

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
Sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do
Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou
arguidos em processo penal.

Elaborado por Maria Perquilhas

Juiz de direito, docente no Centro de Estudos Judiciários

Janeiro de 2014

I - Pela Exma Senhora Directora Geral da Direcção-Geral da Política da Justiça foi solicitado ao Conselho Superior da Magistratura “os comentários e contributos tidos por convenientes, de forma a habilitar a preparação da posição nacional no quadro das negociações” sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal.

Nessa Sequência e por despacho da Chefe de Gabinete do Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura foi determinada a emissão de parecer sobre a matéria por comunicação electrónica recebida em 21 do corrente mês.

II – Enquadramento:

A presente proposta vinda do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia “tem por objectivo estabelecer garantias processuais para que os menores que sejam suspeitos ou arguidos num processo penal sejam capazes de compreender e de acompanhar o processo, exercendo assim o seu direito a um processo equitativo, bem como prevenir a reincidência e promover a sua integração social” (Considerando 1).

Esta proposta surge na sequência de diploma de igual natureza apresentada pela Comissão, a convite do Conselho Europeu, como de resto é referido no Considerando 4 e tem em conta os Instrumentos Internacionais expressamente indicados nos seus Considerandos.

Como é reconhecido no artº 2º, nº 5 da Proposta e anteriormente pela Comissão Europeia no Livro Verde Relativo às Garantias Processuais concedidas aos suspeitos e às pessoas postas em causa nos processos penais, não existe uma norma europeia ou internacional que fixe uma idade mínima para a responsabilidade penal de uma criança pela prática de factos qualificados como crime.

Cada Estado-Membro fixa (fixou) a idade mínima de imputabilidade penal e a proposta que pretendemos analisar não pretende bulir com tal matéria que continua na disponibilidade de cada Estado-Membro.

A proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal visa estabelecer regras mínimas garantísticas “para que os jovens suspeitos ou arguidos num processo penal sejam capazes de compreender e acompanhar o processo, exercendo assim o seu direito a um processo equitativo, bem como prevenir a reincidência e promover a sua integração social” (considerando 1), contribuindo, com o estabelecimento de regras uniformes, para reforçar a confiança dos Estados Membros nos sistemas de justiça penal dos outros Estados-Membros e melhorar o reconhecimento mútuo das sentenças proferidas em processos penais (considerando 2).

Estes objectivos, que se encontram concretizados nos diversos artigos da proposta, mais concretamente na consagração dos direitos elencados no artº 4º constituem um grande avanço e o reconhecimento de que as crianças – até aos 18 anos – são pessoas particularmente vulneráveis, ainda em desenvolvimento, carecendo por isso mesmo de tratamento processual e substantivo diferenciado e adequado às suas particularidades.

Na verdade, as crianças (e jovens até aos 21 anos cfr. Considerando 10) devem ser alvo de tratamento diferenciado e especializado a todos os níveis – desde o direito à informação à formação dos profissionais com quem toma contacto ao longo do processo penal.

É por isto, sem dúvida, uma proposta de uma importância vital na defesa dos direitos das crianças e jovens, que vai ao encontro dos diplomas internacionais e comunitários e bem assim dos estudos mais recentes sobre as crianças e jovens delinquentes.

O acompanhamento dos jovens pelos seus pais ou por quem exerça tais responsabilidades e a inquirição do jovem por pessoas com especialização (art^{os} 4^o, n^o 7, 15^o e 19^o) são cautelas primordiais quando é já sabido que o contacto com o sistema judicial pode ser estigmatizante.

A proposta não esquece ainda a necessidade de ressocialização e a sua compatibilização com o direito fundamental da criança à educação (art^o 7^o, n^o 1) que se encontra ainda em desenvolvimento e maturação.

As crianças que cometem ilícitos criminais e que por consequência colocam em perigo a sociedade estão eles próprios a maioria das vezes igualmente em perigo. Daí que a lei penal aplicada e aplicável aos jovens deva articular-se com a reeducação – no caso português com a Lei Tutelar Educativa e com a Lei de Promoção e Protecção (aprovadas pela Lei n^o 166/99 de 14 de Setembro e pela Lei n^o 147/99 de 1 de Setembro).

Louva-se a consagração de medidas alternativas à prisão (art^o 11^o), enaltecendo-se o princípio reeducador em detrimento do sancionador, permitindo ao julgador a aplicação ao jovem – mesmo que imputável, tão só de uma medida correctiva ou reeducativa – certamente na linha do entendimento que o contacto atempado e adequado com o sistema de justiça e a possibilidade de aplicação de uma pena pode afastar do jovem o sentimento de impunidade e ser suficiente para o sensibilizar

para o cumprimento das normas básicas de convivência em sociedade de harmonia com o direito. Reflecte ainda a Proposta de Directiva a preocupação por um efectivo tratamento casuístico, diferenciado e adequado às necessidades de ressocialização e de reeducação de cada criança ao prever a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à pena privativa da liberdade, com conteúdo educativo e ressocializador.

Apraz-nos igualmente a consagração do princípio geral da execução da pena prisão em estabelecimentos separados dos adultos tal como a proibição de renúncia da assistência por advogado (fixando-se a irrenunciabilidade deste direito - artº 6º, nº 1 última parte). Em bom rigor os direitos enunciados na Proposta de Directiva são essenciais ao respeito pela condição da criança e dos seus direitos humanos fundamentais sendo por isso de louvar o seu conteúdo apesar de entendermos ser ainda susceptível de aperfeiçoamento.

III. Com vista ao aperfeiçoamento da Proposta de Directiva identificada, somos do seguinte parecer:

1. O âmbito de aplicação da directiva deve ser esclarecido nos termos em que constava da proposta da Comissão, mais concretamente, no artº 2.º 16., onde claramente se estabelece que a directiva não abrange os processos existentes em alguns Estados Membros em que “o menor que comete um ato qualificado como crime não é sujeito a um processo penal mas sim a um outro tipo de processos que podem resultar na imposição de medidas restritivas (nomeadamente medidas cautelares ou de reeducação)”.

Apesar se ter consagrado na Proposta da Directiva que apenas se pretende fixar regras mínimas (imperativas para os Estados-Membros), podendo os Estados-Membros alargar os direitos nela previstos, a simples enunciação deste princípio pode dar lugar a equívocos e dúvidas

de interpretação sobre o seu campo de aplicação mais concretamente no que respeita à sua compatibilização com a restante legislação específica de direito das crianças existente em alguns Estados-Membros. Consideremos o caso Português onde existe processo especial aplicável às crianças que pratiquem actos qualificados como crime entre os 12 e os 16 anos – Lei Tutelar Educativa aprovada pela Lei 166/99 de 14 de Setembro – com regras processuais e substantivas específicas e que têm em conta a condição humana específica da criança; Este diploma legal consagra já a grande maioria dos direitos que surgem enunciados na proposta de directiva, mas no que toca por exemplo à videogravação é omissa apenas impondo a gravação da audiência.

Deve ficar inequívoco o âmbito de aplicação da Directiva que venha a ser aprovada.

2. Direito a ser examinado por um médico – artº 8º da Proposta.

No que respeita a este direito cremos que o mesmo deve ser repensado e alargada a possibilidade de o exame ser realizado também por psiquiatra e/ou por psicólogo.

Esta consideração deve-se ao facto de não raras vezes o médico pedopsiquiatra ou psiquiatra para realizar a avaliação das condições psicológicas do sujeito carecer da colaboração do psicólogo para a realização de testes específicos da psicologia. Por outro lado, e sempre que não sejam apontadas doenças do foro psiquiátrico pode bastar a avaliação do psicólogo sendo desnecessária a avaliação do psiquiatra (a maioria das crianças que praticam actos qualificados pela lei penal como crime apresentam problemas comportamentais que nem sempre são nem derivam de problemas do foro psiquiátrico).

Assim, é nosso entender que o direito consagrado no artº 4º, nº 4 e 8º deve ser revisto e alargado passando a ser “direito a ser observado por um médico, psiquiatra e/ou psicólogo”

3. Alargamento das medidas alternativas elencadas no artº 11º da proposta.

As medidas alternativas são uma mais-valia do projecto de Directiva promovendo a aplicação de medidas em liberdade fundamentando a autonomia e responsabilidade das crianças. Contudo, o elenco pode ser melhorado com: i) inclusão de novas medidas alternativas à pena privativa da liberdade; ii) com a previsão da possibilidade de aplicação conjunta de mais de uma medida.

i) Assim, poderiam ser acrescentadas as seguintes medidas alternativas à pena privativa da liberdade: a) a realização de tarefas a favor da comunidade; b) a reparação ao ofendido; c) a frequência de programas formativos.

ii) No que respeita à cumulação de medidas ela pode permitir substituir a pena privativa da liberdade com a aplicação de medidas que se revelem no caso concreto necessárias à própria protecção da criança e sua reinserção social bem como à prevenção da reincidência. Por exemplo, uma criança que faça parte de um grupo que se dedique ao consumo e venda de substâncias aditivas pode carecer de residir num local fora da sua área habitual de residência, de não contactar determinadas pessoas e de ser sujeita a tratamento médico (desde que obtido o necessário consentimento) e eventualmente frequentar programa formativo (consoante o que resultasse da sua avaliação prevista no artº 7) permitindo-se ao julgador a determinação em concreto de uma medida que se adegue às reais necessidades de ressocialização do jovem.

4. – A Directiva deveria consagrar o direito da criança cumprir a pena privativa da liberdade em casa, sempre que tal cumprimento se mostre compatível com as exigências de prevenção geral e com as necessidades de ressocialização da criança, mediante controlo através de meios electrónicos.

Em Portugal esta possibilidade já se encontra prevista na Lei penal e é susceptível de ser aplicada às crianças (até 18 anos) e aos jovens adultos até 21 anos de idade.

É um passo em frente no caminho contra a estigmatização resultante da aplicação de uma pena privativa da liberdade em contexto institucional e igualmente um factor de prevenção dos efeitos altamente criminógenos das penas de prisão.

5. –A obrigatoriedade de revisão da pena privativa da liberdade e a consagração da possibilidade da sua substituição.

O direito Penal vive entre duas forças que se complementam mas que muitas vezes não são de fácil harmonização: a prevenção geral e a prevenção especial. Mas, quando o facto ilícito é praticado por uma criança a prevenção especial deve sempre prevalecer na exacta medida do que corresponder ao seu superior interesse. O Superior Interesse da Criança não pode nem deve ser afastado mesmo nas situações em que a criança em perigo é igualmente perigosa para a sociedade violando as suas normas mais essenciais. Por isso, e para que tal superior interesse possa e deva ser efectivado, a medida privativa da liberdade deve ser revista devendo ser substituída quando a dívida para com a sociedade não deva prevalecer sobre a reeducação social do jovem.

É usual consagrar-se uma atenuação especial da pena quando o facto ilícito seja praticado por uma criança ou jovem. Mas cremos que a

aplicação deste critério determinativo da medida abstracta da pena, que se traduz numa operação aritmética, não resolve as situações em que a pena privativa deixa de corresponder às necessidades de ressocialização e se traduz em efeitos apenas estigmatizantes e redutores da capacidade de ressocialização.

Uma correcta e periódica avaliação da pena privativa da liberdade permite uma concreta adequação da pena às reais necessidades de ressocialização e educação da criança e sempre que possível fundamentar a alteração da pena por uma mais adequada.

6. – A Directiva deveria estabelecer um prazo máximo de duração do Inquérito inferior à dos adultos, por exemplo 6 meses, como consequência da natureza urgente que a proposta já reconhece aos processos penais respeitantes às crianças.

Esta preocupação deve-se ao facto de crianças com 16/17 anos de idade aguardarem muitas vezes 6 meses a 1 ano em prisão preventiva a realização da audiência de julgamento. Se o Inquérito tivesse como duração máxima 6 meses sempre e conseqüentemente o período de tempo que uma criança espera ou pode esperar pela realização da audiência de julgamento diminui (e aumentam a certeza jurídica e o efeito positivo, responsabilizador e ressocializador da aplicação da pena).

7. – A Directiva deve regular a conexão de processos em duas vertentes:

a) Quando a mesma criança praticar mais do que um facto qualificado pela lei penal como crime deve ser organizado, sempre que possível e em condições a definir pelo direito interno de cada Estado Membro, um único processo.

b) Sempre que um facto penalmente punível seja cometido por várias pessoas em co-autoria e uma delas seja criança deve ser organizado um processo separado relativamente a esta.

Estas considerações fundam-se em considerações várias.

No que respeita ao referido em a) tem-se em vista razões de economia processual, e de proteção da criança contra a realização de várias avaliações e exames, e a realização de vários julgamentos que a organização de vários processos determina.

A separação a que nos referimos b) está relacionada com razões de celeridade processual e de maior adequação do processo à situação específica que a situação de criança exige, evitando-se a sujeição da criança a um julgamento colectivo porque é acusada no mesmo processo que os co-autores adultos que praticaram actos mais relevantes ou contra si têm antecedentes, quando o poderia ser em julgamento singular.

8. - Suspensão do processo

A directiva deveria consagrar a suspensão do processo, de preferência na fase de inquérito após a realização da avaliação prevista no artº 7º e do exame previsto no artº 8º, quando seja de prever que a suspensão é suficiente para a responsabilização e reinserção social, mediante a apresentação de um plano de conduta por parte da criança com vista à sua autonomização e responsabilização.

Esta suspensão pode ficar dependente da natureza do crime e das necessidades de reintegração da criança (se for de prever que a suspensão é suficiente para acautelar as exigências de reintegração do jovem e a prevenção de cometimento de novos crimes), eventualmente com a concordância da vítima (se houver) e sujeita ao cumprimento de obrigações, nomeadamente as indicadas no artº 11º da proposta de Directiva e ainda a realização de tarefas a favor da comunidade,

prestação de actividade a favor do ofendido, ressarcimento do ofendido, frequência de programas formativos, proibição de condução de veículos automóveis ou motorizados durante determinado período, entre outras; Sendo continuado o processo se a criança não cumprir o plano de conduta.

A suspensão do processo na fase de inquérito tem a grande mais valia de evitar que a criança seja sujeita a julgamento quando praticou um acto, que apesar de criminalmente punível, não assume especial gravidade quer no que respeita à natureza do ilícito quer no que respeita ao modo da sua execução, prevenindo-se a produção de efeitos estigmatizantes que decorrem do contacto da criança com o sistema judicial, com o julgamento e em particular os decorrentes da aplicação de uma pena.

Acresce que esta medida importaria uma maior proximidade entre a prática dos factos e a responsabilização da criança, responsabilização onde a mesma teria um papel activo na própria apresentação do plano de conduta o que envolve uma prévia consciencialização da representação do acto, gravidade, ilicitude, necessidade de adequação de conduta e reparação social em geral e/ou ao ofendido em particular.

Por outro lado, este tipo de soluções permitem uma maior racionalização de meios guardando-se os recursos mais escassos e onerosos para as crianças que deles efectivamente careçam sempre em conjugação com as necessidades de prevenção geral.

Finalmente não é de menorizar a celeridade que este tipo de soluções imprimem aos processos e permitem uma proximidade entre a prática do acto qualificado pela lei penal como crime e o início da responsabilização da criança com a suspensão e cumprimento das obrigações a ela associadas.

9. Suspensão da Execução da Pena privativa da liberdade

Não obstante se encontrar consagrada no Direito Penal Português e no Direito Penal da maioria dos Estados Membros, não seria demais a consagração da suspensão da execução da pena ainda que dependente da natureza do crime ou da penalidade aplicada, sujeita eventualmente a regras de conduta (apesar de preferirmos, sempre que a mesma se afigure adequada às necessidades de reeducação e reinserção da criança, a suspensão do processo na sua fase inicial – a fase do inquérito).

Nenhuma outra consideração nos merece a proposta de Directiva, pelo que se submete o presente parecer a superior consideração.

Lisboa, 29 de Janeiro de 2014

As considerações antecedentes tiveram em conta a legislação portuguesa em matéria de direito das crianças, os instrumentos internacionais sobre justiça de crianças, direitos das crianças e direitos humanos, mais concretamente:

- Lei de Promoção e Protecção, aprovada pela Lei 147/99 de 1 de Setembro;

- Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei 166/99 de 14 de Setembro;

- O regime especial penal para jovens, aprovado pelo Decreto-lei nº 401/82 de 23 de Setembro;

- O Código Penal Português;

- Declaração dos Direitos da Criança, Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV) de 20 de Novembro de 1959;

- Convenção Sobre os Direitos da Criança, Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990;

- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – Regras de Pequim, Aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução nº 40/33 de 29 de Novembro de 1985;

- A Convenção Europeia para protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adoptada em Roma a 4 de Novembro de 1950;

E ainda:

O parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A Prevenção da Delinquência Juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13), de 15 de Março de 2006.

Recomendação Rec (2003) 20 do Comité de Ministros

- O Comentário Geral nº 10 (2007) – Direitos da Criança na Justiça Juvenil – do Comité Sobre os Direitos da Criança;

Directrizes do Conselho de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, de 17 de Novembro de 2010