

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A MEDIDA CAUTELAR DE GUARDA EM CENTRO EDUCATIVO

RENATA TERRA

O Estado tem o direito e o dever de intervir correctivamente sempre que o menor, ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais, tornando-se então necessário educá-lo para o direito.

As medidas tutelares educativas visam a educação do menor para o direito e a sua inserção de modo digno e responsável na vida em comunidade e não constituem um simples afloramento de um “direito penal dos pequeninos”. Neste texto estão enumerados os principais problemas jurídicos relacionados com a aplicação da medida cautelar de guarda em centro educativo e são evidenciadas as prioritárias ligações existentes entre esta e os instrumentos coactivos privativos da liberdade típicos do direito penal.

A Lei Tutelar Educativa aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2001 e sucedeu à Organização Tutelar de Menores (na redacção do DL n.º 314/78, de 27 de Outubro) onde as medidas de promoção e protecção e as medidas “reeducativas” surgiam a par e se interligavam, como se retira da simples leitura do art. 18.º da referida OTM. Nas últimas alíneas desse artigo, as als. *i*), *j*) e *l*), estavam previstas as medidas de internamento (colocação em lar de semi-internato, colocação em instituto médico-psicológico, internamento em estabelecimento de reeducação) que só podiam ser aplicadas pelo juiz em sede de audiência.

O art. 1.º da Lei Tutelar Educativa (doravante designada LTE) prevê que a prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei.

E no art. 2.º da mesma lei lê-se 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.

Está, pois, em causa a educação do menor. Mas uma educação com um fim específico. A educação é um fenómeno social complexo, integrado por diversas dimensões e aspectos, visando a construção do futuro; em termos sociológicos define-se como toda a acção concertada dos adultos que visa adaptar a criança a uma determinada sociedade, assumindo e aceitando os valores culturais e característicos da sociedade em que está inserida. O pro-

cesso de socialização do homem é uma actividade intelectual de assimilação que coloca o indivíduo em relação com o meio num processo de integração em que a sua inteligência se define através da sua relação sujeito/objecto.

Educação em geral dá-se por presença e por impregnação do ambiente natural e sócio cultural, das relações humanas e sociais, da família, dos laços de afectividade, acontecendo a acção educativa num processo educativo, de desenvolvimento de uma acção orientadora, pré-ordenada, procurando cumprir objectivos pré estabelecidos; na situação que ora abordamos, estamos perante uma forma de intervenção *casuística*, de educação funcional, no sentido de visar objectivos concretos, institucional, protagonizada pelo tribunal, sendo intencionada, porque substanciada num conjunto de acções orientadas não já para uma construção, mas para uma transformação, uma modificação de comportamentos do sujeito, que, como vimos, pode ser imposta, e por isso conflituante, dirigida mesmo em desacordo com a vontade, ou contra a vontade, dos detentores do poder paternal, determinada por uma conduta lesiva de bens jurídicos, com vista a promover a educação do menor para o direito, para a responsabilidade jurídica do jovem infractor, tornando-o fiel ao direito, podendo assumir aspectos de restrição da liberdade.

O novo regime concretizou uma ruptura com a filosofia da Organização Tutelar de Menores de 1978, enformada pelo chamado modelo de protecção, procurando responder à necessidade de aprofundamento da efectivação dos direitos fundamentais do menor, com o reconhecimento da sua autonomia e enfatizando a componente educativa.

Como desde logo se realçou na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII quanto à razão de ser da intervenção tutelar educativa e suas específicas finalidades, a mesma “deve confinar-se aos casos em que o Estado se encontra legitimado para educar o menor mesmo contra a vontade de 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”.

O Estado tem o direito e o dever de intervir correctivamente sempre que o menor, ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais, tornando-se então necessário educá-lo para o direito, por forma a que interiorize as normas e valores jurídicos.

Presidem a este regime os princípios do contraditório (como vimos uma das principais diferenças em relação ao modelo anterior), o princípio da obtenção da verdade material e o princípio da livre apreciação da prova (de onde decorre o dever de fundamentar a formação da convicção — art. 205.º da Constituição da República Portuguesa — com a dupla finalidade de legitimar a decisão e torná-la susceptível de controlo).

Antes de ser aplicada ao menor uma medida tutelar educativa pode haver necessidade de aplicar uma medida cautelar, como preliminar, mas também podendo surgir como incidente no decurso do procedimento.

A medida tutelar educativa aplica-se encerrado o inquérito e na fase jurisdicional do processo. Mas as exigências preventivas ou processuais de investigação do caso concreto podem justificar a aplicação em momento anterior ou em simultâneo, no caso da decisão ainda não ter transitado em julgado, de uma medida cautelar.

As medidas cautelares são, de acordo com a enumeração taxativa do art. 57.º da LTE, e por ordem crescente de gravidade, 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 — al. a) —, a guarda do menor em instituição pública ou privada — al. b) — e a guarda do menor em centro educativo — al. c).

Estão pois consagrados o princípio da tipicidade e da legalidade.

A aplicação de uma medida cautelar está sempre sujeita aos princípios da necessidade, adequação e da proporcionalidade, ligando-se directamente com as exigências preventivas ou processuais, sendo que segundo Anabela Rodrigues/Duarte Fonseca, in *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003, (fls. 160), “a consideração das exigências preventivas releva para a aplicação de uma medida cautelar somente quando ligada à finalidade processual de restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do facto”. Já as exigências processuais visam acautelar a averiguação da prática do facto e das necessidades educativas do menor.

As medidas cautelares são sempre aplicadas pelo juiz — art. 59.º, n.º 1, da LTE.

Propomo-nos analisar mais de perto a medida cautelar de guarda em centro educativo, a última na elencação das medidas cautelares e a mais gravosa.

Para que se justifique a aplicação de medida cautelar de guarda em centro educativo é necessário, como para a aplicação de qualquer outra medida cautelar, que haja indícios do facto, que seja previsível a aplicação de medida tutelar e que haja fundado perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados pela lei como crime. Mas para além disso é necessário que o menor tenha cometido (ou que existam indícios de ter cometido) facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstractamente 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, abstractamente aplicável, de prisão superior a 3 anos. Ou seja, a aplicação da medida cautelar de guarda em centro educativo está directamente dependente da gravidade do facto praticado, gravidade essa que resulta no estabelecimento de um patamar mínimo de sanção penal e/ou tipo de crimes (em concurso real), acrescido de sanção penal, abaixo da qual ao menor pela prática de facto qualificado como ilícito criminal só pode ser aplicada uma medida cautelar menos gravosa.

Creemos que daqui resulta a estreita ligação estabelecida na LTE entre a aplicação de medida cautelar de guarda em centro educativo e a prática de crime de especial gravidade, o que se explicará, voltando novamente à Expo-

sição de Motivos onde se pode ler: «Nos casos mais graves a natureza educativa do processo tutelar não pode deixar de mostrar-se atenta a questões de defesa social» ... estando-se perante um direito que pretende ser educativo e não sancionador, importa que incorpore, naquilo que pode dominar, os necessários elementos de dissuasão e reintegração. E prossegue: «Por isso, as medidas cautelares organizam-se no interesse do menor, mas sem abstrair que se está perante um facto qualificado pela lei como crime».

Com efeito, como já se disse, para que seja aplicada uma medida cautelar é sempre necessário que se verifiquem cumulativamente os pressupostos indicados no art. 58.º, n.º 1, als. a), b) e c), da LTE, ou seja, para a aplicação de medida cautelar exige-se sempre a probabilidade de existirem necessidades educativas em concreto que levem a concluir pela necessidade de aplicação de medida tutelar. O que a diferencia em termos de pressupostos relativamente à aplicação das demais medidas é necessariamente a gravidade do facto ilícito praticado, estabelecendo-se, em nosso entender, uma ligação directa ao direito penal e ao código penal, aqui já não só pela via do art. 1.º e pela verificação da prática de facto qualificado pela lei como crime, mas ainda pela exigência de que se trate de um determinado tipo de crime ou de crime(s) punido(s) com uma determinada e especial sanção.

Uma das questões que se prende com a aplicação ou não de determinadas normas do Código Penal ao regime tutelar educativo é a do instituto do desconto, ou seja, a questão de saber se aplicada uma medida cautelar de guarda em centro educativo a um menor o tempo de duração da medida cautelar de guarda deve ser descontado no tempo da medida de internamento que lhe vier a ser aplicada.

Nos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 1.6.2005, de 24.1.2007 e de 14.3.2007, concluiu-se que em processo tutelar não é aplicável por analogia o disposto no art. 80.º do CPenal, não se descontando na medida de internamento o tempo em que o menor esteve sujeito a internamento cautelar, sendo até curioso que num desses Acórdãos, o de 24.1.2007 se tenha escrito que “ a dúvida levantada no recurso tem sido alvo de discussão e de decisões dos tribunais superiores, sendo hoje quase pacífico que a pretensão do requerente não merece cabimento.”

Salvo o devido respeito, tal não é exactamente assim, pois continua a haver muitos defensores do desconto, como aliás se espelha na votação do Acórdão do STJ para uniformização de jurisprudência n.º 3/2009, de 8 de Outubro de 2008, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 33, de 17 de Fevereiro de 2009, em que a votação foi de 10 votos a favor da posição que fez vencimento e 6 contra, tendo o Sr. Juiz Conselheiro António Artur Rodrigues da Costa, inicial relator do Acórdão, produzido uma extensa e também bem fundamentada declaração de voto.

Relativamente à segunda posição, a defensora do desconto, ela encontra-se plasmada nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.6.2004, de 21.10.2004 e de 4.11.2004.

Muito embora essa discussão esteja de alguma forma ultrapassada face ao Acórdão do STJ para uniformização de jurisprudência, que firmou jurisprudência no sentido de 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”, há quem entenda, em consonância com o decidido no Acórdão do STJ, que o tempo da medida cautelar de guarda em centro educativo não deve ser descontado, defendendo a não aplicabilidade do Código Penal face às diferentes filosofias e conseqüentemente a não aplicabilidade do art. 80.º do CPenal por inexistência de lacuna a preencher e há quem continue a defender que a LTE é omissa quanto a este aspecto e que, tratando-se de uma verdadeira e efectiva privação de liberdade, em tudo idêntica às medidas de coacção privativas da liberdade, existe uma efectiva lacuna que cumpre preencher à luz do instituto do desconto previsto no art. 80.º do CPenal.

Equiparavam-se a esta situação e apontando também para a mesma solução, os casos relativos à aplicação da medida de segurança. Com efeito, a jurisprudência entendeu que, aplicada medida de segurança de internamento a inimputável, deve ser descontado o período de tempo em que o arguido se encontrou privado da liberdade por aplicação de medida de coacção privativa da liberdade, mormente prisão preventiva.

Veja-se a este propósito os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 4.6.2003 e do STJ de 14.3.2003.

Quanto à duração da medida cautelar de guarda estabelece o art. 60.º, n.º 1, da LTE, que tal medida tem o prazo máximo de 3 meses, prorrogável até ao limite máximo de mais 3 meses em casos de especial complexidade devidamente fundamentados.

Para as restantes medidas, menos gravosas, o prazo é de 6 meses até à decisão do tribunal de 1.ª instância e de 1 ano até ao trânsito em julgado da decisão.

O conceito de especial complexidade, pelo seu carácter vago e indeterminado, terá de ser preenchido, sendo a única referência legal de que se dispõe, a que consta a propósito da medida de coacção de prisão preventiva, no art. 215.º, n.º 3, do CPP, diploma aplicável subsidiariamente *ex vi* do art. 128.º, n.º 1, da LTE.

Na lei de autorização legislativa, n.º 43/86, de 26.9, de que emergiu o Código de Processo Penal de 1987, no art. 2.º, n.º 2, al. 39), referia-se a determinação do tempo de duração máxima da prisão preventiva, em função da gravidade do crime imputado, salvaguardando-se adequadamente os casos de extraordinária complexidade processual em curso à data da entrada em vigor da lei.

Concretizando o sentido e extensão definidos na lei de autorização, no citado art. 215.º, n.º 3, refere-se como caso de aditamento de prazo da pri-

são preventiva o revelar-se o procedimento de excepcional complexidade, devido, *nomeadamente*, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime, estando-se perante, como resulta inequívoco da utilização do advérbio, uma indicação meramente exemplificativa dos factos-índice que podem conduzir à definição de excepcional complexidade.

Em causa estarão compreensíveis excepções a concretizar em razão da natureza do crime ou da natureza do processo (“processos monstruosos”, como referia Maia Gonçalves ou, numa linguagem mais actual, os “mega processos”).

Sendo esta a génese desta medida excepcional, na transposição para este tipo de procedimento, terá de se ter em consideração o carácter excepcional e exemplificativo das razões que podem conduzir a tal declaração.

Como se escreveu no Acórdão do STJ de 4.2.2009, proferido no processo n.º 325/09, da 3.ª secção, em caso de habeas corpus “o despacho que declara o processo de especial complexidade não tem por fundamento a posição processual do arguido, mas sim a complexidade do processo devida, nomeadamente, ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

A declaração de especial complexidade visa a continuação da investigação na realização das diligências necessárias, que se não fora aquela declaração, não podiam ser feitas no prazo legalmente estabelecido; tem por escopo necessidades de investigação criminal em que, havendo arguido(s) em prisão preventiva à ordem desse processo, o prazo de duração máxima da prisão preventiva não é expectavelmente suficiente para se ultimar a investigação, mormente com vista a um juízo completo e tempestivo sobre a formulação de despacho acusatório, sob pena de virem a gorar-se as finalidades do inquérito e eventual defraudação da busca da verdade material, ainda que em termos indiciários.

A declaração de especial complexidade é uma medida cautelar, um compromisso necessário do legislador, em política criminal, de forma a estabelecer o equilíbrio entre a necessidade de combate ao crime e perseguição dos criminosos, em certos ilícitos mais graves catalogados pela lei — através dos meios processualmente válidos inerentes à investigação criminal — e, os direitos ou garantias do cidadão arguido, em prisão preventiva, além de se circunscrever no âmbito do processo justo, em que a elevação do prazo de duração máxima da prisão, não é arbitrária mas contida pelo princípio da legalidade, considerado esse prazo, assim elevado, suficientemente idóneo à realização das diligências necessárias à ulitimação do inquérito”.

Tentando perscrutar a razão de ser da norma relativamente à especial complexidade neste tipo de processos, em que está fora de questão, a ponderação de situação que se enquadre em criminalidade altamente organizada e de “mega processos”, estamos em crer que há que ter em consideração que a especial complexidade tem que ser enquadrada com o especial tipo de processo aqui em causa.

Recorrendo a um elemento de interpretação sistemática há que ter em consideração uma outra referência ao conceito vago, indeterminado e difuso de especial complexidade usado na lei tutelar educativa. E referimo-nos ao que acontece como factor de aditamento de prazo no inquérito.

Com efeito, diz-se no art. 75.º, n.º 4, da LTE, que o prazo para a conclusão do inquérito é de três meses, podendo, mediante despacho fundamentado, ser prorrogado por mais três meses, em razão da especial complexidade.

Daí, e conforme escrevem Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca, in *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Novembro 2003, pág. 166, em anotação ao art. 60.º, que no projecto final da lei tutelar educativa esse prazo no preceito em causa era de três meses, prorrogável por um mês em casos de especial complexidade, tendo sido depois estabelecida a prorrogação por três meses, de forma a coincidir com o prazo estabelecido para a conclusão do inquérito.

Por outras palavras, a fixação do prazo e da sua possível prorrogação na medida vestibular e cautelar de internamento coincidirá com a prevista para a conclusão do inquérito.

Segundo nos parece para a definição do conceito de especial complexidade nesta sede é necessário considerar os mesmos elementos que se têm em conta em sede de inquérito.

Em concreto há, pois, que atender ao número de agentes, ao período temporal abrangido, ao tipo de ilícito, homogeneidade ou não de conduta, entre outros.

Não podendo qualificar-se o inquérito como de especialmente complexo, faltará suporte para atribuir tal carácter de especial complexidade nesta fase, não sendo despiciendo considerar que com a pretendida prorrogação se alargaria o período de privação de liberdade em que se traduz a medida de internamento.

A exigência de fundamentação que se coloca ao nível da decisão e que dimana do dever geral de fundamentação das decisões judiciais decorrente do artigo 205.º da CRP deverá ter correspondência no valor e relevo dos fundamentos que ancorem uma decisão nesse sentido.

Cumprir ainda considerar que numa parte significativa dos casos o conjunto de elementos a atender não se destaca especialmente daqueles a atender noutras situações.

Também cumpre considerar que, para além da avaliação psicológica, obrigatória para que seja proposta a aplicação de medida de internamento em regime aberto ou semiberto (art. 71.º, n.º 5, da LTE), pode haver lugar à realização de exames ou perícias complexas que poderão, pelo menos em parte, aumentar o tempo de internamento do menor para além do legalmente permitido para a medida cautelar de guarda em centro educativo. Com efeito, é obrigatória a realização de perícia sobre a personalidade quando for de aplicar a medida de internamento em regime fechado, nos termos do disposto no art. 69.º da LTE. Cabe aos serviços de reinserção social (actual DGRS) realizar tal perícia.

As perícias podem ser realizadas em ambulatório ou em regime de internamento. Para que seja realizada uma perícia em regime de internamento é necessária a intervenção do juiz, autorizando o referido regime — art. 68.º, n.º 2, da LTE.

O internamento para a realização da perícia não pode exceder dois meses, prorrogáveis por um mês, por despacho do juiz, e só em caso de especial complexidade devidamente fundamentado, conforme o n.º 3 do art. 68.º da LTE. Se se realizar a perícia sobre a personalidade e se concluir pela necessidade de aplicação de medida cautelar de guarda em centro educativo, parece poder concluir-se que o jovem pode permanecer internado sem ser em execução de medida de internamento em centro educativo por nove meses (correspondente à soma do prazo máximo da medida cautelar de guarda com o prazo máximo de internamento para a realização de perícia sobre a personalidade).

E se, aplicada ao menor medida cautelar de guarda, se entender necessário proceder à perícia sobre a personalidade? Suspende-se o decurso do prazo da medida cautelar de guarda em centro educativo?

No que respeita à prisão preventiva, no art. 216.º, n.º 1, al. a), do CPP prevê-se que o decurso do prazo da referida medida de coacção se suspenda quando tiver sido ordenada perícia cujo resultado possa ser determinante para a decisão de acusação. Parece existir aqui algum paralelismo, muito embora ao nível da LTE não exista norma expressa e a perícia possa ser realizada no centro educativo onde o menor se encontra por aplicação da medida cautelar da al. c) do art. 57.º da LTE.

Outra questão prática tem a ver com a sujeição a revisão da medida.

As medidas cautelares não são imutáveis, mas modificáveis, constituindo um afloramento do princípio *rebus sic stantibus*, que domina estas matérias, até porque expressão do princípio da precariedade, que mais não é do que decorrência dos princípios da necessidade e da adequação. A modificabilidade justificar-se-á em função das alterações das circunstâncias, estando tais medidas sujeitas a revisão, a exemplo do que acontece com a revogação e substituição das medidas de coacção nos arts. 212.º e 213.º do CPP, como estabelece o art. 61.º da LTE, sendo as medidas cautelares substituídas, oficiosamente ou a requerimento, se o juiz concluir que a medida aplicada não realiza as finalidades pretendidas.

Aliás, as medidas cautelares cessam logo que deixarem de se verificar os pressupostos da sua aplicação (art. 62.º da LTE). Esta cessação depende de decisão do juiz.

Se aplicada a medida cautelar de guarda em centro educativo e revista oficiosamente nos termos do n.º 2 do art. 61.º da LTE se tiver ultrapassado o prazo máximo de 3 meses previsto no n.º 1 do art. 60.º sem que o juiz se pronuncie quanto à especial complexidade e o menor continue internado em centro educativo, quid juris? Haverá lugar à aplicação do instituto do *habeas corpus*, expressamente previsto no direito processual penal?

Dispõe o art. 31.º da CRP que haverá habeas corpus contra o abuso do poder por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente.

O art. 220.º prevê o uso de habeas corpus em caso de detenção ilegal e o art. 222.º do CPP refere-se à medida em virtude de prisão ilegal e estabelece que o habeas corpus deve fundar-se em ilegalidade da prisão proveniente de ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente; ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite; manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.

Poder-se-á aplicar aos menores abrangidos pela lei tutelar educativa e não pela lei penal este tipo de instituto? Afinal uma medida cautelar de guarda em centro educativo tem que visar sempre a educação do menor para o direito sob pena de violação do art. 27.º, al. e), da CRP e, embora também prossiga exigências de paz pública, visa essencialmente a descoberta da verdade material e a educação do menor para o direito. Além disso, pelo elemento literal temos apenas referência a prisão ou detenção ilegal quando relativamente aos menores está em causa a aplicação de uma medida cautelar de guarda.

A este propósito no Acórdão do STJ de 8.3.2006 escreve-se: “o legislador procurou, de certo modo, afastar conceptualmente esta medida daquelas figuras (detenção e prisão), ao estabelecer no art. 2.º da Lei n.º 169/99, de 14 de Setembro, 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. Para precisar, no art. 17.º, que a medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento 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, de futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável (...) teríamos, por aqui, um afastamento das ideias de detenção ou de prisão ligadas ao «habeas corpus». Com impossibilidade de recurso a esta figura”.

Pareceria ser de concluir que não há lugar a aplicação do instituto do habeas corpus nas situações em que se excedeu o prazo legal previsto para a medida cautelar de guarda. No entanto, neste mesmo acórdão acaba por concluir-se, e a nosso ver bem, o contrário, ou seja, que um menor a quem é aplicada a medida de guarda em centro educativo em regime semi-aberto pode lançar mão da providência de habeas corpus.

A medida cautelar de guarda em centro educativo é *indubitavelmente uma medida processual privativa da liberdade*. Com efeito, por decisão judicial o menor é colocado contra a sua vontade num estabelecimento público, um centro educativo, um espaço fechado, de onde não pode sair.

A Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada por Portugal em 21.9.1990 estabelece que a criança privada de liberdade tem direito a aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial bem como o direito a uma rápida decisão sobre a matéria.

Tratando-se de uma privação ilegal da liberdade tem que se concluir que se trata de uma situação análoga à da prisão ou detenção ilegal não sendo legítimo atermo-nos ao elemento literal, sob pena de violação do art. 13.º da CRP, violação do princípio da igualdade.

Aliás, muito embora o preceito constitucional e as sequentes disposições especificadoras da lei adjectiva penal apenas refiram como objecto da reacção do habeas corpus a detenção e a prisão ilegais, o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a entender que a providência é aplicável, por analogia, aos casos de privação da liberdade resultante da medida de internamento decorrente da prática de facto ilícito típico por inimputável, o que se justificará, atendendo a que o internamento é exactamente um dos casos possíveis de privação de liberdade previstos na Constituição — artigo 27.º, n.º 3, alínea *h*).

Neste sentido, vejam-se os Acórdãos de 3 e 30 de Outubro e de 29 de Novembro de 2001, in *CJSTJ* 2001, tomo 3, págs. 174, 202 e 225, e de 10 de Outubro de 2001, no recurso 3370/01.

E no sentido de o regime do habeas corpus abranger os casos de privação de liberdade de menores por decretamento de medida cautelar, cfr. o citado Acórdão de 8.03.2006, in *CJSTJ* 2006, tomo 1, pág. 208.

O Capítulo IV do Título II da LTE tem por epígrafe “interactividade entre penas e medidas tutelares”. O artigo 23.º dispõe que o menor sujeito a processo tutelar que for simultaneamente arguido em processo penal cumpre cumulativamente as medidas tutelares e as penas que lhe forem aplicadas, sempre que as mesmas forem entre si concretamente compatíveis.

Acontece com alguma frequência ser realizada a audiência do art. 116.º da LTE quando o jovem já tem 16 anos ou mais (não podendo já ter completado os 18 uma vez que o tribunal deixa de ser competente, atento o disposto no art. 28.º, n.º 2, al. *b*), da LTE) ou completar os 16 anos ou mais durante o cumprimento da medida que lhe foi aplicada (cessando esse cumprimento obrigatoriamente aos 21 anos, de acordo com o n.º 5 da LTE). Sendo já imputável, ocorre por vezes ter já processos-crime a correr contra si e mesmo já penas aplicadas. Daí pôr-se o problema da compatibilização das medidas tutelares e das penas.

Muito embora este seja um campo vasto e em que se colocam algumas questões interessantes para o que aqui nos interessa, iremos apenas abordar a questão da prisão preventiva e da medida cautelar de guarda a que nos vimos referindo.

Se ao menor for aplicada prisão preventiva quando se encontra acolhido em centro educativo por lhe ter sido aplicada medida cautelar de guarda, embora tal não venha expressamente previsto no art. 27.º da LTE, parece ter de se concluir que cessa de imediato a medida cautelar de guarda, prevalecendo a prisão preventiva.

No caso de lhe ser aplicada uma pena efectiva de prisão, tanto o art. 24.º, n.º 1, como o art. 28.º, n.º 2, al. *a*), resolvem a questão uma vez que se

prevê que cesse a execução da medida tutelar (com algumas excepções previstas no n.º 2 do art. 24.º da LTE), cessando a competência do tribunal de família e menores nesses casos.

No n.º 5 do art. 27.º vem prevista uma situação que se verifica com mais frequência do que o que possa parecer e para a qual gostaria de chamar a atenção.

Ali se estabelece que quando a um jovem maior de 16 anos que esteja a cumprir medida tutelar de internamento seja aplicada prisão preventiva, a execução da medida tutelar não se interrompe, sendo o menor, se não se encontrar em tal regime, colocado em centro educativo de regime fechado pelo tempo correspondente à prisão preventiva e o seu termo não afecta a continuação do cumprimento da medida pelo tempo remanescente.

E se o jovem, a quem foi aplicada medida cautelar de guarda, tiver sido condenado em pena de multa ou em outra pena não privativa da liberdade ou, mesmo, em pena de prisão que foi suspensa na sua execução?

Existe norma expressa na LTE para os casos em que foi aplicada medida tutelar de internamento — o art. 26.º. Aí a filosofia é adaptar as condições da pena à medida tutelar de internamento, mormente quando aquela é aplicada durante o cumprimento de medida tutelar de internamento. Nada está previsto a propósito da medida cautelar de guarda, mas parece-nos que a razão de ser e a solução hão-de ser idênticas, já que se trata de compatibilizar uma medida privativa da liberdade com uma pena não privativa pelo menos não no imediato. Além de que no n.º 3 do mesmo artigo se prevê a hipótese de a medida de internamento ser aplicada durante o cumprimento da pena, ou seja, após o processo crime, o que parece autorizar a conclusão de que a medida cautelar de guarda pode ser aplicada já tendo sido aplicada uma pena não privativa da liberdade para, previsivelmente vir a ser aplicada medida tutelar educativa que poderá ser (ou não) a medida de internamento em centro educativo.

Questão também a considerar é a da harmonização das medidas tutelares educativas e cautelares de guarda com o regime penal especial para jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos.

Dispõe o art. 1.º, n.º 2, do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, em consonância com o art. 9.º do Código Penal (o qual dispõe que aos maiores de 16 anos e menores de 21 são aplicáveis normas fixadas em legislação especial), que é considerado jovem para efeitos do diploma em causa o agente que, à data da prática do crime, tiver completado 16 anos sem ter ainda atingido os 21 anos.

Estabelece o art. 4.º desse Decreto-Lei que, se for aplicável pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos arts. 72.º e 73.º do CPenal, atenta a versão actual, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem.

No ponto 4 do preâmbulo deste diploma legal prevê-se que possa ser aplicada a um jovem imputável até aos 21 anos apenas uma medida correctiva.

Previsão que se concretiza nos arts. 5.º e 6.º (aplicação subsidiária da legislação relativa a menores e das medidas de correcção) que prevêem a aplicação de medidas tutelares ou correctivas, desde que ao caso corresponda pena de prisão até dois anos.

E no mesmo preâmbulo, no 2.º segmento, escreve-se que “trata-se, em suma, de instituir um direito mais reeducador do que sancionador, sem esquecer que a reinserção social, para ser conseguida, não poderá descurar os interesses fundamentais da comunidade e de exigir, sempre que a pena prevista seja a de prisão, que esta possa ser especialmente atenuada, nos termos gerais, se para tanto concorrem sérias razões no sentido de que, assim, se facilitará aquela reinserção.”

Muito embora desde Outubro de 1982 esteja prevista a possibilidade de aplicação aos chamados “jovens delinquentes” tão só de medidas correctivas ou de medidas no âmbito do direito dos menores, quer no âmbito da OTM (nos quase 20 anos que vigorou em conjunto com este regime penal especial), quer da LTE, a prática dos tribunais não tem sido no sentido de observância deste regime. Pensamos que serão raros os casos.

O regime penal especial assume como paradigma as vantagens para a reinserção social do jovem. Faz-se, pois, apelo à ressocialização do jovem. E para que se conclua que no caso concreto existem vantagens para a reinserção social do jovem há que valorar a globalidade da actuação e da situação do jovem, da sua personalidade, das suas condições pessoais e da sua conduta anterior e posterior ao crime.

Os conceitos de reinserção social e de educação para o direito não são naturalmente coincidentes, mas têm em comum, pôr a ênfase nas razões de prevenção especial, na primeira das hipóteses com uma finalidade ressocializadora e na segunda com uma finalidade que, sendo educativa, pretende moldar uma personalidade que se mostra hostil aos valores e normas fundamentais da sociedade, obviando à “sua incapacidade de se inserir na comunidade”, ou seja, munindo-a de ferramentas estruturais que lhe permitam reinserir-se em sociedade. Parecem evidentes as áreas de confluência.

Mas sendo assim pode um jovem com mais de 16 anos a quem foi aplicada uma medida de internamento em centro educativo beneficiar do regime especial para jovens?

É evidente que a resposta depende da análise do caso concreto, nomeadamente se o(s) crime(s) foi (foram) praticado(s) antes ou depois de aplicada a medida de internamento (poderá ter ocorrido aquando de uma fuga do centro educativo ou de uma ausência não autorizada após uma saída autorizada), se foi no início da execução da medida ou mais para o final, pois todos esses elementos servirão para avaliar o eventual sucesso da educação para o direito e da reinserção social prosseguido pela medida de internamento em centro educativo.

E se o jovem já entrou no sistema penal tendo-lhe sido aplicado o regime para jovens e através dele a aplicação da lei tutelar educativa, nomeadamente através de uma medida de internamento, justificar-se-á a aplicação de

uma nova medida de internamento relativamente a factos praticados antes de ser penalmente imputável?

E se ao jovem tiver sido aplicada medida cautelar de guarda, tendo-se portanto, entendido, que haveria fundado perigo de fuga ou de cometimento de outros factos qualificados pela lei como crime, poderá ele beneficiar da aplicação do regime especial para jovens se entretanto vier a ser julgado pela prática de crime após os 16 anos?

Parece-nos que em tese os regimes são passíveis de aplicação em simultâneo, tudo dependendo, como já se disse, da análise das circunstâncias concretas de cada caso.

Por último, apenas uma breve alusão às causas de extinção das medidas cautelares.

No CPP a extinção das medidas de coacção vem prevista no art. 214.º

Na LTE a extinção vem prevista no art. 64.º As medidas cautelares extinguem-se pelo decurso do prazo de duração, tendo-se aqui como referência directa o art. 60.º; com a suspensão do processo, devendo ter-se em conta o disposto nos arts. 84.º e 85.º em sede de inquérito; com o arquivamento do inquérito ou do processo (veja-se o art. 87.º na fase de inquérito e os arts. 93.º, n.º 1, al. *b*), e 110.º, n.º 3, al. *b*), na fase jurisdicional); com o trânsito em julgado da decisão (tenha-se em conta o disposto no art. 129.º).

A LTE consagra ainda no n.º 2 do artigo em análise uma causa autónoma de extinção.

Com efeito, as medidas cautelares extinguem-se quando a decisão de 1.ª instância, ainda que não transitada em julgado, não tiver aplicado qualquer medida ou tiver aplicado medida menos grave do que a de acompanhamento educativo.

Sabemos que está em curso a revisão da lei tutelar educativa. Não sabemos em que moldes, nem que alterações serão introduzidas. Poderá ser que algumas das questões aqui colocadas passem a encontrar solução directa na lei.

Esperamos sinceramente que, em nome da coerência do sistema e da prossecução dos deveres do Estado em relação às crianças e jovens, se dê um novo fôlego aos fins de educação para o direito e de reinserção na comunidade e não se acentue a tónica de um “direito penal dos pequeninos”.