

A DINÂMICA DO PROCESSO NA LEI TUTELAR EDUCATIVA

— CONTRIBUTO PARA A RESOLUÇÃO DE QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS SUSCITADAS NA SUA APLICAÇÃO¹

HELENA SUSANO

A autora efectua uma análise das questões controvertidas que a Lei Tutelar Educativa tem vindo a suscitar a nível jurisprudencial, entre as quais: a definição do momento de instauração do processo, importante na matéria relativa às apenações, a possibilidade de arquivamento liminar em caso de crime de consumo de produtos estupefacientes, a relevância da desistência da denúncia, o desconto da sujeição a medida cautelar na aplicação da medida tutelar de internamento (matéria sobre a qual o STJ já fixou jurisprudência) e a aplicação de uma medida tutelar única em lugar do cumprimento sucessivo de medidas cautelares cujo cumprimento simultâneo não é possível. E termina propondo reformas concretas ao teor da LTE porque “a tomada de decisões completamente divergentes em tais matérias, designadamente as que contendem com liberdades, direitos e garantias, constitui um factor de injustiça relativa e de descrédibilização do sistema judiciário”.

1. A internacionalização do Direito a que se tem vindo a assistir a partir da segunda metade do séc. XX e, em especial, a dos direitos da criança, criou limites fixados pela sociedade internacional aos Estados com a criação de textos de cariz universal e regional.

Relevam, em particular, a DDC, adoptada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1959, que durante largos anos foi a pedra basilar do enquadramento para os direitos das crianças e a CNUDC, em 1989, que “*reconheceu à criança capacidade de auto-determinação e direito a participar e a ser ouvida em todos os processos que lhe digam respeito*”² e tornou os Estados-partes juridicamente responsáveis pela sua realização.

¹ O presente texto constitui a versão sintetizada do Relatório apresentado em Setembro de 2008, na disciplina de Criminologia, no Curso de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa, leccionada pelo Sr. Prof. Doutor Paulo Sousa Mendes, a quem agradeço o incentivo à sua publicação.

² Sottomayor, M. Clara, «O Poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança», in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens — a função dos Juízes sociais. Actas do Encontro*, Coimbra, Almedina, 2003

No que tange à criminalidade juvenil, a nível internacional, foram adoptadas as “Regras de Beijing”, em 1985, que visam a protecção social dos jovens e proporcionalidade das sanções a aplicar; as “Directrizes de Riade”, em 1990, que versam sobre a prevenção da delinquência juvenil; e as “Regras de Tóquio”, também em 1990, estabelecendo regras sobre a privação da liberdade dos jovens.

Na Europa, destacam-se a Recomendação R(87)20, sobre as reacções sociais à delinquência juvenil e, mais recentemente, em 2000, entrou em vigor a CEEDC³.

Este conjunto de textos preconiza um modelo de intervenção baseado na doutrina da protecção integral, aplicável a todas as crianças, que são vistas como titulares de direitos universalmente reconhecidos⁴.

São dois os modelos de intervenção em sede de justiça de crianças e jovens: o de protecção e o de justiça. O modelo de protecção, que dominou a legislação de diversos países durante muito tempo, privilegia o interesse do jovem em unísono, qualquer que seja a sua situação, delinquência ou mera desprotecção sócio-familiar, por entender que em ambos os casos se trata de uma pessoa carecida de protecção e de assistência. Defende que a criança não é responsável pelos seus actos, os quais são relegados para segundo plano, e a intervenção judiciária visa apenas a protecção do menor, não a punição, fazendo a equiparação processual entre crianças em risco e crianças delinquentes. O processo é informal, conduzido pelo Juiz e a duração das medidas pode ser indeterminada.

Este modelo começou a ser posto em crise progressivamente a partir dos anos 70, passando a considerar-se a defesa da sociedade e a entender-se que a inserção do jovem no sistema judiciário, quando inevitável, deverá conformar-se em normas especializadas para a sua condição de pessoa em formação, que se nortearão pelo princípio da legalidade, ressaltando a importância dada às garantias processuais, à exigência de motivação das decisões, à delimitação de competências entre juiz e MP e aos direitos da defesa. Pretende-se que o jovem assuma a responsabilidade da sua conduta e a sanção a aplicar deve ser proporcional à gravidade do ilícito cometido e condições de personalidade do menor.

Ambos os modelos foram sujeitos a diversas críticas⁵, sendo certo que,

³ Para uma enunciação completa de todos os diplomas relativos à justiça juvenil, Santos, B. Sousa et al., *Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa, Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004, p. 56-81.

⁴ Veja-se Martin-Chenut, Kathia, *A internacionalização dos direitos humanos e as respostas à delinquência juvenil*, Comunicação realizada no XIII Congresso Mundial de Criminologia, (<http://pagesperso-orange.fr/societe.internationale.de.criminologie/pdf/Intervention%20Martin%20Chenut.pdf>), acesso em 12-12-2007.

⁵ Sobre esta matéria, para maior desenvolvimento, veja-se Santos, Boaventura Sousa et al. (nota 3), p. 40-52.

na maioria das ordens jurídicas, estes modelos não são assumidos na forma pura.

Em Portugal, com a entrada em vigor da LTE, foi dado um passo decisivo na adopção de uma linha de responsabilização do acto criminal praticado por adolescente entre os 12 e os 16 anos de idade, marcando-se uma ruptura importante com o sistema até então vigente, de cariz meramente proteccionista, consagrado na OTM de 1962⁶, objecto de reforma em 1978, e aplicável, de igual forma, quer ao menor autor da prática de facto criminalmente relevante, quer ao menor familiar e socialmente desprotegido, cuja situação de facto passou a encontrar subsunção na LPCJP.

Consagrou-se, a partir de então, um modelo de justiça penal para os menores de idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, que constitui um efectivo direito penal de menores cujo escopo é o da “*educação para o direito*”, mas sem perder de vista quer a protecção que o Estado deve proporcionar às suas crianças e jovens, em obediência ao art. 69.º da CRP⁷, quer a reeducação que a responsabilização pela prática do facto ilícito deve despoletar⁸.

O modelo em vigor constitui, assim, uma solução de comprometimento eclético entre os dois modelos, arredando-se a vertente mais extrema de cada um deles⁹, que visa harmonizar a salvaguarda dos direitos dos menores, conferindo legitimidade à intervenção, com a satisfação das expectativas comunitárias em relação ao menor infractor.

Num momento em que o poder político assumiu a necessidade de proceder a alterações à LTE, o presente trabalho visa proporcionar uma reflexão sobre as questões controvertidas que a sua aplicação tem suscitado a nível jurisprudencial¹⁰ e apontar, à luz dos princípios que a norteiam, soluções para

⁶ Decreto-Lei n.º 44 288, de 20 de Abril de 1962, norteado pelo princípio de que todo o menor-problema constitui uma pessoa carecida de protecção, sendo relegados para segundo plano os factos ilícitos praticados pelo menor por consubstanciarem meros sintomas de inadaptação, adquirindo relevo apenas a personalidade do menor e as suas condições familiares e de vida, com o afastamento do menor do sistema penal.

⁷ Art. 69.º — “*Infância: 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e demais instituições; 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal; 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.*”

⁸ “O Estado tem o direito — e o dever — de intervir correctivamente — mesmo contra a vontade de quem está investido do poder paternal — sempre que o menor, ao ofender normas criminais, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico”, EM, ponto 5.2.

⁹ Veja-se Moura, José Adriano de Souto, «A tutela Educativa: Factores de Legitimação e Objectivos», *Direito Tutelar de Menores — O Sistema de Mudança*, Coimbra: Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Procuradoria-geral da República, 2002, n.º 5, p. 91-119: “O sistema tutelar educativo que ora se pretende introduzir será então uma “terceira via” que tenta conciliar um princípio incontornável de subtracção do menor ao sistema penal — e por aí se aproxima do sistema de protecção, com uma disciplina mais garantística do ponto de vista processual e com uma estratégia responsabilizante, com o que cobra alguma similitude com o modelo de justiça penal”.

¹⁰ Nesta selecção tivemos como fonte Santos, B. Sousa *et al.* (nota 3) e toda a jurisprudência dos Tribunais de 2.ª instância que se encontra na Base de Dados da DGSJ, in www.dgsi.pt.

os problemas detectados. Partindo de uma delimitação da aplicação da LTE e fazendo uma breve incursão pela dinâmica do seu procedimento, pretende-se analisar a temática em crise numa perspectiva sistemática global e, quando possível, cotejá-la com o regime espanhol cujo modelo se assemelha ao português, por serem ambos herdeiros do modelo de protecção, combinando elementos que lhe são próprios com o modelo de justiça, que vieram a perfilhar. Em jeito de conclusão, elabora-se uma proposta de clarificação das normas já existentes e de inclusão de outras na LTE, a fim de se obter uma uniformização da jurisprudência na aplicação das matérias actualmente controvertidas.

2. A prática de facto qualificado como crime por menor de idade compreendida entre os 12 e os 16 anos dá lugar à aplicação de uma medida tutelar (art. 1.º da LTE¹¹) e o procedimento tendente a essa aplicação encontra-se regulado nesse diploma que contém o respectivo conjunto de normas de processo. Nesta medida, pode dizer-se que este diploma contém um verdadeiro direito processual, com especificidades relativamente ao processo penal constante do CPP que designaremos, em contraposição, por “comum”.

Tais especificidades decorrem do nível etário dos destinatários¹² e consequente escopo da LTE, designadamente o da “*educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade*” (art. 2.º). Decorre desta finalidade legal que a prática de facto tipificado como crime não dá necessariamente lugar à aplicação de uma medida tutelar educativa, antes podendo despoletar a protecção social do menor, em estreita articulação com a intervenção de cariz protectivo (veja-se o art. 43.º, n.ºs 1 e 2).

Há, portanto, que concluir que são três os pressupostos da intervenção tutelar educativa: *i)* a verificação do cometimento do facto ilícito por menor de idade compreendida entre 12 e 16 anos, tipificado na lei penal (o qual, sendo necessário, não é requisito suficiente para a aplicação de medida tutelar educativa); *ii)* a necessidade de educação do menor para a convivência saudável em sociedade, com o respeito pelas normas do direito¹³; *iii)* que essa

¹¹ Pertencerão a este diploma todos os artigos que vierem a ser mencionados sem indicação de origem.

¹² Veja-se Moura, J. A. Souto de (nota 9), “*Ou seja, se em rigor o menor não comete crimes, a tutela educativa deverá fazer-se sentir sempre que o menor adopte um comportamento descrito na lei penal como crime, portanto, penalmente ilícito*”.

¹³ A este título, dizem Rodrigues, Anabela M. e Duarte-Fonseca, A. C., *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 57: “*a intervenção não deve ter lugar se a prática do facto exprimir ainda uma atitude de congruência ou mesmo tão-só de não respeito para com os valores jurídicos essenciais. E a mesma solução deve valer para os casos em que a prática do facto, posto que objectivamente desvaliosa, se insere nos processos normais de desenvolvimento da personalidade, os quais incluem, dentro de limites razoáveis, a possibilidade de o menor testar a vigência das normas através da infracção*”.

necessidade se verifique no momento da aplicação da medida, no qual o menor ainda não deve ter completado 18 anos (carecendo de qualquer sentido, face à *ratio* da finalidade da intervenção, que esta incida sobre o menor que, após praticado o facto, tenha assumido condutas conformadoras com o respeito pelas normas reguladoras de convivência social, o que, obviamente, exclui o menor que sofra de anomalia psíquica que o impeça de compreender o sentido da intervenção tutelar e bem assim o menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos a quem tenha sido aplicada pena de prisão efectiva em processo penal — arts. 1.º, 7.º, n.º 1, 28.º, n.º 2, 49.º, 87.º, n.º 1, e 110.º, n.º 2).

3. O processo organiza-se em dois momentos distintos: o inquérito, dirigido pelo MP e a fase jurisdicional, presidida pelo Juiz. O primeiro deles não dispensa a intervenção do Juiz sempre que estejam em causa direitos fundamentais.

As competências do MP encontram consagração no art. 40.º e consubstanciam a materialização dos direitos relativos à infância firmados nos arts. 69.º e 70.º do texto fundamental, concatenados com as atribuições constitucionalmente previstas para o MP, designadamente as constantes do 219.º e arts. 1.º e 3.º, n.º 1, al. a), do EMP. Deve sustentar a sua actuação a protecção do superior interesse do menor, para tanto promovendo a acção tutelar educativa que constitui, de acordo com a *ratio* do diploma, instrumento para a concretização dessa prossecução. E, assim sendo, deve sempre actuar em defesa dos interesses do menor, assegurando as garantias processuais no processo tutelar educativo¹⁴.

O exercício desse poder jurisdicional compete aos tribunais de família e menores¹⁵. Fora das áreas abrangidas pela jurisdição destes tribunais cabe ao tribunal de comarca conhecer as causas que àqueles estão atribuídas, constituindo-se, nestes casos, em tribunal de família e menores (art. 29.º, n.ºs 1 e 2).

É hoje pacífico, porque a jurisprudência, na sequência de conflitos de competência suscitados no início da aplicação da LTE e da LPJCP, é unânime e abundante nesse sentido, que a competência no âmbito do processo tutelar educativo é atribuída, nos tribunais de comarca com competência especializada, às secções criminais, ao passo que o processo de promoção e protecção previsto na LPCJP corre termos nas secções cíveis.

No que tange à competência em razão do território, é competente para

¹⁴ Veja-se Rodrigues, Anabela M. e Duarte-Fonseca, A. C., (nota 13), p. 129-130, em anotação ao art. 40.º

¹⁵ Assim o consagra o disposto no art. 28.º: “Compete ao tribunal de família e menores: a) a prática de actos jurisdicionais relativos ao inquérito; b) a apreciação de factos qualificados pela lei como crime, praticados por menor com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos, com vista à aplicação de medida tutelar; c) a execução e a revisão das medidas tutelares; d) declarar a cessação ou a extinção das medidas tutelares”.

a apreciação dos factos e para a aplicação de medida o tribunal da residência de menor no momento em que for instaurado o processo (art. 31.º)¹⁶. Se a residência do menor for desconhecida, é competente o tribunal da residência dos titulares do poder paternal e se estes tiverem diferentes residências, é competente o tribunal daquele a cuja guarda o menor estiver confiado ou, no caso de guarda conjunta, com quem o menor residir (n.ºs 2 e 3). Nos casos não previstos nos números anteriores, é competente o tribunal do local da prática do facto ou, não estando este determinado, o tribunal do local onde o menor for encontrado (n.º 4). Todas estas regras de fixação de competência operam sem prejuízo de o tribunal da prática do facto e do local onde o menor for encontrado realizarem as diligências tidas por urgentes (art. 33.º).

4. O momento da fixação da competência tem dado azo a diferentes interpretações jurisprudenciais. O art. 32.º fixa-o no momento da “*instauração do processo*” e este conceito, já constante do art. 31.º¹⁷, e em estreita conexão com os arts. 35.º e 37.º, que regem a conexão e apensação de processos, tem vindo a ser interpretado de forma divergente pela jurisprudência.

Entendeu-se já o momento como sendo o da data de elaboração da participação para instauração de um processo tutelar de menor¹⁸ e, ainda, o da recepção pela respectiva secretaria da participação geradora do processo tutelar¹⁹. Esta questão é particularmente relevante para a apensação de processos, prevista nos arts. 35.º, n.º 2, e 37.º, n.º 1, porquanto é ao processo que foi instaurado em primeiro lugar que são apensados os demais, sejam tutelares educativos, de promoção ou protecção, ou tutelares cíveis²⁰.

Como definir, então, qual é o momento da instauração do processo?

A LTE não o define em outras normas, não sendo possível interpretar este conceito a partir do próprio diploma.

O ProjFin afastou, em sede de competência territorial, os critérios previstos no CPP, mantendo-se o critério preferencial da residência do menor, que importou do art. 32.º, n.º 1, da OTM78.

Desta feita, o histórico do preceito remete-o para uma natureza cível.

Dita o disposto no art. 267.º do CPC que a instância se inicia pela proposição da acção e esta considera-se proposta, intentada ou pendente logo

¹⁶ Veja-se o Ac. do TRL, Goes Pinheiro, de 28.08.2002: “*É competente para conhecer do processo tutelar o tribunal da área da residência do menor sendo irrelevante a sua colocação em lar de acolhimento, a título provisório, situado na área de outra comarca*”, in www.dgsi.pt

¹⁷ Art. 31.º — “*É competente para a apreciação dos factos e para a aplicação de medida tutelar o tribunal da residência do menor no momento em que for instaurado o processo*”.

¹⁸ Ac. TRL, Nuno Gomes da Silva, 28.09.2000 e Almeida Semedo, 26.04.2001, in www.dgsi.pt

¹⁹ Decisão de conflito de competência; Ac. TRL, 3.4.2000; Ac. TRL, Franco de Sá, 11.7.2000 in www.dgsi.pt

²⁰ Sobre esta matéria, veja-se Vidal, Joana Marques, «Processos Tutelares: que articulação?», *Direito Tutelar de Menores — O Sistema de Mudança*, Coimbra: Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Procuradoria-geral da República, 2002, n.º 5, p. 159-181.

que seja recebida na secretaria a respectiva petição inicial, sem prejuízo do disposto no art. 150.º do mesmo diploma legal.

Esta solução conforma-se harmonicamente com o processo tutelar e, ademais, com o sistema normativo processual-penal.

Traz-se à colação, a este propósito, o acto jurídico que é o exercício do direito de queixa, em registo escrito a dar entrada nos serviços do MP ou OPC, e que consubstancia o acto idóneo a “instaurar” o procedimento criminal.

Cremos, desta feita, ser correcta a interpretação de que o momento de instauração do processo é o da apresentação da denúncia nos serviços do MP ou do OPC e, no caso de denúncia obrigatória, a data em que a mesma é lavrada pelo OPC ou por funcionário (equivalendo, em termos meramente formais, a uma denúncia apresentada no local competente).

Ora, uma vez que a definição do momento da instauração do processo tem conduzido a interpretações diferentes e suscitado dificuldades na aplicação das normas, designadamente a constante do art. 37.º, cremos que seria útil a inclusão de uma norma na LTE que clarificasse a identificação do momento da instauração do processo.

De acordo com o n.º 2 do art. 75.º, a fase de inquérito destina-se a efectivar as diligências que visam investigar a existência de facto qualificado pela lei como crime e determinar a necessidade de educação do menor para o direito, com vista à decisão sobre a aplicação de medida tutelar.

Na execução desta tarefa o MP é coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal quanto à investigação do modo e circunstâncias da prática do facto e pelos serviços de reinserção social, no que tange às informações de cariz socio-familiar a que se alude no art. 71.º. Compete ao MP, no uso do poder de direcção, decidir quais os actos requeridos que interessam à boa decisão da questão, indeferindo aqueles que apenas visam protelar o inquérito, efectuando-os pela ordem que reputar de mais conveniente (art. 80.º).

Vigora o princípio da oportunidade quanto à decisão do MP de arquivar liminarmente o inquérito, observados que sejam os requisitos constantes do art. 78.º, a saber, se o facto for qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a um ano e, em face da informação a que alude o n.º 2 do art. 73.º, se revelar desnecessária a aplicação de medida tutelar face à reduzida gravidade dos factos, à conduta anterior e posterior do menor e à sua inserção familiar, educativa e social. O mesmo princípio permite ao MP decidir pela suspensão do processo pelo período máximo de um ano. Esta pressupõe a existência da necessidade de educação do menor para o direito e que o facto seja qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a cinco anos e o menor apresente um plano de conduta que evidencie estar disposto a evitar, no futuro, a prática de factos qualificados pela lei como crime (art. 84.º).

O encerramento do inquérito opera-se através de duas modalidades distintas: ou pelo seu arquivamento ou com o requerimento da abertura da fase jurisdicional.

O arquivamento ocorre quando o MP conclui pela inexistência do facto, insuficiência de indícios da prática do facto ou quando for desnecessária a aplicação de medida tutelar, se o facto ilícito for punível com pena de prisão de máximo não superior a três anos. Resulta do aludido art. 84.º que ainda que o MP considere desnecessária a aplicação de medida tutelar, mas o facto seja punível com pena de máximo superior a três anos, há necessariamente a remissão do processo para a fase jurisdicional, a fim de que o Juiz anua à proposta do MP para o arquivamento do processo nos termos do disposto no art. 93.º, n.º 1, al. b)²¹. A jurisprudência já se pronunciou negativamente quanto à possibilidade de arquivamento do inquérito relativamente ao menor que praticou vários ilícitos, cada um deles com pena inferior a três anos, mas cuja soma ultrapassa os mencionados três anos, ainda que o MP verifique a desnecessidade de aplicação de medida educativa²².

5. A existência de denúncia constitui um requisito de admissibilidade do procedimento tutelar educativo.

Qualquer pessoa possui a faculdade de denúncia relativamente ao menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos que tenha cometido facto tipificado como crime, nos termos do disposto no art. 72.º Porém, se o facto for qualificado como crime cujo procedimento depende de queixa ou de acusação particular, a legitimidade para a denúncia cabe ao ofendido. É obrigatória para os órgãos de polícia criminal, quanto aos factos a que tomem conhecimento e bem assim para os funcionários, quanto a factos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas (art. 73.º). Mas tal consagração de denúncia obrigatória não colide com a legitimidade para a denúncia que cabe ao ofendido, e exigência da sua apresentação, nos termos do art. 72.º

Adquirida por este meio a notícia do facto, o MP determina a abertura de inquérito (art. 74.º). Ou seja, há sempre a obrigatoriedade de abertura de inquérito, uma vez verificados os pressupostos da sua procedibilidade, designadamente o exercício de direito de denúncia pelo ofendido nos casos de crimes semi-públicos e particulares.

²¹ Neste sentido a jurisprudência tem sido unânime. Veja-se o Ac. TRC, Alice Santos, 7.03.2007: *"O MP só pode proceder ao encerramento do inquérito se concluir pela desnecessidade de aplicação de medida tutelar e desde que o facto qualificado como crime seja punível com pena de prisão inferior a três anos, em obediência ao art. 87.º, n.º 1, al. a), da LTE; pode o MP arquivar liminarmente o inquérito apenas se o facto for qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a um ano e se revelar desnecessária a aplicação de medida tutelar face à reduzida gravidade dos factos, à conduta anterior e posterior do menor e à sua inserção familiar, educativa e social (art. 78.º, n.º 1, da LTE)"* in www.dgsi.pt

²² Ac. TRL, Margarida Bacelar, 6.2.2007: *"Em processo tutelar, no qual estão em causa vários crimes praticados pelo mesmo menor, cada um deles punível com pena inferior a três anos de prisão mas cuja soma ultrapassa este limite, o Ministério Público, considerando desnecessária a aplicação de qualquer medida tutelar, deve submeter a proposta de arquivamento à apreciação do juiz, requerendo, para tanto, a abertura da fase jurisdicional"*, in www.dgsi.pt.

Para além do poder de dirigir o inquérito (art. 75.º), o MP detém, como materialização do princípio da oportunidade, a faculdade de determinar o arquivamento liminar e a suspensão do processo.

O arquivamento liminar encontra-se previsto no art. 78.º e pressupõe que o facto ilícito seja punido com pena de prisão de máximo não superior a um ano e, cumulativamente, se revele desnecessária a reeducação para o direito através de medida cautelar, tendo como fundamento a informação a que se alude no art. 73.º, n.º 2, a qual incide sobre a conduta anterior do menor e bem assim a sua situação familiar, educativa e social, elaborada pelas entidades policiais e a apresentar com a denúncia ou nos oito dias subseqüentes.

E no caso de o OPC não prestar a referida informação, ficará, em face da letra da lei, precluída a possibilidade do arquivamento liminar?

Entendemos que não. Deverá ser feita uma interpretação extensiva do preceito, designadamente a de que o legislador disse menos do que aquilo que queria dizer. Com efeito, não obstante a letra da lei exigir a informação mencionada no n.º 2 do art. 73.º, nada impede, a nosso ver, que para além dela ou mesmo em sua substituição o MP se muna de informações tendentes a uma tomada de decisão a partir de outras fontes institucionais, designadamente do IRS.

Aliás, nesta matéria em particular da situação familiar, educativa e social, cremos que a optimização e a segurança técnica da informação deveria passar por um relatório a elaborar por serviços do IRS, ainda que preliminar e sintético, solicitado de imediato aquando da elaboração da denúncia, a apresentar nos oito dias que o artigo já prevê, uma vez que os serviços do IRS possuem uma formação técnica especializada para apurar as mencionadas condições que, de um modo geral, o OPC não detém.

A norma contida no n.º 2 do art. 78.º, que prevê o arquivamento liminar do processo, remete-nos para a problemática suscitada com a entrada em vigor da Lei 30/2000 que define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao DL 15/93, de 22.1., designadamente com a norma revogatória constante do seu art. 28.º

Sem cuidarmos proceder a uma análise pormenorizada da questão atinente à detenção de produto em quantidade superior ao consumo médio para dez dias, que obviamente se situa à margem destas reflexões e que tem dividido a jurisprudência²³, dir-se-á tão-só que se se perfilhar o entendimento

²³ Vejam-se: no TRL, Ana Sebastião, 8.07.2003, Maria Isabel Duarte, 16.02.2005, João Carrola, 10.11.2005, e Margarida Blasco, 3.05.2007 — “1. Com a publicação e entrada em vigor da Lei n.º 30/2000 operou-se uma cisão do regime punitivo do consumo de estupefacientes: para os casos menos graves um regime punitivo qualitativamente diferente, a contra-ordenação;

de que o art. 40.º foi revogado, excepto no que tange ao cultivo, como decorre da letra da lei da respectiva norma revogatória, e a detenção de quantidade necessária para o consumo médio individual superior ao período de dez dias consubstancia o crime de ilícito previsto no art. 21.º da Lei 15/93, de 22.1, o art. 78.º, n.º 2, carece de actualização, pois o crime de consumo deixou de estar tipificado.

O mesmo sucederá, pelo mesmo motivo, se se tiver por bom o entendimento de que tal detenção constitui mera contra-ordenação.

Se se considerar que o crime de consumo subsiste para a aludida detenção, devendo ser feita uma interpretação restritiva da norma revogatória²⁴, então o art. 78.º, n.º 2, deve ser lido em conformidade com esse entendimento.

para as restantes situações a manutenção de uma pena. 2. A detenção de produto estupefaciente, em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante dez dias, e destinada apenas ao consumo do agente, integra o cometimento do ilícito p. e p. pelo art. 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a que corresponde pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias”; no TRC, Oliveira Mendes, 15.12.2004, e Esteves Marques, 18.10.2006 — “A detenção de produtos elencados nas tabelas I-B e I-C anexas ao Dec-Lei 15/93, exclusivamente destinados ao consumo próprio, ainda que em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, constitui contra-ordenação prevista no artigo 2.º da Lei 30/2000”; Em sentido diverso, no TRC, Ribeiro Martins, 7.03.2007 e no TRL, Cid Gerales, 15.11.2007, “A interpretação mais acertada, após a entrada em vigor da Lei n.º 30/00, de 29-11, é aquela que sustenta que a aquisição e a detenção para consumo de estupefacientes em quantidade que exceda a necessária ao consumo médio individual durante o período de dez dias se integra na previsão do disposto no artigo 21.º do DL 15/93 (depois passível de conjugação com o artigo 25.º)”, todos in www.dgsi.pt.

- ²⁴ Neste sentido a Jurisprudência mais recente do STJ: Ac. de 25.06.2008, Souto Moura “V — A partir da entrada em vigor da Lei 30/2000, de 29-11, suscitaram-se fundadas dúvidas sobre o regime a aplicar, aos casos em que houvesse detenção só para consumo, e de quantidades de estupefaciente superiores ao necessário para o período de dez dias, à luz da Portaria indicada. VI — As opiniões divergiram tanto na jurisprudência como na doutrina, desde quantos entenderam ter-se operado não só uma descriminalização, como uma total despenalização do consumo ou detenção para consumo (sempre excluído o caso do cultivo), a quantos consideraram que estaria em causa sempre uma contra-ordenação, e independentemente da droga detida. Também se defendeu que o art. 40.º do DL 15/93, de 22-01, teria ficado só parcialmente revogado, mantendo-se em vigor na parte não prevista no art. 2.º da Lei 30/2000, de 29-11. Finalmente, já se considerou que o art. 21.º e, eventualmente, até com mais probabilidades, o art. 25.º, se aplicariam também a casos de consumo, estando em causa quantidades superiores a dez doses diárias. VII — O art. 1.º da Lei 30/2000, de 29-11, determina no seu n.º 1 o objecto do diploma, como a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. No n.º 1 do art. 2.º da Lei diz-se que “o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação”. Mas, como se viu, logo o n.º 2 acrescenta: “Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”. VIII — O n.º 2 do art. 2.º da Lei 30/2000 é claro quando usa a expressão “Para efeitos da presente lei”. Um dos efeitos da lei em causa é a abordagem do consumo como contra-ordenação. Se a quantidade for superior ao correspondente ao consumo para dez dias, a lei quis que os seus efeitos se não fizessem sentir, é dizer, pretendeu que a situação ficasse excluída da disciplina que introduziu, porque adopta uma expressão categórica e imperativa: “não poderão exceder”.

Esta diversidade jurisprudencial possui, na aplicação prática do art. 78.º, n.º 2, a maior relevância, porque dela pode depender um arquivamento liminar do processo ou a respectiva impossibilidade, por esvaziamento do respectivo teor (inexistência de crime de consumo).

Uma alteração da LTE terá, pois, de ter como objecto a norma contida no n.º 2 do art. 78.º

Não obstante verificar que o menor deve ser reeducado para o direito, o MP pode aplicar o regime de suspensão do processo, se o facto cometido for punido com pena de prisão de máximo não superior a cinco anos e o menor manifestar disposição para, no futuro, se pautar pelas normas do direito, apresentando um plano de conduta em conformidade (arts. 84.º e 85.º).

Para além da possibilidade de arquivamento liminar e de suspensão do processo, coloca-se a questão de saber qual a solução a adoptar nos casos em que, tratando-se de factos subsumíveis à categoria de crimes particulares e semi-públicos, o ofendido venha aos autos declarar que pretende desistir do procedimento criminal contra o menor.

A LTE não regula expressamente esta matéria.

Na análise desta questão devem invocar-se, em primeira linha, os princípios que sustentam a intervenção do Estado em matéria penal. E, assim, há que sublinhar a natureza subsidiária e o princípio da “intervenção mínima” em matéria penal como cerne limitador da intervenção estadual. Ademais, há que conjugar a necessidade desta intervenção face à delinquência com a restrição aos direitos fundamentais, a nortear pelos princípios da necessidade e proporcionalidade consagrados no 18.º, n.º 2, da CRP e, nesta medida, só é aceitável que ela se faça em nome de outros interesses, também constitucionalmente protegidos.

A resolução da questão passa, também, concomitantemente, por interpretar o modelo de intervenção que esteve subjacente à concepção da LTE, uma vez que uma visão puramente proteccionista da intervenção do Estado implica que este detenha o poder/dever de intervenção qualquer que seja a vontade do lesado, ao passo que a adopção de uma intervenção tutelar sustentada na educação para o direito conduz à exigência de uma harmonia processual penal, ao nível das exigências procedimentais, sem embargo de existência de especificidades próprias do modelo tutelar.

A EM que precede a LTE é um documento precioso em matéria de princípios regimentais. Dela se extrai, em síntese, que o modelo proteccionista se encontra desadequado aos direitos fundamentais do menor que importa considerar e bem assim à necessidade que a sociedade actual exige de combate à delinquência juvenil. Mais aí se diz que, implicando restrições a direitos do menor e de direitos dos progenitores, a intervenção do Estado deve ser excepcional e pautar-se pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade. E mais adiante acrescenta-se: “(A intervenção tutelar”) *Deve confinar-se aos casos em que o Estado se encontra legitimado para educar o menor mesmo contra quem está investido no poder paternal. O que apenas pode admitir-se quando se tenha manifestado uma situação desviante que torne clara a*

ruptura com elementos nucleares da ordem jurídica”²⁵. Tem, portanto, toda a pertinência que esta ruptura decorra de ilícitos que a ordem jurídica reputa como mais graves, relativamente aos quais o interesse público se impõe e dispensa a intervenção inicial dos directamente ofendidos.

Como também se deixou consagrado na EM, “*se a intervenção tutelar não deve realizar-se nos moldes estritos do direito penal, não está, no entanto, excluído que não deva encontrar inspiração nesse sistema*”²⁶. A EM²⁷ sustentou a exigência do exercício do direito de denúncia quanto aos crimes particulares e semi-públicos no facto de as condições de procedibilidade se encontrarem ligadas ou à reduzida gravidade do facto ou à necessidade de tutela de certos direitos da vítima, entre os quais o da intimidade. E aí se acrescenta que qualquer das razões permanece válida quando o agente do facto for menor de 16 anos. Quanto à gravidade, porque se tornam menos imperativas as razões que determinam a necessidade de educação do menor para o direito e, havendo-as, será razoável atribuir-se a um membro da comunidade (o ofendido) o primeiro juízo sobre elas; quanto à tutela da vítima, porque a menoridade não diminui (pelo contrário, pode agravar) o interesse na disponibilidade do direito à acção.

Ora, as razões que fundamentam a exigência da apresentação de denúncia hão-de sustentar a relevância da respectiva desistência, conduzindo à extinção do procedimento criminal por falta de legitimidade do MP para prosseguir a acção tutelar educativa²⁸.

E não se argumente que o modelo da LTE, híbrido entre as vertentes proteccionista e de justiça, inviabiliza esta solução, ou que a mesma se mostra contraditória com outras soluções, designadamente no que respeita ao desconto de medida cautelar na aplicação da medida de internamento. Com efeito, importa considerar, a nosso ver, que a intervenção estadual resulta da legitimação do Estado para “educar” e que, em primeira linha, compete ao ofendido declarar que entende que a ruptura com a ordem jurídica perpetrada pelo menor é de molde a tutelá-lo a ele, ofendido. Se é o próprio ofendido que vem declarar que não a entende gravosa e que a situação despoletada pela conduta do menor não necessita da tutela jurídico-penal, então o Estado carece de legitimação para a referida “educação”, assim como, no âmbito do Direito Penal, a apresentação de queixa e a consequente desistência retira a legitimidade do MP para prosseguir a acção penal.

Impõe-se, ainda, nesta matéria, a referência às “Regras de Beijing” e

²⁵ EM, ponto 4.

²⁶ EM, ponto 6.

²⁷ EM, ponto 12.

²⁸ Solução perfilhada por Fernando, Rui do Carmo Moreira, «Lei Tutelar Educativa, Traços Essenciais na perspectiva da intervenção do Ministério Público», *Direito Tutelar de Menores — O Sistema de Mudança*, Coimbra: Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Procuradoria-Geral da República, 2002, n.º 5, p. 120-145.

bem assim à “Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 1987 sobre “As Reacções Sociais à Delinquência Juvenil”, respectivamente as regras 11.1.²⁹ e n.º 2³⁰, em que se privilegiam os recursos a meios extrajudiciais na administração da justiça de menores, o que importa conjugar com a respectiva transposição para o art. 42.º sobre a cooperação das entidades públicas ou privadas de mediação, e cujo resultado poderá ser a desistência da queixa. Com efeito, sem grande tradição entre nós, a ideia de mediação apresenta-se como “*uma alternativa aos modelos retributivo e de reinserção social*” e “*enquadra-se num objectivo de educação do menor para o direito, com vista à “realização das finalidades do processo”*”³¹. Consubstancia um modo extra-processual de resolução de conflito.

O sistema europeu que mais semelhança apresenta com o português é o espanhol, por ambos conjugarem elementos do modelo de protecção, adoptado antes da entrada em vigor das reformas recentes que introduziram o modelo de justiça³².

Em Espanha, encontra-se em vigor a LO 5/2000, actualizada pela LO 8/2006, aplicável aos menores de idade compreendida entre os 14 e os 18 anos. O início do procedimento tem origem na denúncia feita por quem tenha notícia do facto praticado pelo menor ao Ministério Fiscal, que admitirá ou não a tramitação dessa denúncia. A LO 5/2000 permite que o Ministério Fiscal ponha termo ao processo mediante conciliação ou reparação entre o menor e o ofendido, solução esta condicionada à gravidade e circunstâncias do facto delituoso e, além do mais, ao pedido de desculpas do menor e sua aceitação pelo ofendido. Porém, tal solução mediadora e reparativa congénere ao nosso art. 42.º, também não consigna a relevância da desistência de queixa.

6. Encerrado o inquérito, o MP arquiva-o ou requer a abertura da fase jurisdicional.

Os requisitos do requerimento para abertura da fase jurisdicional encontram-se elencados no art. 90.º Caso não sejam observados, a jurisprudência tem vindo a perfilhar entendimentos diversos quanto à posição a assumir pelo

²⁹ “11.1. Sempre que possível tentar-se-á tratar o caso dos delinquentes juvenis evitando o recurso a um processo judicial perante a autoridade competente referida na regra 14.1. *infra*.”

³⁰ Recomendação n.º R (87) 20, adoptada em 17.09.87, II — n.º 2 “*Déjudiciarisation (diversion) — médiation: d’encourager le développement de procédures de déjudiciarisation et de médiation au niveau de l’organe de poursuite (classement sans suite) ou au niveau de la police, dans les pays où celle-ci a des fonctions de poursuite, afin d’éviter aux mineurs la prise en charge par le système de justice pénale et les conséquences qui en découlent; d’associer les services ou comissions de protection de l’enfance à l’application de ces procédures*”.

³¹ Rodrigues, A. M. e Duarte-Fonseca, A. C. (nota 13), p. 136.

³² Neste sentido, Duarte-Fonseca, *Internamento de Menores Delinquentes — A Lei Portuguesa e os seus Modelos, Um Século de Tensão entre Protecção e Repressão, Educação e Punição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 51.

Juiz, designadamente o de que não deve rejeitar o requerimento³³, admitindo outra que o seja, sem que tal decisão ponha termo ao processo³⁴.

A primeira solução assenta no fundamento de que a matéria omissa não constitui uma questão prévia impeditiva do conhecimento do mérito e, ainda, que a omissão não se encontra cominada quer na LTE, quer no CPP, como consubstanciando uma nulidade, sendo, por isso e quanto muito, uma mera irregularidade formal do requerimento que até pode ser reparada oficiosamente.

Em abono da segunda solução defende-se que o processo se deve manter em inquérito, não entrando na fase jurisdicional, a fim de serem realizadas as diligências omitidas e importantes para a decisão judicial, diligências estas que nos termos da lei são realizadas na fase de inquérito pelo MP.

Perfilhamos este último entendimento. Antes de mais, porque dificilmente se vislumbra que o MP possa tomar posição sobre o conteúdo da al. e) do art. 90.º (indicação da medida a aplicar ou razões da mesma ser desnecessária), sem que haja conhecimento e ponderação dos elementos a que se alude na al. d). E a posição do MP sobre tal matéria é de primordial importância nos termos subsequentes do processo cuja omissão ora se analisa (arquivamento dos autos, realização de audiência preliminar, prosseguimento do processo). Assim, se o requerimento não contém os requisitos legalmente exigidos, o Juiz, ao constatar tal omissão, não pode receber o requerimento para a abertura da fase jurisdicional com a prolação de despacho em que dê cumprimento ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 93.º

Ao MP, em fase de tal decisão, compete elaborar o requerimento em conformidade e/ou levar a cabo as diligências que lhe permitam completá-lo. Por várias ordens de razões: i) constituindo finalidade da fase judicial a comprovação judicial dos factos, é mister que eles se encontrem devidamente

³³ Ac. TRP, Ângelo Morais, 27.10.2004, entende que “o requerimento do MP para a abertura da fase jurisdicional que não contenha referência às condutas anteriores, contemporâneas ou posteriores aos factos e as condições de inserção familiar, educativa e social, não cumprindo os requisitos a que alude o art. 90.º, al. d) da Lei 166/99 de 14.09, não deve ser rejeitado pois tal omissão não constitui uma questão prévia impeditiva do conhecimento do mérito”, in www.dgsi.pt

³⁴ Ac. TRL, Agostinho Torres, 17.04.2007 entendeu que “Em processo tutelar educativo, sendo considerado por despacho judicial como manifestamente infundado o requerimento de abertura da fase jurisdicional por não conter a narração dos factos discriminados na al. d) do art. 90.º da LTE, rejeitando-o, e invocando para tanto o art. 311.º, n.ºs 2, al. a), e 3, al. b), do CPP, ex vi o art. 128.º, n.º 1, da LTE, decorre tão-somente que: não se deu fim ao processo tutelar mas, antes, que o processo ainda não prosseguirá uma das suas fases seguintes (a jurisdicional) devendo manter-se ainda em inquérito onde determinadas diligências deverão ou poderão ainda ser realizadas com vista a que o requerimento de abertura da fase jurisdicional possa vir mais tarde a ser completado com as omissões detectadas; a devolução dos autos aos Serviços do Ministério Público, com a inerente susceptibilidade da sua oportuna reformulação, dele sendo feito constar, designadamente, os elementos em falta. Esta decisão jurisdicional não põe termo ao processo, porquanto apenas retarda o conhecimento de mérito, condicionando-o a diligências e a referências de elementos ainda omitidos que são importantes. Desta feita, não é admissível recurso deste despacho.”, in www.dgsi.pt

identificados no requerimento que despoleta esta fase para poderem ser ou não comprovados; *ii*) sendo também finalidade avaliar a necessidade de aplicação de medida tutelar, e respectiva determinação e execução, há que conhecer o percurso sócio familiar e social do menor para bem decidir esta matéria (art. 92.º); *iii*) e, por fim, porque encontrando-se delimitadas as finalidades de cada uma das fases e as competências das autoridades judiciais que a elas presidem, não se vislumbra por que deve a fase jurisdicional substituir a de inquérito, em violação das regras consagradas na LTE.

Assim, como se entendeu no aresto de 17.4.2007 acima mencionado, o requerimento deve ser indeferido e, colmatadas as lacunas apresentadas, de novo apresentado.

Uma vez recebido o requerimento e verificada a inexistência de questões prévias que obstem ao conhecimento da causa, o juiz ou arquiva o processo, nos casos em que o facto é punível com pena de prisão de máximo superior a três anos e o MP promove a suspensão por desnecessidade de educação do menor para o direito, posição esta que o juiz subscreve; ou designa dia para a realização da audiência preliminar, caso tenha sido requerida a aplicação de medida não institucional, a natureza do caso ou a medida proposta justificarem esse tratamento abreviado (art. 93.º, n.º 1).

Trata-se, pois, de um juízo discricionário, o de entender que se justifica a aplicação do processo abreviado. Não se verificando estas circunstâncias, o juiz determina o prosseguimento do processo, com a notificação para o menor, seus pais, representante legal e defensor, para requererem diligências, alegarem ou deferirem a alegação para a audiência ou indicarem os meios de prova a produzir em audiência, se não requererem diligências (art. 93.º, n.º 2). O despacho que designa dia para a realização da audiência preliminar faz-se com observância do disposto no art. 94.º, n.ºs 1 e 3, e deve ser notificado com oito dias de antecedência a quem a ela deva comparecer (art. 95.º).

Havendo consenso de todos os intervenientes, o juiz homologa a proposta do MP ou a tida por adequada na audiência. Não havendo consenso e havendo lugar à produção dos meios de prova apresentados o juiz profere decisão, se considerar reunidos todos os elementos que a possibilitem ou, nos outros casos, designadamente se entender que deverá ser aplicada uma medida de internamento, determina o prosseguimento do processo (art. 104.º, n.ºs 4 e 5).

7. Uma das questões que, em sede de aplicação de medida tutelar de internamento, dividiu a jurisprudência é a que se prendia com a realização, ou não, do desconto do tempo de sujeição a medida cautelar de guarda do período a cumprir em aplicação da medida de internamento.

A favor de que não deveria ser descontado decidia o TRP, militando razões como as que seguem: *i*) a omissão de tal matéria na LTE não substancia qualquer lacuna; *ii*) não colhe o argumento de que a detenção e a prisão preventiva são correlativas da medida tutelar de internamento, sendo que nos termos do disposto no art. 80.º do CP deve ser efectuado o desconto

daquelas no tempo de cumprimento da pena, porquanto não são correlativas nas respectivas finalidades e na LTE não se prevê esse desconto mas tão só a não contagem do tempo de ausência não autorizada do centro educativo na duração da medida de internamento (art. 155.º, n.ºs 1 e 2); *iii*) sendo subsidiariamente aplicável o CPP (art. 128.º, n.º 1), esse diploma não regulamenta esta matéria, o que faz o art. 80.º, n.º 1, do CP, cuja aplicação subsidiária não está prevista, sendo que para os casos omissos, se aplica o CPP; *iv*) a aplicação da medida tutelar tem uma finalidade educativa, ou seja, se o escopo da LTE é o da educação e a medida visa a prossecução dessa finalidade, tendo sido aplicada com esse fundamento e por essa necessidade, tendo em consideração a personalidade do menor à data da decisão (art. 6.º, n.º 3, e 7.º, n.º 1), carece de qualquer sentido que seja subtraído ao período aplicado o de sujeição a medida cautelar; *v*) a medida tutelar de internamento é susceptível de revisão de seis em seis meses (art. 137.º), o que não sucede com a pena de prisão.³⁵

Perfilhando o entendimento de que se deveria proceder ao desconto do período de sujeição a medida cautelar no cumprimento da medida de internamento, o TRL deu vários Acórdãos³⁶, que se estribam nos seguintes fundamentos: *i*) a medida cautelar de guarda restringe a liberdade do menor; *ii*) o instituto do desconto tem por base a ideia, fundada em princípios de justiça material, de que qualquer privação de liberdade sofrida em razão dos actos praticados deverá ser descontada na pena que por esses factos vier a ser cominada; encontrando-se esta situação omissa da LTE, há que integrar a lacuna; *iii*) a regra contida no art. 128.º relativa à subsidiariedade do CPP apenas diz respeito ao título em que se integra, o direito adjectivo, e não ao direito substantivo, o penal, não arredando a aplicação dos arts. 9.º e 10.º do CC.

O Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência 3/2009 de 8.10.2008³⁷ veio

³⁵ Vejam-se Ac. do TRP, José Adriano, 1.06.2005, “*Em processo tutelar e na sequência da aplicação de uma medida de internamento a um menor não é aplicável, por analogia, a norma do art. 80.º do CPP de 1995, permitindo que se proceda ao desconto, na medida do internamento, da medida cautelar de guarda em Centro Educativo*”; Cravo Roxo, 24.1.2007, Coelho Vieira, 14.3.2007, in www.dgsi.pt

³⁶ Vejam-se Clemente Lima, 23.06.2004. “... *por imperativo de justiça material, impõe-se que o tempo de privação de liberdade imposta ao menor para a sua educação — a título de medida cautelar e que teve como pressuposto o cometimento do facto delituoso — seja descontada na medida tutelar de internamento que, devido a esse mesmo facto e com vista àquela educação, lhe foi imposta na respectiva sentença*”; Ana Brito, 21.10.2004: “*O internamento de menor em Centro Educativo é uma privação de liberdade. E, como tal, limitadora de direitos, liberdades e garantias. As razões de justiça material que justificam o desconto do Direito Criminal (previsto no art. 80.º do CPP), valem por inteiro para o Direito Tutelar de Menores. Assim, o tempo de privação da liberdade imposta ao menor para a sua educação, a título de medida cautelar de guarda e que teve como pressuposto o cometimento de um facto delituoso, deve ser descontado na medida tutelar de internamento que, devido a esse mesmo facto e com vista àquela educação, lhe foi imposta na respectiva sentença*” Fernando Estrela, 4.11.2004: “*O tempo de privação da liberdade imposta ao menor para a sua educação, a título de medida cautelar de guarda e que teve como pressuposto o cometimento de um facto delituoso, deve ser descontado na medida tutelar de internamento*”, todos in www.dgsi.pt

³⁷ DR, 1.ª série, n.º 33, de 17.2.2009

pôr cobro à discussão jurisprudencial sobre esta matéria mas, deve referir-se, não de forma consensual, atendendo elevado n.º de votos de vencido nele exarados. Decidiu-se neste aresto que *“Não há lugar, em processo tutelar educativo, ao desconto do tempo de permanência do menor em centro educativo, quando, sujeito a tal medida cautelar, vem, posteriormente, a ser-lhe aplicada a medida tutelar de internamento”*.

Subscrevemos inteiramente tal posição, que defendíamos, aliás, antes da respectiva prolação. Vejamos por quê.

Sendo a LTE omissa quanto a esta matéria, deve ser, a nosso ver, nos princípios e nas finalidades que a norteiam e no teor das normas que fundamentam a aplicação da medida tutelar de internamento que importa analisar a bondade dos argumentos enunciados por ambas as posições contraditórias sobre a mesma.

Dita o n.º 1 do art. 2.º que as medidas tutelares educativas visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. Como se exarou na EM, é necessário a educação do menor para o direito, por forma a que interiorize as normas e os valores jurídicos³⁸. Em anotação a este artigo, A. M. Rodrigues e Duarte-Fonseca entendem que através da aplicação das medidas não está em causa a satisfação das expectativas comunitárias de segurança, mas sim a socialização, pelo que, não havendo necessidade de reeducação, as expectativas da comunidade quanto à defesa dos bens jurídicos pode frustrar-se. Acresce, nos termos do art. 7.º, que a medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito, manifestada na prática do facto e subsistente no momento da decisão.

Desta feita, na ponderação do período da medida de internamento a aplicar, em sede de decisão final, o juiz tem o dever legal de considerar a necessidade de educação do menor para o direito e, em conformidade, é irrelevante o tempo até então decorrido em sujeição a medida cautelar. Se no decurso deste tempo o menor já foi sendo reeducado, então menor será o tempo necessário para atingir o escopo da medida que urge aplicar.

Portanto, o que releva é, isso sim, o tempo necessário, a partir do momento da tomada decisão, para o menor integrar as regras de conduta da vida em sociedade. Cremos que só assim se cumprirá o espírito e a letra da LTE que, obviamente, nesta matéria em particular, terá de divergir do direito penal comum, com o qual não deve ser cotejado.

Com efeito, inexistente qualquer imperativo de justiça material porque, como é consabido, o direito penal tem uma função punitiva e ressocializadora do arguido, a qual se encontra expressamente arredada da LTE, que se preenche com a finalidade educativa do menor para o direito. Aquela assenta na necessidade de evitar o cometimento de novos crimes. A aplicação de uma pena está para além da pessoa do condenado, pois visa a protecção de bens

³⁸ EM, ponto 6.

jurídicos e a segurança da comunidade. Ora, *“De um pensamento centrado na defesa de bens jurídicos e na segurança da sociedade, somos convidados a operar uma autêntica inversão de prioridades quando confrontados com o sistema tutelar educativo. Porque aí surge como objectivo prioritário o interesse do menor, relegando-se para um plano secundário a segurança na sociedade”*³⁹.

Assim, sendo o objectivo da aplicação de uma medida tutelar a educação do menor infractor para o direito (art. 2.º, n.º 1), e a respectiva escolha feita em função do seu interesse (art. 6.º, n.º 3) e da concreta necessidade dessa educação (art. 6.º, n.º 4), *“porque a intervenção tutelar educativa não visa a punição, só deve ocorrer quando a necessidade de correcção da personalidade subsistir no momento da aplicação da medida”*⁴⁰, entendemos que não deverá operar qualquer desconto da medida cautelar de guarda aquando da aplicação de medida de internamento. Aliás, quanto a nós, esta é a interpretação literal que decorre da norma do n.º 1 do art. 7.º, designadamente do seu segmento final, que não permite outra solução, inexistindo mesmo qualquer necessidade de a alterar.

O art. 46.º da LO 5/2000 prevê a realização de uma liquidação da medida imposta ao menor, com o desconto do tempo cumprido em sede de medida cautelar. Não obstante tal sistema ser muito semelhante ao nosso, porquanto ambos se inspiraram nos mesmos instrumentos jurídicos internacionais, não pode aqui deixar de se referenciar que as soluções encontradas foram distintas. O sistema espanhol tem em vista responsabilizar menores pela prática de factos ilícitos, através da aplicação de medidas com dupla natureza, sancionatória e educativa, o que não sucede na LTE, cujo modelo privilegia o pressuposto da necessidade de educação do menor para o direito através de aplicação de medida tutelar⁴¹.

Pode-se colocar a questão da bondade da solução perfilhada pelo sistema português ao arredar por completo o escopo sancionatório subjacente à aplicação de uma medida tutelar, pese embora a vertente híbrida que caracteriza a LTE. É nossa opinião que a ideia de privação da liberdade decorrente da aplicação de uma medida cautelar é indissociável da natureza sancionatória que a mesma sempre revestirá, mesmo que mitigada, ainda que a lei a não consagre e não obstante a vertente educacional que, obviamente, deve predominar. E nesta linha de pensamento, parece-nos que o Juiz aplicador da LTE não pode ser indiferente ao tempo já cumprido de privação de liberdade quando avalia, de forma global, o *quantum* da medida a aplicar, equacionando a necessidade de educação do menor. É nesse processo de educação ainda necessário que o tempo de privação de liberdade do menor já cumprido deve ser avaliado, designadamente quanto

³⁹ Moura, J. A. Souto de (nota 9), p. 115.

⁴⁰ EM, ponto 7.

⁴¹ Para uma análise comparativa dos dois sistemas, de forma mais abrangente, veja-se Duarte-Fonseca (nota 32), p. 379 e segs.

ao efeito útil já obtido. A subtracção matemática desse tempo ao tempo ainda necessário para reeducar, *tout court*, desvirtua o princípio subjacente à determinação do *quantum*, nos termos em que a LTE determina seja feito — no momento da prolação da sentença o que é necessário para educar para o Direito — e é com ele incompatível.

De qualquer forma, admitimos que a privação da liberdade decorrente de conduta delituosa se reveste sempre de um cariz sancionatório, o qual, na nossa opinião, coadjuva a educação para a responsabilidade. Com efeito, o menor, no seu percurso educacional, deve ser conduzido a tomar consciência das consequências dos seus actos, o que se diz sem embargo da posição acima assumida quanto a esta matéria.

8. Outra questão que tem vindo a ser suscitada na aplicação da LTE é a que se prende com a compatibilidade do cumprimento simultâneo das medidas e, não sendo este possível, com a eventual realização de um cúmulo no caso de cumprimento sucessivo de medidas aplicadas em vários processos.

A LTE não prevê expressamente a possibilidade de o tribunal em que for prolatada a última decisão efectuar uma reapreciação conjunta das medidas tutelares aplicadas, chamando a si todas as decisões já transitadas e, reapreciando a globalidade do complexo fáctico assente, reavaliar a necessidade de educação do menor para o direito e aplicar uma ou mais medidas de cada natureza, em cúmulo, com vista a esse fim. Esta omissão, a par da previsão legal de cumprimento sucessivo das medidas tutelares aplicadas, no caso de ser imposta mais do que uma, no mesmo ou em processos distintos, tem vindo a colocar questões que exigem uma solução uniformizada.

Sobre a matéria do cumprimento simultâneo e sucessivo rege o art. 8.^o⁴², que deixa em aberto a concretização do conceito de “compatibilidade” das medidas. E se há medidas cujo cumprimento simultâneo não suscita quaisquer impedimentos, outras há em que o conceito de compatibilidade gera divergências. É o caso do cumprimento de medidas de internamento em centro educativo aplicadas em dois processos distintos, por factos igualmente diversos. Deverá o menor ser sujeito ao cumprimento das medidas de internamento em centro educativo, que cumprirá em simultâneo, ou ser sujeito ao respectivo cumprimento sucessivo?

⁴² “Art. 8.^o — Quando forem aplicadas várias medidas tutelares ao mesmo menor, no mesmo ou em diferentes processos, o tribunal determina o seu cumprimento simultâneo, quando entender que as medidas são concretamente compatíveis”; “Quando considerar que o cumprimento simultâneo de medidas tutelares aplicadas no mesmo processo não é possível, o tribunal, ouvido o Ministério Público, substitui todas ou algumas medidas por outras ou determina o seu cumprimento sucessivo, nos termos da presente lei”; e “No caso de aplicação de várias medidas ao mesmo menor em diferentes processos, cujo cumprimento sucessivo não seja possível nos termos do n.^o 1, o tribunal determina o cumprimento sucessivo, nos termos da presente lei.”

Sustentando que o cumprimento deve ser sucessivo, argumenta-se que a norma contida no art. 8.º, ao prever o cumprimento simultâneo, se reporta a medidas aplicadas em função da prática dos mesmos factos.

Contrapõe-se a este entendimento o argumento de que o art. 8.º, n.º 1, não exige que as medidas se fundamentem na prática do mesmo facto para que seja possível o seu cumprimento simultâneo, sendo certo que dificilmente as medidas aplicadas em processos diferentes têm origem na prática dos mesmos factos, e que, sendo exigível que assim fosse, tal impossibilitaria o cumprimento simultâneo de medidas aplicadas ao mesmo menor em processos distintos. Acrescem argumentos a favor desta posição que se baseiam na tutela mínima que o Estado deve exercer sobre os direitos, liberdades e garantias, designadamente na pessoa de um menor, e bem assim os de que a respectiva intervenção tem de ser orientada de acordo com os princípios da proporcionalidade e da adequação, o que se não compagina com o cumprimento sucessivo deste tipo de medida⁴³.

Com efeito, a solução de cumprimento sucessivo em caso de internamento em regime fechado pode conduzir a períodos de reclusão extraordinariamente longos e potenciar um resultado oposto ao da finalidade da intervenção decorrente de uma carga de injustiça relativa acentuada.

A nosso ver, solução tem de ser filtrada, mais uma vez, pelas finalidades do processo tutelar educativo, designadamente, o da educação do menor para o direito. Arredada que se encontra qualquer natureza retributiva na decisão de aplicação da medida tutelar, importa avaliar a necessidade de educação do menor para o direito manifestada na desconformidade das suas condutas com o direito penal e essa necessidade não se consubstancia numa mera soma aritmética de necessidades detectadas e decorrentes de práticas não analisadas no seu conjunto.

Porém, teremos de concluir que há materialmente uma incompatibilidade em cumprir em simultâneo duas medidas que se sobrepõem no conteúdo do seu cumprimento. Ou seja, se se cumpre medida de internamento em centro educativo pela prática de um facto, durante um determinado período, nesse mesmo tempo não se pode cumprir a mesma medida pela prática de outro facto. Ou se está internado à ordem de um processo, ou de outro. A sobreposição aniquila a autonomia de cada uma das medidas *de per se*, que se fundem num só cumprimento.

Sendo assim no plano conceptual, a solução não pode ficar votada ao cumprimento sucessivo por ser demasiado penosa e, conseqüente e materialmente, injusta.

A questão deve ser analisada, então e ainda, a nosso ver, à luz das soluções expressas na LTE para situações de privação de liberdade do menor, designadamente as que decorrem da interactividade entre penas e medidas tutelares ou execução sucessiva de medidas tutelares.

⁴³ Argumentação que sustentou o recurso sobre o qual recaiu o Ac. TRL, Carlos Benido, 22.3.2007, in www.dgsi.pt

Assim, nos termos do n.º 4 do art. 25.º, se um jovem estiver a cumprir pena detentiva de substituição⁴⁴, e lhe for aplicada medida de internamento, a pena deve cessar quando o tempo que falte cumprir for igual ou inferior à duração da medida aplicada, que deverá então iniciar-se — assim se obstando ao cumprimento sucessivo da pena detentiva de substituição com a medida de internamento. Tal opção assenta nas características da medida de internamento, privativa da liberdade, considerando-se que as finalidades da pena e da medida se diluem, no único escopo de satisfação de necessidades educativas específicas de menores.

Também no caso de um menor de 16 anos se encontrar a cumprir medida de internamento em regime fechado e lhe for aplicada a medida de coacção de prisão preventiva, aquela não se interrompe, com vista a ser cumprida integralmente, uma vez esta cessada⁴⁵.

Ou seja, impõem-se soluções em que a medida de internamento em centro educativo não se prolongue, ao abrigo, aliás, dos princípios internacionais que regem esta matéria, designadamente de que a privação da liberdade constitui um último recurso, cuja duração deve ser o mais breve possível (Regras I e II de Beijing).

Traz-se à colação o Ac. do TRL, Maria Isabel Duarte, 31.3.2004⁴⁶, por dele emergirem considerações relevantes sobre a matéria que nos ocupa. O recurso que lhe deu origem teve como objecto a decisão que aplicou ao menor 18 meses de internamento em regime semi-aberto, sendo que o mesmo já se encontrava a cumprir, por factos julgados em outro processo, medida de internamento em regime semi-aberto por dois anos e, nele, o MP pugnou pela revogação da decisão por medida de internamento, no mesmo regime, por seis meses, atendendo a que o cumprimento sucessivo importaria a privação da liberdade por 3 anos e 6 meses, o que considerou violar o princípio da adequação e proporcionalidade.

Ora, subjacente à questão está, naturalmente, a ideia da necessidade de se efectuar um cúmulo jurídico, ainda que expressamente apenas se coloque a questão em termos de se considerar a medida aplicada em segundo lugar demasiado prolongada. Não fora aplicada após a primeira e, possivelmente, a questão da sua proporcionalidade não se suscitaria, pelo menos com a acutilância com que veio a sustentar o recurso. Neste, expendeu-se a seguinte fundamentação para sustentar a decisão final: *“Não podemos deixar de ter em conta o tempo útil para um adolescente: três anos e meio de privação de liberdade é uma «eternidade», e aos seus olhos configurará uma injustiça, um castigo exagerado face ao seu actual comportamento, empenho e esforço. E como tal gerará revolta, incompreensão, desânimo, isto é, será contrapro-*

⁴⁴ A LTE refere-se às penas que estavam previstas na Proposta de Lei 275/VII (regime especial para jovens adultos).

⁴⁵ Veja-se Duarte-Fonseca (nota 32), p. 388 e segs.

⁴⁶ In www.dgsi.pt

ducente e deseducativo, exactamente o oposto ao objectivo legal (...) Acresce, e isso não pode ser olvidado, que o jovem está em pleno cumprimento de medida tutelar de internamento, sendo o facto, obviamente, anterior". Desta feita, entendendo não ser possível o cumprimento simultâneo, mas sim o sucessivo, e tendo em consideração o disposto no art. 37.º, n.º 2, o Ac. acabou por reduzir a medida aplicada em primeira instância para 10 meses.

Na realidade, o art. 37.º, n.º 2, determinando que quando forem organizados vários processos distintos relativamente ao mesmo menor, após o trânsito em julgado da decisão, os processos são apensados àquele cuja decisão tenha transitado em julgado em primeiro lugar, permite reapreciar as medidas ainda não executadas à luz das necessidades educativas do menor, o que funciona como um corrector à inexistência de norma que permita a realização de um cúmulo jurídico e constitui uma válvula de escape do sistema para casos de cumprimento sucessivo de medidas, designadamente de internamento em centro educativo, visando a sua redução. A. M. Rodrigues e Duarte-Fonseca⁴⁷ defendem que permite substituir medidas aplicadas a fim de que se tornem simultaneamente compatíveis para execução simultânea. Neste sentido, é possível ao Juiz da decisão que transitou em primeiro lugar, rever a aplicação das medidas (arts. 37.º, n.º 2, 38.º e 39.º, n.º 2, al. d)), o que lhe confere o poder de reavaliar as condições do menor, designadamente, as atinentes à necessidade de aplicação de uma medida e respectiva duração.

Destarte, não consagrando a LTE expressamente a possibilidade de realização de um cúmulo jurídico, na esteira do art. 77.º do CP, a conjugação dos normativos atrás enunciados prevê a possibilidade de revisão da medida aplicada, quer quanto à sua natureza, quer quanto à forma e duração do seu cumprimento, pelo Juiz que aplicou a primeira medida já transitada em julgado, devendo salientar-se que não se impõe qualquer limite mínimo, mas tão-só um limite máximo no caso de haver lugar a cumprimento sucessivo (art. 8.º, n.º 5). Porém, na prática, este regime acaba por proporcionar soluções diferenciadas e possibilitar soluções mais penosas para o menor, como se constatou, que importa evitar.

Pensamos, pois, que seria de todo conveniente a LTE consagrar expressamente a obrigatoriedade de, logo que no primeiro processo em que tivesse sido aplicada medida tutelar transitada, chegue a notícia da aplicação de outra medida tutelar transitada, haver lugar à reapreciação das medidas aplicadas e transitadas, com vista à aplicação de uma única de cada natureza, a delimitar objectivamente no seu termo máximo.

Nessa delimitação, o legislador deverá ter em consideração o somatório das várias medidas aplicadas, se for inferior ao dobro da mais grave aplicada, solução actualmente consagrada para a delimitação máxima no cumprimento sucessivo, ou esta última hipótese se for mais favorável ao menor. Tudo sem embargo de uma reapreciação das necessidades educativas do

⁴⁷ (Nota 13), p. 126, em anotação ao artigo.

menor aquando desta aplicação da medida tutelar única, o que pode resultar na constatação da desnecessidade de aplicação de medida ou a sua aplicação por tempo inferior ao da pena menos grave.

Não nos repugna que deva tal reapreciação ser feita no tribunal em que a primeira medida aplicada transitou porquanto a competência para ser no último poderia levar ao arrastamento no tempo do cumprimento sucessivo de medidas aplicadas em diversos processos⁴⁸.

Em Espanha, a LO 5/2000, no art. 47.º, 2., estipula que no caso de serem impostas ao menor em diferentes decisões judiciais duas ou mais medidas da mesma natureza, o Juiz competente para a execução, com prévia audiência do defensor do menor, refunde as medidas numa só, somando a duração das mesmas até ao limite do dobro da mais grave das refundidas.

9. No âmbito do direito tutelar de menores, a aplicação de algumas normas da LTE tem suscitado questões na sua interpretação e sido objecto de decisões diversificadas pelos tribunais.

Essas normas regem matérias sensíveis, das quais se sublinham a definição do momento de instauração do processo, importante na matéria relativa às apensações, a possibilidade de arquivamento liminar em caso de crime de consumo de produtos estupefacientes, a relevância da desistência da denúncia, o desconto da sujeição a medida cautelar na aplicação da medida tutelar de internamento (matéria sobre a qual o STJ já fixou jurisprudência) e a aplicação de uma medida tutelar única em lugar do cumprimento sucessivo de medidas cautelares cujo cumprimento simultâneo não é possível.

A análise dos pontos críticos detectados na aplicação da LTE leva-nos a ter por necessária a uniformização de soluções e práticas judiciais.

Com efeito, a tomada de decisões completamente divergentes em tais matérias, designadamente as que contendem com liberdades, direitos e garantias, constitui um factor de injustiça relativa e de descredibilização do sistema judiciário.

Importa, desta feita, clarificar, do ponto de vista legislativo, o que da análise feita resulta controverso e regulamentar o que é tido por omissos.

Assim, em jeito de conclusão, sugere-se que numa próxima revisão da LTE sejam acrescentadas e alteradas as normas que a seguir se indicam:

Artigo 8.º

1 — (*anterior n.º 1*)

2 — (*anterior n.º 2*)

3 — No caso de aplicação de várias medidas ao mesmo menor em diferentes processos cujo cumprimento simultâneo não seja possível

⁴⁸ Defendendo que a apensação deveria ocorrer no último tribunal, veja-se Rodrigues, A.M. e Duarte-Fonseca, A. C., (nota 13), anotação ao art. 37.º

nos termos do n.º 1, o tribunal aplica uma única medida de cada natureza, devendo nesse momento ser reapreciada a necessidade de educação do menor para o direito.

4 — (*anterior n.º 4*)

5 — No caso de aplicação de uma única medida, o tempo total de duração tem como limite máximo o somatório das várias medidas aplicadas, se não exceder o dobro da mais grave aplicada, caso em que se considerará ser este o limite máximo.

Artigo 31.º- A

Para efeitos do presente diploma, o momento da instauração do processo corresponde àquele em que for apresentada a denúncia junto dos órgãos de polícia criminal ou dos serviços de Ministério Público e, nos casos previstos no art. 73.º, à data em que a mesma é lavrada pelo órgão de polícia criminal ou funcionário.

Artigo 72.º

1 — (*anterior n.º 1*)

2 — Se o facto for qualificado como crime cujo procedimento depende de queixa ou de acusação particular a legitimidade para a denúncia cabe ao ofendido.

3 — O ofendido pode desistir da queixa, desde que não haja oposição do menor, até à publicação da decisão judicial final da 1ª instância, ficando impedido de a renovar.

4 — (*anterior n.º 3*)

5 — (*anterior n.º 4*)

Artigo 78.º

1 — (*anterior n.º 1*)

2 — Se o menor detiver na sua posse uma quantidade de produto estupefaciente que exceda a necessária ao consumo médio individual durante o período de dez dias, sendo a mesma apenas destinada ao seu consumo, o Ministério Público procede ao arquivamento liminar do inquérito e, sendo caso disso, encaminha o menor para os serviços de apoio e tratamento, se não tiver notícia do cometimento de facto qualificado como crime de diferente espécie.

Artigo 90.º

1. O requerimento para a abertura da fase jurisdicional contém:

a) (*anterior al. a)*)

b) (*anterior al. b)*)

- c) (*anterior al. c)*)
- d) (*anterior al. d)*)
- e) (*anterior al. e)*)
- f) (*anterior al. f)*)
- g) (*anterior al. g)*)

2. A inobservância dos requisitos previstos nas alíneas anteriores determina a devolução dos autos ao MP e não impede a apresentação de novo requerimento para a abertura da fase jurisdicional.