

O cúmulo jurídico das medidas tutelares educativas: um breve apontamento

Valter Pinto Ferreira ()*

* Auditor de Justiça.

A aplicação de uma medida tutelar educativa (doravante medida tutelar) a um jovem, com idade compreendida entre os 12 (doze) e os 16 (dezasseis) anos, que tenha praticado factos qualificados pela lei como crime¹, que de resto é sustentada pelo artigo 27.º, n.º 3, alínea e), da Constituição da República Portuguesa, será sempre realizada de acordo com o seu interesse², tendo em devida conta as suas necessidades educativas para o Direito «e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade»³.

De igual modo, a escolha da medida tutelar há-de sempre fazer-se em concreto, dando o Tribunal preferência «de entre as que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do [jovem] e que seja susceptível de obter a sua maior adesão e a adesão de seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto»⁴, estando tais medidas previstas, por ordem crescente de gravidade, no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a i), da Lei Tutelar Educativa.

Isto dito, importa ainda considerar que seja qual for a medida tutelar aplicada ao jovem, o julgador, no momento da aplicação, deve obedecer aos princípios da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, adequação, necessidade, razoabilidade, suficiência, oportunidade, intervenção mínima e actualidade, sendo sempre orientado pelo melhor interesse do jovem e pela execução participada⁵.

Ora, se é verdade que pode dar-se o caso de o jovem ter praticado «apenas» um facto qualificado pela lei como crime, certo é também que pode o mesmo jovem

¹ Cf. o artigo 1.º da Lei Tutelar Educativa.

² Vide o artigo 6.º, n.º 3, da Lei Tutelar Educativa.

³ Cf. os artigos 2.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa.

⁴ Ver o artigo 6.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa.

⁵ Cf., com interesse, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Crianças e Jovens («Regras de Beijing») - recomendadas pelo VII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes e aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral n.º 40/33, de 1985; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas da Liberdade («Regras de Tóquio»); as Directrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil («Directrizes de Riade»); e as Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Jovens Privados da Liberdade («Regras de Havana»), todas recomendadas pelo VIII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e aprovadas, respectivamente, pelas Resoluções da Assembleia Geral n.ºs 45/110, 45/112 e 45/113, de 1990.

praticar vários desses factos⁶, o que serve por dizer que, ao contrário daquela primeira situação, o Tribunal poderá ver-se forçado a aplicar mais do que uma medida tutelar, «*de acordo com a concreta necessidade de educação do [jovem] para o Direito*»⁷. O que não pode é suceder, e para isso bem nos alerta o artigo 19.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa, que ao mesmo jovem sejam aplicadas medidas tutelares cumulativamente por um mesmo facto⁸.

Destarte, pisamos terreno seguro se afirmarmos existirem medidas tutelares compatíveis com a sua execução em simultâneo⁹, do passo que outras haverão em que é forçoso concluir pela impossibilidade dessa simultaneidade, situação em que o Tribunal determinará o cumprimento sucessivo das medidas tutelares aplicadas, o qual «*não pode ultrapassar o dobro do tempo de duração da medida mais grave aplicada, cessando, em qualquer caso, o cumprimento na data em que o seu destinatário completar 21 anos*»¹⁰ ou, caso a aplicação das várias medidas se dê no mesmo processo, pode ainda determinar a substituição de todas ou algumas medidas por outras¹¹.

Ainda a propósito, e porque relevante, cumpre deixar dito que «*se forem organizados vários processos relativamente ao mesmo [jovem], após o trânsito em julgado da decisão, os processos são apensados àquele cuja decisão tenha transitado em primeiro lugar*»¹².

Mas se até aqui a questão é mais ou menos pacífica entre os pensadores jus-familiares, já a introdução de normas a propósito da aplicação de medidas tutelares (institucionais) de internamento¹³, operada pela revisão de 2015 à Lei Tutelar Educativa¹⁴, não reúne tanto consenso na parte em que substitui a regra da

⁶ Embora se mantenha o carácter individual do processo, salvo quando em fases distintas, nos termos do artigo 34.º, n.ºs 1 e 2, da Lei Tutelar Educativa.

⁷ Cf. o artigo 6.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa.

⁸ Salvo nos casos dos artigos 16.º, n.º 2, e 19.º, n.º 2, da Lei Tutelar Educativa.

⁹ Ver o artigo 8.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa.

¹⁰ Cf. os artigos 8.º, n.ºs 2, 3 e 6, e 133.º, n.ºs 1 a 4, da Lei Tutelar Educativa.

¹¹ Vide o artigo 8.º, n.ºs 2 e 5, da Lei Tutelar Educativa.

¹² Cf. o artigo 37.º, n.º 2, da Lei Tutelar Educativa.

¹³ Ver o artigo 4.º, n.º 1, alínea i), 2 e 3, alíneas a) a c), da Lei Tutelar Educativa

¹⁴ Lei n.º 4/2015, de 15 de Janeiro.

execução sucessiva pelo «competente cúmulo jurídico de medidas, nos termos da lei penal»¹⁵, quando ao mesmo jovem tenha sido aplicada mais do que uma medida tutelar de internamento sem que uma delas se encontre integralmente cumprida.

A respeito, importa salientar que o cúmulo é decidido por Tribunal Colectivo¹⁶, ao abrigo do disposto no artigo 30.º, n.º 2, da Lei Tutelar Educativa¹⁷, sendo nula a decisão tomada por Tribunal Singular, nos termos do artigo 122.º, n.ºs 1 a 3, do Código de Processo Penal, *ex vi* artigo 128.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa¹⁸.

E é neste *estado de coisas* que chegamos ao artigo 8.º, n.ºs 4 e 7, da Lei Tutelar Educativa. Assim, se aquele primeiro se limita a prever que o cúmulo jurídico se há-de fazer nos termos da lei penal¹⁹ «quando for aplicada mais do que uma medida de internamento ao mesmo [jovem], sem que se encontre integralmente cumprida uma delas», como que a balizar o que o anterior regime já previa, pelo menos de forma tácita²⁰, já aquele segundo é fonte de maiores desencontros entre os que se dedicam ao estudo destas matérias.

Posto isto, e como ponto prévio, importa clarificar que é *conditio sine qua non* de aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, estar em causa a aplicabilidade de medidas tutelares de internamento com diferentes regimes de execução. Dito de outra forma: em respeito ao artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil²¹, e se é certo que o artigo 8.º, n.ºs 4 e 7, da Lei Tutelar Educativa, foram introduzidos

¹⁵ Cf. o artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, e os artigos 77.º, n.ºs 1 e 2, na parte aplicável, e 78.º, n.ºs 1 e 2, na parte aplicável, do Código Penal.

¹⁶ É competente para efectuar o cúmulo o Tribunal que aplique as medidas tutelares no caso de haver um único processo; o Tribunal onde corra termos o processo ao qual foi apensado outro, ou outros; e no caso de conhecimento superveniente do concurso, o Tribunal competente é aquele que aplicou medida tutelar de internamento em último lugar (cf., com interesse, o artigo 471.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

¹⁷ Ver, com interesse, os artigos 119.º, n.º 1, e 129.º da Lei Tutelar Educativa.

¹⁸ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-02-2019, Processo n.º 7251/15.1T8LRS-B.L1-9 (Cláudio Ximenes), disponível em www.dgsi.pt, acedido a 11-02-2020.

¹⁹ Ouvido o Ministério Público, o jovem e o seu defensor.

²⁰ A respeito, SUSANO, Helena – «A dinâmica do processo na Lei Tutelar Educativa: contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação», in *Revista JULGAR*, n.º 11. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. ISSN 1646-6853, pp. 109-133.

²¹ «A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.»

aquando da mesma revisão à lei²², então é de concluir que se o legislador disse, especificamente, no n.º 7, «*medida de internamento com diferentes regimes de execução*», não o tendo feito no n.º 4, limitando-se à expressão «*mais do que uma medida de internamento*», é porque pretendeu que o âmbito de aplicação das normas fosse distinto, reservando o n.º 7, apenas, para as situações em que em causa estejam diferentes regimes de execução das medidas de internamento aplicáveis a um mesmo jovem.

Não obstante, o legislador disse mais. Disse que o n.º 4 se aplica «*sem que se encontre integralmente cumprida uma delas*», donde parece poder concluir-se que se em causa estiver a aplicação de duas (ou mais) medidas de internamento, naturalmente por factos diversos²³, ao mesmo jovem, e ele não tiver ainda iniciado o cumprimento de nenhuma dessas medidas, porquanto não transitadas em julgado, o «cúmulo» não se realiza nos termos do n.º 4, mas antes do n.º 2, ou do n.º 3, consoante as medidas tenham sido aplicadas no mesmo processo, ou em processos diferentes.

Neste sentido, HENRIQUE GUERRA MAIO/ RUI PAULO SANTOS²⁴:

«no confronto entre o aludido n.º 2 do [artigo 8.º da Lei Tutelar Educativa] e o segmento “*sem que se encontre integralmente cumprida uma delas*” do n.º 4, inculca-se a ideia de que já houve, ao menos, o trânsito em julgado de uma das medidas, porquanto se alude, como pressuposto normativo, ao cumprimento, e já não ao mero decretamento de uma medida tutelar».

Essa não é, porém, a nossa visão.

²² Operada pela Lei 4/2015, de 15 de Janeiro.

²³ Atento o artigo 19.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa, que já conhecemos.

²⁴ Cf. «Do cúmulo jurídico de medidas tutelares educativas», in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. 1.º semestre 2016. N.º 1. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2016. ISSN 1645-829X, p. 182.

Para que melhor nos possamos fazer compreender, imagine-se o seguinte cenário: o jovem A pratica dois factos qualificados pela lei como crime, vindo depois a ser-lhe aplicada, por cada um desses factos, medida de internamento, suponhamos em regime fechado, pelo período de 06 (seis) meses.

Já o jovem B pratica um facto qualificado pela lei como crime, motivo pelo qual lhe vem a ser aplicada igual medida de internamento em regime fechado, pelo período de 06 (seis) meses. Estando a cumprir tal medida, pratica novo facto qualificado pela lei como crime, vindo a ser-lhe aplicada, de novo, medida de internamento em regime fechado, por igual período.

Pensamos não haver dúvida de que, no caso do jovem A, as medidas aplicadas não permitem o seu cumprimento simultâneo, motivo pelo qual, ao aplicar-se o disposto no artigo 8.º, n.ºs 2 ou 3, da Lei Tutelar Educativa, e não sendo caso de alterar as medidas por outras, teria o mesmo jovem de cumpri-las sucessivamente²⁵. De igual modo, não colocamos em causa que, no caso do jovem B, ser-lhe-ia efectuado o cúmulo jurídico, em consonância com o artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa.

Nessa medida, a questão que se levanta é a seguinte: efectuar ao jovem B o cúmulo jurídico das medidas tutelares de internamento, não o efectuando ao jovem A, não seria punir com maior severidade o jovem ao qual ainda se não deu oportunidade de «*inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade*», sendo essa a finalidade primeira das medidas tutelares, em obediência ao artigo 2.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa?

A resposta, a nosso ver, só pode ser positiva.

Por conseguinte, entendemos que também ao jovem A deve ser efectuado o cúmulo jurídico de tais medidas, desaplicando o disposto no artigo 8.º, n.ºs 2 ou 3, da Lei Tutelar Educativa, e aplicando, em seu lugar, o n.º 4 do mesmo normativo.

²⁵ Já assim o entendia o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-03-2007, Processo n.º 1063/07-9 (Carlos Benido), disponível em www.dgsi.pt, acedido a 17-02-2020.

Para que fique claro, importa não esquecer que no caso de a qualquer dos jovens deverem ser aplicadas medidas tutelares de internamento em regimes de execução diferentes, imediatamente se aplica o artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, e já não o n.º 4.

A questão pode ser levantada de outra forma: atenta a expressão «*sem que se encontre totalmente cumprida uma delas*» exposta no artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, o cúmulo jurídico engloba as medidas já cumpridas, ou apenas as que estejam por cumprir?

São conhecidas as divergências. De um lado, JÚLIO BARBOSA E SILVA²⁶:

«sem que se encontre totalmente cumprida uma delas» quer «significa[r] que as medidas já cumpridas/extintas não entram no cúmulo (único sentido útil – senão dir-se-ia “tenha ou não sido já cumprida”».

Por outro lado, RUI DO CARMO²⁷:

«a letra da lei comporta também a interpretação oposta, pois tendo sido aplicada uma medida de internamento a um menor [sic] que já cumpriu outra ou outras, há também uma medida por cumprir, a última que foi aplicada».

²⁶ Cf. «E se todo o mundo é composto de mudança...: um primeiro comentário sobre novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de Janeiro», in *Revista do Ministério Público*, n.º 143 – Ano 36 – Julho-Setembro 2015. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público Editora. ISSN 0870-6107, pp. 27/28.

²⁷ Ver *Lei Tutelar Educativa Anotada*. (Cristina Dias, Margarida Santo e Rui do Carmo coord.). Coimbra: Almedina. 2018. (Em anotação ao artigo 8.º). ISBN 978-972-40-7699-7, pp. 49/50.

Mais adiante, continua o mesmo Autor:

A «duração máxima do tempo de internamento (...) tem de ser compreendida em função do período temporal a que é aplicável (factos praticados entre os 12 e os 16 anos, tendo os 21 anos como idade limite de execução) e das finalidades das medidas e dos critérios da sua escolha (...). Ou seja, foi estabelecido um limite máximo em centro educativo durante a janela temporal em que são aplicáveis ou exequíveis medidas tutelares educativas, que obriga a uma reavaliação do percurso institucional do menor [sic] sempre que lhe é aplicada uma nova medida de internamento, independentemente de a anterior ou anteriores se encontrarem já cumpridas ou não».

Tomando posição a respeito, começamos por recordar que o artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, manda efectuar o cúmulo *«nos termos previstos na lei penal»*.

Ora, o artigo 78.º, n.º 1, do Código Penal, ensina que

«[s]e, depois de uma condenação transitada em julgado, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo [77.º do mesmo Código], sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes».

Todavia, do passo que o artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, exige, para se proceder ao cúmulo das penas, que todos os crimes cometidos o tenham sido antes do trânsito em julgado de qualquer das condenações, o artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, apenas prevê que não se encontre integralmente cumprida uma, ou pelo menos uma, das medidas de internamento aplicadas.

A ser assim, então só podemos concluir que as medidas tutelares já cumpridas não integram o cúmulo a efectuar. Ademais, a entender-se existir um limite máximo de internamento em centro educativo durante o período em que são aplicáveis ou executáveis as medidas tutelares, estaríamos a permitir comportamentos antijurídicos indefinidos, uma vez que, cumprido o período máximo temporal de internamento, novo comportamento à margem das normas ficaria sem consequências, pelo menos de internamento.

Mas é mais do que isso. Entendemos que se, de facto, o segmento «*sem que se encontre cumprida uma delas*» puder significar, também, «a última medida que foi aplicada», então aquela expressão legal perde significado e razão de ser, uma vez que a leitura da norma sem esse segmento sempre daria este resultado.

Em jeito de conclusão: se for aplicada uma medida de internamento a determinado jovem, encontrando-se outra, ou outras medidas, por ele já cumpridas, não há lugar a cúmulo jurídico.

Ultrapassada a primeira das vicissitudes que tais normas encerram, levanta-se uma outra, de igual monta, e que está relacionada com a interpretação a fazer da expressão «*medida mais grave aplicada*» constante do artigo 8.º, n.º 7 (e bem assim do n.º 6), da Lei Tutelar Educativa. Por conseguinte, «medida mais grave» significa «medida de maior duração» ou «medida de regime de execução mais limitativo da autonomia do jovem»? Eis o que está em causa.

O artigo 133.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, professa que

«o grau de gravidade das medidas tutelares afere-se pela ordem crescente da sua enumeração no n.º 1 do artigo 4.º, e relativamente às modalidades de cada uma, pelo grau de limitação que, em concreto, impliquem na autonomia de decisão e de condução de vida do [jovem]»,

o que pode levar a concluir que o critério a utilizar é o da «medida de regime de execução mais restritivo», ademais se àquele argumento juntarmos o facto de o

artigo 17.º, n.ºs 1 a 4, da Lei Tutelar Educativa, sugerir que o regime de execução mais fechado é também o mais limitativo da liberdade e autonomia do jovem²⁸.

A propósito, PAULO GUERRA²⁹:

«Entendo que a norma do n.º 4 deste normativo [artigo 133.º da Lei Tutelar Educativa], bem como os pressupostos legais do art. 17.º, sugerem que o regime de execução mais fechado é também o mais limitativo da liberdade e autonomia do jovem, pelo que o regime fechado será sempre mais grave do que o semiaberto e, por sua vez, este último será mais grave do que o aberto».

De outro passo, há igualmente quem pugne pela não aplicação do artigo 133.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, porquanto este é de aplicar

«(segundo professado, de forma exclusiva) no âmbito da execução de medidas. Assim sendo, na ausência de uma diferenciação valorativa entre medidas consoante o seu modus de aplicação, a duração reconduzir-se-ia a critério determinante de distinção e gradação das medidas em ordem de gravidade»³⁰.

Não obstante, perfilhamos uma posição mista, isto é, cremos que «medida mais grave» tanto pode significar «medida de maior duração», como «medida mais restritiva», dependendo da similitude, ou falta dela, dos regimes de execução que estiverem em causa.

Concretizando: se entendermos, de forma rígida, que «medida mais grave» significa «medida de maior duração», estamos a *atropelar* aquele que nos parece

²⁸ Connosco, *Lei Tutelar...*, *op. cit.* (Rui do Carmo em anotação ao artigo 8.º), p. 51.

²⁹ *Vide Lei Tutelar...*, *op. cit.* (em anotação ao artigo 133.º), p. 384, nt. v).

³⁰ Cf. MAIO, Henrique Guerra, SANTOS, Rui Paulo – «Do cúmulo...», *op. cit.*, pp. 185-186, nt. 15.

ter sido o pensamento do legislador quando estabeleceu a ordem de gravidade das medidas tutelares no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a i), da Lei Tutelar Educativa.

Já se entendermos, sem mais, que «medida mais grave» significa «medida mais restritiva», teremos em mãos um problema inultrapassável quando ao mesmo jovem forem aplicáveis duas (ou mais) medidas de internamento sujeitas ao mesmo regime de execução, uma vez que, nesse caso, nenhuma delas é mais restritiva do que a outra.

De resto e como veremos *infra*, este entendimento leva a resultados intoleráveis do ponto de vista das finalidades das medidas tutelares.

Em suma: na nossa opinião, «medida mais grave» é a «medida mais restritiva» quando em causa estejam medidas de internamento em diferentes regimes de execução, e é a «medida de maior duração» quando os regimes a aplicar sejam os mesmos.

Seja qual for a posição que a respeito do tema se tenha, certo será sempre que há limites inultrapassáveis para qualquer uma das teorias, como seja:

- a não competência do Tribunal de Família e Menores³¹ [*sic*] quando o crime haja sido praticado por jovem com menos de 12 (doze) anos ou mais de 16 (dezasseis)³²;
- a cessação de competência daquele Tribunal se o jovem completar 18 anos antes da data da decisão em primeira instância³³;

³¹ Aproveitamos este espaço para deixar dito que a designação atribuída a estes Tribunais está, desde há muito, profundamente ultrapassada e obsoleta. As razões que estiveram na base das diversas alterações legislativas a propósito das matérias atinentes ao Direito da Família, mormente no que respeita à adopção da terminologia «jovem» ou «criança» em detrimento da expressão «menor» (pese embora, sem motivo aparente, tal se não tenha verificado aquando da alteração à Lei Tutelar Educativa), mereciam já um olhar a respeito da denominação daqueles Tribunais. Entendemos que atribuir-lhes a designação de «Tribunais de Família, Crianças e Jovens» seria não só mais adequado aos tempos que vivemos como, igualmente, mais consentâneo e revelador dos cidadãos que os frequentam, de resto buscando harmonia com o artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

³² Cf. o artigo 28.º, n.º 1, alínea b), *a contrario sensu*, da Lei Tutelar Educativa.

³³ Ver o artigo 28.º, n.º 2, alínea b), da Lei Tutelar Educativa.

- a medida caducar/cessar, automaticamente, aos 21 (vinte e um) anos de idade do jovem-adulto³⁴, independentemente de lhe ter sido aplicada uma medida tutelar de internamento que, em abstracto, fosse de cumprir para além dessa idade³⁵; e
- a duração da medida de internamento em centro educativo não poder, em caso algum, exceder o limite máximo da pena de prisão prevista para o crime correspondente ao facto³⁶.

Aqui chegados, nova questão se levanta. Pode a duração da medida de internamento a que alude o artigo 18.º, n.ºs 1 a 3, da Lei Tutelar Educativa, ser elevada ao dobro do aí previsto, em caso de cúmulo? Eis o que cumpre discutir.

Na Doutrina, são opostas as posições encontradas. Se, por um lado, ELSA CASTELO³⁷ é firme na convicção de que o limite é o que consta daquele normativo:

«estará a moldura do cúmulo limitada, no seu máximo, pelo conteúdo do artigo 18.º da LTE, que estabelece que a medida de internamento em regime aberto e semiaberto tem a duração máxima de 2 anos e que a medida de internamento em regime fechado tem, em geral, a duração máxima de 2 anos e, no caso de se tratar de crimes mais graves, de 3 anos? Parece-me que sim.»;

já por outro lado, RUI DO CARMO³⁸ afirma que a duração máxima do tempo de internamento,

«no limite, pode atingir os 4 ou os 6 anos».

³⁴ Daí que se distinga a competência declarativa da competência para execução das medidas.

³⁵ Cf. o artigo 5.º da Lei Tutelar Educativa.

³⁶ Ver o artigo 7.º, n.º 2, da Lei Tutelar Educativa.

³⁷ Cf. «O cúmulo jurídico das medidas de internamento em processo tutelar educativo», in *Lei Tutelar Educativa*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários: Coleção Formação Contínua (e-book). 2018, p. 27.

³⁸ Ver *Lei Tutelar...*, op. cit. (em anotação ao artigo 8.º), p. 50.

No nosso modo de ver as coisas, tendemos a crer haver margem legal para que os limites expostos no artigo 18.º, n.ºs 1 a 3, da Lei Tutelar Educativa, sejam elevados ao dobro em caso de cúmulo, contudo, entendemos outrossim, que atentas as finalidades a que a Lei Tutelar Educativa se propõe no seu artigo 2.º, n.º 1³⁹, deverá o julgador evitar, tanto quanto lhe seja possível em função das especificidades do caso concreto, a aplicação de uma medida tutelar, ainda que em cúmulo jurídico, por tempo superior ao previsto naquela primeira norma legal, sob pena de a intervenção tutelar ser vista, não como reeducativa, mas como securitária, o que certamente não se pretende, tanto mais havendo o sério risco de se perder a compreensão que o jovem deve ter a respeito da medida que lhe é aplicada.

Sobrevive, já se percebeu, a herança de impossível repúdio de calcular o espaço temporal de duração da medida tutelar a aplicar, o que, note-se, só poderá ser realizado após o trânsito em julgado de todas as medidas tutelares que integrem o cúmulo⁴⁰.

Para tanto, há que distinguir, como já se disse, o caso em que se aplica, ao mesmo jovem, mais do que uma medida tutelar de internamento a executar no mesmo regime, daqueloutro que ao mesmo jovem se aplica mais do que uma medida tutelar de internamento a executar em regimes diversos.

Tomemos como exemplo da primeira situação a hipótese prática de ao mesmo jovem dever ser aplicada:

- uma medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo em **qualquer dos regimes** (aberto, semiaberto ou fechado) **pelo período de 12 (doze) meses**;
- uma outra, **no mesmo regime, pelo período de 15 (quinze) meses**;

³⁹ «As medidas tutelares educativas, adiante abreviadamente designadas por medidas tutelares, visam a educação do [jovem] para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade».

⁴⁰ Cf. o art 78.º, n.º 2, do Código Penal, ex vi artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa.

– e uma outra, **também no mesmo regime, pelo período de 18** (dezoito) **meses**.

Ora, o artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, ensina, na parte que para aqui importa, que quando alguém tiver praticado vários crimes (*in casu*, vários factos que a lei qualifica como crime) é condenado (*rectius*, é sancionado) numa pena única (ou mais assertivamente, numa medida tutelar de internamento única), sendo que o n.º 2 do mesmo artigo lembra que o limite mínimo é a mais elevada das penas (medidas tutelares) e o limite máximo a soma de todas elas.

Nesta conformidade, o cúmulo a efectuar é o seguinte:

Mínimo: **18** (dezoito) **meses** (tempo de duração mais elevado);

Máximo: **45** (quarenta e cinco) **meses** (a soma de todas as medidas).

E é precisamente neste ponto que cumpre esclarecer o que deixamos pendente *supra* quando nos referimos aos resultados intoleráveis do entendimento de que «medida mais grave» significa, sem mais, «medida mais restritiva».

No caso prático a que aludimos, inexistente, como se percebe, uma medida mais restritiva do que outra.

Destarte, fará sentido balizarmos a duração das medidas tutelares entre os **18** (dezoito) **meses** e os **45** (quarenta e cinco) **meses**, apenas pelo facto de não existirem medidas de regimes diversos quando, se os houvesse, o máximo a aplicar seriam **36** (trinta e seis) **meses**, isto é, o dobro da medida de maior duração?

Não nos parecendo existir razoabilidade nesta proposta, reforçamos a nossa convicção de que «medida mais grave» pode significar não só «medida mais restritiva», como, igualmente, «medida de maior duração» e, nessa medida, cremos que o limite máximo a aplicar é o dobro da medida mais longa, ou seja, no caso concreto, **36** (trinta e seis) **meses**.

Imaginemos agora a situação prática de a determinado jovem dever ser aplicada:

- uma medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo em **regime aberto pelo período de 24** (vinte e quatro) **meses**;
- uma outra em **regime semiaberto pelo período de 12** (doze) **meses**;
- e uma outra em **regime fechado pelo período de 06** (seis) **meses**.

Aqui chegados, é de considerar que o artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, em conjugação com o artigo 8.º, n.º 4, da Lei Tutelar Educativa, só pode ser lido sem os limites do artigo 8.º, n.º 7, do mesmo diploma, quando em causa estiverem medidas tutelares de internamento de igual regime de execução, o que não é o caso.

Estando em discussão mais do que uma medida de internamento em regimes de execução distintos, vejamos os resultados de cada uma das teorias que *supra* demos a conhecer, chamando à colação aquele n.º 7.

Assim, para quem defende que «medida mais grave» significa «medida mais restritiva»⁴¹, o cúmulo a efectuar é o seguinte:

Mínimo: **06** (seis) **meses** (medida mais restritiva);

Máximo: **42** (quarenta e dois) **meses** (a soma de todas as medidas), reduzido a **12** (doze) **meses**, por força do artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa (dobro da medida mais restritiva).

Já para quem entende que «medida mais grave» significa «medida de maior duração», o cúmulo obtido é:

Mínimo: **24** (vinte e quatro) **meses** (medida de maior duração);

Máximo: **42** (quarenta e dois) **meses** (a soma de todas as medidas, não sendo necessário aplicar o disposto no artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, porquanto a soma de todas as medidas não

⁴¹ RUI GUEDES DE AMORIM, por exemplo, interpreta desta forma a expressão. Cf. «Fundamento e Alcance da Recente Revisão da Lei Tutelar Educativa», in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. 2.º semestre 2015. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2015. ISSN 1645-829X, pp. 168-169.

ultrapassa o dobro da medida de maior duração, nesta tese entendida como mais grave)⁴².

Podemos colocar o problema em termos distintos:

- uma medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo em **regime aberto pelo período de 06 (seis) meses**;
- uma outra em **regime semiaberto pelo período de 12 (doze) meses**;
- e uma outra em **regime fechado pelo período de 24 (vinte e quatro) meses**.

Se «medida mais grave» significar «medida mais restritiva», o cúmulo mostra-se da seguinte forma:

Mínimo: **24 (vinte e quatro) meses** (medida mais restritiva);

Máximo: **42 (quarenta e dois) meses** (a soma de todas as medidas, não sendo necessário aplicar o disposto no artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, porquanto a soma de todas as medidas não ultrapassa o dobro da medida mais restritiva, nesta tese entendida como mais grave).

⁴² Importa, todavia, fazer a mesma ressalva que já se deixou *supra* e que se prende com a aplicação quer do artigo 7.º, n.º 2, da Lei Tutelar Educativa, quer do artigo 18.º, n.ºs 1 a 3, do mesmo diploma. Em primeiro plano, «[a] duração da medida de internamento em centro educativo não pode, em caso algum, exceder o limite máximo da pena de prisão prevista para o crime correspondente ao facto». Num segundo nível de apreciação, deve deixar-se dito que a moldura abstractamente aplicável de 42 (quarenta e dois) meses só se mostra possível no entendimento de que a duração da medida de internamento a que alude o artigo 18.º, n.ºs 1 a 3, da Lei Tutelar Educativa, possa ser elevada ao dobro do aí previsto em caso de cúmulo, o que, como já vimos, não é pacífico. Além disso, mesmo a entender-se ser possível elevar tal duração ao dobro, importa não esquecer que só em caso de o jovem ter praticado um «*facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos*» é que as medidas tutelares de internamento poderiam ter a duração máxima de seis anos (cf. o artigo 18.º, n.º 3, da Lei Tutelar Educativa).

Já se «medida mais grave» significar «medida de maior duração», o resultado obtido depois de efectuar o cúmulo é exactamente o mesmo:

Mínimo: **24** (vinte e quatro) **meses** (medida de maior duração);

Máximo: **42** (quarenta e dois) **meses** (a soma de todas as medidas, não sendo igualmente necessário aplicar o disposto no artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, uma vez que a soma de todas as medidas não ultrapassa o dobro da medida de maior duração, nesta tese entendida como mais grave).

Serve dizer: pelo critério da «medida de maior duração», está vedado ao jovem a possibilidade de ver-lhe aplicada a moldura da medida tutelar de duração inferior; de contrário, tal moldura é uma hipótese a ter em linha de conta pelo julgador.

Indiferentemente da posição tomada, e não obstante o conhecimento da opinião de HENRIQUE GUERRA MAIO/ RUI PAULO SANTOS⁴³:

«o juízo sobre a aplicação das regras do cúmulo jurídico-penal não configura nova decisão, visto que, em si, apenas encerra um juízo de prognose educativa favorável ou desfavorável do menor [sic] e não um novo juízo ou reapreciação da censurabilidade da sua conduta à luz da moldura de cúmulo apurada e da qual se densificará uma medida única»,

entendemos que o cúmulo, pelo menos para efeitos de registo, se mostra como uma decisão nova, pelo que deve o julgador, no final da sentença, ordenar, após o trânsito em julgado, a remessa dos boletins ao registo (cf. os artigos 210.º, n.º 1, e 214.º, n.ºs 1 a 3, da Lei Tutelar Educativa).

⁴³ Cf. «Do cúmulo...», *op. cit.*, p. 181.

De todo em todo, pode sempre argumentar-se que, à semelhança do que sucede com a aplicação de qualquer medida parcelar que integre o cúmulo, também a moldura única que deste se extraia pressupõe que o Tribunal considere a gravidade dos factos e das consequências dos mesmos no seu conjunto, a necessidade de correcção do jovem, a sua personalidade, a sua conduta antes e depois da prática do facto, bem ainda como o seu passado antijurídico, o que equivale, cremos, a uma nova decisão, a uma nova ponderação.

Para finalizar, cumpre ainda dar resposta a uma das questões mais delicadas que o cúmulo encerra, como seja saber se o regime da medida do cúmulo pode ser agravado relativamente ao regime das medidas parcelares.

Percorrida a Lei Tutelar Educativa, e ainda que à colação possamos trazer o princípio da actualidade, não parece resultar qualquer impedimento para que a medida de internamento que resulta do cúmulo esteja subordinada a um regime mais restritivo do que aquele que seria aplicável a cada uma das medidas parcelares, todavia, antes de tomarmos partido, importa ter em atenção dois aspectos fundamentais:

- por um lado, o regime mais grave que resultasse do cúmulo teria de ser possível à luz dos requisitos estabelecidos no artigo 17.º, n.ºs 1 a 4, da Lei Tutelar Educativa, norma que reclama conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, alíneas a) a i), da mesma Lei, bem assim como com o artigo 40.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos das Crianças, aplicável por força do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa;
- de outro prisma, pode também entender-se, tendo em consideração o princípio da proporcionalidade e necessidade educativa⁴⁴, não ser possível aplicar um regime mais restritivo do que aquele que resultaria da aplicação das medidas parcelares.

⁴⁴ Cf. o artigo 7.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa.

Conhecem-se os desencontros a propósito. De um passo, RUI DO CARMO⁴⁵:

«[s]e esse agravamento é possível na revisão de medidas em execução [em caso de medida não institucional, pode ser ordenado o internamento em regime semiaberto [art. 138º/2.d)]; em caso de medida institucional, pode ser substituído o regime de execução por outro mais grave (art. 139.º/2, c)], pode sê-lo também em resultado de cúmulo jurídico, que constitui uma nova avaliação do comportamento e necessidades educativas do menor [sic] provocada pela prática de novos factos que conduziram à aplicação de nova medida de internamento».

Com outra perspectiva, HENRIQUE GUERRA MAIO/ RUI PAULO SANTOS⁴⁶:

«[s]eria paradoxal que da decisão de aplicação de uma medida única cumulada (...) se pudesse majorar a duração da intervenção tutelar mais fortemente reclusiva (presume-se, pois, com a alteração introduzida, que tal atentaria contra o interesse do menor) [sic]».

Vemos aqui necessidade de uma reflexão. Se na Doutrina se discute, como já vimos ser o caso, de ser ou não possível agravar o regime do cúmulo relativamente ao regime das medidas parcelares, colocando-se essa questão ao nível da maior gravidade do regime, então parece ter-se chegado à conclusão de que, pelo menos para este efeito, «medida mais grave» é a «medida mais restritiva».

No nosso modo de ver as coisas, e se de acordo estamos que «medida mais grave» tem este significado, estaríamos então, no entendimento de ser possível

⁴⁵ Vide *Lei Tutelar...*, op. cit. (em anotação ao artigo 8.º), pp. 51-52.

⁴⁶ Vide «Do cúmulo...», op. cit., p. 187.

aplicar um regime mais gravoso, a prejudicar o jovem a quem a medida está a ser aplicada, o que, cremos, não encerra o pensamento do legislador aquando da previsão do cúmulo jurídico.

Serve isto por dizer que, no caso de a um jovem dever ser aplicada uma medida tutelar em regime aberto e uma outra em regime semiaberto, a medida tutelar a extrair do cúmulo poderia ser executada em regime aberto ou em regime semiaberto, porquanto são esses os regimes das medidas tutelares parcelares, não podendo o julgador, do nosso ponto de vista, aplicar o regime fechado.

De qualquer forma, e em respeito ao artigo 8.º, n.º 7, da Lei Tutelar Educativa, e ao artigo 279.º, alínea c), do Código Civil, tal medida cessaria sempre no dia que o jovem completasse 21 (vinte e um) anos.