias” “Irmãos menores fazem três assaltos em 15 minutos”. In jornal “Correio da Manhã”, de 26.11.2013, pág. 11.

contra as pessoas, como roubos, agressões físicas e até homicídios. Existindo também ações de extrema violência, contra as pessoas, praticadas isoladamente<sup>1</sup> por menores, cada vez mais incompreensíveis pela sua incomum estranheza e violência.

Cada vez mais os jovens se tornam autônomos mais precocemente, experimentando situações novas que os fazem cada vez mais independentes da família. É indubitável que a organização dos jovens em bandos<sup>2</sup> está relacionada com a não satisfação das necessidades que o jovem sente no seu dia-a-dia, necessidades essas que a família, a escola e as restantes componentes da sociedade não são capazes de satisfazer. O jovem pretende encontrar no bando alegria, aventura e, acima de tudo, pretende encontrar no bando a liberdade que em mais lado nenhum pode encontrar, na sua ótica, é claro.

Tudo o que o jovem não consegue encontrar no seio da família ou na escola, é capaz de encontrar num grupo de jovens da sua idade e que pode, ou não, dedicar-se à prática de atos delinquentes. Atos estes que, não raramente, se revestem de extrema violência, sendo que muitos dos jovens após serem internados em centros educativos, após serem recolocados em liberdade voltam a delinquir<sup>3</sup>.

A sociedade, como um todo, tem-se vindo a degradar-se, a perder certos valores, a crise económica, o “desmoronamento” da instituição familiar, sustentáculo primeiro da sociedade, a enfraquecimento das escolas, a brenha urbanística, a apologia da violência e do relativismo ético-moral nos media, a “superioridade” de culturas de afrontamento conduzem, não raramente, à ultrapassagem das fronteiras, especialmente pelos jovens.

É insuficiente abordar a delinquência juvenil de forma unicamente repressiva, baseada singularmente nos dispositivos formais de controlo social, preconizamos a necessidade de atuar de uma forma sistematizada, abrangendo certos pontos nevrálgicos das sociedades contemporâneas<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “Escola Violenta” Massamá. “Terror na Escola Secundária Stuart Carvalhais”. “Vou matar toda a gente”. In jornal “Correio da Manhã, de 15.10.2013, pág. 1 a 5.

<sup>2</sup> A Problemática dos Bandos de Jovens Delinquentes. POLÍCIA Portuguesa. Órgão de Informação e Cultura da PSP. Ano LXIII, II Série, Bimestral, nº. 122, Março/Abril 2000. Pág. 6-11.

<sup>3</sup> “Metade dos jovens detidos acaba por reincidir”. In “Jornal de Notícias”, de 07.06.2013.

<sup>4</sup> **ABREU**, Carlos Pinto de, **SÁ**, Inês Carvalho, **RAMOS**, Vânia Costa, *Proteção Delinquência e Justiça de Menores*. Um Manual Prático para Juristas ... e não só. 1.<sup>a</sup> ed. Edições Sílabo. Lisboa 2010, pág. 116.

Certas instituições como os Tribunais de Menores, as Comissões de Protecção de Menores e as demais organizações de protecção e terapêutica de menores, nomeadamente os Centros de Detenção, são vazadouro de agruras de justiça e de dramas pessoais, conflitos familiares e sociais e vêem-se confrontados no dia-a-dia com ruturas e dramas pessoais que roçam o limiar ético de dignidade, tendo que lidar com situações limite de pobreza material e miséria moral.

Ultrapassou-se a categoria única dos menores em perigo moral para se analisar e compartimentar os casos de menores em perigo (inocência do menor) e dos menores agentes de delito (culpa do menor), esquecendo-se muitas vezes, com esta visão maniqueísta, por um lado paternalista e por outro de pretensão educativa pública, a responsabilidade da família, as culpas da sociedade civil e política, e sobretudo a prossecução do interesse do menor, que não é mais que o interesse da sociedade na educação dos seus para uma cidadania mais consciente.

Por esse facto não nos horroriza a judiciosa limitação de liberdade do jovem ou adolescente, de modo a que dessa forma não sejam, quando forem dolosa ou culposamente afetados direitos fundamentais de terceiro, postos em causa valores essenciais da comunidade, violadas regras elementares de convivência social ou cometidas ofensas intoleráveis a bens jurídicos fundamentais, sempre com respeito pelos direitos do menor, tendo como objetivo primeiro a protecção do menor, educando-o para o direito, para a sua integração ou reintegração social, sem cometer crimes.

Não que acreditemos nas personalidades absolutamente contrárias ao direito ou em invocadas incapacidades de reinserção social. No “homem lobo do homem”.

Mas porque todos, ainda que crianças, adolescentes ou jovens, têm que ser adequadamente responsabilizados (responsabilidade dos menores) pelos atos que cometem, obviamente na medida das suas capacidades de discernir o bem do mal, o assentido do interdito, e das suas capacidades de entendimento e compreensão dos objetivos inerentes à execução da sanção, qualquer que ela seja.

Porque senão do “bom selvagem” passam a perder a adjetivação. Restará apenas o “selvagem”...

A criança não é adulto, o jovem já não é criança e o adulto jovem tem especificidades próprias. Nem nenhum destes grupos pode ser tratado como

“embrião de adulto” ou “adulto em miniatura”. Todos exigem um cuidado singular. Para um crescimento mais equilibrado e harmonioso.

E tratamento diverso. Ou uma diversidade de soluções. Porque nunca devemos tratar de forma igual o que é, de facto, diferente.

E que haja princípios fundamentais a respeitar tais como<sup>1</sup>:

O princípio da legalidade; princípio da oficialidade; princípio do contraditório; princípio da verdade material; princípio da livre apreciação da prova; princípio da oralidade e da imediação; princípio do segredo processual; princípio da celeridade processual; princípio da intervenção mínima; princípio da necessidade; princípio da suficiência; princípio da adequação; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade; e princípio da humanização.

E que se estabeleçam garantias mínimas a precaver:

A garantia do acesso ao direito; garantia do direito ao juiz; garantia do direito de audição; garantia do direito de participação; garantia do contraditório; e garantia ao advogado.

“A criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir<sup>2</sup> livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional. O interesse do menor é o primeiro e mais importante fator a levar em consideração, de acordo com todas as regras legais conhecidas. Desde que se não oponham dificuldades inultrapassáveis, o tribunal deve decidir por forma a satisfazer as preferências do menor.”

O Direito, nos nossos dias, constitui uma fonte de proteção da dignidade da pessoa humana e tenta proporcionar aos cidadãos a liberdade e a responsabilidade<sup>3</sup> necessárias e desejáveis. Esta função assume particular relevância nos campos referentes à família, às crianças e aos jovens.

---

<sup>1</sup> **FURTADO**, Leonor, **GUERRA**, Paulo, O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço, CEJ, 2001, p. 88/89.

<sup>2</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora proferido em 11/05/2000 no Processo n.º 56/99.

<sup>3</sup> Art.s 14º, 51º e 52º, da Lei nº 166/99, de 14set. – LTE.

As constantes evoluções ocorridas na sociedade, aliada à mediatização de crimes praticados por menores de idade, ou mesmo maiores adolescentes, levou a que a delinquência juvenil passasse a ser uma preocupação presente entre os debates parlamentares tanto a nível nacional como internacional.

E como tal foi necessário investir na criação e adaptação de legislação capaz de dar cumprimento à necessidade de travar o flagelo da delinquência juvenil e em simultâneo zelar pelos interesses dos menores, protegendo-os da própria sociedade e dos perigos que esta pode representar em determinadas fases da vida de um jovem.

O aparente fracasso das estruturas de socialização ditas tradicionais na educação das “nossas” crianças, nomeadamente da família e da escola, levaram a que fosse feito um esforço conjunto entre instituições no sentido de intervir ativamente no processo educativo das crianças e dos jovens. Na realidade são várias as instituições<sup>1</sup> que têm como objetivo a proteção destes seres, muitas das vezes sozinhos e desamparados.

Com o evoluir dos anos e com o aumento das necessidades sociais, os conceitos de criança e jovem passaram a merecer uma maior atenção e por conseguinte maior proteção. Na verdade as crianças e os jovens, em termos penais, passaram a ser tratados como era tratado um adulto. Por esse motivo foi criada legislação capaz de responder às próprias necessidades da sociedade. Em 1911 foi publicada a lei de proteção da infância, que pretendia “curar os males sociais” ou os crimes cometidos por jovens com idade inferior a 16 anos. Contudo em 1962 a Organização Tutelar de Menores veio reunir num único texto as normas respeitantes às crianças e jovens. Mas foi em 1999 com a criação de dois importantes diplomas legais, que ainda hoje vigoram, que os direitos e os deveres das crianças e jovens ficaram devidamente consagrados. Assim foi instituída, por um lado, a lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) que se destina à promoção dos direitos e à proteção das crianças e dos jovens em perigo. O direito à proteção exige-se quando a criança se encontra em perigo pois a sua situação está desequilibrada e desajustada, pretendendo-se que o seu desenvolvimento físico, moral e psíquico ocorra de forma harmoniosa, num ambiente familiar, efetivo e responsável. Por outro lado foi criada a Lei Tutelar Educativa (LTE) que se aplica aos casos em que maiores de 12 anos e

---

<sup>1</sup> Art.s 15º, 16º, 17º e 159º, da LTE.

menores de 16 pratiquem um facto qualificado, pela lei penal, como crime. Dois diplomas que se completam mas com objetivos distintos e que ainda hoje vigoram, mas que do nosso ponto de vista, necessitam de uma profunda revisão, nomeadamente no que concerne à sua aplicação prática, uma vez que, salvo melhor entendimento, produzindo eficácia a aplicação da LTE e concretamente das medidas tutelares educativas ali previstas, poder-se-á prevenir futuros adultos delinquentes. No que concerne à LPCJP, quanto aos mecanismos de proteção de crianças e jovens, quando elas próprias são vítimas de delinquentes adultos, sejam aplicados atempadamente, podem prevenir que as crianças se tornem delinquentes no futuro.

A Lei Tutelar Educativa aplica-se por isso a jovens que pratiquem factos qualificados pela lei como crime e que tenham entre 12 e 16 anos de idade. Relativamente aos menores de 12 anos, que cometam crimes, não haverá intervenção tutelar educativa mas apenas intervenção protetiva. A partir dos 16 anos de idade, os jovens são já considerados imputáveis para efeitos penais, podendo-lhes ser aplicadas as mesmas penas previstas para os adultos. Não podemos contudo descorar a existência de um diploma legal que, embora não seja obrigatória a sua aplicabilidade é recomendada sempre que o adolescente infrator tenha idade compreendida entre os 16 e os 21 anos. Falamos do Decreto-lei nº 401/82, de 23 de Setembro (Art. 5º).

Em termos gerais a aplicação das penas, no âmbito do direito penal visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. (cfr. Artº 40º, do CP). Está portanto aqui presente uma prevenção especial e geral positiva, na medida em que se pretende com a aplicação da pena, por um lado, consciencializar a sociedade do valor jurídico dos bens alvo de violação, e por outro fazer com que o agente condenado possa depois reintegrar-se na sociedade sem sofrer qualquer estigma social.

Já as medidas tutelares educativas visam, por um lado, educar os jovens para o direito, e por outro, corrigir a personalidade dos jovens, de forma a faze-los compreender os valores essenciais da sociedade e as regras básicas de convivência e a integrarem-se de forma digna e responsável na sociedade.

A LTE preconiza um estatuto especial para os jovens, ou menores, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, quando estes são autores de factos que a

lei penal tipifica como crime<sup>1</sup>. Nesta senda a lei tutelar educativa visa garantir a segurança e tranquilidade social, por um lado, e por outro, responsabilizar socialmente o menor, tendo como modelo fundamental a sua educação para a responsabilidade, para a cidadania, para a liberdade, para o respeito pelos outros e respeito pelas normas legalmente instituídas e socialmente aceites. Sendo que o menor delinquente, pode em última ratio ser alvo de medidas tutelares<sup>2</sup> legalmente previstas, tendo como medida mais gravosa, e cerceadora de direitos, a medida de internamento em centro educativo de regime fechado, medidas tutelares que lhe podem ser aplicadas, na condição desta aplicação resultar benefício e utilidade para a educação e correção do menor para a responsabilidade, para o direito, de forma a que possa pautar a sua vida, em liberdade, sem cometer crimes, respeitando os ditames socialmente estatuídos. Claro que nenhuma medida é aplicada sem que ao menor sejam garantidos todos os direitos<sup>3</sup> que a lei lhe confere. Sendo, o menor delinquente, reconhecido como sujeito de direitos, em qualquer fase de processo tutelar, mas também, correlativamente, sujeito de deveres, sendo que a LTE pode considerar-se conformada a um modelo de responsabilização adotando o *modelo educativo integral* e o *modelo social*<sup>4</sup>.

Ao longo do séc. XX, em Portugal, mas também noutros países europeus, os estados viveram nesta tensão permanente, no tocante à intervenção relativamente a menores delinquentes, entre proteção e repressão, educação e punição<sup>5</sup>.

Como fazemos notar nas páginas supra, defendemos uma intervenção do Estado sobre os jovens mais preventiva e educativa e menos repressiva e punitiva. O menor enquanto a sua personalidade está em formação apresenta certas fragilidades que não devem ser abordadas com repressão, mas sim tendo por base medidas corretivas e educativas, de forma a que o menor não se sinta estigmatizado ou rejeitado pela sociedade onde quer e deve estar em pleno. Esta intervenção, na eventualidade de menores delinquentes, a LTE deveria intervir nas idades

---

<sup>1</sup> Art. 1º., da LTE

<sup>2</sup> 4º, nº 1, da LTE.

<sup>3</sup> Art. 45º, da LTE.

<sup>4</sup> **DUARTE-FONSECA**, António Carlos, Internamento de Menores Delinquentes – a Lei Portuguesa e os Seus Modelos – Um Século de Tensão Entre Protecção e Repressão, Educação e Punição. Coimbra Editora, 2005, pág. 374.

<sup>5</sup> Ibidem, pág.494.

compreendidas entre os 14 e os 18 anos e não entre os 12 e os 16 anos, como atualmente acontece.

Na realidade o fenómeno da criminalidade juvenil é um problema grave e atual com o qual as sociedades modernas se deparam frequentemente. Não poderemos contudo pensar que este fenómeno se alojou ou que é mais frequente no seio de famílias desfavorecidas ou destruturadas, uma vez que este é um flagelo que se observa independentemente do estrato social, idade, sexo ou condição financeira.

A partir do momento em que a família e a própria escola não conseguem cumprir as funções educacionais, cabe à própria sociedade tal tarefa. Cabe-nos a nós, cidadãos comuns, criar modelos, inculcar-lhe valores para que estes grupos mais vulneráveis da sociedade possam seguir caminhos seguros em direção a um futuro saudável e afastados do crime, pautando a sua vida de forma responsável, no seio da sociedade de onde é originário e onde deve estar. Efetivando-se assim a sua responsabilidade para com a sociedade que deseja o menor, no seu seio, na sua plenitude.

Contribuindo, desta forma, para uma sociedade mais justa, mais sã, mais coesa e mais solidária, com os nossos jovens, futuros adultos, socialmente responsáveis.

Lisboa, 15 de janeiro de 2014

O Mestrando

António Joaquim Domingues

Aluno 21219

#### IV – REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

**ABREU**, Carlos Pinto de, **SÁ**, Inês Carvalho, **RAMOS**, Vânia Costa, *Proteção Delinquência e Justiça de Menores. Um Manual Prático para Juristas ... e não só.* 1.<sup>a</sup> ed. Edições Sílabo. Lisboa 2010. ISBN 978-972-618-594-9.

**ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.<sup>a</sup> ed. Actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa 2010. ISBN 978-972-54-0272-6

**ANTON** Julio, *Juventud Dificil y delincuencia juvenil – Direccion General de Juventud e Promocion social Cultural*, Madrid 1981.

**CANOTILHO**, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., 4.<sup>a</sup> Reimpressão, Almedina, Coimbra 2003. ISBN 978-972-40-2106-5

**CARVALHO**, Maria João Leote de, *entre as Malhas do Desvio*, Celta Editora, Oeiras 2003.

**CÓDIGO PENAL**, 2.<sup>o</sup> ed. – Edição Académica, Porto Editora 2012.

**COELHO**, Francisco Pereira, **OLIVEIRA**, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora. Coimbra 2008. ISBN 978-972-32-1547-2.

**CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA**, de 1989, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.apfn.com.pt/>.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA**, de 1959, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH>.

**DECRETO N.º 44289**, de 20 de Abril de 1962, Regulamento da Direção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores.

**DIAS**, Jorge de Figueiredo, *Código Penal, Parte Geral, Tomo I*, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2007, ISBN 972-32-1288-9.

**DIAS**, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – as Consequências Jurídicas do Crime*, Parte Geral II, Aequitas Editorial Notícias, 1993.

**DIAS**, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal – Secção de Textos da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, lições do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 1988-9.

**DUARTE-FONSECA**, António Carlos, Internamento de Menores Delinquentes – a Lei Portuguesa e os Seus Modelos – Um Século de Tensão Entre Protecção e Repressão, Educação e Punição. Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1322-2.

**FERNANDEZ** Alba e outros, Delicuencia juvenil, 1973, universidade de Santiago.

**FURTADO**, Leonor, **GUERRA**, Paulo, O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço, CEJ, 2001.

**GONÇALVES**, Manuel Lopes Maia, *Código de Processual Penal*, Anotado, 9.<sup>a</sup> ed Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 1998, ISBN 972-40-1135-6.

**GONÇALVES**, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 11.<sup>a</sup> ed, Almedina, Coimbra, 1997.

**LEI DE PROTEÇÃO DA INFÂNCIA**, de 27 de maio, de 1911, Diário do Governo de 14 de junho de 1911.

**LEY ORGÁNICA, 5/2000**, de 12 de Janeiro, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* – Publicado em BOE núm. 11 de 13 de Janeiro de 2000.

**MARTINS**, Ernesto Candeias, *A Problemática Socioeducativa da Proteção e da Reeducação dos Menores Delinquentes e Inadaptados* entre 1871 a 1962, dissertação de mestrado inédita apresentada na Universidade Católica Portuguesa, 1995.

**MIRANDA**, Jorge, **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral*, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

**NAÇÕES UNIDAS**, *Princípios Orientadores para a Prevenção da Delinquência Juvenil* (Princípios Orientadores de Riade), Adotados e Proclamados pela Assembleia Geral Resolução 45/112, de 14 de Dezembro de 1990, [Em linha]. [Consult. 31.Mai.2013], em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-27.html>.

**NAÇÕES UNIDAS**, *Regras para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*, Adotadas pela Assembleia Geral, Resolução 45/113, de 14 de Dezembro de 1990, [Em linha]. [Consult. 30.Mai.2013], em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-28.html>.

**ORGANIZAÇÃO TUTELAR DE MENORES (OTM)**, Dec.-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro.

**ORGANIZAÇÃO TUTELAR DE MENORES**, publicada em 20/04/1962, Decreto-Lei n.º 44288, Diário do Governo, I Série – Número 89.

**PILLADO**, Esther González e outros, *Processo Penal de Menores*, Universidade de Vigo, Valencia 2009.

**PINHEIRO**, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa 2010.

**PROTECCION DA FAMÍLIA**, *Infância e Menores*, 4ª. ed. atualizada, serie legislativa, coleccion sociedade e família.

**QUEIRÓS**, Raimundo, *a Responsabilidade Civil dos Menores, dos Pais e das Escolas*, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa 2012.

**RAMIÃO**, Tomé d'Almeida, *Organização Tutelar de Menores, Anotada e Comentada, Jurisprudência e Legislação Conexa*, 9.<sup>a</sup> ed. Atualizada e Aumentada. Quid Juris. Lisboa 2010. ISBN 978-972-724-494-2.

**SANTOS**, Boaventura Sousa, **GOMES**, Conceição, *Os Caminhos Difíceis da «Nova» Lei Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Observatório Permanente da Justiça, 2004.

**SILVA**, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 3<sup>o</sup> edição, revista e atualizada, Editorial Verbo 1996.

**SOTTOMAYOR**, Maria Clara, ***A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores***, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 71 (1995), Coimbra.

**SOTTOMAYOR**, Maria Clara, **SILVA**, António Luís Mesquita, **FERNANDES**, Ana Isabel Fonseca Leonilda da Costa, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, a Função dos Juízes Sociais, Actas do Encontro*. Fundação Para o Desenvolvimento Social do Porto, Universidade Católica Portuguesa – Porto, Faculdade de Direito. Almedina. Coimbra 2003. ISBN 978 972 402001 3.

**VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, **MULAS**, Nieves Sanz, *Direito de Menores, Estudo Luso-Hispânico Sobre Menores em Perigo e Delinquência Juvenil*, 1.<sup>a</sup> ed. Âncora Editora. Lisboa 2003. ISBN 972 780 117 X.

---