



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
VERTENTE DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

CRIMINALIDADE JUVENIL
RADIOGRAFIA DO CRIME JUVENIL: COMPORTAMENTOS E
CONSEQUÊNCIAS PARA O JOVEM

Dissertação para Obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade em Ciências Jurídico-Criminais

Mestranda: Sónia Cristina Das Dores Carapinha Camões

Orientador: Mestre Ana Paula Lourenço

Lisboa, junho de 2014

Dedicatória

Ao meu Filho e aos meus Pais,
pela paciência de viverem os meus entusiasmos.

Agradecimentos

Os meus agradecimentos à Magnífica Professora da Universidade Autónoma de Lisboa, Professora Mestre Ana Paula Lourenço, Orientadora deste trabalho de dissertação de mestrado, a quem devo a revisão de inúmeras sugestões para o tratamento das várias matérias, a indicação de muitas referências bibliográficas, sempre com a disponibilidade e a simpatia que a caracterizam.

E também para aqueles que incansáveis, me rodearam de amizade: Dr. Guido Júnior, Dr. João Camilo Gonçalves, Dr.^a Maria de Lurdes Coelho, Sr. João Oliveira, D^a Odete Damas, Helder Conceição, por tudo o que as palavras não conseguem revelar: obrigado!

“A Solidão escorre pelas paredes esboroadas dos corredores, mas não me posso queixar, foi minha a decisão de voltar a viver na casa. Conheço-a milímetro a milímetro, passei a considerá-la como um órgão do meu corpo. Absorvo-lhe o silêncio e, de tempos a tempos, visito o quarto escuro onde guardo o sofrimento dos dias doentes”.

Al Berto in *O Medo*¹

¹ Poesia (trabalho poético), 1974/1986.

Resumo

Procurar aferir se os direitos humanos e os direitos fundamentais reconhecidos aos jovens adultos pelos diplomas internacionais resultam numa integração eficaz na legislação e na jurisprudência existente no nosso ordenamento, e se favorece a proteção do jovem imputável visando a reintegração social do mesmo, decorrente dos fatores e condições que provocam o comportamento criminal juvenil, constitui o objetivo da presente investigação.

Palavras-Chave – direitos humanos, direitos fundamentais, criminalidade, comportamento criminal juvenil, dogmática jurídico-penal.

Summary

Find assesses whether human rights and the fundamental rights granted to young adults by international diplomas result in effective integration into existing legislation and case law in our legal system, and supports the protection of young attributable aiming at social reintegration of the same, due to the factors and conditions which cause juvenile criminal behavior, the aim of the present investigation.

Keywords – human rights, fundamental rights, crime, juvenile criminal behavior, criminal legal dogmatic.

LISTA DE SIGLAS:

Ac – Acórdão

AR – Assembleia da República

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC- Código Civil

CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança

CDF – Carta dos Direitos Fundamentais

CDH – Convenção dos Direitos do Homem

CE – Conselho da Europa

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEDHLF – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CESE – Comité Económico e Social Europeu

Col. Jur. – Colectânia de Jurisprudência

Col. Jur. –Acs. STJ – Colectânia de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)

CNUDC – Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DDC- Declaração dos Direitos da Criança

DL – Decreto-Lei

DQ – Decisão-Quadro

DR – Diário da República

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

ELSJ – Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

EM – Estados Membros

EP – Estabelecimento Prisional

JI – Juiz de Instrução

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JO – Jornal Oficial

LPCJ – Lei para a Proteção de Crianças e Jovens
LTE – Lei Tutelar Educativa
MDE – Mandado de Detenção Europeu
MP – Ministério Público
ONU - Organização das Nações Unidas
OPC- Órgão de Polícia Criminal
OTM – Organização Tutelar de Menores
PIDCP - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais
Proc. – Processo
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP – Revista do Ministério Público
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ – Tribunal de Justiça
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRE – Tribunal da Relação de Évora
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto.
UAL – Universidade Autónoma de Lisboa
UCP – Universidade Católica Portuguesa
UE – União Europeia

INTRODUÇÃO	11
 1. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL DOS JOVENS ADULTOS	
1. Introdução	19
1.1. Convenção sobre o Direito das Crianças	22
1.2. Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças	25
1.3. Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal	26
1.4. Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)	29
1.5. Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade)	30
1.6. Regras Mínimas padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)	31
1.7. Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade	32
1.8. Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal	33
1.9. Enquadramento nacional: principais normas	34
1.10. Constituição da República Portuguesa	35
1.11. Decreto-Lei 401/82, de 29 de Setembro Lei - Regime Penal Especial para Jovens Adultos	38
1.12. Algumas insuficiências do Regime	40
1.13. Justiça restaurativa – Uma Solução?	46
 2. A INDEFINIBILIDADE DO COMPORTAMENTO JUVENIL	
2.1. Introdução	48
2.1. Referência às diversas áreas do conhecimento sobre o comportamento juvenil	49
2.2. A formação da consciência	55
2.2.1. A intensidade da emoção	57
2.2.2. O sentido do ato: do estado de perigosidade ao risco	58
2.3. A previsibilidade do resultado: reações sociais	62

3. GARANTIAS PROCESSUAIS DO JOVEM	
3.1. Introdução	65
3.2. Direito a ser informado	66
3.3. Direito de acesso a um advogado	69
3.4. Direito a estar presente em julgamento	70
3.5. Direito a uma avaliação individual	73
3.6. Direito a ser examinado por um médico	74
3.7. Medidas alternativas	75
3.8. Direito à proteção da vida privada	76
3.9. Como garantir a efetivação das garantias?	77
 4. A APLICAÇÃO DO DIREITO	
4.1. Introdução	80
4.2. Como os nossos tribunais têm julgado	81
4.3. A determinação da pena: fatores para a tomada de decisão	87
4.4. (In) Conformidade com as normas internacionais?	88
 CONCLUSÕES	91
JURISPRUDÊNCIA	96
LEGISLAÇÃO	97
BIBLIOGRAFIA	99
SITES CONSULTADOS	106

INTRODUÇÃO

Não obstante haver alguma resistência em reconhecer um conjunto de princípios e de direitos de carácter universal, podemos afirmar que, hoje, os direitos humanos marcam a identidade política, cultural e social dos sujeitos seus titulares.

Estruturados no respeito pela dignidade da pessoa humana, o modo como se internacionalizou a ideia de proteção dos direitos humanos à escala global, impõe, particularmente no que respeita à sua efetiva garantia e à sua concretização, a necessidade de consolidação dos direitos fundamentais através de mecanismos de garantia adequados.

Resulta daí que é no interior do Estado de Direito Democrático e no primado do direito internacional, que a proteção dos direitos humanos atinge a sua eficácia.

Entre nós, como no mundo, o contexto do Estado de Direito Democrático apresenta-se como pressuposto indispensável para a definição dos princípios e estratégias adequadas à concretização desses direitos. E em nome da defesa desses direitos, a comunidade internacional, no respeito pela observância do princípio da subsidiariedade, pode legitimamente intervir na ordem jurídica interna de um determinado Estado.

Daí que, se a Constituição atribui ao legislador, *imposições constitucionais concretas*², diretivas de liberdades, direitos e garantias, o problema que se coloca é a obrigação de legislar, que como salienta Gomes Canotilho, “*dentre as imposições constitucionais, algumas há carecidas de suficiente determinabilidade, cabendo ao legislador o dever constitucional de lhes dar operatividade prática, para que elas constituam efectivamente direito actual e actuante*”³, do que se conclui que se impõe a aprovação de um regime jurídico de âmbito geral.

Aliás, é justo que assim aconteça: porque só interiorizando o sentido desses direitos é possível prosseguir adequadamente vários interesses fundamentais.

O direito dos nossos dias apresenta-se cada vez mais como um instrumento que procura traduzir o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e oferecer-se como elemento de realização da sua liberdade e responsabilidade.

Com o reconhecimento e densificação dos direitos humanos, o movimento para o reconhecimento da criança como sujeito de direito irrompeu durante a Segunda Guerra Mundial.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 332.

³ _____ – **O Problema da Responsabilidade Civil do Estado por Actos Ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p. 163.

Apesar das especificidades resultantes das fases próprias do seu desenvolvimento, os direitos da criança começaram por ser reconhecidos ao nível da Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração dos Direitos da Criança (DDC), adotada pela Assembleia Geral em 20 de Novembro de 1959, que apesar de enunciar vários princípios que norteiam a atuação dos Estados no que respeita ao estabelecimento de leis que protejam as crianças, não foi vinculativa para os mesmos, pelo que se tornou necessário a aprovação de outro instrumento.

Esse instrumento foi a importantíssima Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), aprovada pela ONU em 1989 e ratificada por Portugal em 12 de Setembro de 1990.

Esta Convenção é um tratado internacional que reconhece os direitos humanos das crianças, definidos como menores de 18 anos. Ao longo do texto enuncia a consagração legal de princípios constantes na Convenção, para que os Estados, que a subscreveram, possam adequadamente interpretá-la e interiorizá-la, harmonizando as suas leis, políticas e práticas e, abstendo de tomar qualquer medida que possa impedir ou infringir o gozo desses direitos, facilitando a vida das crianças e dos jovens destinatários da intervenção para a promoção dos direitos da criança e dos jovens.

De igual modo, seguiu-se-lhe a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, assinada por Portugal em 6 de Março de 1997, que estatui um determinado número de medidas processuais mas, que somente, vêm a ser aprovada em 2014, no 1º dia do mês seguinte ao Termo de Resolução da AR n.º 7/2014, de 27 de Janeiro, constante no DR, 1ª Série, n.º 18. A entrada em vigor ocorrerá no dia 1 de Julho de 2014, três meses após o depósito do documento de ratificação- depósito: 31 de Março.

A aprovação da diretiva, 2013/0408/EU⁴, de 22 de Outubro de 2013, diretiva sobre garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal ou objeto de um processo de entrega nos termos da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho (“processos de execução de mandados de detenção europeus”) impôs como uma necessidade imperiosa para a concretização da matéria proposta pelo Parlamento Europeu e Conselho, o objetivo de estabelecer normas mínimas comuns em toda a União Europeia, a partir do momento em que os menores se tornem suspeitos de ter cometido uma infração penal ou arguidos a esse título, até à conclusão desse processo.

Tal diretiva justifica-se pelo reforço das garantias processuais aplicáveis aos menores, que prevê explicitamente, e pela capacidade de os mesmos poderem participar efetivamente no processo, beneficiando do direito a um julgamento justo e, de efetivar os seus direitos. Sobretudo tendo em conta o superior interesse da criança, o reconhecimento como sujeito de direitos, tratado

⁴ Publicada no JOUE de 06.11.2013.

com respeito, dignidade, de uma forma profissionalizada e não discriminatória, visando a sua reintegração na sociedade.

Por outro lado, de inegável influência, são as Declarações de princípios internacionais, emitidas pela ONU e pelo Conselho de Europa (CE), não vinculativas mas que, enquanto instrumentos de *Soft Law*, apresentam a seguinte natureza similar: emitem recomendações, orientações, linhas gerais, comuns para toda a comunidade internacional, sendo importantes para a defesa dos direitos da criança, ao nível ético, cultural e social.

Contam-se, por exemplo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing). Aí se encontra o propósito de rever e modificar as legislações, as políticas e as práticas nacionais no que diz respeito à justiça juvenil, nomeadamente às garantias fundamentais do processo, o recurso a meios extrajudiciais, a enumeração da aplicação de outras medidas, considerando a prisão preventiva como o último recurso.

Nos Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade), encontramos o importante princípio de que a responsabilidade penal não deve ser fixada em idade demasiado baixa, tendo em conta os problemas da maturidade física, psicológica, afetiva e intelectual, embora não tenha indicado qualquer idade, deixando este estabelecimento à discricionariedade dos Estados.

Nas Regras Mínimas padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) estabelecem-se os requisitos para a aplicação das medidas não privativas de liberdade, ao mesmo tempo que se estipulam proteções legais para garantir que as sentenças não privativas de liberdade sejam aplicadas de forma justa, assegurando a proteção dos direitos.

Nas Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, encontramos referência ao facto de muitos sistemas jurídicos⁵ não diferenciarem a situação dos adultos e dos jovens, o que resulta, na prática, na detenção de muitos jovens em estabelecimentos prisionais comuns aos dos adultos. Daí a chamada de atenção para a prisão só dever ser empregue em casos extremos; se tiverem que ser detidos, que o sejam limitado ao estritamente necessário; que o seu tratamento envolva profissionais especializados de proteção social ou de justiça penal; que se tomem providências quanto à sua idade e personalidade.

Nas Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal, reforça-se os princípios constantes na CDC e as prerrogativas positivas da criança, nomeadamente, na área da justiça de jovens, na avaliação independente e objetiva, no benefício de todos os direitos que lhe são

⁵ Incluindo o sistema jurídico português.

conferidos pelo direito internacional, em particular, pelos consagrados nos artigos 3.º, 37.º e 40.º da CDC.

Cumpra acrescentar alguns projetos e políticas a nível europeu de reconhecimento desses direitos: o Pacto Europeu para a Juventude e a Promoção da Cidadania Ativa, adotado pelo Conselho Europeu de Bruxelas, em Março de 2005, a Agenda Social Europeia, adotada pelo Conselho Europeu de Nice, em Dezembro de 2000 e a Estratégia Europeia para o Emprego, adotada pelo Conselho Europeu de Luxemburgo, em Novembro de 1997.

Assim como diversos acordos e resoluções orientados para a juventude, para a sua efetivação: a Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho de 07 a 10 de Julho de 2010, sobre animação juvenil (2010/C 327/01), a Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos EM, reunidos no Conselho de 29 de Novembro de 2009, sobre um quadro renovado para a cooperação europeia no domínio da juventude (2010-2018), a Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o programa “Juventude em ação”, através da Decisão n.º 1719/2006/CE⁶, a Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos EM, reunidos no Conselho de 27 de Junho de 2002, relativa ao quadro para a cooperação europeia em matéria da juventude (COM (2003) 184 – C5-0404/2003 – 2003/2127 (INI), a Resolução do Conselho e dos representantes dos EM, reunidos no Conselho de 14 de Dezembro de 2000, relativa à integração social dos jovens (JO C 374, de 28 de Dezembro de 2000), a Recomendação R (03) 20, adotada pelo Comité de Ministros, em Setembro de 2003, versa sobre “Os Novos Modos de Tratamento da Delinquência Juvenil e o Papel da Justiça Juvenil”, a Recomendação (01) 1532 do Conselho da Europa sobre “Uma Política Social Dinâmica em Favor das Crianças e Adolescentes em Meio Urbano”, adotada pela Assembleia Parlamentar em 24 de Setembro de 2001 e a Recomendação (00) 20 do Comité de Ministros sobre “O papel da intervenção psicossocial precoce na prevenção dos comportamentos criminais”, de 6 de Outubro de 2000.

A nível nacional, a interiorização destes valores e princípios inerentes ao reconhecimento do direito das crianças e dos jovens, enquanto sujeito autónomo de direitos encontra consagração na Constituição da República Portuguesa, ao nível dos direitos fundamentais. A base jurídica deste regime encontra-se regulada no Título II, Capítulo I, nos artigos 24.º a 47.º, e Título III, Capítulo II, nos artigos 63.º a 70.º.

O Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, que consagra o regime penal especial para jovens imputáveis, engloba nesta categoria jovens entre os 16 e os 21 anos, e assenta na ideia de que

⁶JO L 327 de 24.11.2006, p. 30. Disponível em eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:327:0001:0005:PT:PDF.

o jovem infrator é merecedor de um tratamento penal especializado, não só para que a sua capacidade de ressocialização seja mais fácil, mas por se encontrar no limiar da maturidade, e também para evitar, em princípio, um efeito estigmatizante.

Assim, tratando-se de jovens adultos, sempre que pratiquem um facto tipificado pela lei como crime, a sua atuação será sancionada pelo regime especial para jovens imputáveis «*próximo dos princípios e regras do direito reeducador dos menores, mais reeducador do que sancionador*»⁷, atendendo à vulnerabilidade dos jovens nesta fase.

Todavia, numa apreciação preliminar, diremos que este regime é inconclusivo, por necessitar de desenvolvimento normativo interno, por não ser um instrumento suficiente para cumprir as orientações e recomendações internacionais, na medida, em que na prática, não se encontra apto, quanto ao reconhecimento do direito dos jovens e aos instrumentos para a sua efetivação, quanto à adaptabilidade e sua mobilidade às realidades e à evolução social, quanto à viabilidade das soluções apresentadas, subsiste uma omissão legislativa⁸, que dificulta a interpretação do DL.

O Código Penal, no artigo 9.º, indica que tratando-se de um jovem adulto, imputável, maior de 16 anos e menor de 21, são aplicáveis normas em legislação especial. A legislação especial que se ocupa desta temática e a que o CP se refere é o DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, cujo n.º 2 do artigo 1º esclarece que é considerado jovem para os seus efeitos o agente que, à data do crime, tiver completado 16 anos sem ter ainda atingido os 21 anos.

Isto significa que o regime penal dos jovens adultos é suscetível de ser aplicado a infratores que tenham entre 16 e 21 anos à data da prática do crime, independentemente de, por demoras de instrução, terem ultrapassado os 21 anos na data do julgamento.

No Código de Processo Penal, o elenco das garantias individuais em matéria processual penal, reconduz-se ao respeito pela dignidade das pessoas, ao primado da liberdade e às garantias de defesa. Pretendemos aqui chamar a atenção para os artigos do CPP que ecoam as garantias contidas no Direito Internacional e na Constituição.

No Código Civil, o reconhecimento do direito das crianças e dos jovens, é-nos dado pelo reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos. Como bem refere Diogo Campos, “*a pessoa é sempre um valor em si mesmo e como tal deve ser tratada*”⁹.

⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei 401/82, de 23 de Setembro.

⁸ QUADROS, Fausto de – **Omissões legislativas sobre direitos fundamentais**. In Jorge Miranda (coord.), Nos dez anos da Constituição. Lisboa, 1986, p. 61.

⁹ CAMPOS, Diogo Leite de – **O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *X Congresso da Federação Internacional de Estudos sobre a América Latina e as Caraíbas – FIEALC*. Moscovo, Junho, 2001. p. 1262.

E a pergunta que inicialmente começamos por fazer é esta: será que a legislação e a jurisprudência internas estão em conformidade com os vários diplomas internacionais, que Portugal ratificou?

É pois esta dimensão internacional no ordenamento português que convocará a atenção nas páginas seguintes, conferindo-se particular relevância à efetiva eficácia interna.

Por outro lado, tal como afirma Figueiredo Dias, se “*a infracção surge sempre, concretamente como um homicídio, uma violação, um furto, etc. Toda a infracção, porém, tem na base um comportamento humano que desencadeia a aplicação ao agente de uma consequência jurídica (a pena)*”¹⁰.

Logo, o conhecimento da personalidade do jovem é imprescindível para entender a motivação do crime e essencial para graduar a sua responsabilidade e em consequência a medida da pena a aplicar-lhe.

O que nos interessa saber é, sobretudo, da análise da estrutura psíquica do jovem, partir das tendências inconscientes que estão por detrás da racionalização.

Aquelas situações em que à consciência do jovem agente acede o impulso ou tendência oriundo das camadas mais profundas da personalidade, assumindo aí o carácter de motivo consciente do agir, para podermos questionar se o jovem adulto tem capacidade para proceder a uma avaliação e determinação dos atos por si praticados.

Nesta linha de pensamento, parece apontar a opinião de alguns autores, como Fernanda Palma, quando refere que o desenvolvimento da pessoa deve ser concebido nas suas diversas dimensões: neuro-biológica, ética, intelectual e social. Sobretudo, escreve a autora, “*o direito não pode definir a imputabilidade penal em função de uma pressuposta capacidade de determinação pela norma, que prescinde de investigar a maturação de inteligência, e as reais capacidades de abstracção, discernimento, apreciação ética e determinação de vontade*”¹¹.

Isto pressupõe que se deve valorar, em diversas fases e em diferentes níveis, o comportamento de um jovem delinquente, associado não só à consciência do ilícito, mas comprovar-se, de acordo com as suas qualidades e capacidade individual, se estava em condições de satisfazer as correspondentes exigências objetivas, tendo em atenção a sua inteligência, experiência de vida, formação; da mesma forma, que se deve olhar às especificidades da situação em que atua (perturbação, medo, fadiga).

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Direito Penal** (Sumários das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2ª turma do 2.º ano da Faculdade de Direito com indicações bibliográficas e textos de apoio), Ed. Em offset, Coimbra: João Abrantes, 1975, p. 111 – itálico do autor.

¹¹ PALMA, Fernanda, **Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade**, In *Sub-Judice: justiça e sociedade*, N.11. Lisboa, Janeiro – Junho, 1996, p. 61.

Por isso, para a condenação penal importa a prática de determinado facto tipicamente ilícito e culpável, o que significa que, como critérios substanciais integradores da imputabilidade, será necessário provar o conhecimento pelo jovem agente da existência da norma incriminadora e do seu sentido valorativo. Ao invés, a falta de consciência da ilicitude no momento da prática do facto, pode afastar a imputação subjetiva dos factos tipicamente ilícitos.

Neste raciocínio, socorremo-nos da técnica de subsunção, que propõe a análise do crime, à luz de várias valorações: se se trata de um facto voluntário, típico, ilícito, culposos ou punível, possibilitando assim, uma maior racionalidade, igualdade e objetividade na aplicação do Direito Penal, contribuindo, deste modo, para uma maior certeza jurídica.

Todos os elementos factuais, subjetivos e objetivos, são objeto da prova no processo penal e todos constituem pressupostos da responsabilidade criminal. A falta de qualquer um deles pressupõe que não se verifica o crime acusado, que não estão reunidos os requisitos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais (alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP).

O presente trabalho, maioritariamente assente nos diplomas internacionais a que o Estado Português aderiu, procura aferir do seu impacto sobre o direito nacional, demonstrando a sua influência e integração eficaz, e procura entender a componente subjetiva e objetiva do comportamento do jovem decorrente dos fatores e condições, que constitui pressuposto da punição.

A partir do primeiro capítulo, inicia-se o estudo dos diplomas internacionais que levaram ao reconhecimento do direito das crianças e dos jovens, a sua influência na legislação e jurisprudência interna e as dificuldades sentidas por ausência ou insuficiência de normas internas suscetíveis de enquadrar e solucionar os problemas da justiça juvenil.

Assim, questionamos, no primeiro capítulo, se não é preferível uma maior aplicabilidade da justiça restaurativa, do compromisso entre vítima e arguido, como alternativa ao modelo existente, ou será que não podemos aplicar este meio a jovens infratores?

No segundo capítulo, socorremo-nos das diversas ciências, como a Filosofia, a Criminologia, a Psicologia, a Psiquiatria, a Sociologia, a Antropologia, a Política, o Direito, a Biologia, a Medicina, onde procuramos assinalar os momentos que marcaram o processo evolutivo da criminalidade juvenil, até ao modo como o desenvolvimento cognitivo do jovem se processa com as oportunidades contextuais que se lhes apresentam, debruçando-nos sobre as razões que predisuseram o jovem para a intenção de cometer o crime, procurando revelar, o modo de ser, que o jovem não dominou como podia.

Saber se o jovem tinha no momento da prática do facto, capacidade de conhecer a natureza e a consequência do seu comportamento, se podemos prescindir da relação emocional do jovem com

o fato, se o jovem teria (poderia ter) uma menor capacidade de culpa, são questões que procuramos aditar à pergunta inicial para o desenvolvimento do trabalho.

No terceiro capítulo, enumeramos em matéria de garantias individuais as mais relevantes para os jovens: pela sua própria natureza e porque amplificam as garantias contidas no CPP, na Constituição e no Direito Internacional.

Estas garantias penais e processuais assumem lugar de relevo, pelo que o problema que suscitamos neste capítulo relaciona-se com a efetivação dos direitos e garantias dos jovens (a requerer, entre nós, um grande esforço cultural e mesmo legal).

Precisamente, por isso, levantamos a seguinte questão:

Como pode o jovem garantir a efetivação dos seus direitos e garantias, a carecer, entre nós, na prática, de um grande esforço legal?

No capítulo seguinte, procuramos alcançar o entendimento perfilhado pelo Tribunal, quando julga os casos que lhe são submetidos. Iremos rever conceitos: a consciência da ilicitude, enquanto elemento essencial da culpabilidade, e essencial para a punibilidade do facto e, por isso, a existência dessa consciência tem de ser objeto de acusação e de prova, enquanto pressuposto da punição.

Quais são os factos que são valorados e que constituem o substrato das decisões julgadas pelo Tribunal?

Na prática (*law in action*) a posição tomada pelos Juízes nacionais, refletem a aplicação do Direito Internacional?

No último capítulo, estabelecem-se conclusões.

1.

A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL DOS JOVENS ADULTOS

1. Introdução

Boaventura Santos, afirma que “*na forma como têm sido predominantemente concebidos, os Direitos Humanos são um localismo globalizado, uma espécie de esperanto que dificilmente se poderá transformar na linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo*”¹².

Não podemos ignorar o caminho que conduziu ao reconhecimento dos Direitos Humanos, nomeadamente o reconhecimento para o direito da criança e do jovem como sujeito autónomo de direitos, com especificidades resultantes das características próprias do seu desenvolvimento até atingir a maturidade psicológica, afetiva, moral, física, social e cívica própria do adulto.

Ainda que específico em vários aspetos, o movimento para o reconhecimento dos direitos da criança e dos jovens irrompeu durante a Segunda Guerra Mundial, em virtude do qual os governos se comprometeram em preparar o que era inicialmente concebida como Carta de Direitos.

Em 1945, surge a Carta das Nações Unidas, com o objetivo de proteger, a nível internacional, os direitos e liberdades de todas as pessoas humanas.

Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, obrigatória para todos os EM que a subscreveram, foi a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), principal instrumento universal dos Direitos Humanos, tratando-se do primeiro instrumento internacional que enuncia direitos de carácter civil¹³ e político¹⁴, mas também de natureza social¹⁵, económica¹⁶ e cultural¹⁷ de que todos os seres humanos devem beneficiar.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa – **Direitos Humanos: o Desafio da Interculturalidade**. In: *Revista Direitos Humanos*, N. 2, Junho, 2009, p. 18.

¹³ Tais como o direito à liberdade de opinião, o direito à igualdade perante a lei, o direito a um julgamento justo, entre outros.

¹⁴ Tais como o direito de participar de um movimento social, o direito de pertencer a um partido político, entre outros.

¹⁵ Tais como o direito ao atendimento de saúde, entre outros direitos.

¹⁶ Tais como o direito ao trabalho, o direito à segurança social, o direito à moradia, entre outros.

¹⁷ Tais como o direito à educação, o direito ao progresso científico e tecnológico, o direito de participar da vida cultural, entre outros.

Os seus princípios aplicam-se também à criança, na medida em que a sua identidade, apesar de diferente em relação à do adulto “*ter necessidade de uma protecção e de uma atenção especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada tanto antes como depois do nascimento*”¹⁸.

Portugal aderiu em 1976, à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, na mesma data em que se tornou membro do Conselho da Europa. A Convenção foi aprovada para ratificação pela Assembleia da República na Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro. Nos termos do artigo 8.º, n.º 2 da CRP, a Convenção passou a fazer parte integrante da ordem jurídica portuguesa.

Uma forte inspiração dos direitos humanos, foi igualmente sentida em 1966, no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tratados internacionais que conferem força jurídica vinculativa a algumas das disposições constantes na DUDH e, a nível europeu, na Carta Social Europeia (CSE), ao abrigo da qual se tornaram num sistema de protecção internacional dos direitos humanos de carácter puramente jurisdicional. Da mesma forma, que tem o mérito de colocar em evidência matérias tão específicas, como os “direitos da criança”.

A necessidade de garantir uma protecção especial à criança, resultou na elaboração de documentos da ONU e de instituições europeias¹⁹.

Quando os direitos subjacentes à dignidade humana se tornaram direito constitucionalmente positivo²⁰, o caminho para a contextualização dos direitos fundamentais começou a ser “trilhado”²¹.

Numerosos Estados constitucionais, inspirando catálogos de direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, como auxiliar interpretativo e integrativo destes catálogos, alicerçado na dignidade humana, na liberdade, na responsabilidade, na Justiça e na

¹⁸ Preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

¹⁹ É possível encontrar também referência aos direitos da criança na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, na Carta Social Europeia, de 1961, no Pacto das Nações Unidas, de 1966, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966.

²⁰ É necessário recuar, por momentos, até ao séc. XIII, para identificar a primeira ideia de catalogação de direitos fundamentais nas declarações anglo-saxónicas – *Magna Charta Libertatum*, de 1215, *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Com estes textos passou-se do domínio da filosofia para o do Direito, ressurgindo um pouco por todo o lado um movimento de constitucionalização de direitos fundamentais. Ver BARRA, Tiago Viana – **A Responsabilidade Dos Poderes Públicos Pela Violação De Direitos Fundamentais**. p. 1171. *Apud* DUARTE, Maria Luísa – **O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem**. In *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n. 39-40, Lisboa, 1989.

²¹ MIRANDA, Jorge – **Escritos Sobre Vários Direitos Fundamentais**. Cascais: Principia. 2006, p. 456.

solidariedade, configuraram o modo como se internacionalizou a ideia de proteção dos direitos humanos e o enquadramento dogmático da constitucionalização dos direitos fundamentais²².

Os direitos fundamentais baseados no respeito pela dignidade da pessoa humana, foram concebidos para que, dentro deles, constasse o núcleo fundamental dos direitos de personalidade.

Entre os principais tratados internacionais de direitos humanos dos jovens, destacam-se a Convenção sobre o Direito das Crianças (CDC), a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças.

Importa também destacar a aprovação da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2013/0408/EU²³, de 22 de Outubro de 2013, diretiva sobre as garantias processuais estabelecidas para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal ou objeto de um processo de entrega nos termos da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho (“processos de execução de mandados de detenção europeus”).

Outras referências aos direitos das crianças e dos jovens, são instrumentos de *Soft Law*, recomendações, pareceres, orientações²⁴, estruturados na perspetiva de aproximar os Estados, como resposta à lacuna existente no ordenamento jurídico internacional e, posteriormente, interno, bem como, declarações de princípios internacionais que constituem um importante marco jurídico na garantia do respeito pela dignidade da criança e do jovem, pela consideração da sua idade e pela proteção de que deve beneficiar quando confrontada com o sistema da administração da justiça.

A necessidade de reconhecer Direitos Humanos específicos para esta faixa etária, garantindo o seu respeito no âmbito do processo judicial, assegurando que os direitos que tenham sido violados possam encontrar as vias de recurso eficazes a nível interno, “ (...) é essencial (...) através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão ”²⁵.

É sobretudo para poder prosseguir eficazmente o reconhecimento destes direitos, que a justiça internacional, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), exerce a sua jurisdição no

²² Recentemente, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em Dezembro de 2009, a União Europeia (UE) viu finalmente adotada a sua CDF, orientada, para a proteção dos cidadãos relativamente a todos os atos da UE ou atos dos Estados executivos de atos da União.

²³ Publicada no JOUE de 06.11.2013.

²⁴ Resolução 1989/66 do Conselho Económico e Social sobre a aplicação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing); Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade); Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal e Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

²⁵ DUDH, terceiro parágrafo preambular.

território dos Estados Partes, vinculados por força “*das normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum*” e bem assim “*das normas constantes de convenções internacionais*”²⁶, que os Estados assumiram voluntariamente.

Debrucemo-nos, então, sobre o enquadramento dos atrás referidos instrumentos, relativos ao direito das crianças e dos jovens, partindo do critério mais geral, para o mais específico.

1.1. Convenção sobre o Direito das Crianças

Falar em Convenção sobre o Direito das Crianças, sem nos referirmos à Declaração dos Direitos das Crianças seria contornar a História. Isto porque primeiro surge a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, com um carácter mais genérico do que a Declaração de Genebra, de 1924 (primeiro instrumento internacional dedicado exclusivamente aos direitos da criança).

Contudo, uma vez que a DDC era apenas uma declaração, que impunha meras obrigações de carácter moral, não exequível, não vinculava os Estados, houve a necessidade de em 1989, aprovar a Convenção sobre o Direito das Crianças²⁷, de carácter mais específico e com força vinculativa para os Estados Signatários. Esta Convenção entrou em vigor na ordem internacional em 2 de Setembro de 1990 e na ordem jurídica portuguesa em 21 de Outubro de 1990²⁸.

Esta Convenção, diretamente aplicável, prevalece sobre a legislação ordinária, anterior e posterior, que não pode assim contrariar validamente aquele direito convencional, propugna uma leitura bastante pormenorizada ao plasmar um quadro jurídico completo dos direitos da criança e do jovem, reconhecendo a concretização de um conceito amplo do seu desenvolvimento pessoal, concedendo aos responsáveis legais o direito a participar nas decisões que diretamente lhe dizem respeito, e aos Estados, a responsabilidade jurídica pelos objetivos de proteger a criança, não obstante, considerar que devem ter a liberdade de adotar ou manter disposições mais favoráveis.

Por criança, a Convenção refere, todo o menor de 18 anos, exceto se atingir a maioridade mais cedo, nos termos da lei que lhe for aplicável²⁹.

Refere ainda, a preocupação no que respeita aos princípios constantes na Convenção.

²⁶ Artigo 8.º da CRP..

²⁷ De referir que somente dois países da ONU não ratificaram a Convenção: a Somália e os Estados Unidos da América.

²⁸ Através do Decreto do Presidente da República n. 49/90.

²⁹ Artigo 1º da referida Convenção.

O princípio do superior interesse da criança, regulado pelo artigo 3.º da Convenção, constitui um princípio que guia a interpretação de qualquer uma das disposições da Convenção.

Enquanto critério primacial da Convenção, os Estados, ao exprimirem o seu consentimento, têm que interpretar este conceito, atendendo aos interesses presentes e futuros da criança, com especial enfoque na circunstância de que se trata de uma pessoa com pontos de vista e sentimentos próprios, sujeito de direitos civis e políticos e beneficiário de proteção especial.

O princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, referidos no artigo 6.º da Convenção estabelece que o termo “desenvolvimento” visa não só a saúde física, mas igualmente, o desenvolvimento emocional, cognitivo, mental, social e cultural da criança.

O princípio da não discriminação, presente no artigo 2.º da Convenção impõe a aplicação dos direitos a todas as crianças, não devendo nenhuma criança ser vítima de discriminação.

O princípio do respeito pelas opiniões da criança, definido no artigo 12.º da Convenção assenta na ideia de que as crianças têm o direito a serem ouvidas, e as suas opiniões a serem tidas em consideração de acordo com a sua idade e maturidade.

Este direito internacionalmente reconhecido, favorece a autonomia da criança e do jovem na definição das regras da sua vida.

Ao estabelecer um ponto de referência comum a todos os Estados que aceitaram a aplicação das regras da Convenção, impôs a necessidade de cumprimento dessas normas de direitos humanos das crianças, como uma realidade para as crianças e, conseqüentemente, com a apresentação de relatórios periódicos a um comité de peritos independentes sobre o cumprimento dos Direitos da Criança.

Só assim, a Convenção pode proteger estes direitos.

O problema é que Portugal desde que ratificou a Convenção em 1990, apenas, submeteu quatro relatórios ao Comité Sobre os Direitos da Criança. O relatório inicial foi entregue a 16 de Setembro de 1994 (CRC/C/3/Add.30) e a discussão ocorreu a 9 e 10 de Novembro de 1995. O segundo relatório foi entregue a 8 de Outubro de 1998 e a discussão ocorreu na 28ª sessão do Comité, no dia 1 de Outubro de 2001 e os terceiros e quarto relatórios periódicos apresentados com vencimento em 2007, foram apenas, publicados a 31 de Janeiro de 2014³⁰.

Assim questionamos, de que forma pode a Convenção proteger os direitos das crianças, se o comité de peritos independentes que é igualmente, responsável, por garantir o cumprimento pelos Estados destes direitos, não monitoriza esforços no sentido de exigir que os Estados tenham a obrigação de comunicar periodicamente através dos relatórios sobre a forma como os direitos estão a ser implementados?

³⁰ <http://www.refworld.org/docid/52f89eb84.html>

Não esqueçamos que outro dos argumentos que pesou nesta iniciativa legislativa é a criação de um organismo de controlo independente, o Comité Sobre os Direitos da Criança, criado nos termos do artigo 43.º da Convenção, com o propósito de, por um lado, avaliar por intermédio de relatórios elaborados periodicamente pelos Estados das mais diversas matérias (que abrange direitos políticos, civis e económicos, sociais e culturais), se os Estados Partes estão a cumprir as obrigações que assumiram em virtude do seu consentimento, os interesses da Convenção e seus dois Protocolos Facultativos (relativos ao Envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças, Pornografia Infantil e Prostituição Infantil), e por outro lado, se os Estados asseguram a realização do princípio do interesse superior da criança no país.

Ora, se o comité composto pelos membros de diferentes países e de sistemas jurídicos (seus integrantes escolhidos pelos Governos que ratificaram a Convenção), que têm reconhecida competência em matéria de direitos das crianças, responsável por garantir como os Estados estabelecem e cumprem as regras definidas na Convenção para o bem-estar das crianças, não congrega esforços para verificar se os Estados cumprem as normas estabelecidas pela Convenção, nomeadamente, pelos relatórios sobre a situação dos direitos das crianças nos países signatários que devem ser apresentados no prazo de dois anos após a ratificação e, de cinco em cinco anos, torna-se difícil fazer valer aos Estados o que devem fazer para garantir os direitos das crianças.

Em matéria de justiça juvenil, a Convenção, porém, não se refere explicitamente à questão da imputabilidade penal. O artigo 40.º, n.º 3 da Convenção refere apenas a obrigação de os Estados promoverem o estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual se presume que a criança não tem capacidade para infringir a lei penal (alínea c)). O que pressupõe que a criança deva ter suficiente capacidade de discernimento, com maturidade emocional, psicológica, volitiva, cognitiva, para poder receber toda a informação e para poder exprimir a sua opinião.

Em resultado, parece inexistir uma lógica legislativa, na medida em que se a idade é condição fulcral para aferir a responsabilidade criminal, não se entende por que razão a Convenção não se referiu explicitamente à questão da imputabilidade penal, deixando para os Estados uma certa discricionariedade, para o estabelecimento deste mínimo legal, quando se sabe das diferenças existentes na fixação do limite etário mínimo nos diversos sistemas jurídicos.

Como devemos entender uma prática legislativa que concede aos Estados a possibilidade de estabelecer uma idade para aferir a imputabilidade penal, por vezes em idades demasiado baixas, ao mesmo tempo, que determina que criança é todo o menor com menos de 18 anos?

Parece sobretudo que, se a imputabilidade penal pressupõe o conhecimento da existência da norma incriminadora e do seu sentido valorativo, não deve ser fixada em idades demasiado baixas, atendendo à falta de amadurecimento do menor e à falta da consciência da ilicitude no momento da prática do facto, que pode afastar a imputação subjetiva dos factos tipicamente ilícitos.

1.2. Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças

Assinada por Portugal em 6 de Março de 1997, entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de Julho de 2000, mas não em Portugal, onde entrará em vigor apenas em 1 de Julho de 2014, três meses após o depósito do documento de ratificação- depósito: 31 de Março ³¹.

Nesta Convenção está em causa um determinado número de medidas processuais, com o objetivo de proteger os interesses das crianças e fazer valer os seus direitos.

O diploma em análise aplica-se a crianças que não tenham atingido os 18 anos de idade, e enumera os direitos processuais³² que se lhes assistem.

Ao nível dos direitos processuais é-lhes reconhecido o direito à informação, assim como, o direito a exprimir as suas opiniões no âmbito dos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito³³.

De igual modo, é-lhes reconhecido o direito à palavra³⁴: apesar de incapaz de reger a sua vida e os seus bens, até que atinja a maioridade e, de essa incapacidade poder ser suprida através do instituto da representação legal ou da tutela, a criança pode ser consultada e exprimir a sua opinião (desde que se considere ter discernimento suficiente). No entanto, este poder é consagrado como um poder/dever orientado e vinculado ao superior interesse da criança, exercido no absoluto respeito pela dignidade da criança, preservando-se a criança de intromissões arbitrárias e abusivas de quem quer que seja, inclusivamente dos pais.

O direito a requerer representante³⁵, é outro dos direitos processuais possíveis constantes do artigo 5.º da Convenção.

Nos processos em que intervenha a autoridade judicial, esta deve agir com prontidão a fim de evitar qualquer atraso desnecessário que afete a criança³⁶, o que determina que, as decisões devem ser executadas rapidamente, nomeadamente, agir oficiosamente, sempre que o bem-estar da criança, esteja em grave risco³⁷. Falamos de situações de negligência, maus-tratos, exposição ou abandono.

³¹ Aprovada em 2014, no 1º dia do mês seguinte ao Termo de Resolução da AR n.º 7/2014, de 27 de Janeiro, constante no DR, 1ª Série, n.º 18.

³² Artigo 1.º da Convenção.

³³ Artigo 3.º da Convenção.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Artigo 4.º da Convenção.

³⁶ Artigo 7.º da Convenção.

³⁷ Artigo 8.º da Convenção.

1.3. Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal

A diretiva 2013/0408/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2013, relativa às garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal ou objeto de um processo nos termos da Decisão-Quadro 2002/584/JAI (“processos de execução de mandados de detenção europeus”), tem por objetivo estabelecer normas mínimas comuns em toda a União Europeia relativamente aos direitos dos menores, a partir do momento em que se tornem suspeitos de ter cometido uma infração penal ou arguidos a esse título, até à conclusão desse processo.

Com a presente diretiva procura-se reforçar a confiança dos EM no sistema de justiça penal dos outros EM, contribuindo para melhorar o reconhecimento mútuo das sentenças proferidas em processos penais.

Apesar de Portugal e outros EM serem parte na CEDH, na PIDCP, na CNUDC, na CDF, por si só não assegura um grau de confiança suficiente nos sistemas de justiça penal dos outros EM.

Esta diretiva ao promover os direitos da criança, tendo em conta as diretrizes do Conselho da Europa, sobre a justiça adaptada às crianças, estabelece normas mínimas, para que, os EM possam alargar os direitos nela prevista, conferindo um nível de proteção mais elevado às crianças.

Nalguns EM, a competência para impor sanções diferentes da privação de liberdade, incumbe a uma autoridade diferente de um tribunal competente em matéria penal. É o que sucede, por exemplo, com as infrações de trânsito corrente.

Noutros EM, os processos que envolvem menores ficam a cargo de procuradores com poderes para impor penas.

De forma a garantir a sua integridade pessoal, a proteção adequada, bem como evitar a eventual contestação ulterior e a sua repetição desnecessária, os EM devem procurar adotar normas que garantam o exercício efetivo do superior interesse do menor.

O Mandado de Detenção Europeu (MDE), ao constituir um instrumento de cooperação judiciária penal internacional da UE, aprovado pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, que estabelece o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais, através do qual se garante que as decisões judiciais proferidas por qualquer um dos EM sejam respeitadas e tomadas em consideração por todos os outros Estados, veio a substituir, em matéria do combate à criminalidade, o processo de extradição de entrega a outro EM (Estado de execução) de um cidadão

procurado para efeitos de procedimento criminal, cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade.³⁸

Foi para concretizar a referida DQ, na legislação interna, que a Lei n.º 65/03, de 23 de Agosto, publicada no Diário da República I Série - A, n.º 194, de 23 de Agosto de 2003, aprovou o regime jurídico do MDE.

Executado com base no princípio do reconhecimento mútuo, o que se pretende, a partir de determinados requisitos considerados essenciais³⁹, é a celeridade e simplicidade no âmbito de uma cooperação judiciária própria de Estados que fazem parte de uma mesma União. Neste sentido, o objetivo geral do reconhecimento mútuo é dar a uma decisão (final) um efeito pleno e direto em toda a União. Isto significa que as autoridades competentes do EM no território do qual a decisão pode ser executada devem prestar a sua colaboração à execução como se se tratasse de uma decisão tomada por uma autoridade competente desse Estado.

Ao assentar na cooperação direta entre autoridades judiciárias, de natureza exclusivamente judicial, o processo de entrega é um processo cuja funcionalidade deriva de uma maior rapidez de execução que se manifesta, na eliminação na dupla incriminação⁴⁰, e de uma simplificação de procedimentos, no desaparecimento da nacionalidade como causa de recusa, sendo instituída a entrega de nacionais como regra.

Sem pretender abordar exaustivamente o quadro normativo introduzido pela DQ, e apenas com o propósito de assinalar os traços essenciais deste regime, diremos que a autoridade judiciária, confrontada com a hipótese de emissão de um MDE, não pode deixar de ter em conta o enquadramento constitucional e legal vigente.

Aliás, deve ponderar o contexto das situações processuais a que a detenção pretende dar resposta, pois o MDE, traduzindo-se numa restrição importante de um direito fundamental como o direito à liberdade, não constitui uma realidade autónoma e isolada, apenas sujeita às suas regras e desligada da Constituição e do quadro legal e processual do Estado de emissão.

Parece-nos ilustrativo, a este propósito, invocar as palavras de Nuno Piçarra, quando sustenta que o mandado de detenção europeu constitui o *“instrumento mais emblemático, mais*

³⁸ O “considerando” 5 da DQ esclarece a finalidade que o novo instrumento deve realizar.

³⁹ É suposto que o MDE contém todos os elementos necessários, constantes das diversas alíneas do artigo 3.º da Lei n.º 65/03, de 23 de Agosto, entre as quais se contam a descrição dos factos, circunstâncias em que foi praticada a infração (tempo, lugar e modo), grau de participação da pessoa procurada, natureza e qualificação da infração, pena prevista.

⁴⁰ Regulada no artigo 2.º, n.º 3, da lei citada.

controverso e simultaneamente mais ilustrativo das alterações que a integração no ELSJ tem introduzido nas identidades político-jurídicas tradicionais dos Estados-Membros”⁴¹.

Daí que a via da harmonização assuma especial relevo neste campo, como forma de aproximação das legislações penais e processual-penais dos EM.

Neste enquadramento, o Parlamento Europeu e o Conselho, considerando que “a presente diretiva estabelece normas mínimas específicas quanto aos direitos dos menores suspeitos ou arguidos em processo penal. Ao fazê-lo promove a aplicação da Carta, em especial dos artigos 4.º, 6.º, 7.º, 24.º, 47.º e 48.º, com base nos artigos 3.º, 5.º, 6.º e 8.º da CEDH, interpretados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que na sua jurisprudência estabeleceu padrões sobre as garantias especiais para as pessoas vulneráveis, nomeadamente os menores”⁴².

A diretiva ao apontar para uma visão alargada dos direitos dos menores, uma vez que reforça o cumprimento dos mesmos pelos EM, estrutura-se, a nosso ver, em torno de dois aspetos centrais:

- A um reforço das garantias processuais dos menores;
- À aplicação do princípio do superior interesse da criança, como previsto no artigo 24.º da CDF.

E neste contexto são referidos como garantias processuais dos menores:

- O direito a ser informado;
- O direito de acesso a um advogado;
- O direito a estar presente no próprio julgamento;
- O direito a uma avaliação individual;
- O direito a ser examinado por um médico;
- O direito à proteção da vida privada;
- As medidas alternativas.

⁴¹ PIÇARRA, Nuno – **Liberdade, segurança e justiça: valores fundamentais da União Europeia – I Parte**”. In *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 46, 2007, p. 89.

⁴² Preâmbulo da diretiva.

1.4. Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)

Dedicadas à justiça juvenil, estas regras adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 29 de Novembro de 1985, Ano Internacional da Juventude, convidam os EM, a comunicarem regularmente às instituições as medidas de prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes e ao Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta Contra a Delinquência, os resultados obtidos.

Como orientações fundamentais, este instrumento sublinha o papel importante que uma política social construtiva pode desempenhar, em benefício dos jovens, na prevenção contra o crime e delinquência juvenis⁴³; confirma ainda o papel da justiça de menores, como parte integrante da justiça social para os jovens⁴⁴; define “delito” e “delinquente juvenil”, como sendo o objeto principal das presentes regras mínimas⁴⁵; estabelece garantias para a administração da justiça de menores de uma forma eficaz, justa e humana, com respeito pelas garantias fundamentais do processo⁴⁶; estimula expressamente o recurso a meios extrajudiciais⁴⁷; enumera a aplicação de outras medidas, considerando a prisão preventiva, o último recurso⁴⁸.

Em geral, trata-se de um instrumento de *Soft Law* que apela aos Estados para a adoção dos fins propostos nas regras, com o propósito de rever e modificar as legislações, as políticas e as práticas nacionais no que diz respeito à justiça juvenil, visando a promoção e aplicação de trabalhos de investigação e/ou a formulação de garantias no quadro da administração da justiça de menores.

Assim, examinar a eficácia de programas inovadores, aplicáveis aos jovens delinquentes; extrair princípios fundamentais de equidade, que são a pedra angular de um sistema completo de justiça de menores, atendendo às necessidades e exigências dos direitos fundamentais; preconizar a substituição de sanções institucionais por sanções não privativas de liberdade (até porque parece não ter efeito dissuasor), são disposições que consideramos pertinentes de entre as regras propostas.

⁴³ Regras 1.1 a 1.3 das Regras de Beijing.

⁴⁴ Regra 1.4 da Regra de Beijing.

⁴⁵ Regras 2.2, 3 e 4 das Regras de Beijing.

⁴⁶ Regras 6.1 a 6.3, 7.1, 14 e ss. das Regras de Beijing.

⁴⁷ Regras 10, 11 e 12 das Regras de Beijing.

⁴⁸ Regras 13, 17, 18 e 19 das Regras de Beijing.

1.5. Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade)

Os “Princípios Orientadores de Riade”, também designados por Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, adotados pela Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1990, convidam os EM, a formular políticas, legislação, projetos-piloto sobre questões práticas e questões de orientação política relativas à aplicação das disposições dos Princípios de Riade, nos seus planos gerais de prevenção do crime.

Ao considerarem a prevenção da delinquência juvenil uma parte essencial da prevenção do crime na sociedade acentuam a necessidade de adoção de medidas progressivas de prevenção que evitem criminalizar e penalizar um jovem.

A tarefa é garantir a promoção de oportunidades, em especial a adoção de métodos adaptados à prevenção da delinquência e concretizados nas leis⁴⁹; a protecção do bem-estar, desenvolvimento, direitos e interesses de todos os jovens⁵⁰; alertando para o facto de que o comportamento delinquente ou conduta dos jovens, faz muitas vezes parte do processo de maturação e crescimento e tende a desaparecer espontaneamente com a transição para a idade adulta⁵¹; a consciência de que rotular um jovem como “desviante”, “delinquente” ou “pré-delinquente” contribui, muitas vezes, para o desenvolvimento de um padrão de comportamento indesejável⁵².

Grande parte destas regras resultam de recomendações dirigidas à sociedade em geral, família, governo, comunidade, meios de comunicação social, entidades responsáveis pela política social e legislador, no sentido de participar e desempenhar um papel necessário à integração de todas as crianças e jovens, respeitando o desenvolvimento pessoal próprio de cada um.

A ideia de habilitar estas entidades a reforçar a capacidade de se ocupar do problema, fomentando políticas preventivas, para evitar uma maior estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, constitui as razões para a escolha destas normas.

Por exemplo, é importante criar oportunidades para atender às diversas necessidades dos programas de juventude e serviços e prevenção com base na comunidade da delinquência juvenil.

⁴⁹ Alínea b) do citado princípio fundamental do referido Diploma.

⁵⁰ Alínea d) do citado princípio fundamental do referido Diploma.

⁵¹ Alínea e) do citado princípio fundamental do referido Diploma.

⁵² Alínea f) do citado princípio fundamental do referido Diploma.

1.6. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)

Adotadas pela Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1990, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Estabelecimento de Medidas não privativas de Liberdade, também conhecidas por Regras de Tóquio, no mesmo dia em que foram adotados os Princípios Orientadores de Riade, estas regras enunciam uma série de princípios básicos tendo em vista favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como, garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas de prisão.

Desde logo, solicitam insistentemente aos EM um maior esforço para aplicação das presentes regras, de modo, a realizar um equilíbrio entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e as preocupações da sociedade relativas à segurança pública e à prevenção do crime ⁵³.

Para alcançar este equilíbrio os EM devem racionalizar as políticas de justiça criminal.

Para isso, devem ser tomadas medidas substitutivas da prisão preventiva, considerando esta, uma medida de último recurso. Aquando da adoção de uma medida privativa de liberdade, a autoridade judiciária deve considerar as necessidades de reabilitação de todas as pessoas sujeitas a acusação, julgamento, sem discriminação de sexo, idade, idioma, raça, cor, religião, opinião política, etc, os interesses da vítima e a proteção da sociedade.

Tendo à sua disposição um arsenal de medidas não privativas de liberdade, a autoridade judiciária, pode tomar as seguintes medidas⁵⁴:

- sanções verbais, como a admoestação, a repreensão, a advertência;
- penas privativas de direitos;
- penas económicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa;
- restituição à vítima ou indemnização desta;
- imposição de serviços à comunidade;
- prisão domiciliária;
- qualquer outro sistema que não envolva prisão;
- uma combinação das sanções referidas.

Assim, como devem ser considerados como importante contributo, mecanismos de investigação e de informação do sistema para análise de dados e de estatísticas sobre o tratamento

⁵³ Artigo 1.º das presentes regras.

⁵⁴ *Idem*, artigo 8.º.

dos delinquentes, aspeto essencial da planificação, bem como, levantamentos periódicos para avaliar os objetivos, o funcionamento e a eficácia das medidas não privativas de liberdade.

1.7. Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade⁵⁵

Ao terem sido adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1990, as presentes regras foram concebidas para a proteção dos jovens privados de liberdade sob qualquer forma, compatíveis com os direitos humanos e liberdades⁵⁶, pelo que, aplicam-se a todos os tipos e formas de instituições de detenção onde se encontrem jovens privados de liberdade.

Nos termos deste instrumento de *Soft Law*, jovem é qualquer pessoa menor de 18 anos, enquanto privação de liberdade é definido como “qualquer forma de detenção de prisão ou a colocação de uma pessoa num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não pode sair por sua própria vontade, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública”⁵⁷.

A aplicabilidade destas regras aos jovens detidos preventivamente ou que aguardam julgamento, encontram-se enumeradas nas secções III das regras, onde se salientam: a alternatividade da medida, duração mínima da detenção e o estatuto jurídico. Por outro lado, a monitorização da aplicação das regras à administração dos estabelecimentos para jovens, encontra-se regulado nas secções IV e seguintes, podendo mencionarmos: o ambiente físico e alojamento, educação, formação profissional e trabalho, cuidados médicos, procedimentos disciplinares, entre outras.

É com vista a sublinhar os perigos e os efeitos perniciosos sobre a juventude de todas as formas de privação de liberdade, que as Diretrizes do Conselho da Europa sobre as estratégias nacionais integradas de proteção de crianças contra a violência, estabelecem para os Estados, os princípios democráticos comuns da CEDH e outras Convenções e recomendações, ao direito a serem protegidos contra todas as formas de violência, prevalecendo o superior interesse da criança.

⁵⁵ http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_19.htm

⁵⁶ Regra 3 do presente Diploma.

⁵⁷ Regra 11, alínea a) e b) do presente Instrumento.

Na prática, o facto de muitos sistemas jurídicos⁵⁸ não diferenciarem a situação dos adultos e dos jovens, resulta na detenção de muitos jovens em estabelecimentos prisionais comuns aos dos adultos. Por isso, a prisão só deve ser empregue em casos extremos; se tiverem que ser detidos, que o sejam limitado ao estritamente necessário; que o seu tratamento envolva profissionais especializados de proteção social ou de justiça penal; que se tomem providências quanto à sua idade e personalidade.

1.8. Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal

Recomendadas pela resolução 1997/39 do Conselho Económico e Social, de 21 de Julho de 1997, as Diretrizes para a Ação, dirigem-se aos Estados Partes na CDC, no que respeita à respetiva aplicação, bem como aos EM no que respeita à utilização e aplicação das Regras de Beijing, dos Princípios Orientadores de Riade e das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

Nas Diretrizes, devem ser tidos em consideração os quatro princípios subjacentes à CDC⁵⁹ e ao respeito pela dignidade humana.

Deve, igualmente, ser reconhecida a importância de uma abordagem global e coerente na área da justiça de jovens, dentro do respeito pela interdependência e indivisibilidade de todos os direitos da criança⁶⁰.

Assim como devem ser asseguradas medidas para a determinação da verdadeira idade da criança através de uma avaliação independente e objetiva⁶¹, independentemente da imputabilidade penal, maioridade civil ou idade mínima para a prestação de consentimento livre estabelecida pelo direito interno.

O essencial é o Estado assegurar que as crianças beneficiem de todos os direitos que lhe são conferidos pelo direito internacional, nomeadamente, garantir o respeito pelas garantias processuais

⁵⁸ Incluindo o sistema jurídico português.

⁵⁹ Mencionados no ponto 1.1. do trabalho.

⁶⁰ Ponto 10 das Diretrizes para a Ação.

⁶¹ Ponto 12 das Diretrizes mencionadas.

e o princípio da intervenção mínima⁶², evitando o recurso ao sistema de justiça penal no caso de jovens acusados de um delito e a redução da colocação de crianças em instituições fechadas⁶³.

Não menos importantes são as recomendações feitas nos pontos 21, ponto 23, ponto 29 e ponto 53 das Diretrizes. O ponto 21 estabelece a necessidade de criação de um organismo independente para monitorizar as condições existentes nos locais de detenção e elaborar os relatórios regulares a esse respeito. O ponto 23 salienta que no âmbito do sistema de justiça penal, devem ser tidas em consideração as questões sistémicas, que incluem ingressos injustificados e permanências prolongadas que afetam as crianças privadas de liberdade. O ponto 29 sugere uma estreita cooperação entre a Divisão para a Prevenção da Criminalidade e a Justiça Penal e o Departamento de Operações de Manutenção da Paz do Secretariado, nomeadamente no que concerne aos problemas que afetam crianças e jovens, enquanto vítimas e autores de crimes em situações de consolidação da paz, pós-conflito e outras situações emergentes.

Por fim, mas não menos útil é a recomendação que nos é feita pelo ponto 53, que apela ao desenvolvimento de atividades multidisciplinares de formação, educação e informação para funcionários responsáveis pela aplicação da lei e outro pessoal dos serviços de justiça penal, incluindo agentes policiais, procuradores, juizes e outros magistrados.

1.9. Enquadramento nacional: principais normas

É sobretudo para garantir a aplicação e eficácia dos direitos atrás referidos, junto dos jovens, que o núcleo da CRP que abrange os direitos fundamentais assenta no dever de aplicar internamente estas normas às quais Portugal se vinculou.

No sistema português, tratando-se de um jovem adulto, imputável, o art. 9º do CP indica que aos maiores de 16 anos e menores de 21 são aplicáveis normas fixadas em legislação especial. A legislação especial a que se refere o CP é o DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, cujo n.º 2 do artigo 1º esclarece que é considerado jovem para os seus efeitos o agente que, à data do crime, tiver completado 16 anos sem ter ainda atingido os 21 anos.

⁶² Ponto 15 das Diretrizes mencionadas.

⁶³ Ponto 18 das Diretrizes mencionadas. Ver igualmente a conclusão a que chegou o Comité das Crianças, na nota de rodapé n.º 158 e 159.

Isto significa que tratando-se de jovens adultos, sempre que pratiquem um facto tipificado pela lei como crime, a sua atuação será sancionada pelo regime especial para jovens imputáveis *«próximo dos princípios e regras do direito reeducador dos menores, mais reeducador do que sancionador»*⁶⁴, atendendo à vulnerabilidade dos jovens nesta fase.

Encontrando-se subjacente a esta legislação especial, a preocupação de um direito mais reeducador do que sancionador, os grandes vetores são a adoção preferencial de medidas corretivas desprovidas de efeitos estigmatizantes, cujo artigo 4.º prevê com a atenuação da pena de prisão ao jovem delinquente, sendo necessário que se possa concluir por um juízo de prognose positiva, quanto ao efeito que da atenuação especial da pena possam resultar vantagens, quaisquer que elas sejam, para a reinserção social do jovem delinquente.

Neste sentido, assinalemos Manuel da Costa Andrade⁶⁵: *“Para não mergulhar no caos, a vida social carece da inserção do indivíduo numa ordenação de vínculos recíprocos. Ela só pode funcionar quando qualquer indivíduo possa, através de formas mais ou menos suaves de pressão, ser compelido a uma certa orientação contrária aos seus apetites e que se articula com o todo”*.

1.10. Constituição da República Portuguesa

Efetivamente, é amplo o grau de abertura consentido pelo texto constitucional aos requisitos do primado e da eficácia direta no quadro da articulação entre a ordem jurídica portuguesa e a ordem jurídica comunitária. Segundo Maria Luísa Duarte, as sucessivas revisões fizeram da CRP uma espécie de *“obra em construção”* por imposição europeia⁶⁶.

Dispõe o artigo 8.º no n.º 1 da CRP que as *“normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”*.

O n.º 2 do mesmo artigo estabelece que *“as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”*.

⁶⁴ Preâmbulo do Decreto-Lei 401/82, de 23 de Setembro.

⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa - **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN: 972-32-0458-8, p. 514.

⁶⁶ DUARTE, Maria Luísa – **União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006, p. 276.

O n.º 3.º, do artigo citado, determina que *“as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”*.

A revisão constitucional de 2004⁶⁷ acrescentou um n.º 4 ao artigo 8.º da CRP que estabelece *“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do estado de direito democrático”*.

Pelo que, quando o artigo 7.º no n.º 6 da Lei fundamental, se refere ao *“respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”*, tendo em vista a realização de *“um espaço de liberdade, segurança e justiça”*, constitui, segundo as autoras há pouco referidas, uma verdadeira *“cláusula europeia”*⁶⁸ da CRP, disposição pensada para garantir a compatibilidade constitucional dos instrumentos jurídicos⁶⁹.

A interiorização destes valores e princípios inerentes ao reconhecimento do direito das crianças e dos jovens enquanto sujeito de direitos encontra consagração, na Constituição da República Portuguesa, ao nível dos direitos fundamentais.

Ao nível dos direitos, liberdades e garantias pessoais, designadamente nos artigos 24.º e segs., em que se consagram os direitos à vida, à integridade física e moral, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade privada, à liberdade e segurança, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à constituição de família, à liberdade de consciência, religiosa e de culto.

O direito à vida, ou à honra, ou à integridade física, ou à privacidade, ou à imagem, por exemplo, não constituem direitos subjetivos autónomos, mas antes poderes jurídicos que integram o direito de personalidade do seu titular, poderes estes, que são exercidos quando a dignidade do seu titular for posta em causa através de ameaças ou ofensas aqueles específicos bens de personalidade.

Também ao nível dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, o artigo 67.º, determina que sendo a família um elemento fundamental da sociedade, tem direito à efetivação de todas as condições para proteção da família, pela sociedade e pelo Estado; o artigo 68.º, que enumera como valores sociais eminentes a paternidade e a maternidade, tem direito a ser protegidos pela sociedade e pelo Estado; o artigo 69.º, que impõe que a criança tem direito à proteção da

⁶⁷ Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho.

⁶⁸ DUARTE, Maria Luísa e GOMES, Carla Amado – **O Tribunal Constitucional Português e a garantia de aplicação do Direito da União Europeia**. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Volume I: Almedina, p. 700.

⁶⁹ *Idem*, p. 701.

sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, contra quaisquer formas de abandono, de discriminação, de opressão ou de abusos; o artigo 70.º, que estatui proteção especial à juventude, para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais.

Finalmente, determina, no seu artigo 18.º, a aplicação direta destes direitos de personalidade, como direitos, liberdades e garantias, e impõe, no artigo 288.º, como limite material à sua própria revisão, o respeito dos direitos, liberdades e garantias, admitindo, no artigo 8.º, a vigência na ordem interna do direito internacional respeitante aos direitos fundamentais.

Com isto é garantida a dignidade constitucional dos direitos fundamentais, e dentro deles, o núcleo fundamental dos direitos de personalidade.

O Código Civil, no artigo 70.º, estatui em termos gerais, o respeito dos direitos de personalidade, ao proclamar que *“a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”* e que *“independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”*; no artigo 71.º, admite a proteção dos direitos de personalidade depois da morte do respetivo titular; no artigo 72.º, protege o direito ao nome; nos artigos 75.º a 79.º, tutela a reserva das cartas missivas confidenciais, das memórias familiares e outros escritos, e bem assim das cartas missivas não confidenciais; no artigo 79.º, consagra o direito à imagem; no artigo 80.º, o direito à reserva da intimidade da vida privada; no artigo 81.º, admite a limitação voluntária, quer dizer, negocial dos direitos de personalidade, enquanto não for contrária à ordem pública, mas permite a revogação a todo o tempo dessas limitações, impondo porém àquele que se desvincula a obrigação de indemnizar os danos que essa desvinculação causar *“às legítimas expectativas da outra parte”*, não obstante o carácter lícito da desvinculação.

Através da tipificação de alguns direitos de personalidade, em especial, nos artigos 72.º a 80.º, nomeadamente do direito ao nome (72.º a 74.º); à imagem (79.º) e à reserva da intimidade da vida privada (80.º), todo um conjunto de direitos de personalidade que não se mostram tipificados no Código Civil merece também a proteção e o especial regime de tutela que o Direito Civil lhes confere.

1.11. Apresentação do D.L. 401/82, de 23 de Setembro - Regime Penal Especial para Jovens

O DL 401/82, de 23 de Setembro, permite que ao jovem imputável até aos 21 anos possa ser aplicada tão só medida corretiva ou que, se for aplicada pena de prisão, deva o Juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos artigos 73º e 74º do CP. Antes de proceder a uma qualquer atenuação especial, deve o tribunal considerar o pensamento do legislador expresso no ponto 4 e ponto 7 do preâmbulo desse diploma legal: procurando promover a sua ressocialização, tendo em conta os interesses da sociedade e as medidas propostas que não afastam a aplicação – como *ultima ratio* da pena de prisão aos imputáveis maiores de 16 anos, quando isso se torne necessário, e esse será o caso de a pena ser a de prisão superior a dois anos⁷⁰.

O regime introduzido não opera automaticamente, dependendo a sua aplicação do Juiz considerar que existam «*sérias razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado*», artigo 4.º do referido DL, no que toca ao juízo favorável sobre o carácter evolutivo da personalidade do jovem condenado, bem como da sua capacidade de ressocialização, sendo necessário demonstrar-se que da atenuação especial da pena possam advir vantagens para a sua ressocialização. Ora, essas sérias razões têm que estar sempre para além da consideração do factor idade, porque este já está contemplado como condição da aplicação do regime especial.

Apesar da não obrigatoriedade do diploma, o juiz encontra-se vinculado a ponderar a sua aplicabilidade, face às circunstâncias do caso concreto, devendo fundamentar, na decisão, as razões que o levem a não aplicá-lo⁷¹, tal como tem entendido a jurisprudência «*Não constitui uma faculdade do juiz, mas antes um poder-dever vinculado que o juiz deve (tem de) usar sempre que se verifiquem os respectivos pressupostos; a aplicação é, em tais circunstâncias, tanto obrigatória, como oficiosa. O Juiz deve justificar a posição adoptada, ainda que seja no sentido da inaplicação do referido regime*»⁷².

Por isso, há que apreciar, em cada caso concreto, a personalidade do jovem, a sua conduta anterior e posterior ao crime, a natureza e modo de execução do crime e os seus motivos determinantes. Não são os factos, enquanto tais, que permitem aquela avaliação, mas o juízo favorável ou desfavorável, que o tribunal deve fazer perante as circunstâncias mais ligadas às condições pessoais do jovem e à conformação da sua personalidade. Juízo esse que aponta no sentido de que da atenuação da pena, por aplicação do regime especial para jovens adultos, resultem

⁷⁰ Preâmbulo do Decreto-Lei.

⁷¹ LUCAS, Ana Paula Lourenço Zeferino – **A Criança, o Jovem e a Lei**. In *Marginalidade, Risco e Delinquência*. Coord. Álvaro Laborinho Lúcio. U.A.L./Caldas da Rainha: Livraria Nova Galáxia, 2001. ISBN: 972-98204-2-2, p. 100.

⁷² Processo n. 6391657 do STJ, consultável em www.verbojuridico.com

vantagens para a sua reinserção social, no sentido de conformar a sua personalidade à ordem social, evitando que uma reação penal possa comprometer a sua socialização.

É nos limites da prevenção geral positiva ou de integração e da prevenção especial de socialização que há-de ser encontrado o modelo adequado e a medida concreta da pena, sempre de acordo com a validade e integridade das normas e dos correspondentes valores concretamente afetados.

Primordialmente, a finalidade visada pela pena há-de ser a da tutela necessária dos bens jurídico penais no caso concreto, traduzido pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência de norma violada⁷³.

*“Dentro da moldura geral positiva ou de integração devem actuar pontos de prevenção: especial realizada seja a função positiva de socialização, seja qualquer uma das funções negativas subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização. A medida da necessidade de socialização do agente é, no entanto em princípio, o critério decisivo, das exigências de prevenção especial. Ele só entra em jogo porém se o agente se revelar carente de socialização. Se uma tal carência se não se verificar, tudo se resumirá, em termos de prevenção especial, em conferir à pena uma função de suficiente advertência: o que permitirá que a medida da pena desça até ao perto do limite mínimo da moldura de prevenção ou mesmo que com ele coincide”*⁷⁴.

O modelo de prevenção, em que a pena é determinada pela necessidade de protecção de bens jurídicos, determina que a pena deva ser encontrada numa moldura de prevenção geral positiva, em função das exigências de prevenção especial ou de socialização, não podendo, ultrapassar em caso algum a medida da culpa (n.º 2 do artigo 40.º do CP).

Citando o Ac. do STJ

*“em caso algum pode haver pena sem culpa ou acima da culpa (ultrapassar a medida da culpa), pois que o princípio da culpa não vai buscar o seu fundamento axiológico a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal. A culpa é condição necessária, mas não suficiente, da aplicação da pena; e é precisamente esta circunstância que permite uma correcta incidência da ideia de prevenção especial positiva ou de socialização”*⁷⁵.

Como vem sendo, repetidamente, decidido pelo STJ, de acordo com o próprio pensamento do legislador, expresso no preâmbulo daquele diploma, a aplicação do regime do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, não pode afastar-se da consideração das exigências de prevenção geral, assentado

⁷³ FIGUEIREDO DIAS – **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, ps. 78 a 85.

⁷⁴ Ac. do STJ de 7 de Dezembro de 2012 e Ac. Fixação de jurisprudência proc.º 75/05.6TACPV.

⁷⁵ Ac. do STJ de 14 de Maio de 2008, proc.º n.º 1010/08.

na preocupação exclusiva de ressocialização do agente jovem, de prevenção especial, sobrepondo-se-lhe, não obstante, a emissão de um juízo de prognose favorável a propósito do arguido jovem, pode este revelar-se insuficiente se esbarrar com a “última barreira” (cfr. Ac. deste STJ, de 12.02.2004, in *Col Jur*, STJ, Ano XII, TI, 203) de defesa da sociedade.

Dentro desta medida (proteção ótima e protecção mínima – limite superior e limite inferior da moldura penal), o juiz, face à ponderação do caso concreto e em função das necessidades que se lhe apresentem, fixará o *quantum* concretamente adequado de protecção, conjugando-o com as exigências de prevenção especial (prevenção da reincidência), sem poder ultrapassar a medida da culpa.

Os critérios do artigo 71.º do CP, têm a função de fornecer ao juiz, elementos que devem contribuir para determinar a medida adequada à finalidade da prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto, provocado por maior ou menor sentimento comunitário pela afetação dos valores), como para definir o nível das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente, idade, o arrependimento), ao mesmo tempo, que transmitem indicações para apreciar e avaliar a culpa do agente.

1.12. Algumas insuficiências do regime jurídico

A vulnerabilidade do DL é, essencialmente, sentida pela ausência ou insuficiência de normas suscetíveis de enquadrar instrumentos jurídicos internacionais, declarações de princípios internacionais, orientações e recomendações internacionais, particularmente quanto ao reconhecimento do direito dos jovens e aos instrumentos para a sua efetivação, quanto à sua adaptabilidade às realidades e à evolução social e quanto à viabilidade das soluções apresentadas.

Estas normas internacionais estabelecem que os jovens devem ser tratados de modo a oferecer-lhes um máximo de oportunidades para que se convertam em cidadãos responsáveis.

Cingindo-nos ao DL diremos o seguinte:

O artigo 1.º do diploma, refere que, o mesmo se aplica a jovens que tenham cometido um facto qualificado como crime, sendo que, é considerado jovem o agente que, à data da prática do crime, tiver completado 16 anos sem ter atingido ainda os 21 anos.

O legislador ao priorizar o jovem mas não esquecendo o facto por ele praticado, dando assim, relevância à segurança e à paz social, possibilita que o jovem goze da mesma garantia de um processo equitativo que os adultos acusados de um crime.

O que se depreende que, o jovem passa, então, a ser um pleno sujeito processual, com os direitos e deveres que lhe são inerentes.

Parece-nos, no entanto, que neste regime, existe uma postura indiferenciada do legislador, pela restrição de direitos e garantias que assistem aos jovens!

Enumeram-se alguns dos preceitos do CPP mais relevantes em matéria de garantias individuais em processo penal:

- Artigo 39.º (Impedimentos do juiz);
- Artigo 58.º (Constituição do arguido);
- Artigo 61.º (Direitos e deveres processuais do arguido);
- Artigo 62.º (Defensor);
- Artigo 64.º (Obrigatoriedade de assistência por defensor);
- Artigo 86.º (Publicidade do processo e segredo de justiça);
- Artigo 89.º (Consulta de auto e obtenção de certidão por sujeitos processuais);
- Artigo 92.º (Língua do atos e nomeação de intérprete);
- Artigo 108.º (Aceleração de processo atrasado);
- Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova);
- Artigo 177.º (Busca domiciliária);
- Artigo 179.º (Apreensão de correspondência);
- Artigo 202.º (Prisão preventiva);
- Artigo 220.º (*Habeas corpus* em virtude de detenção ilegal);
- Artigo 222.º (*Habeas corpus* em virtude de prisão preventiva);
- Artigo 254.º (Finalidades da detenção);
- Artigo 268.º (Atos a praticar pelo juiz de instrução no inquérito);
- Artigo 269.º (Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução no inquérito);
- Artigo 321.º (Publicidade da audiência);
- Artigo 327.º (Contrariedade);
- Artigo 332.º (Presença do arguido na audiência de julgamento);
- Artigo 343.º (Declarações do arguido na audiência de julgamento);
- Artigo 355.º (Proibição de valoração de provas não examinadas em audiência);
- Artigo 359.º (Alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia-acusatório);
- Artigo 361.º (Últimas declarações do arguido e encerramento da discussão);
- Artigo 379.º (Nulidade da sentença – acusatório);

- Artigo 399.º (Princípio geral – admissibilidade de recurso).

São normas que apelam ao reconhecimento dos direitos dos jovens, enquanto titulares de uma cidadania plena, perfeitamente compatível com a sua identidade diferente em relação à do adulto, mas que se repercute de forma específica e da qual se deve procurar a sua efetivação.

É que, de facto os preceitos constitucionais, em matéria de Direitos, Liberdades e Garantias, incluindo as garantias do Processo Penal são, por força da própria Constituição, que o declara expressamente no artigo 18.º, preceitos diretamente aplicáveis, isto é, são claramente normas de Direito que não necessitam de qualquer mediação do legislador ordinário nesta matéria, e por isso, têm aplicação direta, segundo a própria Constituição e vinculam as entidades públicas e privadas.

Para além de por outro lado, não poder ser vedado o reconhecimento ao jovem agressor das garantias que encontram “eco” nos instrumentos internacionais, regras, propostas, recomendações, a que o Estado Português, aderiu:

- no Processo Penal Português, tal como referimos anteriormente;
- na Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, o direito a receber toda a informação pertinente, se a criança for considerada, como possuidora de suficiente capacidade de discernimento, a exprimir a sua opinião no âmbito do processo, para que seja tida em consideração nas decisões⁷⁶, o direito de requerer a nomeação de representante especial⁷⁷;
- nas Regras de Beijing, pelo respeito pelas garantias fundamentais do processo⁷⁸;
- nas Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal, pelos direitos conferidos pelo direito internacional, independentemente da imputabilidade penal, maioridade civil ou idade mínima para a prestação de consentimento livre estabelecida pelo direito interno.

O artigo 2.º do diploma, estabelece que, a lei geral aplicar-se-á em tudo que não for contrariado pelo presente diploma.

Neste propósito, parece visar-se alcançar, genericamente, responsabilização e (re)inserção. O preâmbulo do regime diz-nos que o direito penal dos jovens imputáveis deve, tanto quanto possível, aproximar-se dos princípios e regras do direito reeducador dos menores, mais reeducador do que sancionador. Tendo por base o Parecer do Comité Económico e Europeu sobre “A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C 110/13), de 10 de Fevereiro de 2006, os três grandes eixos das boas práticas europeias situam-se em torno da prevenção da delinquência juvenil, da

⁷⁶ Artigo 3.º da Convenção.

⁷⁷ Artigo 4.º da Convenção.

⁷⁸ Regras 6.1 a 6.3, 7.1, 14 e ss. das Regras de Beijing.

intervenção educativa na comunidade ou em meio institucional e da integração laboral, tendo por linha de força a intervenção em meio comunitário como alternativa à privação de liberdade.

Para isso, o ponto 2.3., parte final, do aludido parecer, resume qual deve ser o objetivo comum da justiça juvenil, estabelecendo que *“As estratégias preventivas e de intervenção devem ter por objectivo socializar e integrar todos os menores e jovens, principalmente através da família, comunidade, grupo de iguais, escola, formação profissional e mercado de trabalho”*.

Ora, na verdade o problema dos jovens adultos na justiça penal coaduna-se com a necessidade de diferenciar situações que não podem ser colocadas *“com o generalizado recurso à institucionalização”*⁷⁹, na medida em que a integração no mercado laboral, a educação, a constituição de família surgem, atualmente, em momentos mais distantes na vida dos jovens, muito para lá dos 20 anos de idade, quando ainda vivem com os pais, muitos até perto dos 30 anos de idade.

O artigo 3.º do diploma, esclarece que, a aplicação das medidas constantes no DL não pode implicar a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.

No caso de um jovem adulto sujeito a qualquer uma das medidas, nenhuma restrição pode ser admitida em direitos humanos reconhecidos num Estado ao abrigo de leis, convenções, regulamentos ou costumes.

Do artigo 4.º resulta que, se for aplicável pena de prisão, deve o juiz especialmente atenuar a pena, nos termos dos artigos 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado.

Pode então perguntar-se qual a finalidade da articulação entre o sistema penal e o sistema tutelar educativo, se somente se exige ao direito penal que intervenha em casos significativamente graves (carácter fragmentário) e quando não haja outro remédio, por terem fracassado mecanismos de proteção menos gravosos para a pessoa (natureza subsidiária).

Não esqueçamos que o que fundamenta a aplicação do regime do DL 401/82, são razões de prevenção especial pelo que, conforme estabelece o artigo 4.º, a finalidade ressocializadora se sobrepõe aos demais fins das penas, e na medida prevista no CP, a aplicação de moldura mais benevolente assenta na existência de circunstâncias que tenham por efeito a diminuição por forma acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena.

Preceitua o artigo 5.º do Decreto que *“sempre que ao caso corresponda pena de prisão inferior a dois anos pode (...) existir a possibilidade de se aplicar as medidas previstas no artigo 18.º do D.L. 314/78, de 27 de Outubro”*, isto é, da Organização Tutelar de Menores (OTM), parcialmente revogado em 2001.

⁷⁹ Relatório da ONU sobre a situação da criança em Portugal, datado de 07.02.2014.

As medidas a que se refere o artigo são da antiga OTM, do DL n.º 314/78, de 27 de Outubro, que foram revogadas.

A OTM deu origem à Lei para a Proteção de Crianças e Jovens (LPCJ), aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 265/VII) e à Lei Tutelar Educativa (LTE), aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro (Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII), consultável em DR, II Série A, n.º 54/VII, de 17/04/1999.

A possibilidade de aplicação de medidas, constantes no n.º 1 do artigo 5.º do DL a jovens imputáveis entre os 16 e os 18 anos e de aplicação de medidas de correção a jovens entre os 18 e 21 anos, conforme estatui o artigo 6.º do DL n.º 401/82, esta dualidade, presta-se certamente a críticas, desde logo pelo facto do legislador assegurar, que jovens dos 18 aos 21 anos beneficiem de alternativas específicas ao cumprimento da pena de prisão, que são as medidas de correção, constantes do artigo 6.º do DL, e que são unicamente: a admoestação (al. a)), a imposição de determinadas obrigações (al. b)), a multa (al. c)) e o internamento em centros de detenção (al. d)), e por sua vez, jovens com 16 e 17 anos fiquem desprovidos de qualquer alternativa semelhante, adequada à sua faixa etária⁸⁰.

As medidas de correção a aplicar, são estas e nenhuma outras, estabelecendo-se uma hierarquia entre elas, em termos de gravidade.

Assim, a medida menos grave é a admoestação, prevista e regulada pelo artigo 7.º, sendo a mais gravosa o internamento em centros de detenção, previsto e regulado no artigo 10.º. Também dentro da medida mais grave existe uma gradação, sendo a modalidade menos grave, o regime de detenção de fim-de-semana, e a mais grave o regime de internato.

Verificando-se que não se consegue a ressocialização do jovem adulto, aplicar-se-á, então, o regime do CP.

Uma questão que aqui pode ser levantada diz respeito a menores suspeitos ou arguidos em processo penal ou objeto de um processo nos termos da Decisão-Quadro 2002/584/JAI (“processos de execução de mandados de detenção europeus”), e à aplicação da sanção acessória de expulsão, na sequência de procedimentos administrativos.

Com a diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2013/0408/EU⁸¹, de 22 de Outubro de 2013, ao promover os direitos da criança, tendo em conta as diretrizes do Conselho da Europa, sobre a justiça adaptada às crianças, o objetivo é assegurar normas mínimas, para que, os EM

⁸⁰ DUARTE-FONSECA, António Carlos – **Menores, mas imputáveis: que protecção?** In *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação Protecção de Menores* – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 391.

⁸¹ Publicada no JOUE de 06.11.2013.

possam alargar os direitos nela prevista, conferindo um nível de proteção mais elevado às crianças e de tratamento idêntico no âmbito da justiça juvenil.

Efetivamente, no caso de Maslov/Áustria⁸², decisão de 23 de Junho de 2008, o Tribunal de Justiça (Grande Secção), considerou que a imposição e a execução da ordem de expulsão contra o requerente constitui uma interferência com o direito ao respeito da sua vida privada e familiar. O requerente à data em que o pedido de expulsão fora imposto era menor, pelo que, esclarece o Tribunal que a idade da pessoa em causa deve ser tida em conta para saber se a natureza e a gravidade das infrações cometidas, foram-no como um juvenil ou como um adulto.

O Tribunal considera igualmente, quando existem medidas de expulsão contra um delinquente juvenil, deve atender-se ao superior interesse da criança e, isso inclui a obrigação de facilitar a sua reintegração.

Trata-se, nesta hipótese, de ponderar uma situação respeitante a jovens infratores, mormente estrangeiros.

Podemos então, concluir que os instrumentos internacionais provocaram alguma alteração jurisprudencial interna relevante?

Com todo o respeito, não nos parece! Este regime que vigora há sensivelmente, trinta anos, padece de um desajustamento de soluções face à evolução social decorrente da criminalidade juvenil.

Por um lado, por não dotar a sua legislação de um conjunto de respostas legais a um problema/fenómeno crescente, em números e visibilidade e, por outro, por não considerar o jovem infrator como um verdadeiro sujeito processual, com direitos e deveres.

Esta é uma tarefa que exige muito mais do que a mera intervenção do Tribunal, o qual isoladamente pouco pode fazer, mas deveria haver, ou há, na justiça juvenil uma componente social ou de cidadania que com estratégias preventivas e de intervenção, nomeadamente, com a inserção responsável e digna na comunidade bem como a adoção de um papel construtivo na sociedade ou se inserem ou nas quais se vão inserir, conduzissem à mudança de percursos de jovens em conflito com a lei.

Perante este quadro, pode questionar-se se não é preferível uma maior aplicabilidade da justiça restaurativa, do compromisso entre vítima e arguido, como alternativa ao modelo existente!

⁸² Ver em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87156>.

1.13. Justiça restaurativa: Uma Solução?

É precisamente neste contexto, em que o jovem entra em contacto com o ordenamento jurídico-penal porque a sua conduta é passível de um juízo de reprovação, pelo seu carácter lesivo, e de censurabilidade, pelo seu carácter culposos, que cabe ao juiz descrever de modo circunstanciado o acórdão, em toda a sua densidade argumentativa e propositiva.

A mediação ao consistir no *”processo que permite à vítima e ao delinquente participarem activamente, se eles o consentirem de livre vontade, na resolução das dificuldades resultantes do delito, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)”*⁸³ salvaguarda os casos em que a punição implica mais desvantagens do que benefícios, por exemplo, quando o delinquente é jovem e primário.

A ideia de recorrer ao acordo resultante da mediação, prevê que a vítima e o agressor tentem alcançar um acordo acerca da reparação dos danos causados pelo delito, que vise a restauração do equilíbrio perturbado pelo delito e, ainda, a reparação, no interesse da vítima, pelo delinquente, responsabilizando-o pelos danos provocados pelo seu ato.

Além disso, ao procurar proteger tanto o interesse da vítima (o ofensor deve reconhecer os danos causados à mesma e deve tentar repará-los), como o da comunidade (procurando reabilitar o ofensor, prevenir a reincidência e reduzir os custos da justiça penal) e do arguido (não entrará no circuito penal, sendo respeitadas as suas garantias constitucionais), representa, no tocante a este último, um modelo idóneo para o sistema de justiça de jovens pelo seu fraco valor estigmatizante, pelo seu elevado valor pedagógico e pelo seu carácter menos repressivo.

Esta alternatividade não significa menor poder de controlo ou de vigilância!

Aliás, esta realidade consta da DQ n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, sendo referida a entrada de mediação no âmbito do processo penal, até 22 de Março de 2006⁸⁴, para os Estados que a subscreveram.

Infelizmente, no ordenamento jurídico português, o regime de mediação penal somente, veio a ser criado em 12 de Junho de 2007, com a Lei n.º 21/2007.

Resulta da presente lei que a mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra

⁸³ Definição constante da Recomendação (99) 19 sobre a mediação em matéria penal, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 15 de Setembro de 1999.

⁸⁴ Artigo 10.º do diploma.

o património (artigo 2.º, n.º 2), não podendo ocorrer nas situações previstas das alíneas do n.º 3 do artigo citado.

Se o ofendido e o arguido requererem o acordo de mediação, o MP designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considera essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objeto do processo (artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2), devendo o mesmo estar concluído no prazo de três meses sobre a remessa do processo para mediação, podendo o mediador solicitar ao MP uma prorrogação, até ao máximo de dois meses, do prazo previsto no número anterior, sempre que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo (artigo 5.º, n.º 1 e n.º 2).

A prática deste modelo, para nós, apresenta-se antes de mais, com um carácter responsabilizante e restaurativo, uma vez que coloca o jovem arguido em contato com a vítima e a comunidade na busca de soluções para o conflito gerado pelo ato criminoso, a fim de promover a reparação do dano causado, a reconciliação entre as partes e o reforço da segurança coletiva, prevenindo, deste modo, a entrada do jovem no circuito penal e a redução dos custos da justiça penal.

O Parecer do Comité Económico e Europeu sobre “A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel de justiça de menores na União Europeia” (2006/C 110/13), de 10 de Fevereiro de 2006, adianta no ponto 4.4., as vantagens inegáveis afirmando que *“representa uma acção educativa específica, estimulando ao mesmo tempo a reflexão do menor sobre a sua culpa, ao enfrentar directamente a vítima, podendo dissuadi-lo de repetir comportamentos semelhantes no futuro”*.

Em alguns países têm-se vindo a revelar como uma resposta favorável à resolução de conflitos.

Em França, a mediação mais desenvolvida é a mediação penal, estreitamente, ligada ao sistema penal tradicional, e que constitui uma resposta judicial a infrações como injúrias, violências ligeiras, furto, contenciosos familiares menores. Mediação que decorre nas *“maison de justice”*, junto dos Tribunais, e é realizada, diretamente, por associações de apoio à vítima e de mediação.

No Reino Unido, o Governo criou três planos-piloto de justiça restaurativa, visando a recolha de informação sobre o desenvolvimento de projetos de justiça restaurativa e a identificação de áreas problemáticas. Um plano destinado à pesquisa e desenvolvimento de especialização nesta área. Um outro criando um serviço voluntário de mediação, para adultos ou jovens agressores e suas vítimas, condenados a penas a favor da comunidade. Um terceiro, a autores de crimes, após a respetiva condenação.

2.

A INDEFINIBILIDADE DO COMPORTAMENTO JUVENIL

2.1. Introdução

Como o conhecimento da personalidade do jovem é imprescindível para entender a motivação do crime e essencial para graduar a sua responsabilidade e em consequência a medida da pena a aplicar-lhe, é sobretudo para compreender melhor o fenómeno criminal juvenil que se assiste, nos últimos tempos, a um esforço nas mais diversas áreas do conhecimento, tais como, a Criminologia, a Antropologia, a Psicologia, a Sociologia, a Medicina, a Política, a Biologia, o Direito, a Filosofia, tanto a nível internacional como nacional, no sentido de encontrar as melhores soluções, para descrever o processamento biológico e cerebral das emoções, interagindo com a razão⁸⁵.

Só assim, podemos procurar responder a algumas das perguntas, tais como:

Saber se o jovem, tinha no momento do comportamento, capacidade de conhecer a natureza e as consequências do seu comportamento; se podemos prescindir da relação emocional do jovem com o facto ou se o jovem teria (poderia ter) uma menor capacidade de culpa?

Assim, neste capítulo, procuramos, mais do que calcular correlações entre criminalidade e fatores biológicos, psicológicos, económicos ou de outra ordem, como no passado, contribuir, por um lado, para o crescimento do conhecimento científico e, por outro lado, para a eficácia das normas do Direito Penal.

O estudo do crime, da personalidade e conduta do jovem criminoso, a identificação do fenómeno criminógeno, o auxílio na prevenção da criminalidade, são os elementos que, em conjunto com o método da experimentação e a elaboração de teorias, caracterizam ”a *autonomia* (material, metodológica, epistemológica) e a *politização*: quer porque se comunica a todas as tarefas do labor criminológico, quer porque se projeta sobre a generalidade dos problemas político-criminais”⁸⁶.

⁸⁵DAMÁSIO, António – **O Erro de Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1995.

⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa - – **Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea**. In *Revista da Ordem dos Advogados*. A.44 V.3, Dezembro, 1984, p. 518.

Tal como refere Figueiredo Dias é “*na justa resolução do problema posto por cada caso jurídico-penal e na posterior integração daquela no sistema – consiste a exacta função da dogmática jurídico-penal*”⁸⁷.

2.1. Referência às diversas áreas do conhecimento sobre o comportamento juvenil

No decurso das últimas décadas, diversos autores debruçaram-se sobre a delinquência em geral e a delinquência juvenil, em particular.

Sellin, ao publicar a sua obra chamada “*Conflito de cultura e crime*”, defende a ideia de que, em determinada sociedade, certas zonas ou certas camadas, sobretudo de jovens, sem possibilidade de ascenderem a certo estatuto social ou a certo tipo de vida que ambicionam, acabam por criar valores culturais autónomos, formando grupos dentro de uma certa sociedade, fechado em si, justamente dando origem à subcultura delinquente.

Sutherland, desenvolve uma obra fundamental chamada “*Associação diferencial*”, na qual defende que o comportamento criminal é o resultado da aprendizagem que se verifica num pequeno grupo de pessoas que se associam diferenciadamente em certos tipos de cultura ou de grupo, o que permite ao indivíduo adquirir técnicas que possibilitam a realização de atos delinquentes, uma vez que segue modelos que de alguma maneira o fascinam.

Merton, por seu turno, no artigo “*Social structure and anomie*”, recoloca a questão da anomia definida por Durkheim, em termos algo diferentes e novos. Segundo aquele autor, a estrutura social não dá a toda a gente os meios legítimos para obter o sucesso, pelo que, as pessoas tentarão a todo o custo a procura de riqueza, utilizando eventualmente meios ilegítimos; e se isso não lhes é possível pelos meios legítimos, porque as pessoas têm o desejo de obter um certo estatuto porque, por hipótese não têm o dinheiro necessário para o comprar, então usarão meios ilegítimos como por exemplo, furtar. É isto, segundo Merton, a anomia: o sobreinvestimento no sucesso em detrimento do respeito pelas normas.

Na década dos anos 50, Hirsch, justifica, em *Causes of Delinquency*, que a delinquência juvenil se deve a uma rutura do laço social. Explica que a delinquência juvenil pode dar-se pelo enfraquecimento ou quebra do laço, que em princípio, deveria unir o adolescente à sociedade. O

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS - Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. In *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, p. 11.

adolescente é levado a enveredar pela delinquência porque as relações, quer familiares, quer escolares, são pobres ou estão degradadas, indicadores, estes, correlacionados com a criminalidade.

Nos anos 60, em *Delinquency and Opportunity*, Cloward e Ohlin, defendem que a delinquência surge, como um recurso, mas apenas para alguns, uma vez que nem todos os jovens conseguem ser admitidos num gang para aí aprenderem a atividade criminosa, pelo que, só optará pela solução delinquente o jovem que possuir um vasto leque de oportunidades ilegítimas. Por estas entende-se um ambiente capaz de propiciar a aprendizagem dos valores e técnicas necessárias ao desempenho dos papéis desviantes, contando com o apoio moral de um universo subcultural.

Na obra *Delinquent Boys*, de A.Cohen, o contributo reside, sobretudo, no modelo explicativo-genético da subcultura delinquente. Para explicar a delinquência juvenil, Cohen parte de dois pressupostos: em primeiro lugar, a crença de que a delinquência é fundamentalmente obra dos jovens masculinos das classes sociais mais baixas; em segundo lugar, a definição da subcultura delinquente como uma cultura dentro da cultura. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinquente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeitos de *status* e de sucesso.

Um exame mais atento dos objetivos perseguidos pelos jovens que cometem delitos mostra que a delinquência não é motivada pela ambição ou desejo de enriquecer. Na verdade, ela constitui, antes, um meio fácil de satisfazer o desejo imediato, de jogar com o perigo.

É sobretudo durante os anos 60 e 70, que os autores que se inscrevem nesta corrente: *teoria da estigmatização* ou teoria da etiquetagem ou sociologia da desviância ou nova criminologia, censuram os criminólogos a que chamavam positivistas por estes não questionarem a noção de crime mas, simplesmente, tratarem-no como um objeto natural⁸⁸.

Estas teorias ao interessarem-se pela reação social consideram que um jovem delinquente que age pelo gosto da aventura é estigmatizado pela sociedade, isto é, “etiquetado” de desviante. Pelo que, sentindo-se excluído vê-se obrigado a criar soluções que lhe permita, sobreviver à rejeição, conduzindo-o, assim, à companhia de outros desviantes, que preferirá.

⁸⁸ Cesare Lombroso⁸⁸, médico, positivista e seguidor de A.Comte, é considerado o «pai da criminologia». Publicou, em 1876, *L'Uomo Delinquente*. Todas as suas ideias fundamentais consistiam numa abordagem do problema criminal dum ponto de vista fundamentalmente antropológico e considerava que as características do delinquente eram produto do *atavismo* que correspondia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos em que o comportamento criminal se centrava sobretudo, nas disposições mentais e biológicas (deficitárias) do criminoso, implicando a ideia de que o criminoso não era uma pessoa como as outras, cujo como o comportamento “pertencia a uma subespécie primitiva do *Homo sapiens*”. Ver CUSSON, Maurice – **Criminologia**. 2ª Edição. Cruz Quebrada: Casa das Letras. ISBN: 978-972-46-1620-9, p. 60.

O processo de estigmatização convence-os de que o seu destino é tornar-se naquilo que a sociedade vê, em alguém que merece ser castigado.

Segundo Tannenbaum, o comportamento de um jovem delinquente nada tem de especial: falta às aulas, furta. Age pelo gosto da aventura.

Lemert, criou o termo “desviante secundário” para designar aquele que tem de viver com a estigmatização que, por sua vez, conduz ao agrupamento de desviantes.

A partir daqui, a explicação da delinquência é linear. Ela resulta, não de qualquer ideia de desorganização social ou rutura entre os jovens e os adultos mas, pelo aparecimento de um conjunto de tentativas de utilização do modelo da subcultura delinquente.

É durante esta década que surgem três das mais relevantes perspectivas: o *labeling approach* (ou perspectiva interaccionista), a *etnometadologia* e a *criminologia radical*. Estas teorias deixam de se reportar ao delinquente e ao crime, para se dirigirem, sobretudo à reação social em si mesma. Em vez de se perguntar «porque é que um criminoso comete crimes?», passa a indagar-se “as consequências de alguém ser tratado como delinquente”⁸⁹.

Predominante na década de sessenta, o *labeling approach*, ou seja, a perspectiva do rótulo ou da etiqueta, representa o início de resposta a um problema novo. Deslocando o problema criminológico do plano da ação para o da reação social, parte do princípio de que a *deviance* é o resultado de uma reação social e que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à *estigmatização* que sofre: o ato em si não é criminoso nem é “desviante”, ele só passa a sê-lo num momento em que um certo grupo social o considera como tal e lhe consegue apor com êxito esse rótulo. Influenciado pela perspectiva sociológica do *interaccionismo simbólico*, o *labelling*, considera que a identidade é algo que se vai adquirindo e modelando ao longo do processo de interação entre o sujeito e os *outros*.

Herrero considera que: “*Para el «Labeling Approach», la delincuencia, el crimen, no es un fenómeno ontológico, sino «definitorio». Es decir, que no existe tanto la criminalidad cuanto la incriminacion*”⁹⁰.

Ao dar particular ênfase, à análise de certos tipos de delinquência, o *labelling* conseguiu chamar à atenção para “... até que ponto, assim, as instâncias de controlo têm gasto energias (e

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente. *Estudos em Homenagem* ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, III, 1981, p. 171.

⁹⁰ HERRERO HERRERO, César – *Criminología (Parte General y Especial)*. Madrid: Editorial DYKINSON, S.L., 2001. ISBN: 84-8155-739-0, p. 333.

dinheiro dos contribuintes...) a criarem deviance e desviants e não a controlar a delinquência de sempre que é, antes de tudo, a delinquência violenta”⁹¹.

Porque, «A deviance não é uma qualidade do acto que uma pessoa comete, mas antes uma consequência da aplicação pelos outros de normas e sanções a um delinquente»⁹².

H. Becker, é considerado através do seu clássico *Outsiders*, o fundador desta perspetiva criminológica. Nesta obra, ou a partir desta obra, começa-se a dar importância não já ao estudo do crime em si ou do seu autor, mas consciencializa-se que aquilo que torna certo ato desviante ou criminoso, é o funcionamento de uma estrutura de normas ou de uma estrutura de instâncias de controle.

Em Portugal, o *labelling approach*, foi objeto de estudo do Prof. Figueiredo Dias, em «A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente», publicado nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J.Teixeira Ribeiro*, III, 1981. Segundo o autor, “o labeling não é uma teoria do comportamento delinquente, mas apenas uma perspectiva ou uma abordagem que não pode ser esquecida por qualquer teoria”⁹³.

Por seu turno, a *etnometedologia*, propõe levar a cabo o estudo da intersubjetividade do quotidiano. Situando a *deviance* na fenomenologia da intersubjetividade, o crime resulta da interação entre os desviantes e as agências de controlo, nomeadamente, a polícia, o tribunal, a prisão.

Ao afirmar-se em plena década de setenta, a *criminologia radical*, apresenta-se essencialmente como uma criminologia marxista, procurando relevar a definição do objeto e do papel da investigação criminológica. Podemos encontrar-se um exemplo desta versão no texto de Alessandro Baratta, “A criminologia crítica e a política penal alternativa”.

Com esta análise crítica, “Torna-se aqui já consciência de que a qualidade de um acto como criminoso ou desviado (**desviante**) é a consequência do funcionamento de mecanismos de reacção a esse acto e não uma qualidade do acto em si”⁹⁴.

Portugal não deixa de participar em maior ou menor grau, nesta investigação científica, para os fenómenos naturalísticos, psíquicos e físicos, relacionados com o crime.

Os principais representantes da escola criminal antropológica foram Basílio Freire, Júlio de Matos, Bernardo Lucas e, em parte, Ferraz de Macedo e Azevedo Castelo Branco.

⁹¹ DIAS, Jorge Figueiredo - **Op. Cit.**, p.172 e 173.

⁹² ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea**, p. 495 e 496.

⁹³ DIAS, Jorge Figueiredo - **Op. Cit.**, p.176.

⁹⁴ BELEZA, Teresa Pizarro - **A moderna criminologia e a aplicação do Direito Penal**. In *Revista do Ministério Público*, 32, Outubro – Dezembro, 1987, p.50.

Citando alguns dos autores no que à delinquência juvenil diz respeito, diremos que Basílio Freire publica, em 1886, “Os Degenerados”, que constitui a sua tese de doutoramento na Faculdade de Medicina de Coimbra. O seu trabalho é influenciado pelos estudos de psicopatologia que enquadra um grande número de criminosos no mesmo grupo das psicopatologias degenerativas. Separando idiotas e cretinos, de um lado, e degenerescências psíquicas propriamente ditas, de outro.

Em continuação de “Os Degenerados”, Basílio Freire publicou em 1899, o volume “Os Criminosos”, dedicado a esse subgrupo dos primeiros.

Para Basílio Freire, o criminoso é um degenerado. O louco e o criminoso são duas formas de degenerescência, entrecruzando-se, por vezes, constituindo-se uma espécie de dicotomia degenerativa. Quanto ao delinquente adolescente, o autor considera que a escala degenerativa provém, principalmente, das ações acumulativas da hereditariedade ou das irregularidades evolutivas da vida fetal.

Há um ponto, porém, em que Basílio Freire discorda de Lombroso: não admite a existência de um tipo antropológico criminal. Justificando Lombroso a existência do seu criminoso-nato pelo atavismo, insiste na existência de um tipo antropológico-criminal “*sui generis*”. Basílio Freire, considera que todos os agrupamentos humanos são misturas inextrincáveis, fusões de dois ou muitos tipos, reproduzindo a média dos caracteres fundamentais dos tipos dominantes nos grupos étnicos donde derivaram.

Júlio de Matos, no seu livro “A Loucura”⁹⁵ sintetiza em 1894, a criminologia de Garófalo⁹⁶ um dos discípulos de Lombroso, tal como Ferri. Garófalo, preocupa-se com a explicação psicológica que se reconduz à explicação do crime. A sua principal ideia é que o crime é um acto que viola gravemente os sentimentos de uma comunidade, sentimentos básicos da piedade e da probidade, pelo que o autor considera que “*O delinquente não se denuncia apenas pelo acto criminoso, mas pela coherencia d’esse acto com certos caracteres especiaes; o crime não é n’elle, portanto, um facto isolado, mas o symptoma de uma anomalia moral*”⁹⁷.

⁹⁵ **A Loucura**, 1ª Edição, 1889, mereceu as honras de uma tradução italiana e francesa. Passos desta obra foram também citados por Ferri, na sua “Sociologie Criminelle”. Ferri privilegia essencialmente os factores sociológicos, pelo que considera que o delinquente é socialmente responsável e simplesmente perigoso: “Logo, o problema não consiste em precisar quais sejam os delinquentes perigosos, (...), mas em avaliar o grau de periculosidade em cada delinquente, pelo único facto de ter cometido uma acção delituosa e de que deve responder” - **Direito Criminal – O Criminoso e o Crime**. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1931, p. 283.

⁹⁶ Também Garófalo legou uma extensa bibliografia, onde se destacam, *Criminologia* (1885).

⁹⁷ GAROFALO, R. – **Criminologia – Estudo sobre o Delito e a Repressão Penal**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925, p. 96.

As ideias de Júlio de Matos tiveram a maior repercussão entre nós. Em 1 de Maio de 1889, teve lugar a 1ª sessão do Congresso Jurídico de Lisboa, que discute a questão: “*Em que sentido é urgente reformar os códigos penais, na parte relativa às condições da responsabilidade criminal do agente do facto incriminado e aos efeitos das circunstâncias dirimentes, para que a doutrina da lei fique de acordo com as afirmações da psicologia contemporânea, da antropologia criminal e da patologia alienista, e satisfaça as necessidades da possível segurança contra o crime?*”⁹⁸.

Bernardo Lucas apresentou como dissertação de Licenciatura, em 1887, “A Loucura Perante a Lei Penal”. O autor admite a tese de Lombroso do tipo criminoso antropológico. Observara, igualmente, Tarde, quando refere que a mudança da fenomenologia criminal aparece ligada às chamadas leis da imitação, importante na medida em que, frequentemente, as pessoas ingressam em carreiras criminosas justamente pela vontade de imitar as pessoas que elas consideram dignas de admiração.

O erro de raciocínio, diz Bernardo Lucas, é de comparar o esqueleto do delinquente com o de qualquer esqueleto pré-histórico. Neste aspeto, mostra-se de acordo com Lacassagne, dizendo que aquilo que causa a criminalidade são as condições sociais: cada sociedade tem os criminosos que merece.

Por isso, divide os delinquentes instintivos em corrigíveis e incorrigíveis, sendo que, os delinquentes juvenis integrar-se-iam nos primeiros, devendo a pena ser cumprida por tempo indeterminado.

Mas, não só do estudo do crime, objeto central da criminologia, da personalidade e conduta do jovem criminoso, se procura a chave para a delinquência.

É necessário apesar das dificuldades que coloca, procurar esclarecer as tendências inconscientes que estão por detrás da racionalização, debruçando-nos sobre as razões que predispueram o jovem para a intenção de cometer o crime, procurando revelar, o modo de ser, que o jovem não dominou como podia.

A combinação de racionalidade e de irracionalidade é empregue para esclarecer a ação e conferir-lhe sentido. É, portanto, necessário entender os motivos que, nas oportunidades que se apresentam ao jovem, tornam o ato inteligível ou não, em função do desenvolvimento cognitivo do próprio.

⁹⁸ MALDONADO, Mário Artur da Silva – **Alguns Aspectos da História da Criminologia Em Portugal**. P. 51.

2.2. A formação da consciência

John Searle⁹⁹, na obra **Mente, cérebro e ciência**, levanta a questão de saber se o indivíduo pode ter consciência de que numa situação poderia agir de outra forma além daquela realizada, o que nos leva a perguntar se é possível ter uma consciência elevada para uma emoção e reduzida para outra?¹⁰⁰

*“O **cérebro**, funciona segundo uma lógica do instável, segundo trajectórias, funções, etc; a **personalidade**, funciona segundo uma lógica de probabilidades e o **comportamento**, funciona segundo uma lógica do irreduzível tendo operado uma ruptura da simetria temporal com os níveis anteriores. Neste conjunto, a irreversibilidade aparece-nos como uma propriedade fundamental, reproduzindo a instabilidade”¹⁰¹.*

Assim, por detrás do jogo caracterial, funcional ou patológico, convém procurar as bases constantes nas quais repousa o funcionamento mental de determinado sujeito e assim avaliar a importância dos sinais presentes e as suas implicações no prognóstico evolutivo do jovem em consideração.

Uma vez que nem sempre existe a consciência da existência desse processo deliberativo!

Uma estrutura de base estável e sólida é constituída pelos mecanismos mentais essenciais: o modo de constituição do Eu, tipo e distância da relação de objeto, natureza do tipo de angústia profunda, variedade da ligação com a realidade, nível e consequências dos conflitos internos ou externos, primado de determinado grupo de mecanismos de defesa, dia lética particular entre princípio de prazer e princípio da realidade¹⁰².

Ao invés, quando do ponto de vista da compreensão psicanalítica, não existe um objeto interno suficientemente estável, o traço mais característico é a *inconstância da relação de objeto*. Para além da *“intolerância à frustração e incapacidade de suportar a ansiedade. A falha de*

⁹⁹ Filósofo norte-americano que tem desenvolvido estudos em torno da ciência cognitiva, isto é, do estudo do funcionamento da mente.

¹⁰⁰ GOTTMAN, John e De CLAIRE, Joan – **A Inteligência Emocional na Educação**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Pergaminho, 1999. ISBN: 972-711-263-3, p. 86.

¹⁰¹ TEIXEIRA, João Marques – **Comportamento Criminal – Perspectiva Biopsicológica**. 1ª Edição. Linda a Velha: Vale & Vale editores, Lda., Dezembro 2000. ISBN 972-8652-00-3, p. 210.

¹⁰² BERGERET, Jean – **A personalidade normal e patológica**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Outubro, 1997. ISBN 972-95908-3-4, p. 312.

*interiorização do bom objeto condiciona um sentimento de depressão inconsciente, compensada por um comportamento de instabilidade e fuga para a frente*¹⁰³.

Ao mesmo tempo, existem diferenças individuais no funcionamento das diferentes partes do cérebro, que podem, potencialmente, predispor para uma ação delituosa que resulta da interação entre determinados contextos, determinadas situações do meio e o conjunto de processos cognitivos, afetivos e experienciais, que levarão o jovem a agir de acordo com o sentido que atribui à situação de uma forma particular.

É por isso que todo o agir, por mais racional ou pensado que seja, admite sempre uma dose de incerteza! Mesmo o comportamento racional não deixa de ser explicável pelos impulsos instintivos oriundos do inconsciente.

Erich Fromm, afirma que *“A investigação psicanalítica deu já uma primeira e decisiva perspectiva da espécie de mistura de motivos irracionais e de motivos racionais do Eu.*

*Também o criminoso aparentemente racional, que age por motivos egoístas é, habitualmente, determinado pelos seus próprios impulsos instintivos inconscientes a agir criminosamente. Os desejos e interesses do Eu amalgamam-se com a impulsividade instintiva (do Id) e assim o prova a força da tendência inferior do aparelho espiritual para consumir tais amálgamas que faz surgir ao Eu, deforma compreensível, as suas acções motivadas por impulsos irracionais (...)*¹⁰⁴”.

A aceitação desta ideologia não significa considerar o comportamento juvenil seja desprovido sempre de qualquer conteúdo racional, mas leva-nos a procurar conhecer aquelas tendências inconscientes em que à consciência do jovem agente acede o impulso, o que nos permite questionar se o jovem adulto tem capacidade para proceder a uma avaliação e determinação dos atos por si praticados.

As decisões que são tomadas pelos jovens-adultos são imprudentes, impulsivas, não reconhecem a sua problemática criminal, desvalorizando a gravidade dos atos por si praticados e revelando um desprezo pelos valores defendidos pelo Direito, assim como denunciam alguma imaturidade e incapacidade de reflexão e autocrítica, nem sempre tendo a noção do interdito e sendo pouco capazes de ponderar as consequências dos seus atos.

¹⁰³ MATOS, António Coimbra de - **Adolescência: O Triunfo do Pensamento e a Descoberta do Amor**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Junho, 2002. ISBN 972-796-022-7, p. 55 e 56.

¹⁰⁴ FROMM, Erich - **Zur Psychologie des Verbrechens**, 1931. In Gesamtausgabe, Bd I Analytische Sozialpsychologie, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1980, ps. 7 a 30.

Aliás, alertam os especialistas em psicologia e psiquiatria, que muitos adolescentes têm dificuldade em se expressar receando não serem compreendidos “ *ou que lhes percam o respeito se confienciarem o que vivenciam (...)* ”¹⁰⁵.

Por isso, uma análise mais casuística permite apurar a existência ou inexistência de capacidade intelectual ou intelectiva (como a inteligência, a percepção ou a memória) ou volitiva (relativas à formação ou manifestação da vontade) ou cognitiva (como a compreensão e o raciocínio).

É necessário, então, tentar responder à questão: Tinha o jovem, no momento da prática do fato, capacidade de conhecer a natureza e as consequências do seu comportamento?

2.2.1. A intensidade da emoção

O reconhecimento de que existem momentos em que o jovem é sujeito a fortes tensões que não consegue, por virtude delas, dominar-se como normalmente lhe é exigível, não chega para legitimar o seu comportamento, mas torna-o alvo de uma crítica inferior.

A emoção, enquanto perturbação afetiva intensa, de breve duração, que se desencadeia de modo imprevisto, provocada como reação a certos acontecimentos, acaba por predominar sobre as restantes atividades psíquicas. Por exemplo: o medo, a ira, a aflição, a vergonha, etc.

Este conflito interior que o jovem não consegue resolver pode dar origem à emoção propriamente dita, imprevista e repentina, empurrando o jovem para o crime, sem dele se poder desviar e, conseqüentemente, pode alterar a sua capacidade de decisão e de compreensão.

Procurando responder à pergunta acima colocada, é este estado de espírito por parte do jovem que, pode impedir o juízo de compreensão e de apreensão da conexão objetiva do sentido entre a pessoa e o facto.

No plano subconsciente, face à desordem resultante de uma alteração de estado, o sistema-cérebro, o sistema-personalidade, o sistema ato/significações, conduz a uma manifestação dinâmica externa da personalidade, uma explosividade do carácter, que altera o curso ordinário das coisas e encontra no próprio organismo não só a predisposição, que não se conseguindo prever, resulta em atitudes de agressão particularmente violentas, mas que representa um comportamento social e

¹⁰⁵ GAMEIRO, Maria Alice e MACHADO NUNES, J. M. – **Adolescência. Farmacodependências**. In AA.VV., *Psiquiatria, Neurologia e Saúde Mental na práxis do Clínico Geral*, Lisboa, 1986, p. 375.

tipificado e sancionado legalmente. Isto sugere que estes estados de desordem, desencadeiam respostas impulsivas e disruptivas, traduzindo-se em agressões e comportamentos violentos.

“Instala-se assim o ciclo diabólico da violência, com a sua génese, desenvolvimento e reprodução”, segundo António Coimbra de Matos¹⁰⁶.

Outra pergunta que esta problemática nos envolve é a de saber se não será compreensível este estado de espírito por parte do jovem, se o comportamento alheio que o pressiona é especialmente grave, alterando as normais condições do jovem, gerando por parte deste uma reação proporcional àquele comportamento.

Para a doutrina, a procura da compreensibilidade na resolução dos casos representa um elemento importante do carácter humanista do Código Penal.

O que pressupõe que, para ser compreensível, a relação entre a emoção e as circunstâncias que a precederam e lhe deram causa, relação nem sempre demonstrável do ponto de vista objetivo, apresenta-se como não desvaliosa e com suficiente intensidade por limitar as intenções normais do jovem agente.

Por essa razão, não podemos prescindir a relação emocional do jovem com o facto, procurando responder à segunda questão colocada no capítulo.

Como refere Daniel Goleman, *“Uma vez que a mente racional demora mais um ou dois instantes do que a mente emocional a registar e a responder, o “primeiro impulso” numa situação emocional é sempre do coração, e não da cabeça”*¹⁰⁷.

2.2.2. O sentido do ato: do estado de perigosidade ao risco

O agir especificamente humano tem por base uma complexa estrutura motivacional na qual a razão se encontra num delicado equilíbrio com as emoções e com a dimensão ética do comportamento humano. Este processo de decisão, no qual as emoções controlam parcial ou totalmente o agir humano, reduzem o comportamento a uma resposta desprovida de qualquer conteúdo racional e muitas vezes do juízo ético das circunstâncias envolventes.

¹⁰⁶ MATOS, António Coimbra de – **O Desespero**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Maio, 2001. ISBN: 972-796-006-5, p. 385.

¹⁰⁷ GOLEMAN, Daniel – **Emotional Intelligence**. Tradução de Mário Dias Correia – Inteligência Emocional. Temas e Debates – Actas Editoriais, Lda, 1995. ISBN: 972-759-063-2, p. 314.

Sartre, refere que *“Na emoção, é o corpo que, dirigido pela consciência, altera as suas relações para com o mundo para que este mude as suas qualidades (...)”*

Também essa finalidade representa os limites de cada homem na resolução de situações que não consegue ultrapassar de outra maneira (...)

A impossibilidade de encontrar uma solução para o problema, apreendida objetivamente como uma qualidade do mundo, serve de motivação à nova consciência irreflectida que agora aprende o mundo de outra maneira, sob um aspeto novo que então comanda nova conduta (...)”¹⁰⁸.

Para se poder compreender o comportamento e para se poder procurar a inteligibilidade do ato ou ação, através daquilo que está escondido no interior do corpo, e que segundo Poiares, constitui o ponto de partida para *“a viagem/revelação das motivações do sujeito”¹⁰⁹*, é importante que se possa distinguir o aspeto motivacional do aspeto intencional.

No fundo, trata-se de entender se no momento da sua atuação, o jovem se encontra num estado de afeto emocional, em que *“toda a perturbação se traduz num comportamento que não está de acordo com as normas correntes e em que a frustração leva a agir”¹¹⁰*, diminuindo a livre determinação, a apreciação ou o controlo dos instintos, as afirmações normais da personalidade, a consciência do ilícito, para que com esse nexo de causalidade entre o estado emotivo e a ilicitude, se possa verificar se o jovem teria (ou poderia ter) uma menor capacidade de culpa, ao nível da exigibilidade.

Segundo José Blegar, *“é um erro dizer que a agressão, por exemplo, é a causa de um gesto agressivo (...)”*.

A motivação é também uma relação que dá sentido à conduta, mas nem todo sentido ou significado é uma motivação, erro que se comete com muita frequência e ao qual há que atribuir a hipótese que supõe contidas no inconsciente as motivações da conduta”¹¹¹.

Como classificar a consistência dos comportamentos delinquentes dos jovens?

A coação, a impulsividade, a premeditação no cometimento de crimes, devem ser avaliadas considerando o que é expectável num determinado período de desenvolvimento. Ou seja, é preciso pensar qual foi a utilidade da decisão. Para isso, é necessário considerar as várias alternativas dependentes dos afetos vividos no tempo pelo jovem-adulto, porque à medida que se desenvolve o

¹⁰⁸ Sartre – **Esboço de uma Teoria das Emoções**. 5ª Edição. Lisboa: Editorial Presença, ps. 95 e 96.

¹⁰⁹ POIARES, Carlos Alberto - **Da justiça à psicologia: razões e trajectória. A intervenção juspisicológica**. In *Sub-Judice: justiça e sociedade*, N.22/23. Coimbra, Julho – Dezembro, 2001. ISSN: 0872-2137, p. 31.

¹¹⁰ PEREIRA, Armando Joaquim Alves – **Delinquência Juvenil (abordagem psicodinâmica)**. In *Revista de Infância e Juventude*, N.1, Janeiro - Março, 1994, p. 57.

¹¹¹ BLEGAR, José – **Psicologia da Conduta**. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, Lda, 1989, p. 90.

sistema de controlo cognitivo, vai aumentando o equilíbrio entre a cognição e os afetos, o que resulta cada vez mais em opções disponíveis para decidir.

Sendo a juventude um período marcado por uma grande preocupação com questões de identidade, encontrando-se os jovens num processo de auto-descoberta no sentido de encontrar um caminho que para eles seja verdadeiro, o que nem sempre é suave, porque se trata de um período (mais ou menos) final da construção da identidade própria que é, representa uma fase fundamental da reorganização da estrutura psíquica, logo, é consensual que a mudança, em termos de desenvolvimento, não siga uma lógica linear mas, apesar disso, a mudança de objeto na juventude é da maior importância.

E precisamente no momento em que o jovem escolhe e determina o seu comportamento, consoante os mecanismos de defesa do Eu que presidem à formação do compromisso¹¹², que se veem provavelmente confrontados com decisões onde se destaca a integração da razão e da emoção. Nestes conflitos, a imaturidade, a frustração, as respostas a provocações, o sentimento de injustiça, esta afinidade psicológica com estes sentimentos, contribui para a patologia do carácter.

O que não significa que todos os jovens em conflito com a lei, sejam jovens que padecem de patologias.

Simplemente se o jovem atua dominado por este estado emocional, a aferição deve ser avaliada em função de um padrão de um homem médio colocado nas condições do jovem agente, com as suas características, o seu grau de cultura e formação, sem perder de vista o jovem em concreto e, a partir da imagem do homem médio (diligente, fiel ao direito) tentar apurar-se se, colocado perante o facto desencadeador da emoção, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar em que o jovem se encontrava, se conseguiria ou não libertar-se da emoção que dele se apoderou, para se compreender se poderia assumir outro comportamento, se a emoção é ou não compreensível.

Só assim a culpa poderá ter-se por sensivelmente diminuída, por o jovem, devido ao seu estado emocional, colocado numa situação de exigibilidade diminuída, isto é, dominado por aquele estado, não lhe ser exigível que adotasse outro comportamento.

Pare-nos que a resposta terá de ser afirmativa, o jovem teria (poderia ter) menor capacidade de culpa.

Por outro lado, como não nos é possível prever o modo como escolhem cada momento que passa, como agem e decidem, procuramos tentar configurar as personalidades que correm mais o risco de serem violentas, para os outros ou para si próprios.

¹¹² MATOS, António Coimbra de - **Adolescência**, p. 177.

Por esta razão, João Teixeira¹¹³ considera que há que separar os dois conceitos: risco e perturbação. Em princípio, o risco de desenvolvimento de uma perturbação de personalidade de tipo antissocial operacionaliza-se em variáveis quantitativas. Trata-se de um contínuo, de traços bipolares da personalidade que são tão preditores das variações normais dos comportamentos pró-sociais (tais como a maturidade e capacidade de liderança) como são dos problemas de adaptação (tais como o insucesso escolar e comportamento antissocial).

O risco, porque construído socialmente com vista a lidar com os perigos e as incertezas da vida, é uma construção sem controlabilidade, desenvolvendo-se à margem da socialização.

Na opinião de Dias Cordeiro¹¹⁴ *“em comportamentos inesperados estamos em pleno no domínio da imponderabilidade, isto é, não se chega a colocar a questão de prever a perigosidade que cada um transporta em si”*.

Contudo, não será isso expectável dado o período de desenvolvimento em que se encontram na pressa com que vive o quotidiano, na avidez com que têm que enfrentar o seu próprio desenvolvimento repleto de incomensuráveis transformações?

Não significa que sejam violentos e agressivos. Contudo, são reativos, isto é, reagem conforme se encontrem em ambientes/contextos menos estruturados e, ocasionalmente, podem assumir atitudes e comportamentos menos adaptados do ponto de vista social e jurídico.

Ao assumirem outras formas mais coletivas, nomeadamente, com a existência do grupo de pares, o jovem delinquente, segundo José Brites, não faz mais do que responder às expectativas do seu grupo, que definem uma subcultura, para efeitos de sucesso e status social¹¹⁵.

Por isso, o comportamento mantém-se entre os pares que constroem e partilham, não somente representações sobre os traços de personalidade que definem os membros do seu grupo, mas também, conforme refere Jorge Vala¹¹⁶, representações de objetos ligados às atividades de locomoção dos grupos.

Daí que se confirme que a diversidade e forma reiterada dos delitos que cometem – voluntária ou involuntariamente – repercute o seu modo de existência: vandalismo, furtos e roubos, nas idades por volta dos 16 anos, agressões contra as pessoas, para além dos 17 anos.

¹¹³ TEIXEIRA, João Marques – **Op. Cit.**, ps. 34 e ss.

¹¹⁴ CORDEIRO, J.C. Dias – **Psiquiatria Forense. A pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito**. Serviços de Educação e Bolsas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 3.

¹¹⁵ BRITES, José – **O paradigma ecopsicossociológico na desordem**. In *Sub-Judice: justiça e sociedade*, N.22-23, Julho – Dezembro, 2001, p. 89.

¹¹⁶ VALA, Jorge – **Representações sociais e percepções intergrupais**. *Análise Social*, 4ª Série. Lisboa, V.32, N.1, Setembro, 1997, p. 10.

Segundo Negreiros “*A progressão de crimes considerados menos graves para crimes considerados mais graves, à medida que aumenta a idade do indivíduo, tem subjacente o pressuposto segundo o qual o desenvolvimento das actividades delinquentes poder ser organizado segundo o princípio da predictabilidade*”.¹¹⁷

A possibilidade de uma evolução no agir delituoso, na opinião do autor, serve para descrever um padrão criminal persistente que apresenta igualmente défices nas suas capacidades neuropsicologias (memória, resolução de problemas) para abarcar uma diversidade de expressões da anti socialidade.

Tal não significa que não compreendam o desvalor dos atos que praticam que não possam ser responsabilizados por esses atos (delinquentes), não só quando se apresentem a cometê-los, mas também aquando e na sequência dos que cometem; mas, ao nível jurídico nem sempre têm a noção do interdito, assumindo, apenas parcialmente, a prática dos factos e a sua responsabilidade, não reconhecendo a sua problemática criminal e desvalorizando a gravidade dos atos por si praticados.

O ideal não é a ausência de conflitos. O que importa é o destino dos conflitos e a possibilidade de resolvê-los.

2.3. A previsibilidade do resultado: reações sociais

As manifestações do dia-a-dia dão-nos exemplos de comportamentos juvenis violentos, como ameaças, coações, agressões, que a sociedade encara com uma enorme desconfiança e um profundo temor ao que é jovem e aparenta ser diferente.

Mas, um problema crucial levanta-se-nos: a comunidade conhece a Lei e os procedimentos legais relativos à justiça penal dos jovens?

É verdade que a comunidade ocupa um lugar de eleição na iconografia das ciências sociais, só que “*difere grandemente quanto às suas potencialidades humanas e vitais, quanto às suas capacidades de tolerância e de sensibilidade (ou de susceptibilidade!) face aos comportamentos ilegítimos dos jovens*”¹¹⁸.

¹¹⁷ NEGREIROS, Jorge – **Delinquências Juvenis: Trajectórias, Intervenções e Prevenção**. Lisboa: Editorial Notícias, 2001. ISBN: 972-46-1208-2, p. 98.

¹¹⁸ QUELOZ, Nicolas – Abordagem comunitária e delinquência dos jovens: a justiça de menores à procura da comunidade perdida? In *Revista de Infância e Juventude*, N.3, Lisboa, Jul.-Set. 1989. Comunicação apresentada nas VII Jornadas Internacionais de Criminologia Juvenil , Holanda, Maio, 1989, p. 57.

As aspirações da comunidade face à justiça penal variam de grupo para grupo.

Do mesmo modo, os alvos de intolerância dos cidadãos variam. Para uns é o marginal, o indivíduo violento que aumenta o sentimento de insegurança e atenta à propriedade privada. Para outros é o indivíduo de boa posição na hierarquia social que acaba escapando às malhas da Justiça que suscita intolerância acentuada.

Questionamos: se é a reação social a um facto que determina o seu carácter desviado ou criminoso, então como pode o comportamento criminoso ser uma realidade no sentido de um pré-dado ontológico?¹¹⁹

Se o desvio é, de facto, o outro lado da norma, e, como diz, Maurice Cusson¹²⁰, “*é essencialmente a transgressão de uma norma social*”, produto de um juízo feito sobre uma dada conduta ou sobre uma maneira de ser, então, não é possível encontrar uma sociedade que seja de tal modo forte, que todos os atores sociais ajam de acordo com ela.

A organização social não é homogénea, no sentido de que seja unívoca e disponha o jovem a um só tipo de conduta: a hostilidade dos jovens é socialmente (pres) sentida na sua forma de vestir, de se exprimir e de comunicar, ou simplesmente de estar entre si com outras pessoas.

Mas julgamos que é injusta e perigosa sobretudo quando se apresenta como diminuidora da importância do direito dos jovens.

O sentido de tolerância, associado ao sentido de responsabilidade, apresenta-se como fundamento e condição de vivência em relação com o outro, e constitui aspeto central para a concretização dos direitos dos jovens, numa sociedade que se diz democrática. Logo, faz sentido discutir se existirá livre arbítrio face a um determinado ato, quando ele depende de um número infinito de fatores, também eles de algum modo aleatórios!

Só com uma intervenção esclarecida e culta do cidadão é possível, pela natureza política do problema, chamar à atenção, que apesar de serem várias as causas ou circunstâncias que podem levar um jovem a adotar comportamentos impróprios, podendo assinalar-se a pertença a famílias desestruturadas, a adesão a bandos ou grupos de jovens com os quais têm algumas afinidades (desportiva, étnica, musical), caracterizados pelas suas atitudes transgressoras, a exclusão socioeconómica ou a pobreza, o absentismo e o insucesso escolar, o consumo de drogas e substâncias tóxicas, este conjunto de fatores explicam, somente em parte, este tipo de comportamentos.

Diariamente somos confrontados com notícias da ocorrência de crimes, que criam na sociedade opiniões sobre os comportamentos dissociais, o que faz com que “*à partida, não seja a*

¹¹⁹ BELEZA, Teresa Pizarro – **Op. Cit.**, p.58.

¹²⁰ CUSSON, Maurice – **Op. Cit.**, p. 15.

*gravidade do facto que se praticou que faz variar a probabilidade da punição mas a **visibilidade social** do seu autor*”, conforme refere Teresa Beleza¹²¹. Estas notícias são relatadas pelos mesmos meios de comunicação que violam os direitos dos jovens quando noticiam o nome do jovem agressor, quando publicam fotografias dos jovens que praticam delitos ou quando descrevem os factos de tal modo que se torna fácil a sua identificação.

A dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles as autoridades públicas, os meios de comunicação social, ou quaisquer outras pessoas.

Sobre a violação da reserva da intimidade privada, refere o Ac. do STJ, de 14-06-2005¹²²:

“1 – O direito à imagem e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas.

5 – O direito de liberdade de imprensa tem como limite intransponível, entre outros, a salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e à imagem dos cidadãos.

6 – De igual modo, também a invocação do direito de informar consagrado no artigo 37.º, n.º 1.º da Constituição não legitima a conduta do lesante senão houver qualquer conexão entre as imagens ou factos divulgados pertencentes ao foro privado do lesado e a atividade profissional por ele desempenhada que originou a sua notoriedade pública.”

E, o que pretendemos de facto é contribuir para a tomada de consciência de que somos nós, os cidadãos, que construímos a *norma* e consequentemente o *desvio*, segundo Teresa Sá¹²³.

¹²¹ BELEZA, Teresa Pizarro – **Op. Cit.**, p. 66.

¹²² Ac. STJ de 14-06-2005 (Relator Nuno Cameira), Consultável em www.dgsi.pt/jstj.

¹²³ SÁ, Teresa – O desvio e a Norma: a Perspetiva Sociológica. In **Marginalidade, Risco e Delinquência**. Coord. Álvaro Laborinho Lúcio. U.A.L./Caldas da Rainha: Livraria Nova Galáxia, 2001. ISBN 972-98204-2-2, p. 38.

3.

GARANTIAS PROCESSUAIS

3.1. Introdução

Ao jovem indivíduo, a Ordem Jurídica reconhece, e protege *erga omnes*, uma considerável esfera de autonomia¹²⁴.

E esta autonomia exprime-se pelo respeito pela vontade manifestada por uma pessoa sobre a sua própria esfera física, psicológica e social¹²⁵.

A nossa Constituição, concentra no artigo 32.º, uma série de preceitos que ela própria identifica como garantias em processo criminal. Garantias que visam exatamente acionar a possibilidade de defesa de uma pessoa.

Tal significa que o nosso processo penal vê o indivíduo como alguém a quem se deve dar a possibilidade de reagir contra o Estado e de reagir fornecendo-lhe todos os meios para que ele possa afastar uma punição que sobre ele recai e que o possa fazer em igualdade de armas com os outros sujeitos processuais.

Às garantias constitucionais consagradas para todo aquele que seja submetido ao processo criminal, acrescem normas específicas, designadamente dirigidas ao jovem infrator.

Aliás, convém recordar a preocupação manifestada pelo Comité dos Direitos da Criança por os menores entre 16 e 18 anos estarem sujeitos às penas comuns, podendo «*não receber todo o benefício e protecção relevantes, no contexto dos processos de justiça de menores em razão da prática de factos tipificados como crime*», e por isso recomenda que se «*assegure em particular que as crianças de 16 ou mais anos beneficiem de toda a protecção dos seus direitos, no contexto dos procedimentos da justiça de menores*»¹²⁶.

¹²⁴ O artigo 18.º da CRP, estabelece: “a eficácia imediata das normas relativas aos direitos fundamentais”, ou seja, a defesa constitucional dos direitos fundamentais. O artigo 25.º da Lei Fundamental consagra, designadamente, o direito à integridade física e moral. O artigo 70.º do CC, protege os cidadãos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

¹²⁵ PINTO, Paulo Mota – **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal – Brasil Ano 2000 (Tema Direito). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 165.

¹²⁶ DUARTE-FONSECA, António Carlos – Apud. «**Observações finais do Comité dos Direitos da Criança ao segundo relatório de Portugal sobre a aplicação da Convenção dos Direitos da Criança**» - 2001, In *Revista Infância e Juventude*, n.º 1, 2002.

Assim como convém relembrar o Parecer do Comité Económico e Social Europeu, de 15 de Março de trabalho: “*As medidas ou reacções judiciais e de repressão devem, de qualquer forma, basear-se nos princípios da legalidade, presunção de inocência, direito a defesa, julgamento com todas as garantias, respeito pela vida privada, proporcionalidade e flexibilidade. O superior interesse do menor deverá estar sempre subjacente à evolução do processo e à sentença e sua execução posterior*”¹²⁷.

A questão que levantamos neste capítulo é a seguinte:

Como pode o jovem garantir a efetivação dos seus direitos e garantias, a carecer, entre nós, na prática, de um grande esforço legal?

3.2. Direito a ser informado

A constituição de arguido, implica um conjunto concreto de direitos e deveres processuais, consubstanciado como um “*direito de defesa*”, que se encontram estabelecidos no art.º 61.º do CPP¹²⁸.

Nos termos do artigo 61.º do CPP, devem ser comunicados ao jovem, que seja constituído arguido:

- os factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre, as circunstâncias de tempo, lugar e modo, e só na impossibilidade ou em circunstâncias excepcionais deve ser aplicada a restrição da liberdade do arguido, sem que antes lhe tenha sido dada a hipótese ao arguido de se defender, contestando ou enfraquecendo a prova dos pressupostos que a podem legitimar¹²⁹;
- os elementos do processo que indiciam os factos imputados, entre outros.

Quer isto dizer que o direito de saber porque se foi constituído arguido é indubitavelmente um dos direitos primordiais do indivíduo, ao mesmo tempo, que condição *sine qua non* de uma verdadeira igualdade de armas: para se poder defender, para se poder prevalecer das garantias de um processo equitativo.

¹²⁷ FURTADO, Leonor – **A responsabilização do jovem infractor e o seu tratamento processual**. In *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 428.

¹²⁸ SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, **Código de Processo Penal Anotado**, Volume I, Editora Rei dos Livros, 1999, p. 106.

¹²⁹ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal II**. 1ª Edição. Lisboa: Editorial Verbo, 1993, p. 244.

Consagrado no artigo 61.º do n.º 1 da alínea c) do CPP, este direito consiste na concretização da exigência de processo equitativo e de garantias de todos os meios de defesa.

O direito constitucional de conhecer as razões que motivaram a sua detenção¹³⁰, tem por finalidade permitir ao jovem em causa tomar medidas imediatas tendo em vista a sua libertação se se considerar que os motivos apresentados não são válidos ou carecem de fundamento. Por isso, a informação deve ser suficientemente detalhada quanto aos factos e às normas, para que se conclua que foi efetuada de acordo com a lei.

Para que seja considerada eficaz, tem que ser efetuada em língua que o jovem a compreenda. Caso contrário, deverá ser imediatamente colocado à sua disposição um intérprete, para que seja informado dos seus direitos e das acusações de que é objeto.

Numa síntese, o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 416/03, conclui que *“na comunicação dos factos, não se pode partir da presunção da culpabilidade do arguido, mas antes da presunção da sua inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Assim, o critério orientador nesta matéria deve ser o seguinte: a comunicação dos factos deve ser feita com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, por forma a que lhe seja dada “oportunidade de defesa” (artigo 28.º, n. 1.º, da CRP)”*¹³¹.

Só assim, o arguido pode exercer o direito de defesa que a lei e a Constituição lhe reconhecem, pois perante uma mera descrição vaga dos factos, o arguido não disporá de condições para, num primeiro momento, exercer o contraditório e, num segundo momento, caso seja aplicada a medida de coação, impugnar a decisão judicial respetiva.

Neste sentido, apontam, igualmente, os instrumentos internacionais específicos relativos às crianças e jovens, nomeadamente, a CDC, ao referir que tratando-se de situação de criança suspeita, acusada ou que reconheceu ter infringido a lei penal, tem o direito a que a sua causa seja *“examinada sem demora por uma autoridade competente, independente e imparcial, ou por um tribunal, de forma equitativa, na presença do seu defensor ou outrem assegurando assistência adequada, a menos que tal se mostre contrário ao superior interesse da criança, na presença dos seus pais ou dos seus representantes legais”*¹³²; no âmbito da administração de justiça juvenil, o conjunto de garantias processuais que se aplicam a um jovem infrator¹³³.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Comentário de Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 2ª Edição. Lisboa, UCP, 2008, p. 663 a 666.

¹³¹ No mesmo sentido veja-se o Ac. do TC n.º 121/97 e o Ac. do TC n.º 607/03.

¹³² Artigo 40.º, n.2, b) iii da Convenção.

¹³³ Artigo 19.º e 40.º da Convenção.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, ao enumerar como direitos processuais, o direito a ser informada e a exprimir a sua opinião no âmbito do processo¹³⁴; possuidora de suficiente capacidade de discernimento, a criança, deve receber toda a informação pertinente, exprimir a sua opinião, para que seja tida em consideração nas decisões, a menos que tal se mostre manifestamente contrário ao interesse superior da criança¹³⁵.

A diretiva 2012/13/UE, ao estabelecer que o menor¹³⁶ deve ser prontamente informado dos seus direitos.

As Regras de Beijing, ao expor garantias para a administração da justiça de jovens de uma forma eficaz, justa e humana, com respeito pelas garantias fundamentais do processo¹³⁷.

As Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal, ao alertar para o respeito pela dignidade humana, sobretudo, quando em contacto com a área da justiça de jovens¹³⁸.

Assim, como outros textos internacionais: a CEDH, quando estatui no n.º 2 e o n.º 5 do artigo 5.º, de que qualquer pessoa presa deve ser informada, em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação apresentada contra ela, e que qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

O PIDCP, quando refere no n.º 2 do artigo 9.º, todo o indivíduo preso será informado, no momento da sua detenção, das razões dessa detenção e receberá notificação imediata de todas as acusações apresentadas contra ele.

¹³⁴ Artigo 3.º da Convenção.

¹³⁵ Artigo 6.º da Convenção.

¹³⁶ Artigo 3.º da Diretiva citada. Entende-se por menor qualquer pessoa com menos de 18 anos.

No mesmo sentido, veja-se o artigo 1.º da CDC, que refere todo o menor de 18 anos, exceto se, atingir a maioridade mais cedo, nos termos da lei que lhe for aplicável. O artigo 1.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, que não tenha atingido os 18 anos de idade.

¹³⁷ Regras 6.1 a 6.3, 7.1, 14 e ss. das Regras de Beijing.

¹³⁸ Ponto 10 das Diretrizes para a Ação.

3.3. Direito de acesso a um advogado

O direito à assistência de um advogado está relacionado com o direito a um processo equitativo de que goza toda a pessoa acusada da prática de um crime. Da interpretação deste direito, e para que ele possa considerar-se efetivo, resulta que o arguido em qualquer ato processual, pode exigir a presença de um advogado e exigir que esse advogado esteja presente e o aconselhe em todos e quaisquer atos processuais.

Esta faculdade que a lei constitucional confere, possibilita, ainda, que em determinadas fases do processo penal, nomeadamente nas fases em que de uma forma mais perigosa, podem ser postos em causa determinados direitos fundamentais que não tenha constituído mandatário, obrigatoriamente, seja nomeado um defensor ao arguido.

Esta exigência revela-se necessária para o exercício do direito de defesa.

Sobretudo para aquelas situações a que alude o artigo 64.º, n.º 1, alínea a) CPP, que trata da obrigatoriedade de assistência do defensor nos interrogatórios de arguido detido ou preso. Nestas condições poderá já haver um acompanhamento pelo advogado, nos termos dos artigos 61.º, n.º 1, alínea e) CPP, e do artigo 32.º, n.º 3, da CRP. Isto porque é sabido que, pelas mais variadas razões, esse direito não é frequentemente exercido, sendo certo que uma assistência por defensor em inquirições prévias ao interrogatório judicial para aplicação de medida de coação, contribuirá de forma muito efetiva para a realização da defesa. Não só no interrogatório judicial o defensor tomará conhecimento dos fatos (artigos 61.º, n.º 1, alínea c) e artigo 141.º, n.º 4, alínea c) ambos do CPP), o que permite começar logo a aperceber os contornos e as implicações dos fatos indiciados e a organizar a defesa.

Em virtude da sua juventude, todas as medidas tomadas a respeito dos menores e jovens devem ter presente o propósito da reinserção.

Tratam-se de normas objeto de tratamento especial nos instrumentos internacionais de direitos humanos relativos às crianças e jovens, nomeadamente, na CDC, o artigo 40.º, n.º 1, estatui que os Estados Partes reconhecem à criança, suspeita, acusada ou que reconhecem ter infringido a lei penal o direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais de terceiros e que tenham em conta a sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo na sociedade; o n.º 3 do artigo citado vai um pouco mais longe quando solicita aos Estados Partes para promoverem o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, arguidas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal.

O direito a requerer representante¹³⁹, consta como um dos direitos processuais possíveis, estabelecidos na Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

Na diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, figura como garantia processual dos menores, o direito de acesso a um advogado.

As Regras de Beijing, na regra 10.1, determina que sempre que um menor é detido, os pais ou o tutor devem ser imediatamente notificados ou, se isso não for possível, deverão vê-lo no mais curto prazo de tempo. Preceitua a regra 10.2 que, o juiz ou qualquer funcionário ou organismo competente de considerar imediatamente a possibilidade de libertar o menor.

Nas Regras para a Proteção dos Menores, a Regra 18, estatui as condições em que um menor não julgado se encontra detido devem ter direito ao serviço de um advogado e a requerer assistência judiciária gratuita, podendo comunicar regularmente com os seus conselheiros legais, sempre que se julgue necessária e apropriadas em razão da presunção da inocência, da duração da detenção e do estatuto legal e circunstâncias do menor.

Nas Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal, devem ser tidos em consideração os quatro princípios subjacentes à CDC e ao respeito pela dignidade humana. Deve, igualmente, ser reconhecida a importância de uma abordagem coerente na área da justiça de jovens, dentro do respeito pela interdependência e indivisibilidade de todos os direitos da criança¹⁴⁰.

O Comité dos Direitos do Homem expressa as suas preocupações relativamente a um Estado onde não exista uma idade mínima para a prisão preventiva e onde menores entre os 12 e os 18 anos possam ser colocados em prisão pelo tribunal de menores.

Na Constituição, encontra-se consagrado no artigo 32.º do n.º 3, e no CPP no artigo 61.º do n.º 1 e 2 das alíneas e) e f), o direito a constituir advogado em todos os atos processuais em que participa, mesmo se se concluir pela sua insuficiência económica, ser-lhe-á nomeado um.

3.4. Direito a estar presente em julgamento

Regulado pelo artigo 61.º do n.º 1 da alínea a) do CPP, relacionado com o artigo 32.º n.º 5 da CRP, o arguido pode estar presente em todos os atos processuais que diretamente lhe digam respeito, o que possibilita tomar conhecimento de todas as provas contra ele existentes.

¹³⁹ Artigo 4.º da Convenção.

¹⁴⁰ Ponto 10 das Diretrizes para a Ação.

A comparência pessoal do arguido em juízo está expressamente estabelecida no artigo 332.º do n.º 1 do CPP.

Importa é saber se essa comparência é apenas um dever que impende sobre o arguido e como tal lhe é imposta, inclusive por meios coativos, a que alude o artigo 116.º, n.º 2 CPP, ou se não reveste também as características dum direito, baseado nas conveniências da defesa, e na natureza do processo penal.

O processo penal ao impor a presença do arguido tem em vista garantir não apenas ao tribunal a comparência dum objeto de investigação ou prova, mas tornar dependente da presença pessoal do arguido em juízo, o próprio desenvolvimento do processo.

O processo não pode chegar ao seu termo sem que o arguido tenha a oportunidade de se defender pessoalmente.

A importância do contraditório por parte do arguido quando se trate de aplicar, revogar ou substituir medida de coação, nos termos dos artigos 194.º, n.º 3 e artigo 212.º, n.º 2 CPP, é elevado até ao limite do possível.

Pelo que, o juiz, antes de adotar qualquer medida contra o arguido, deve “*construir autonomamente as bases da sua decisão*”¹⁴¹ Ouvindo-o¹⁴², não podendo o seu silêncio, em caso algum, ser tido como indiciário de culpa ou determinante de pena.

Aliás, o direito ao silêncio, regulado pela alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º CPP, refere que o arguido goza, em qualquer fase do processo, do direito de “*não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”.

O comportamento processual do arguido que se traduza no silêncio (sem que em nada o prejudique) não responsabiliza criminalmente este sujeito processual, significando que o tribunal não o pode valorar, nem no sentido de ele valer como indício ou presunção da responsabilidade criminal, nem como factor de determinação concreta da pena (alínea e) do n.º 2 do artigo 72.º do CP)¹⁴³.

É inadmissível fazer crer ao jovem arguido que o silêncio pode ser valorado como implícita confissão de culpa; que está a ser interrogado enquanto testemunha, sendo na verdade, arguido¹⁴⁴.

¹⁴¹ Princípio da obtenção da verdade material.

¹⁴² Princípio da oralidade, que permite a formação da decisão com base na discussão oral.

¹⁴³ FIGUEIREDO DIAS – **Direito Penal 2**. 1988, p. 329.

¹⁴⁴ SOUSA, Susana Aires de – **Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões**. In *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 1221.

Notemos, aliás, que esta valorização da presença em julgamento, encontra-se patente nas normas internacionais para a proteção de pessoas acusadas da prática de crimes e/ou privadas da liberdade pelas autoridades do seu país. Pelo que, três dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, a DUDH, o PIDCP e a CDF, garantem que todos têm direito a um processo equitativo e à presunção de inocência perante qualquer acusação da prática de uma infração penal de que sejam objeto.

Tratando-se de disposições fundamentais de proteção dos direitos, algumas de caráter geral, promovem a dignidade de todos os seres humanos.

No que aos menores e jovens acusados da prática de crimes diz respeito, estes, beneficiam de proteção específica: são-lhe garantidos os direitos a um processo equitativo, à presunção da inocência e ao recurso das decisões condenatórias. Têm ainda direito a uma proteção igual perante a lei e não devem ser sujeitos a detenções ou prisões arbitrárias, considerando a prisão privativa, como sendo o último recurso. Estas garantias foram aprovadas e constituem direito internacional através da CDC¹⁴⁵, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças¹⁴⁶, da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal¹⁴⁷, das Regras de Beijing¹⁴⁸, dos Princípios Orientadores de Riade, das Regras de Tóquio¹⁴⁹, das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade¹⁵⁰ e das Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal¹⁵¹.

A ampla proteção de que beneficiam estes menores e jovens, excetuando os três primeiros instrumentos internacionais, são resoluções da Assembleia Geral ou dos seus órgãos subsidiários, que não dispõem de força obrigatória para os seus Estados Membros, mas que podem ser úteis para interpretar normas de direitos humanos mais amplas e para assegurar a aplicação das garantias de direitos humanos específicos desta faixa etária nas legislações nacionais.

¹⁴⁵ Veja-se artigo 12.º da CDC.

¹⁴⁶ Veja-se artigos 3.º, artigo 7.º e artigo 8.º da Convenção.

¹⁴⁷ Garantias processuais constantes na diretiva.

¹⁴⁸ Regras 6.1 a 6.3, 7.1 e 14 das citadas regras.

¹⁴⁹ Artigo 1.º das regras.

¹⁵⁰ Artigos 3.º e artigo 11.º, alíneas a) e b) das regras.

¹⁵¹ Ponto 10 das diretrizes.

3.5. Direito a uma avaliação individual

Com a avaliação individual pretende-se assegurar a adequação processual às características pessoais do jovem, à sua maturidade e ao contexto económico e social em que se insere e identificar as suas necessidades específicas em termos de proteção, educação, formação e reintegração na sociedade, assim como determinar se e em que medidas são requeridas medidas especiais durante o processo penal.

Com efeito, parece-nos que o que se pretende é salvaguardar o jovem no caso em que a investigação do processo criminal possa contender com direitos, liberdades e garantias, nomeadamente, a aplicação de medidas processuais que restrinjam a liberdade dos jovens.

Daí ser relevante o conteúdo e a eficácia da avaliação, dado que vai permitir o esclarecimento dos factos ou perguntas úteis para a boa decisão da causa, a recolha de elementos, a elaboração de informações, a produção de prova suplementar se se revelar necessária, ouvindo, se possível, quaisquer pessoas que possam depor com relevo sobre a personalidade e as condições de vida do arguido, o seu meio social, familiar e profissional, a sua situação económica, a conduta anterior aos factos especialmente no que possa esclarecer sobre o carácter ocasional, pontual, provavelmente irrepetível do ato ou, pelo contrário, permitindo concluir se o ato típico é congruente com uma carreira delinquente.

Esta avaliação que auxilia o tribunal na escolha e determinação das penas, são fatos extra-típicos, não reportados ao facto, isto é, factos relativos ao jovem, que podem assumir particular relevância do ponto de vista da prevenção geral positiva e da reinserção do arguido, ao mesmo tempo que supõe um correto diálogo entre o tribunal e os peritos.

Para Mezger, o critério determinante da imputabilidade, deve associar elementos *descritivos* a elementos *normativos ou valoradores*¹⁵². Este autor que defendeu o chamado “*método biológico-psicológico*” ou “*método-misto*”¹⁵³, enuncia, em primeiro lugar, os fundamentos biológicos da imputabilidade (perturbações da consciência), acrescentando-lhe características psicológicas decisivas para a definição dos limiares da consciência e da ação. Neste exercício, reconhece que deveria ser dada ao tribunal a função de ponderar as circunstâncias segundo as quais seria de exigir ao agente uma reação eficaz contra impulsos criminais¹⁵⁴.

¹⁵² MEZGER, Edmund – **Direito Criminal I**. Coimbra: Almedina, 1971, p. 337.

¹⁵³ Conferência proferida em Madrid, sob o título “**Aspectos modernos da imputabilidade**”, inserida no *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo IX, fascículo III, 1956, ps. 437.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 442.

Nesta linha de pensamento, parecem situar-se Germano Marques da Silva e outros autores quando referem que a qualificação que cabe à perícia deve ser a de meio de prova pessoal, sendo o seu objeto “*a percepção dos factos ou a sua valoração*”¹⁵⁵, uma vez que o perito pode descobrir outros meios de prova, próprios dos métodos científicos que dispõem.

3.6. Direito a ser examinado por um médico

Para Foucault, filósofo, o infrator é definido como aquele que infringiu as normas jurídicas estabelecidas, enquanto o delinquente é submetido ao sistema judiciário, que o nomeia, estigmatiza e o controla. Segundo o autor, o delinquente distingue-se do infrator pelo facto de não ser somente o autor do ato (autor responsável em função de critérios da vontade livre e consciente), mas também de estar preso ao seu delito “*por um feixe de fios complexos (instintos, pulsões, tendências, temperamento)*”¹⁵⁶.

A faculdade que é assegurada ao jovem de poder ser examinado por um médico para avaliar a sua condição física e psicológica, a fim de determinar se padece de problemas de saúde, de determinar a sua maturidade, o seu discernimento, a sua inteligência, **antes de responder a um interrogatório ou a outros atos de investigação ou de recolha de provas ou a quaisquer outras medidas adotadas ou previstas, constitui realmente, uma novidade!** (negrito nosso).

O que observamos é que, por um lado, na prática, estes jovens recebem somente esta avaliação quando se encontram privados de liberdade, só nesse momento é que as instituições responsáveis vão procurar conhecer esse jovem para assim construir uma avaliação que possa auxiliar o juiz nas suas decisões e, por outro lado, constitui uma violação das normas de direitos humanos específicas para estas idades, cujo objetivo neste domínio é o de assegurar um tratamento mais orientado para a assistência dos jovens, em conformidade com as disposições da CDC, tendo em vista reeducá-los e impedir que reincidam.

Para quem partilha da opinião (como nós!) que o problema da criminalidade juvenil impõe um reequilíbrio entre as tensões clínicas e judiciais, a ajuda direta de outras ciências auxiliares, possibilita o entendimento ao jurista de resultados e métodos cujo valor desconhece ou cujo significado não consegue apreciar criticamente e que pode comprometer o êxito do processo.

¹⁵⁵ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. 3ª Edição, Volume II, Verbo, 2001, ps. 197 e 198.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michael. – **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Editora Vozes, Petrópolis, 1999, p. 211.

Uma vez que a tendência do jurista é de interpretar de acordo com princípios lógico-dedutivos, a partir de critérios gerais de valorações anteriores.

Se quer encontrar a solução justa de um caso ou grupo de casos, o pensamento sistemático tem que ser orientado em função do problema, o que significa, que o sistema tem que ser aberto, que admitir a sua revisão, quando as valorações justas do caso concreto não possam ser resolvidas dentro do sistema e só possam ser compreendidas se forem utilizados critérios que aprofundem e autonomizem a observação e o exame científico, evitando a sua funcionalização cuja apreciação caberá em definitivo ao tribunal.

3.7. Medidas alternativas

São vários os Instrumentos Internacionais que apelam à alternatividade da pena privativa de liberdade.

Medidas alternativas, como:

- a) a obrigação do jovem residir num determinado local;
- b) a restrição de contactar determinadas pessoas;
- c) a obrigação de informar as autoridades competentes;
- d) a sujeição a tratamentos médicos ou curas de desintoxicação;
- e) a participação em medidas de reeducação.

No caso português, e após a análise ao segundo relatório, datado de 2001¹⁵⁷, o Comité mostrou-se preocupado pelo facto de se recorrer com demasiada frequência à institucionalização de crianças e jovens, bem como pelo facto da revisão periódica da institucionalização ser inadequada. Recomendou que Portugal “*passasse a realizar de forma periódica e regular a revisão da institucionalização de crianças, tendo em consideração os pontos de vista e o interesse superior da criança*”¹⁵⁸.

O que nos permite retirar a seguinte conclusão:

- a) a prisão só deve ser empregue em casos extremos;
- b) se tiverem que ser detidos, que o sejam limitado ao estritamente necessário;

¹⁵⁷ Disponível em www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/portugal-relatorios.html#f.

¹⁵⁸ Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Portugal. 06/11/2001. CRC/C/15/Add.162. (Concluding Observations / Comments), & 33.

-c) que o seu tratamento envolva profissionais especializados de proteção social ou da justiça penal;

- d) que se tomem providências quanto à idade e personalidade¹⁵⁹.

As condições materiais de detenção, acresce a angústia a que estão sujeitas os jovens detidos por não conhecerem o destino que lhes está reservado. Eles têm de se adaptar a um ambiente novo e por vezes perigoso, preocupar-se com a sua situação jurídica e fazer face a condições sobre as quais tem nenhum ou pouco controlo.

Para além de, como bem refere Rui Pereira: “*o estatuto de arguido envolve, em regra, um efeito estigmatizante que não pode ser ignorado*”¹⁶⁰.

3.8. Direito à proteção da vida privada

Há que ter presente que o interesse público, preconiza a transparência do processo, por um lado, e/ou interesse do público, que se circunscreve com a curiosidade do público, com a pressão mediática e o interesse comercial que decorrem da satisfação dessa curiosidade¹⁶¹.

Tendo os *media* o direito de difundir notícias e emitir opiniões críticas ou não, importa que o façam com respeito pela verdade e pelos direitos dos jovens.

A liberdade de expressão, consagrada no artigo 10.º, parágrafo 1.º, da CEDH, compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de comunicar informações ou ideias, e a liberdade de opinião, consagrada no artigo 19.º da DUDH, encontra-se intimamente ligada à liberdade de informação, no sentido em que a formulação de uma opinião deve fundar-se em factos e informações que se podem receber, investigar, trocar e transmitir, qualquer que seja o juízo de valor que sobre esta realidade se faça. No entanto, a verdade é que eles radicam em suspeitas inerentes à complexidade da vida moderna, apesar, do direito dos jornalistas ao acesso às fontes de informação, ser um direito constitucionalmente consagrado¹⁶².

¹⁵⁹ Conforme estatui as Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Jovens Privados de Liberdade.

¹⁶⁰ PEREIRA, Rui – **O domínio do Inquérito pelo Ministério Público**. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, p. 125.

¹⁶¹ PATTO, Pedro Vaz – **O Regime do Segredo de Justiça no Código de Processo Penal Revisto**, In *Revista do C.E.J.*, n.º 9 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, 2008, p. 48.

¹⁶² Alínea b) do n.º 2 do artigo 38.º da CRP.

Por isso, sabendo que o direito à honra, que compreende noções como a da autoestima e consideração, tutelados no artigo 70.º do CC, que abrange, o bom nome e a reputação, valores imprescritíveis, e que impõe um dever geral de respeito e de abstenção de ofensas, sob a cominação das sanções previstas no n.º 2 do artigo 70.º e 483.º do CC¹⁶³, entrando em colisão de direitos¹⁶⁴, em relação a factos desonrosos, poderão prejudicar a consideração e o respeito que o jovem goza no meio social em que se insere ou mesmo na coletividade em geral.

Logo, torna-se exigível que a imprensa, no exercício da sua função pública, assegure no pleno respeito do direito fundamental à dignidade, honra e privacidade, que não publique informações que saiba inexatas, quando não consiga comprovar ou informar-se convenientemente.

A esta situação se refere o artigo 6.º da CDH, quando determina que o julgamento deve ser público mas, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada o exigirem, pode o acesso à sala de audiências ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, por se entender a publicidade prejudicial aos interesses da justiça.

Porque a simples suspeita leviana levantada pela sociedade, apesar de a suspeita não envolver um juízo de valor, determina a censurabilidade daquele ato e daquele jovem.

A este respeito, deixemos uma afirmação de Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶⁵, segundo o qual, as pessoas vivem num ambiente povoado de valores éticos da maior importância, que integram a sua personalidade e que merecem tutela jurídica, designadamente civil. (...) “São valores da maior dignidade cuja defesa não pode ser encarada com ligeireza”.

3.9. Como garantir a efetivação das garantias?

Como refere Jorge Miranda, a melhor forma de defesa desses direitos consiste em conhecê-los. Só quem os conhece é que “os pode efetivar quando eles são violados¹⁶⁶”.

Esta defesa passa pela consciencialização do poder público para o respetivo cumprimento, através de instrumentos que assegurem esses direitos.

¹⁶³ GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial**. Lisboa: *Quid Juris?* – Sociedade Editora, Lda, 2010. ISBN: 978-972-724-506-2, p. 51.

¹⁶⁴ Artigo 335.º do Código Civil.

¹⁶⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**, Almedina, 2006, p. 72.

¹⁶⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, p. 317.

Sendo certo que os Estados estão obrigados a transpor em tempo devido questões relativas à interpretação ou à validade de uma disposição da União, em conformidade com as regras processuais nacionais, o princípio da autonomia no regime jurídico da responsabilidade determina que “*é no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado*”. Cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as modalidades processuais de ações destinadas a assegurar a plena proteção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo Direito Comunitário¹⁶⁷.

De tal forma, que havendo uma omissão legislativa, é o Estado responsável pelos prejuízos causados a particulares, sendo que a obrigação de um Estado-Membro, obrigação coerciva, é adotar todas as medidas necessárias para alcançar o resultado imposto por normas internacionais.

Mais ainda: havendo confronto entre normas internas e normas internacionais, a responsabilidade remete para um comportamento lesivo de valores socialmente relevantes, dignos de proteção, e para as consequências reprováveis resultantes de tal comportamento.

Com efeito, o respeito pelo direito dos jovens deve poder ser objeto de um controlo adequado.

A existência, no espaço europeu, de instrumentos de colaboração entre a ordem jurisdicional interna e as instâncias jurisdicionais internacionais, reservando ao Tribunal das Comunidades o papel de intérprete, desenvolve-se em áreas de competência material específica, com regras processuais próprias.

A grande questão a considerar é de saber quais são as vias que o jovem lesado disporá para ser ressarcido de eventuais prejuízos que sofra por incumprimento do Direito Internacional imputável à função legislativa.

Na ordem jurídica nacional, com o recurso aos tribunais nacionais. Sobretudo o juiz nacional que julga em última instância, tem a responsabilidade de apreciar a conformidade do Direito da União e de assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares.

Na ordem jurídica internacional, com a apresentação de uma queixa à Comissão ou recorrendo ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

Todavia, a queixa à Comissão não garante, por si só, a instauração, de um processo por incumprimento quanto ao Estado infrator porque o TJUE só têm competência para pronunciar-se quando exista conexão entre os Estados-Membros vinculados e que aplicam o Direito da União.

¹⁶⁷ Ver Acórdão Francovich, considerando 42.

Pelo que, o recurso ao TEDH, alegando violação do direito à tutela jurisdicional efetiva, é outra admissibilidade a ponderar. Apesar dos Acórdãos do TEDH não possuírem força executiva direta, obrigam os Estados a dar-lhe execução¹⁶⁸.

¹⁶⁸ BARRA, Tiago Viana – **A Responsabilidade dos Poderes Públicos**. P. 1171 apud DUARTE, Maria Luísa – **O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem**. In *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n. 39-40, Lisboa, 1989, p. 191 a 242.

4.

A APLICAÇÃO DO DIREITO

4.1. Introdução

A imputabilidade consiste na capacidade de autodeterminação e de proceder a uma correta avaliação ético-jurídica dos atos por si praticados, é o mesmo que capacidade de culpa, pelo que, deve ser responsabilizado criminalmente.

É falarmos da censurabilidade do comportamento humano por ter atuado contra o dever quando deveria ter agido em conformidade com ele.

A culpa surge como o ter que responder pela atitude pessoal¹⁶⁹, pelas qualidades pessoais e, correspondente atitude, manifestada no facto quando essas qualidades são juridicamente desaprovadas e, censuráveis.

Compreende-se, deste modo, que a comprovação da culpa jurídico-penal supõe a compreensão do jovem ou da sua personalidade.

Estando em causa as qualidades especiais do seu carácter, por elas o jovem tem de responder.

Conceitos de disposição, como o dolo, o ânimo de lucro, que refletem uma disposição subjetiva ou tendência anímica do sujeito, devem ser analisados como um todo, que em conjunto com os motivos do jovem, representam o fio lógico que coordena as restantes vertentes da sua responsabilidade, o que pressupõe que, se o jovem é capaz de se motivar de acordo com a norma tem a capacidade de compreender a antijuridicidade, neste sentido o jovem é responsável e, em regra, desencadeia a punibilidade.

Ao invés, a falta de consciência da ilicitude no momento da prática do facto, pode afastar a imputação subjetiva dos factos tipicamente ilícitos. Se o jovem se revelar incapaz de entender a ilicitude, se no momento da sua atuação não está em condições de corresponder às exigências de cuidado, não poderá ser censurado pela sua conduta.

A conduta não será exigível quando a sua adoção não for de esperar duma pessoa na situação do agente.

É aqui que intervêm a noção de (in) exigibilidade. Isto não significa causa geral de desculpação e *“não pode configurar-se como uma causa geral de exclusão da culpa, mas têm de precipitar-se nas cláusulas específicas de desculpa reconhecidas pela lei”*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Como obra da sua personalidade.

¹⁷⁰ DIAS, Figueiredo - **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 379.

Dir-se-á que nestes casos não sendo possível exigir outra conduta ao jovem ou não podendo ser razoavelmente exigido conduta diversa, por estarmos na presença de uma causa de exclusão de culpabilidade, entendida esta como um juízo de reprovação, que aqui intervém a noção de não exigibilidade do comportamento.

Quem se defende por medo, susto ou perturbação beneficia de uma situação de desculpa, apesar de a sua situação ser ilícita, ainda que se possa concluir por uma ilicitude diminuída.

A conduta conforme ao direito é claramente dificultada – e é desculpado porque a culpa que aí possamos detetar fica para além dos limites da dignidade penal dos bens jurídicos envolvidos, carecendo a situação de tutela penal.

O que se exige é no momento da sua atuação, que o jovem seja incapaz de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

Todos os elementos factuais, subjetivos e objetivos, são objeto da prova no processo penal e todos constituem pressupostos da responsabilidade criminal.

A falta de qualquer um deles pressupõe que não se verifica o crime acusado, que não estão reunidos os requisitos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais (artigo 1.º, n.º1, alínea a) CPP).

Pelo exposto, começaremos por observar como os nossos tribunais têm julgado, quais são os factos que são valorados e que constituem o substrato das decisões julgadas e, na prática, se a posição tomada pelos juízes nacionais, reflete a aplicação do Direito Internacional.

4.2. Como os nossos tribunais têm julgado

O Ac. do STJ de 11-06-2003¹⁷¹

Vejamos a seguinte situação, objeto de apreciação no STJ, em acórdão proferido em 11-06-2003.

Recorreu o arguido AA, do despacho proferido pelo tribunal coletivo, requerendo insuficiência da matéria de fato provada, solicitando o reenvio do processo para novo julgamento, relativamente apenas à questão de aplicação do regime penal especial para jovens.

¹⁷¹ Ac. do STJ de 11-06-2003, Proc.º n.º 03P1657 (Relator Henriques Gaspar). Consultável em www.dgsi.pt/jstj.

É do despacho proferido pelo tribunal coletivo que, na ponderação de todos os elementos, condena o requerente na pena de 2 anos prisão pela prática, em co-autoria material, de um crime de roubo p. e p. pelo artigo 210.º, n.º 1 CP.

O acórdão recorrido pronunciou-se sobre a aplicação do regime penal previsto para os menores de 21 anos, decidindo que este regime não podia ser aplicado no caso, porque *“a prognose que haja de fazer-se sobre a ressocialização merece reserva que não permite fazer apelo ao instituto em análise”*.

Os pressupostos que determinaram a formulação de tal juízo negativo encontrou o tribunal no juízo conclusivo que formou relativamente ao arguido, que apresentou *“uma personalidade algo desconforme com o pressuposto pela ordem jurídico-penal, como o revelam a natureza do crime e as circunstâncias em que foi praticado”*, acrescentando ainda que o recorrente *“sofreu já uma condenação por fatos anteriores”*.

Não se conformando com o decidido, o arguido AA interpõe recurso, equacionando, a título de questão prévia a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, ao não fundamentar o porquê da sua não aplicação, verificando-se uma falta de fundamentação ou motivação da sentença que determina a sua nulidade, nos termos dos artigos 374.º, n.º 2 e artigo 379.º, alínea a), ambos do CPP. Por outro lado, sem fundamentar o porquê da sua não aplicação, violou o tribunal os artigos 72.º, artigo 73.º, artigo 374.º, n.º 2 e artigo 379.º, alínea a), todos do CPP.

Termina, assim, por concluir que não existindo matéria de facto suficiente para a decisão, conforme preceitua o artigo 410.º, n.º 2 alínea b) CPP, o processo deve ser, como dispõe o artigo 426.º do mesmo diploma, reenviado para novo julgamento, relativamente à questão da aplicação do regime penal especial para jovens.

Cumpr, pois, apreciar.

Como regra geral, podemos dizer que o recurso pode ter por fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida, nos termos do artigo 410.º, n.º1 CPP.

O recurso pode ter por fundamento, os vícios da insuficiência para a matéria de facto provada, desde que os mesmos resultem do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum (artigo 410.º, n.º 2 CPP).

A jurisprudência tem entendido que só existe insuficiência para a decisão da matéria de facto, quando o tribunal, podendo fazê-lo, deixa de investigar toda a matéria de facto relevante, de tal forma que a matéria de facto apurada não permite, por insuficiência, a aplicação do direito ao caso que submetido à sua apreciação.

A fundamentação ao constar da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal e é, sem dúvida, a parte mais complexa da sentença.

Da fundamentação ao constar os motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, os motivos de facto hão-de ser seleccionados de entre os factos provados e os factos não provados. É em função destes que o tribunal há-de tomar uma decisão. A motivação factual da sentença há-de buscar-se nos factos provados, se bem que possa ser necessário recorrer aos factos não provados para entender os factos provados.

Tem sido unânime entendimento da doutrina que esta exigência de fundamentação imposta pelo artigo 374.º CPP não se satisfaz com a mera enumeração dos meios de prova produzidos em audiência de julgamento, nem sequer daqueles que serviram para fundamentar a decisão.

Como escreve Marques Ferreira¹⁷²: *“Exige-se não só a indicação das provas ou meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de fato que fundamentam a decisão”*.

Estes motivos de facto que fundamentam a decisão são “os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”.

A exigência da fundamentação com o entendimento atrás referido resulta quer do mencionado artigo 410.º, n.º 2, alínea a) CPP, que dispõe que o recurso pode ter como fundamento a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quer do artigo 374.º, n.º 2 CPP, que exige a motivação da decisão.

Assim, se o tribunal fez a correta aplicação dos princípios jurídicos, investigou o que devia (nos limites da acusação e pronúncia se a houver) e fixou, dentro das possibilidades da investigação a matéria de facto suficiente para a decisão de direito, não existe insuficiência da matéria de facto para a decisão.

Só existe contradição insanável da fundamentação quando, de acordo com um raciocínio lógico, seja de concluir, que a decisão não fica suficientemente esclarecida dada a colisão entre os fundamentos invocados.

¹⁷² FERREIRA, Marques – **Meios de Prova**. In *Jornadas de Direito Processual Penal/O Novo Código de Processo Penal*, p. 228.

O Ac. do STJ de 25-10-2006¹⁷³

Vejamos a seguinte situação, objeto de apreciação no STJ, em acórdão proferido em 25-10-2006.

Recorreu o arguido BB, do despacho, proferido pelo Tribunal da 1ª instância, que decide que BB seja condenado pela prática, em concurso efetivo, de dois crimes de roubo p. e p. pelos artigos 210.º, n.º 1 CP, nas partes parcelares de 1 ano e 3 meses de prisão (factos de 31/01/2003) e de 2 anos e 3 meses de prisão (factos de 02.03.2003), e de um crime de furto qualificado p. e p. pelos artigos 203.º, n.º 1 e artigos 204.º, n.º 2 alínea e) ambos do CP, na pena de 2 anos e 4 meses de prisão e, em cúmulo jurídico, na pena única de 3 anos e 6 meses de prisão. O Tribunal tomou em consideração o dolo direto, a elevada ilicitude do facto, a confissão integral e sem reservas relativamente aos crimes de roubo, exceção feita quanto ao furto qualificado, que confessou parcialmente, bem como aos seus antecedentes criminais.

É deste despacho que se circunscreve o objeto do recurso à questão da pena unitária, que deve ser suspensão na sua execução, invocando o arguido, além de um conjunto de circunstâncias concorrentes em seu favor, a sua juventude, considerando que tinha apenas 16 anos à data da prática dos factos e, da atenuação especial prevista no artigo 4.º do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, que consagra o regime penal punitivo especial para menores com idades compreendidas entre os 16 e os 21 anos, reduzindo a pena de prisão abaixo ou ao limite de 3 anos (artigo 50.º, n.º 1 CP), em cumulação, compatível com aquele regime, que daria satisfação à pretensão do requerente, não acolhida anteriormente, antes afastado pela 1ª instância.

Como vem sendo, repetidamente, decidido pelo STJ, de acordo com o próprio pensamento do legislador, expresso no preâmbulo daquele diploma, a aplicação do regime do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, não pode afastar-se da consideração das exigências de prevenção geral, assentado na preocupação exclusiva de ressocialização do agente jovem, de prevenção especial, sobrepondo-se-lhe, sob a forma de “*exigência mínima e irrenunciável de defesa do ordenamento jurídico*” (nas palavras do Professor Figueiredo Dias, *In Direito Penal Português –As Consequências de garantia mínima de proteção dos bens jurídicos de mínima observância obrigatória*).

Significa que, não obstante, a emissão de um juízo de prognose favorável a propósito do arguido jovem, pode este revelar-se insuficiente se esbarrar com a “*última barreira*” (cfr. Ac. deste STJ, de 12.02.2004, in *Col Jur*, STJ, Ano XII, TI, 203) de defesa da sociedade.

Claro que qualquer regime de brandura punitiva de jovem delinquente é, em abstrato, benéfico, mas do que se procura é de saber se, em concreto, o é.

¹⁷³ Ac. do STJ de 25-10-2006, Proc.º n.º 06P2795 (Relator Armindo Monteiro). Consultável em www.dgsi.pt/jstj.

O direito penal dos jovens surge como “*categoria própria, envolvendo um ciclo de vida*”, referente a um período de “*latência social*”, de descompromisso com a relação escolar, familiar e profissional, com um “*potencial de delinquência*”, em moldes efêmeros, como se escreve no Ac. deste STJ, de 27.10.2004, in *Col Jur*, STJ, Ano XII, TIII, 213, sob a capacidade de mutação e regressão na fase mais avançada da idade.

A pretensão do requerente, segundo este Ac., não pode proceder, uma vez que estamos perante um jovem que não fez, ainda, a aprendizagem, em liberdade, das regras de sã conveniência comunitária, nem sequer ofereceu garantias de que tal poderia vir a suceder, pela falta de apoio familiar ou de uma ocupação, arreigado no mundo da marginalidade, por isso, existem fortes preocupações ao nível da prevenção especial, ou seja, de adaptação futura do agente à sociedade, por ele lesado e em condições de não voltar a delinquir.

Um tratamento de favor penal no caso concreto não faz prever um percurso vital sem afrontamento futuro à lei e, por isso, para o Tribunal, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se julga manifestamente improcedente, rejeitando-se, o recurso, nos termos do artigo 420.º, n.º 4 CPP.

Cumpr, pois, apreciar.

Por um lado, tendo sido tomado em consideração os vários fatores, como os antecedentes penais ou os seus laços com a comunidade, importantes para o Tribunal tomar uma decisão, dado que são estes os fatores pertinentes, que indicam as razões pelas quais tem um valor de prognose, consideramos ser suficiente, para a referida tutela, a rejeição do recurso.

Enumeremos os fatores, sem que se siga uma ordem em particular.

Nos fatores relativos aos antecedentes penais, é considerado o crime imputado relativamente à prisão imposta, ou seja, a gravidade do crime imputado ao arguido jovem reflete pouco a probabilidade do mesmo cometer um novo crime; o número de condenações anteriores, isto é, um reincidente oferece maior perigo de fuga ou da prática de outros crimes, enquanto que um delinquente primário deseja “limpar o seu nome”; o número de vezes que o jovem arguido não respeitou a obrigação de comparecer em tribunal.

Nos factos relativos aos laços com a comunidade, são considerados os laços familiares, porque em muitos casos é a família que oferece maiores garantias de o jovem arguido comparecer em tribunal; outros laços sociais, ou seja, quando o jovem não pode contar com a estrutura familiar, podem citar-se a título de exemplo, as amizades estreitas; o emprego, ou seja, quando se tem rendimentos, a probabilidade de comparecer em tribunal é maior; as condições e a duração da residência, o que significa que, quanto mais tempo tiver residido numa determinada região geográfica, menor será o risco de fuga, encontrando-se em liberdade.

Mas, por outro lado, se é certo que o Juiz deve possuir uma informação exata acerca do arguido jovem, que lhe permita decidir com conhecimento de causa, a dúvida que se nos coloca recai sobre a justiça da condenação.

Isto é, será que não se corre o risco de que a convicção do julgador não seja formada com base nas informações atempadas e exatas acerca do jovem arguido, mas, consciente ou inconscientemente, com base nas constantes dos autos do processo preliminar?

Sabemos que não se pode estruturar partindo do princípio de que a lei pode ser violada. Aliás, cabe ao legislador tomar as cautelas necessárias para que as probabilidades de violação ocorram o menos vezes possível.

O que pretendemos é chamar à atenção para o facto de se os Estados não se familiarizarem com a necessidade de realizar uma investigação pormenorizada acerca do jovem arguido que seja prévia à tomada de decisão sobre a sua situação, a legislação nacional, nunca vai conseguir proteger adequadamente os direitos do jovem detido.

Uma das principais finalidades dessas normas consiste na responsabilidade jurídica pelos Estados Partes de protegerem a criança, constante na CDC; consiste no propósito de os Estados Partes reverem e modificarem as legislações, as políticas e as práticas nacionais no que diz respeito à justiça juvenil, visando a promoção e aplicação de trabalhos de investigação e/ou a formulação de garantias no quadro da administração da justiça de menores, constantes nas Regras de Beijing; consiste na ideia de habilitar as entidades (sociedade em geral, família, governo, comunidade, meios de comunicação social, entidades responsáveis pela política social e legislador), a reforçar a capacidade de se ocupar do problema, fomentando políticas preventivas, para evitar uma maior estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, constante nos Princípios Orientadores de Riade; consiste no facto de muitos sistemas jurídicos não diferenciarem a situação dos adultos e dos jovens, o que resulta na detenção de muitos jovens em estabelecimentos prisionais comuns aos dos adultos. Por isso, é sugerido que a prisão só deva ser empregue em casos extremos; se tiverem que ser detidos, que o sejam limitado ao estritamente necessário; que o seu tratamento envolva profissionais especializados de proteção social ou de justiça penal; que se tomem providências quanto à sua idade e personalidade, constantes nas Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; consiste no essencial, no Estado assegurar que as crianças beneficiem de todos os direitos que lhe são conferidos pelo direito internacional, nomeadamente, garantir o respeito pelas garantias processuais e o princípio da intervenção mínima, evitando o recurso ao sistema de justiça penal no caso de jovens acusados de um delito e a redução da colocação de crianças em instituições fechadas, constante nas Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal.

4.3. A determinação da pena: fatores para a tomada de decisão

Quais são, então, os factos concretos que constituem o substrato das decisões a tomar pelo tribunal?

Os fatores ou circunstâncias relevantes para a quantificação da pena são os mesmos que o tribunal terá que valorar para efeitos de escolha da pena principal e de tudo o que respeita à escolha e determinação concreta das penas de substituição, que se dividem, em dois grupos:

- os fatores que respeitam diretamente ao facto típico, como seja o grau de ilicitude, medido em função do maior ou menor desvalor da ação e do resultado, o modo de execução deste, a intensidade do dolo ou da negligência, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- os factos relativos ao agente, designadamente, a personalidade do arguido, o seu meio social, familiar e profissional, como sejam as suas condições pessoais e a sua situação económica, a conduta anterior aos factos especialmente no que possa esclarecer sobre o carácter ocasional, pontual, provavelmente irrepetível do ato ou, pelo contrário, permitindo concluir se o ato típico é congruente com uma carreira delinquente.

Questões como as de saber se e em que termos o jovem é responsável, se apenas preparou a execução do crime mas não chegou a executá-lo, se é ou não responsável e em que termos, se começou a execução mas não consumou ou, pelo contrário se foi até ao fim, em que termos é ou não responsável.

Para além destas, há que responder às seguintes questões:

Qual o significado objetivo do comportamento, a valoração do plano do jovem? Quais são os motivos e circunstâncias?

São justamente estas questões, as etapas de realização do facto doloso punível, que aparecem como sendo realmente complicadas de resolver, por serem um caminho mais ou menos longo!

Em princípio diz-se que quando um jovem decide cometer um crime, essa decisão vai-se formando ou vai-se recusando à medida que se faz a própria preparação. A decisão de cometer o crime, não faz parte do caminho que leva ao crime, dado que não constitui uma perturbação social.

Quando o jovem exterioriza a sua vontade com a preparação e execução, deforma a possibilitara sua realização, chega o momento em que todas as características se mostram preenchidas, atingindo-se a consumação.

O crime consuma-se com o preenchimento doloso dos elementos do tipo objetivo descritos na norma incriminadora, que prevê a aplicação da pena ao jovem. Os factos jurídico-processuais que há-de constar da acusação são todos os que integram os pressupostos necessários à aplicação da sanção solicitada. Para que o agente seja punido a título de dolo, tem de ter consciência da ilicitude do seu comportamento, não é de exigir o conhecimento da norma proibitiva, basta a consciência da existência da proteção penal do interesse violado. É por isso, que esta consciência da ilicitude é também pressuposta da punição e necessariamente objeto de prova no processo.

No entanto, há situações em que à consciência do jovem acede o impulso ou as tendências inconscientes que estão por detrás da racionalização, que determina se no momento, estava em condições de satisfazer as correspondentes exigências objetivas.

Se o estado de espírito, se o estado de afeto emocional, em que o jovem se encontra, provocado pela emoção, pelo medo, pela vergonha, por exemplo, acaba por predominar sobre as restantes atividades psíquicas, alterando a sua capacidade de decisão e de compreensão da conexão objetiva, o jovem, no momento da sua atuação, terá (ou poderá ter) uma menor capacidade de culpa, ao nível da exigibilidade.

Este estado de afeto, que pode, ligar-se a uma diminuição da imputabilidade ou da consciência do ilícito, opera sobre a culpa ao nível da exigibilidade.

A culpa só deverá ter-se por sensivelmente diminuída quando o jovem agente, devido ao seu estado emocional, é colocado numa situação de exigibilidade diminuída, isto é., quando atua dominado por aquele estado.

4.4. (In) Conformidade com as normas internacionais?

Sem o estabelecimento pelo Tribunal de Justiça, em estreita articulação com os tribunais nacionais, dos princípios da aplicabilidade direta e do primado, o Tratado da Comunidade Europeia teria permanecido um conjunto de regras distantes e abstratas, desconhecidas na sua maior parte, cujas violações apenas seriam sancionadas através do mecanismo da ação por incumprimento, não sendo sequer de excluir que os EM passassem a aplicar entre si a regra da reciprocidade como sanção para os incumprimentos uns dos outros – com enorme prejuízo para a tarefa da integração europeia¹⁷⁴.

¹⁷⁴ AMARAL, Freitas do / PIÇARRA, Nuno – **O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma “Evolução na Continuidade”**. Lisboa, 2003, p. 16, disponível em www.fd.unl.pt

Assim formulado, o princípio do primado, terá de ser interpretado e aplicado em concordância prática com o n.º 1 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia, na redação dada pelo Tratado de Lisboa, o que pressupõe o aprofundamento do diálogo entre o TJ e os tribunais constitucionais dos EM, de forma a excluir situações de violação não só de princípios constitucionais fundamentais, mas também do próprio princípio do primado do direito da UE.

Como recorda Galvão Teles, “*a relação dos juízes com o sistema jurídico é uma relação de fidelidade, na qual a comunidade de juízes comunitários de direito comum dos tribunais nacionais assenta numa espécie de expropriação operada pelo Tribunal de Justiça*”¹⁷⁵.

O princípio da aplicabilidade direta do direito europeu, permite aos particulares invocar diretamente uma norma europeia perante uma jurisdição nacional ou europeia. Contudo, deste mesmo princípio resulta que as jurisdições nacionais são as jurisdições internacionais de direito comum, não existindo qualquer relação hierárquica entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais nacionais, nem qualquer via de recurso entre ambos¹⁷⁶.

Ainda assim, o Tribunal de Justiça assume naturalmente uma posição de superioridade, na medida em que detém o poder exclusivo de interpretar autenticamente o direito europeu e porque este se concretiza pelo primado e pela aplicabilidade direta das suas normas, o que leva na prática, à subordinação das jurisdições nacionais relativamente à hierarquia normativa existente entre as duas ordens jurídicas¹⁷⁷.

Portanto, procurando responder à pergunta colocada:

Na prática (*law in action*) se a posição tomada pelos juízes nacionais, reflete a aplicação do Direito Internacional?

Diremos: o papel essencial do poder judicial na proteção dos direitos dos jovens resultantes do direito internacional ficaria diminuído se estes não pudessem, sob certas condições, obter a reparação dos danos causados decorrentes da violação de normas internacionais, no âmbito do direito interno do EM prevaricador. Assim, as ordens jurídicas nacionais devem dispor de vias de recurso que possibilitem aos particulares a tutela do seus direitos e, se necessário, a possibilidade de interposição de ação judicial contra o Estado visando a reparação dos prejuízos sofridos.

¹⁷⁵ TELES, Miguel Galvão – **Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8, n.º 4, da CRP**. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento. Vol. II, Lisboa, 2006, p. 330.

¹⁷⁶ CAMPOS, João Mota de / CAMPOS, João Luís Mota de – **Manual de Direito Europeu**. 5ª Edição, Coimbra, 2007, p. 359.

¹⁷⁷ GOMES, José Luís Caramelo – **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário**. Coimbra, 2006, p. 54.

Em Portugal, o princípio da responsabilidade social do Estado recebe acolhimento na Constituição, no capítulo dos direitos fundamentais, aplicando-se o regime relativo aos direitos, liberdades e garantias, na medida em que atribui um direito fundamental de natureza análoga, e consagra um princípio geral de responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício de qualquer das funções estaduais¹⁷⁸.

Apelando ao artigo 22.º da CRP, que prescreve que

“ O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem ”, daqui parece resultar por um lado, uma obrigação para o Estado e demais entidades públicas que pressupõe um direito que, nos termos do artigo 18.º da CRP, goza de aplicabilidade direta¹⁷⁹ e, por outro lado, a garantia de os particulares poderem invocar perante as autoridades públicas, fazendo valer junto dos tribunais competentes, a reparação de danos derivados do exercício do poder público.

Em conclusão, podemos adiantar que as decisões dos tribunais nacionais que reconhecem a responsabilidade do Estado português por danos resultantes da função legislativa, reportam-se maioritariamente a incumprimento por omissão legislativa.

Ainda assim, as obrigações decorrentes das normas internacionais e das normas de convenções internacionais continuam a dar um importante contributo para a evolução do princípio da responsabilidade civil do Estado e, conseqüentemente, para o aprofundamento do princípio do Estado de Direito em Portugal.

¹⁷⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas** – Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 237.

¹⁷⁹ A invocabilidade do artigo 22.º da CRP decorre não só do direito à indemnização como direito fundamental de natureza análoga, nos termos do artigo 17.º da CRP, como da sua natureza de direitos, liberdades e garantias.

CONCLUSÕES

A investigação levada a cabo no âmbito da presente dissertação incidiu essencialmente, no estudo dos instrumentos jurídicos internacionais relativos aos jovens que, o Estado Português subscreveu, demonstrando a sua influência e integração eficaz no direito nacional, bem como, em procurar entender a componente subjetiva e objetiva do comportamento do jovem decorrente dos fatores e condições, que constituem pressuposto da punição.

Os instrumentos atrás referidos constituem um corpo integrado de normas dirigidas à proteção das crianças e jovens, promovendo a dignidade destes, enquanto sujeitos autónomos. Muitos dos instrumentos adotados contém disposições relativas ao direito a um processo equitativo, ao direito a uma igual proteção perante a lei, à presunção da inocência perante qualquer acusação da prática de uma infração penal de que sejam objeto, à proteção de crianças e jovens em situação de prisão preventiva ou de detenção administrativa, ao recurso das decisões condenatórias, à proposta de medidas práticas e aplicação de normas vigentes em matéria de tratamento de delinquentes. Garantias aprovadas e que constam de tratados multilaterais que impõem obrigações vinculativas para os Estados que os ratificaram. Podemos citar como exemplos, a Convenção dos Direitos das Crianças, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Carta Social Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais. Outros instrumentos como, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança¹⁸⁰, as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), os Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, as Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal, são resoluções da Assembleia Geral ou dos seus órgãos, que não dispõem de força obrigatória para os Estados Membros, mas podem ser úteis para interpretar normas de direitos humanos mais amplas e para assegurar a aplicação das garantias de direitos humanos para esta faixa etária na legislação nacional.

Do estudo efetuado permitiu concluir-se que houve um fraco impacto dos diplomas internacionais considerados na ordem jurídica interna.

¹⁸⁰ Aprovada em 2014, só entrará em vigor apenas em 1 de Julho de 2014, três meses após o depósito do documento de ratificação- depósito: 31 de Março.

Senão, vejamos alguns exemplos: a CDC constitui uma referência internacional para os Estados Partes que a ratificaram. Tendo concordado em cumprir as normas da Convenção, os Estados são obrigados a formular a sua legislação, as suas políticas e as suas práticas em conformidade com as normas da Convenção, para que medidas como, a de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, provação, assistência social, educação e programas de formação profissional e outras alternativas possam estar disponíveis para garantir que as crianças e os jovens sejam tratados de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias do delito. Com as regras dos Princípios Orientadores de Riade, para a prevenção da delinquência juvenil, bem como as medidas de proteção para os jovens que foram abandonados, negligenciados, abusados ou aqueles que se encontram em risco social, as diretrizes incluem a fase antes de os jovens entrarem em contacto com o sistema de justiça penal, baseados na premissa de que é necessário neutralizar condições que afetem negativamente o desenvolvimento dos mesmos, assim como, uma intervenção preventiva e protetora que vise promover um esforço geral das diversas organizações sociais, incluindo a família, o Estado, a escola, o meio social, os meios de comunicação social, bem como os próprios jovens. Com as Regras de Beijing, pretende-se um respeito dos diferentes quadros nacionais e estruturas legais, para o tratamento de jovens em conflito com a lei. Estas regras procuram expor princípios e práticas adequadas para a gestão da justiça juvenil, cujos objetivos incluem, a promoção do bem-estar do jovem e a garantia de que cada resposta para o adolescente infrator será sempre proporcional às circunstâncias do jovem assim como o crime. Com as Regras de Tóquio, cujo objetivo é racionalizar as políticas de justiça criminal, tendo em conta a observância dos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinquente, estas regras, devem ser aplicadas sem qualquer discriminação por motivos de raça, sexo, cor, língua, idade, religião, ou qualquer outra natureza.

Pelas razões atrás invocadas e, outras razões contantes no texto da dissertação, não nos parece que os instrumentos internacionais tenham provocado alguma alteração jurisprudencial interna relevante. Podemos mesmo acrescentar que, estes instrumentos de *Soft Law*, assim como, alguns projetos e políticas a nível europeu, como diversos acordos e resoluções, orientados para a juventude, da qual Portugal é Estado Signatário, levou à constatação da ausência e/ou insuficiência de normas internas, suscetíveis de enquadrar e solucionar os problemas dos jovens delinquentes.

Apesar de tudo, a consagração na Constituição, ao nível dos direitos fundamentais, reconhece às crianças e jovens, direitos, enquanto sujeitos autónomos e a interiorização de valores e princípios inerentes a este reconhecimento.

O mesmo não podemos afirmar no tocante ao Decreto-Lei n.º 401/82, o regime penal aplicável a jovens imputáveis, que ficou aquém da sua concretização jurisprudencial não só pelo endurecimento do direito penal no que toca ao internamento de jovens em centros de regime

fechado, privados da sua liberdade, entendendo ser a solução mais credível, assim como, pela insuficiente proteção e/ou promoção das garantias constitucionais aplicáveis aos jovens.

Apesar de o jovem ser um pleno sujeito processual, com direitos e deveres que lhe são inerentes, neste regime, existe uma série de restrição de direitos e garantias em processo penal que assistem aos jovens, nomeadamente, direitos e deveres processuais do arguido, obrigatoriedade de assistência por defensor, aceleração de processo atrasado, finalidades da detenção, contrariedade, presença do arguido na audiência de julgamento, proibição de valoração de provas não examinadas em audiência, admissibilidade de recurso, entre outras.

São normas que apelam ao reconhecimento dos direitos dos jovens, enquanto titulares de uma cidadania plena, perfeitamente compatível com a sua identidade diferente em relação à do adulto, mas que se repercute de forma específica e da qual se deve procurar a sua efetivação.

É que, de facto os preceitos constitucionais, em matéria de Direitos, Liberdades e Garantias, incluindo as garantias do Processo Penal são, por força da própria Constituição, que o declara expressamente no artigo 18.º, preceitos diretamente aplicáveis, isto é, são claramente normas de Direito que não necessitam de qualquer mediação do legislador ordinário nesta matéria, e por isso, têm aplicação direta, segundo a própria Constituição e vinculam as entidades públicas e privadas.

Pelo que, em alternativa ao modelo existente, sugerimos uma maior aplicabilidade do modelo de justiça restaurativa, que envolvesse a vítima, o jovem arguido e a comunidade na busca de soluções para o conflito gerado pelo ato criminoso, a fim de promover a reparação do dano causado, a reconciliação entre as partes e o reforço da segurança coletiva, procurando, assim, prevenir a reincidência e reduzir os custos da justiça penal, conseguindo com que o jovem não entrasse no circuito penal e fossem respeitadas as suas garantias constitucionais.

Como o conhecimento da personalidade do jovem é imprescindível para entender a motivação do crime e essencial para graduar a sua responsabilidade e em consequência a medida da pena a aplicar-lhe, interessou-nos igualmente, nesta dissertação, o estudo daquelas situações em que à consciência do jovem agente acede o impulso ou tendências oriundas das camadas mais profundas da personalidade, para podermos equacionar, as razões que possam ter predisposto o jovem para a intenção de cometer o crime, procurando revelar, o modo de ser, que o jovem não dominou como podia. Apesar de não existir um consenso quanto ao carácter dimensional do comportamento criminal juvenil, mesmo que constitua uma evidência clara na determinação dos comportamentos juvenis considerar o sistema psíquico, concluímos que, quando o jovem atua condicionado pelo estado emocional, por exemplo, quando o jovem age em desespero, que mais não é do que a ausência total de esperança, o estado de afeto do jovem é colocado no ponto em que nada mais das coisas da vida parece possível, projetando-o para situações que revela um dano interior de tal

dimensão subjetivo que permite, nas circunstâncias do caso, uma acentuada diminuição da culpa por menor exigibilidade de outro comportamento.

Isto pressupõe que se deve valorar o comportamento de um jovem delinquente, associado não só à consciência do ilícito, mas comprovar-se, de acordo com as suas qualidades e capacidade individual, se estava em condições de satisfazer as correspondentes exigências objetivas.

Nesta perspetiva, o jovem, perturbado por esse estado emocional, no momento da prática do facto, não tem capacidade de decisão e de compreensão. Por isso, não podemos prescindir da relação emocional do jovem com o facto e, conseqüentemente, a culpa, ter-se-á por diminuída quando o jovem agente, devido ao seu estado emocional, seja colocado numa situação de exigibilidade diminuída, isto é, quando atua dominado por aquele estado, que pressupõe um agir diferente.

No que às garantias processuais diz respeito, referidas no terceiro capítulo, constatámos que, na prática, falta a concretização de algumas das garantias, apesar de o nosso processo penal ver o jovem como alguém a quem se deve dar a possibilidade de reagir contra o Estado e de reagir fornecendo-lhe todos os meios para que ele possa afastar uma punição que sobre ele recaia e que o possa fazer em igualdade de armas com os outros sujeitos processuais. Às garantias constitucionais consagradas para todo aquele que seja submetido ao processo criminal, acrescem normas específicas, designadamente dirigidas ao jovem infrator, constante de normas internacionais e de normas das convenções internacionais. Garantias como, o direito a ser informado, o direito de acesso a um advogado, o direito a estar presente em julgamento, o direito a uma avaliação individual, o direito a ser examinado por um médico, as medidas alternativas, o direito à proteção da vida privada, o direito a um processo equitativo, entre outras garantias que devem constar de tratamento especial, sobretudo, para que se lhes possa oferecer um máximo de oportunidades para que se convertam em cidadãos responsáveis. Por outro lado, se os jovens tiverem motivos para crer que ocorreu ou que está a ocorrer uma violação das regras, por incumprimento do direito internacional imputável à função legislativa (porque desrespeitou o princípio do primado do direito internacional), tem o direito a comunicar esse fato na ordem jurídica nacional, com o recurso aos tribunais nacionais e, na ordem jurídica internacional, com a apresentação de uma queixa à Comissão ou recorrendo ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

No quarto capítulo, sabendo que todos os elementos factuais, subjetivos e objetivos, são objeto da prova no processo penal e todos constituem pressupostos da responsabilidade criminal, de tal forma que, a falta de qualquer um deles pressupõe que não se verifica o crime acusado e, que não estão reunidos os requisitos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais, considerámos quais são os factos que são valorados pelos tribunais e que constituem o substrato das decisões julgadas, verificando se, na prática, reflete a aplicação do

direito internacional. Os factos concretos que constituem o substrato das decisões a tomar pelo tribunal, para a escolha da pena principal e para a escolha e determinação concreta das penas de substituição, dividem-se nos factos que respeitam diretamente ao facto típico, como seja o grau de ilicitude, medido em função do maior ou menor desvalor da ação e do resultado, o modo de execução deste, a intensidade do dolo ou da negligência, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram e, nos factos relativos ao agente, designadamente, a personalidade do arguido, o seu meio social, familiar e profissional, como sejam as suas condições pessoais e a sua situação económica, a conduta anterior aos factos especialmente no que possa esclarecer sobre o carácter ocasional, pontual, provavelmente irrepetível do ato ou, pelo contrário, permitindo concluir se o ato típico é congruente com uma carreira delincente.

Da fundamentação, consta a enumeração dos factos provados e não provados, bem como a exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal e é, sem dúvida, a parte mais complexa da sentença.

Por isso, da análise que fizemos relativamente aos dois Ac. do STJ, apreciámos o seguinte: de acordo com o próprio pensamento do legislador, expresso no preâmbulo do diploma do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, a aplicação deste, não pode afastar-se da consideração das exigências de prevenção geral, assentando na preocupação exclusiva de ressocialização do agente jovem, de prevenção especial, sobrepondo-se-lhe, não obstante, a emissão de um juízo de prognose favorável a propósito do arguido jovem. Apesar do direito penal dos jovens surgir como “*categoria própria, envolvendo um ciclo de vida*”, referente a um período de “*latência social*”, é entendimento da doutrina e da jurisprudência que a pretensão dos requerentes, não pode proceder, quando estamos perante um jovem que não fez, ainda, a aprendizagem, em liberdade, das regras de sã conveniência comunitária, nem sequer ofereceu garantias de que tal poderia vir a suceder, pelo que, existindo fortes preocupações ao nível da prevenção especial, ou seja, de adaptação futura do agente à sociedade, por ele lesado e em condições de não voltar a delinquir, aplicar-se-á, então, o regime do CP.

Ao constatararmos uma limitação da aplicação das disposições dos direitos humanos contantes nas normas internacionais aplicáveis aos jovens, podemos, então, dar por plausível que o regime jurídico português aplicável a jovens imputáveis, necessita de ser aperfeiçoado, em que imperem os princípios da justiça e da dignidade da pessoa humana e se efetive uma maior autenticidade da democracia.

De nada vale a um Estado constitucionalizar direitos, se não se comprometer a atribuir-lhes eficácia real.

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência (in: www.dgsi.pt; www.tribunalconstitucional.pt ou www.dre.pt)

1. Ac. TC n.º 121/97
2. Ac. TC n.º 607/03
3. Ac. STJ de 11-06-2003, Proc. n.º 03P1657 (Relator Henriques Gaspar)
4. Ac. STJ de 12-02-2004
5. Ac. STJ de 14-06-2005 (Relator Nuno Cameira)
6. Ac. STJ de 25-10-2006, Proc.º n.º 06P2795 (Relator Armindo Monteiro)
7. Ac. STJ de 14-05-2008, Proc.º n.º 1010/08
8. Ac. STJ de 07-12-2012
9. Ac STJ, Proc.ºn.º 6391657
10. Ac. Fixação de Jurisprudência, Proc. n.º 75/05.6TACPV.

LEGISLAÇÃO

Agenda Social Europeia, adotada pelo Conselho de Nice, em Dezembro de 2000

Carta dos Direitos Fundamentais

Carta Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

Carta Social Europeia

Carta das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança

Código Civil Português

Códigos Penal e de Processo Penal. 4ª Edição, Dislivro, 2009

Código de Processo Penal: Comentários e notas práticas. Coimbra: Coimbra Editora. Abril, 2009.
ISBN 978-972-32-1691-2

Constituição da República Portuguesa

Convenção dos Direitos da Criança

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças

Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15-03-2001

Declaração dos Direitos da Criança

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro (Regime Penal Especial para Jovens)

Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Penal

Diretiva n.º 2013/0408/EU, de 22-10-2013, publicada no JOUE de 06-11-2013.

Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo)

Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro (Lei Tutelar Educativa)

Lei n.º 65/03, de 23 de Agosto (Mandado de Detenção Europeu)

Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, aprovou a Lei Quadro da Política Criminal

Lei n.º 21/07, de 12 de Junho (Regime de mediação penal)

Pacto Europeu para a Juventude e a Promoção da Cidadania Activa, adotado pelo Conselho Europeu de Bruxelas, em Março de 2005

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade)

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)

Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Comentário de Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 2ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

AMARAL, Freitas do / PIÇARRA, Nuno – **O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma “Evolução na Continuidade”**. Lisboa, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa - **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN: 972-32-0458-8.

_____ – **Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea**. In *Revista da Ordem dos Advogados* – A.44 V.3, Dezembro, 1984.

BARRA, Tiago Viana – **A Responsabilidade dos Poderes Públicos**. P. 1171 *Apud* DUARTE, Maria Luísa – **O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem**. In *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n. 39-40, Lisboa, 1989.

BELEZA, Teresa Pizarro – **A moderna criminologia e a aplicação do Direito Penal**. In *Revista do Ministério Público*, 32, Outubro – Dezembro, 1987.

BERGERET, Jean – **A personalidade normal e patológica**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Outubro, 1997. ISBN: 972-95908-3-4.

BLEGAR, José – **Psicologia da Conduta**. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, Lda, 1989.

BRITES, José – **O paradigma ecopsicossociológico na desordem**. In *Sub-Judice: justiça e Sociedade*, N.22-23, Julho – Dezembro, 2001.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas** – Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de – **O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *X Congresso da Federação Internacional de Estudos sobre a América Latina e as Caraíbas – FIEALC*. Moscovo, Junho, 2001.

CAMPOS, João Mota de / CAMPOS, João Luís Mota de – **Manual de Direito Europeu**. 5ª Edição, Coimbra, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____ – **O Problema da Responsabilidade Civil do Estado por Actos Ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CORDEIRO, J.C. Dias – **Psiquiatria Forense. A pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito**. Serviços de Educação e Bolsas: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CUSSON, Maurice – **Criminologia**. 2ª Edição. Cruz Quebrada: Casa das Letras. ISBN: 978-972-46-1620-9

DAMÁSIO, António – **O Erro de Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1995.

_____ – **Para além do crime e do castigo: as respostas das neurociências**. In *Boletim da Ordem dos Advogados*, N. 29, Novembro - Dezembro, 2003.

DE CUPIS, Adriano – **Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DUARTE, Maria Luísa – **União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006.

_____ e GOMES, Carla Amado – **O Tribunal Constitucional Português e a garantia de aplicação do Direito da União Europeia.** *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha.* Vol. I: Almedina.

DUARTE-FONSECA, António Carlos - **Menores, mas imputáveis: que protecção?** In *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____ – *Apud.* «**Observações finais do Comité dos Direitos da Criança ao segundo relatório de Portugal sobre a aplicação da Convenção dos Direitos da Criança**» - 2001, In *Revista Infância e Juventude*, n.º 1, 2002.

DUNKEL, Frieder – **Diferenças Jurídicas na Europa em matéria de criminalidade juvenil.** In *Jornadas Internacionais de Criminologia Juvenil*, VIII, Leeds, Reino Unido, 1991 – **Em que idade? Os Jovens e a Lei na Europa de 1993: actas.** In *Revista de Infância e Juventude*, 92.1, Janeiro - Março, 1992.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – **Curso de Processo Penal**, Tomo II, Lisboa, 1981.

FERREIRA, Marques – **Meios de Prova.** In *Jornadas de Direito Processual Penal/O Novo Código de Processo Penal.*

FERRI, Henrique – **Direito Criminal – O Criminoso e o Crime.** Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1931.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente. **Estudos em Homenagem** ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, III, 1981.

_____ – **Direito Penal** (Sumários das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2ª turma do 2.º ano da Faculdade de Direito com indicações bibliográficas e textos de apoio), ed. Em offset, Coimbra: João Abrantes, 1975, p.111 – itálico do autor.

_____ – **Direito Penal/Parte Geral I.** 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____ - **Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro.**
In *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983.

_____ e ANDADRE, Manuel da Costa – **Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.** Reimpressão, Coimbra Editora, Limitada, 1992. ISBN: 972-32-0069-4.

FOUCAULT, Michael. – **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

FURTADO, Leonor – **A responsabilização do jovem infractor e o seu tratamento processual.** In *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010.

GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial.** Lisboa, *Quid Juris?* – Sociedade Editora, Lda, 2010. ISBN: 978-972-724-506-2.

GAMEIRO, Maria Alice e MACHADO NUNES, J. M. – **Adolescência. Farmacodependências.** In AA.VV., *Psiquiatria, Neurologia e Saúde Mental na prática do Clínico Geral*, Lisboa, 1986.

GAROFALO, R. – **Criminologia – Estudo sobre o Delito e a Repressão Penal.** Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.

GASPAR, Nélia – **Psicologia e justiça: que diálogo.** In *Sub Judice: justiça e sociedade*, N.22/23, Julho - Dezembro, 2001.

GOLEMAN, Daniel – **Emotional Intelligence.** Tradução de Mário Dias Correia – Inteligência Emocional. Temas e Debates – Actas Editoriais, Lda, 1995. ISBN: 972-759-063-2.

GOMES, José Luís Caramelo – **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário.** Coimbra, 2006.

GOTTMAN, John e DECLAIRÉ, Joan – **A Inteligência Emocional na Educação.** Lisboa: Editora Pergaminho. 1ª Edição, 1999. ISBN: 972-711-263-3.

HERRERO HERRERO, César – **Criminologia (Parte General y Especial).** Madrid: Editorial DYKINSON, S.L., 2001. ISBN: 84-8155-739-0.

LUCAS, Ana Paula Lourenço Zeferino – **A Criança, o Jovem e a Lei**. In *Marginalidade, Risco e Delinquência*. Coord. Álvaro Laborinho Lúcio. U.A.L./Caldas da Rainha: Livraria Nova Galáxia, 2001. ISBN: 972-98204-2-2.

MALDONADO, Mário Artur da Silva – **Alguns Aspectos da História da Criminologia Em Portugal**.

MANITA, Celina – **Personalidade criminal e perigosidade: da perigosidade do sujeito criminoso ao(s) perigo(s) de se tornar objecto duma “personalidade criminal”**. In *Revista do Ministério Público*, 69, Janeiro – Março, 1997.

MANNHEIM, Hermann – **Criminologia Comparada**. 1ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MATOS, António Coimbra de – **Adolescência: O Triunfo do Pensamento e a Descoberta do Amor**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Junho, 2002. ISBN: 972-796-022-7.

_____ – **O Desespero**. 1ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, Maio, 2001. ISBN: 972-796-006-5.

MEZGER, Edmund – **Direito Criminal I**. Coimbra: Almedina, 1971.

MIRANDA, Jorge – **Escritos Sobre Vários Direitos Fundamentais**. Cascais: Principia. 2006

_____ – **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**.

NEGREIROS, Jorge – **Delinquências Juvenis: Trajectórias, Intervenções e Prevenção**. Lisboa: Editorial Notícias, 2001. ISBN: 972-46-1208-2.

PALMA, Fernanda – **Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade: no Código Penal Português**. In *Sub-Judice: justiça e sociedade*, N.11. Lisboa, Janeiro - Junho, 1996. ISSN: 0872-2137.

PATTO, Pedro Vaz – **O Regime do Segredo de Justiça no Código de Processo Penal Revisto**. In *Revista do C.E.J.*, n.º 9 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, 2008.

PEREIRA, Armando Joaquim Alves – **Delinquência Juvenil (abordagem psicodinâmica)**. In *Revista de Infância e Juventude*, N.1, Janeiro - Março, 1994.

PEREIRA, Rui – **O domínio do Inquérito pelo Ministério Público**. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*.

PIÇARRA, Nuno – **Liberdade, segurança e justiça: valores fundamentais da União Europeia – I Parte**”. In *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 46, 2007.

PINTO, Paulo Mota – **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito português**. In *A Constituição Concretizada*. Contribuindo pontes com o público e o privado, org. de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

POIARES, Carlos Alberto – **Da justiça à psicologia: razões e trajectória. A intervenção juspsicológica**. In *Sub-Judice: justiça e sociedade*, N.22/23, Coimbra, Julho – Dezembro, 2001. ISSN: 0872-2137.

QUADROS, Fausto de – **Omissões legislativas sobre direitos fundamentais**. In Jorge Miranda (coord.), *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986.

QUELOZ, Nicolas – Abordagem comunitária e delinquência dos jovens: a justiça de menores à procura da comunidade perdida? In *Revista de Infância e Juventude*, N.3, Lisboa, Jul.-Set. 1989. Comunicação apresentada nas VII Jornadas Internacionais de Criminologia Juvenil, Holanda, Maio, 1989.

SÁ, Teresa – O desvio e a Norma: a Perspectiva Sociológica. In **Marginalidade, Risco e Delinquência**. Coord. Álvaro Laborinho Lúcio. U.A.L./Caldas da Rainha: Livraria Nova Galáxia, 2001. ISBN 972-98204-2-2.

SANTOS, Boaventura de Sousa – **Direitos Humanos: o Desafio da Interculturalidade**. In: *Revista Direitos Humanos*, N. 2, Junho, 2009.

Sartre – **Esboço de uma Teoria das Emoções**. 5ª Edição. Lisboa: Editorial Presença.

SEARLE, JOHN – **Mente, cérebro e ciência**. Lisboa: Edições 70, 1997.

SILVA, Germano Marques da Silva – **Curso de Processo Penal II**. 1ª Edição. Lisboa: Editorial Verbo, 1993.

_____ – **Curso de Processo Penal**. 3ª Edição, Volume II, Verbo, 2001.

SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, **Código de Processo Penal Anotado**, Editora Rei dos Livros, Vol. 1, 1999.

SOUSA, Susana Aires de – **Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões**. In *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

TELES, Miguel Galvão – **Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8, n.º 4, da CRP**. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento. vol II, Lisboa, 2006.

TEIXEIRA, João Marques – **Comportamento Criminal – Perspectiva Biopsicológica**. 1ª Edição. Linda-a-Velha: Vale & Vale editores, Lda., Dezembro, 2000. ISBN: 972-8652-00-3.

VALA, Jorge – **Representações sociais e percepções intergrupais**. *Análise Social*, 4ª Série, Lisboa, V.32, N.1, Setembro, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**, Almedina, 2006.

SITES CONSULTADOS

http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_19.htm

<http://www.dgsi.pt/jstj>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:327:0001:0005:PT:PDF>.

<http://www.fd.unl.pt>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/portugal-relatorios.html#f>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87156>.

<http://www.refworld.org/docid/52f89eb84.html>

<http://www.verbo.juridico.com>

