



Bloco de Esquerda

Grupo Parlamentar

PROJECTO DE LEI N.º 303/X

ALTERA A LEI TUTELAR EDUCATIVA, APROVADA PELA LEI N.º 166/99, DE 14 DE SETEMBRO, CONCATENANDO-A COM O PRINCÍPIO DO DIREITO PENAL DO FACTO

“As Leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem sucedidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa beneficia de uma inviolabilidade que decorre da justiça, a qual nem sequer em benefício do bem-estar da sociedade como um todo poderá ser eliminada. Por esta razão, a justiça impede que a perda de liberdade para alguns seja justificada pelo facto de outros passarem a partilhar um bem maior” escreveu um dia, com inteira razão, John Rawls, *in* “Uma Teoria da Justiça”.

A Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro que aprovou a Lei Tutelar Educativa, visa aplicar medidas tutelares educativas a menores, com idade compreendida entre 12 e 16 anos, que praticaram facto qualificado pela lei como crime.

O intuito primordial deste diploma é, no entanto, educar o menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. Porém, este diploma congrega em si normas que contrariam este objectivo.

Assim, e desde logo, o artigo 66º da referida Lei diz, no seu n.º 2, que “ a inquirição sobre factos relativos à personalidade e carácter do menor, bem como às suas condições pessoais e à sua conduta anterior e posterior, é permitida, quer para a prova do facto, quer para a avaliação da necessidade de medida tutelar e determinação de medida a aplicar.”

De seguida, podemos ler no artigo 71º n.º 1 que “ podem utilizar-se como meios de obtenção de prova a informação e o relatório social”.

O artigo 90º, na sua alínea d), refere que o requerimento para a abertura da fase jurisdicional, a acusação, portanto, deve conter a “ indicação de condutas anteriores, contemporâneas ou posteriores aos factos e das condições de inserção familiar, educativa e social que permitam avaliar da personalidade do menor e da necessidade da aplicação da medida tutelar”.

Por último, o artigo 94º, no seu nº 3, alínea b), refere que o Despacho que designa dia para audiência preliminar deve conter “ os pressupostos de conduta e de personalidade que justificam a aplicação de medida tutelar.”

Ora, consultando a exposição de motivos da Lei Tutelar Educativa, que pode ver-se no Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 54, de 17 de Abril de 1999, incluída na proposta de Lei n.º 266/VII, deparamos, no seu ponto 16, que é o princípio da verdade material que preside toda a questão da prova, referindo tal exposição de motivos que não deve confundir-se verdade material com verdade ontológica, ela (a verdade) há-de ser uma verdade judicial, prática e processualmente válida, no sentido que lhe é reconhecido pelo direito processual penal, dizendo, de seguida, que as particularidades que se introduzem visam acautelar a intangibilidade das provas e defender o interesse do menor.

Ligado ao princípio da obtenção da verdade material, continua a exposição de motivos imediatamente supra referida, encontra-se o princípio da livre apreciação da prova. Não se confundindo este princípio com uma apreciação arbitrária e puramente subjectiva, o tribunal deve fundamentar a formação da convicção de molde a legitimar a decisão e a torná-la susceptível de controlo.

Aos meios de obtenção da prova previstos no processo penal adita-se o relatório social, dizendo tal exposição de motivos que esta especialidade justifica-se pela natureza da prova - compreendendo, simultaneamente, o facto e a personalidade - e pela conveniência em não se dispersarem as fontes e em as rodear da necessária discricção. E mais não diz a referida exposição de motivos.

Ora, as normas da Lei Tutelar Educativa referidas são claramente inconstitucionais por violarem, de forma manifesta, um dos princípios fundamentais do direito penal, o princípio do direito penal do facto.

A vigência constitucional do princípio do direito penal do facto pode depreender-se dos artigos 25º, 27º, 29º e sobretudo dos artigos 1º, 2º e 13º, 32º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, pois em todos eles está patente a conexão entre pena e crime, entre pena e facto e não entre pena e agente.

Portugal, como Estado de Direito Democrático, tem um direito penal fundado na protecção dos bens jurídicos fundamentais, partindo do facto danoso em direcção ao seu autor, em que a punibilidade está ligada à prática do facto descrito num tipo legal e a sanção é representada como resposta ao facto concreto e não à formação da personalidade global do autor ou aos perigos que se podem esperar dele no futuro.

Como refere Figueiredo Dias, se há princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime, esse é o de que todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente.

Este princípio, hoje pacífico, foi posto em causa pela grande máquina nazi, que Hitler minuciosamente montou com o único desígnio de se servir a si próprio.

Assim, nos anos 30 do século passado, tal princípio foi posto em causa, sendo manifestamente subvertido por certas doutrinas a soldo de políticos totalitários, em que, com carácter científico, trataram de obnubilar este princípio ou tentar que fosse integrado pelos chamados *tipos de agente*, em que não seria o facto a ser punido mas o “homicida”, o “ladrão” ou o “burlão”, aos quais passariam a ser dirigidos a criminalização e a sanção.

A História, mais do que qualquer análise teórica, encarregou-se de pôr bem claro para onde nos levaria a adopção de tais teorias.

É pois com enorme perplexidade que nos vemos confrontados com uma lei, em vigor, que refere expressamente que a inquirição sobre os factos relativos à personalidade e ao carácter do menor, bem como às suas condições pessoais e conduta anterior é permitida para a prova do facto!

Como escreve Claus Roxin, existe um direito penal baseado no modelo do direito penal do agente quando aos pressupostos da cominação da pena pertence algo mais e algo diferente do que o “se” e o “como” de uma acção individual e onde isso se deve procurar na qualidade humana do agente, onde a pena vale para o autor e a responsabilidade criminal gira em torno da caracterização do delinvente como inimigo do Direito e o facto funciona somente como condição da sua punibilidade. Em suma, onde a pena se liga à personalidade e à associabilidade ou anti-sociabilidade do autor

que decide de modo relevante acerca do “se” e do “como” da pena.

Destarte, tanto teorias como a de tipo normativo de agente ou concepções coevas como a da culpa referida à personalidade ou da culpa na formação da personalidade, em que se sustenta a punição autónoma de modos de vida, tendências e inclinações que estão para além da culpa expressa no facto, conduzirão a um alargamento das malhas da punibilidade absolutamente incompatível com a regra do Estado de Direito Democrático, pelo facto de se fazerem radicar num quadro de um *direito penal do agente*.

Estas teorias que se baseiam no princípio do *direito penal do agente* só podem ser aceites num quadro em que o princípio do direito penal do facto seja um limite intransponível, i. e., quando apenas servirem como instrumentos operatórios de fundamentação e de delimitação da culpa em direito penal e não de extensão da punibilidade para além das fronteiras do facto.

É isto, aliás, que acontece no Código de Processo Penal actualmente vigente na nossa sociedade e que, segundo o artigo 128º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa e respectiva exposição de motivos, é o modelo orientador e é direito subsidiário da Lei Tutelar Educativa.

O Código do Processo Penal (C.P.P.) estabelece claramente que o contributo que tais teorias baseadas no modelo do *direito penal do agente* aportam para a dogmática jurídico-penal, se confina estritamente na fundamentação e na delimitação da culpa, no sentido de serem critérios para aferir a medida da pena e nunca para aferir a questão da culpabilidade. Refere o artigo 369º do C.P.P. que, se depois das votações que o artigo 368º do C.P.P. ordena, resultar que deve ser aplicada uma pena ao arguido, o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social para determinação da espécie e da medida da sanção a aplicar.

Assim, o C.P.P. divide claramente a fase do julgamento em dois tempos distintos: o da questão da culpabilidade - artigo 368º - ; e o da questão da determinação da sanção - artigo 369º -, consagrando o C.P.P. o princípio da cisão ou *da césure*, que tem como finalidade salvaguardar a imparcialidade do julgador, acautelando o risco de ele decidir condenar o arguido mais com base na personalidade, no carácter, nas condições sociais, nos antecedentes criminais e policiais do mesmo do que com base na prova realmente produzida em audiência e evitar, dessa forma, qualquer intromissão desnecessária na vida privada do arguido, no momento em que ele se presume inocente e em que não

existe a certeza de qualquer condenação.

O Código de Processo Penal, como refere Figueiredo Dias, ao consagrar este sistema mitigado de *césure* permite aumentar a imparcialidade do julgamento face ao risco da interferência da personalidade, do carácter, condições sociais e antecedentes criminais do arguido na determinação da culpabilidade.

Também no direito penal substantivo se procurou demarcar claramente de todas as teorias que advogavam o *princípio do direito penal do agente* como base para aferir da culpabilidade do arguido, dado que o artigo 13º do Código Penal, refere que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência, representando este artigo o princípio *nulla poena sine culpa*, i.e., que toda a pena tem de ter como seu suporte axiológico-normativo uma culpa concreta. Assim, não foi aprovado o artigo 2º do projecto inicial do Código penal de 1963, que dizia “ quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa”, porque se queria evitar a consagração expressa da culpa na formação da personalidade e não por rejeição do contributo dessa teoria para a fase da determinação da sanção mas só para esta fase, evitando-se, assim, quaisquer especulações doutrinárias sobre a vigência no nosso ordenamento jurídico-penal do *princípio do direito penal do agente*.

E no entanto, eis que surge a Lei Tutelar Educativa a consagrar, sem peias, o *princípio do direito penal do agente* para os menores que praticaram factos qualificados pela lei como crime!

Não é só a doutrina que se manifesta contra qualquer tipo de vigência do princípio do direito penal do agente no nosso ordenamento jurídico. Também a jurisprudência se debruçou sobre o assunto de forma absolutamente assertiva e pacífica. A título de exemplo refere-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Novembro de 1998, disponível em *dgsi.pt*, em que se diz que a ponderação de antecedentes criminais como factor de decisão da “questão da culpabilidade” constitui clara violação do princípio da presunção da inocência, consagrado no artigo 32º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e nas disposições conjugadas dos artigos 368º e 369º, n.º 1 do Código de Processo Penal.

Com a vigência da Lei Tutelar Educativa pode-se concluir que, ao permitir que a informação e o relatório social sejam meios de obtenção de prova e que os factos relativos à personalidade e ao carácter do menor, assim como as suas condições pessoais e a sua conduta anterior sirvam para a prova do facto, o princípio da presunção de

inocência do arguido, consubstanciado, em matéria de prova, no princípio *in dubio pro reo*, não existe para os menores!

Estamos, por isso, perante uma lei que permite ao Estado, através do seu aparelho coactivo, restringir direitos fundamentais de uma pessoa, sendo que essa pessoa pode, em caso de dúvida sobre se cometeu ou não certo facto, ser condenada porque, por exemplo, falta às aulas, reprovou vários anos lectivos, consome drogas ou tem um historial de violência para com os seus colegas, permitindo tais factos dilucidar a eventual dúvida que surja acerca do cometimento ou não do facto qualificado pela lei como crime!

É, pois, imperioso expurgar as normas supracitadas da Lei Tutelar Educativa do nosso ordenamento jurídico por serem claramente inconstitucionais e por envergonharem qualquer pessoa com sentido de justiça. A vigência da Lei Tutelar Educativa dá ao aplicador do direito uma tal margem de discricionariedade que não pode, de forma alguma, ser admissível, pois a existência do princípio da livre apreciação da prova, que também confere algum grau de discricionariedade ao aplicador do direito, é limitado pela fundamentação em sede de sentença para poder ser sindicável em sede de recurso. Ora, quando se trata de um menor, o aplicador do direito pode, legitimamente, com base nesta lei, fundamentar a condenação ou absolvição do menor, dizendo simplesmente que o menor provém de uma família desestruturada, que falta às aulas ou que não está integrado na sociedade, condenando-o apesar de ainda poderem subsistir dúvidas sobre o cometimento do facto, com o argumento, insindicável, de o menor carecer de ser educado para o direito, enquanto, também pode suceder que, o aplicador do direito se veja confrontado perante uma situação de dúvida acerca do cometimento do facto pelo menor, mas esse menor provém de uma família perfeitamente integrada e tem um razoável comportamento escolar, decidindo, também de forma absolutamente insindicável, que o menor não carece de ser educado para o direito, absolvendo-o.

Com este exemplo perfeitamente possível, é manifesto que esta lei permite que existam discriminações com base na classe social, instrução, situação económica ou condição social, violando claramente o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

É certo que a Lei Tutelar Educativa se dirige aos menores e que tem por intuito a educação para o direito de menores carenciados dessa mesma educação, mas ao permitir que a personalidade do menor interfira logo na determinação da questão da

culpabilidade e não simplesmente a jusante, na questão da determinação da medida da pena, pode provocar injustiças que muitos dos impulsionadores da actual dogmática jurídico-penal previram e que tentaram evitar a todo o custo, com um sistema a que alguns chamam, quais velhos do Restelo ou guardiões da moral e honestidade, hipergarantístico, dado que mais vale um Estado que não condena porque não tem a certeza sobre quem cometeu determinado facto lesivo da ordem social instituída, do que um Estado que condena somente para essa condenação funcionar como lenitivo, aplacando a ira eventual de alguma moral dominante.

Nestes Termos, no âmbito das normas constitucionais e regimentais em vigor, as Deputadas e os Deputados do Bloco de Esquerda apresentam o seguinte Projecto de Lei:

Artigo 1º

Altera a Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro.

Os artigos 66º, 71º, 90º e 94º da Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 66º

[...]

- 1- [...]
- 2- *[revogado]*
- 3- [...]
- 4- [...].

Artigo 71º

[...]

- 1- *[revogado]*
- 2- [...]
- 3- [...]
- 4- [...]

5- [...]

Artigo 90º

[...]

O requerimento para abertura da fase jurisdicional contém:

- a) [...]
- b) [...]
- c) [...]
- d) [*revogado*]
- e) [...]
- f) [...]
- g) [...].

Artigo 94º

[...]

1- [...]

2- [...]

3- O despacho que designa dia para a audiência preliminar contém:

- a) [...]
- b) [*revogado*]
- c) [...]
- d) [...]
- e) [...]

4- [...]

5- [...]

6- [...]]»

Artigo 2º

Entrada em vigor

A presente Lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Palácio de São Bento, 18 de Julho de 2006.

As Deputadas e os Deputados do Bloco de Esquerda,