

A DUPLA FACE DE JANUS: AS REFORMAS DA JUSTIÇA E A LEI TUTELAR EDUCATIVA

ÉLIDA LAURIS
PAULA FERNANDO

Tendo como ponto de partida a selectividade dos processos de reforma da justiça, o artigo analisa a justiça de crianças e jovens como objecto privilegiado de tendências reformistas paradoxais, apontando para um movimento centrífugo entre um paradigma punitivo e um paradigma restaurativo. À luz dessas categorias, analisa-se o caso português com ênfase na Lei Tutelar Educativa.

1. O CENTRO E A PERIFERIA NOS PROCESSOS DE REFORMA DO SISTEMA JUDICIAL

O fenómeno da expansão global do poder judicial¹ tem sido reforçado através de um duplo movimento de mobilização do direito e da justiça, que, a diferentes ritmos, contrapõe interesses de preservação, inovação ou alteração do *status quo*. Por um lado, numa influência de sentido *top down*, os tribunais viram-se pressionados a assumirem-se como ferramentas privilegiadas de realização dos objectivos do desenvolvimento económico e como instrumentos de conservação social. Por outro, numa influência de sentido *bottom up*, reclama-se dos tribunais a capacidade, legitimidade e independência² necessárias para actuarem como garantes últimos de direitos, liberdades e garantias e como instrumentos de mudança social³.

¹ Sobre o conceito de expansão global do poder judicial, cf. Tate, C. Nate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London: New York University Press, 1995.

² Cf. Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel L.; Pedrosa, João; Ferreira, Pedro Lopes, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*, Porto: Afrontamento, 1996.

³ Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos identifica dois grandes campos de luta na definição do papel da justiça e das reformas jurídicas na actualidade. Por um lado, um campo hegemónico, cujos protagonistas são o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes agências multilaterais e internacionais de ajuda ao desenvolvimento. Este campo concentra grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo — vinculando-se aos

Nos diferentes países, as funções dos tribunais têm sido alteradas por reformas vacilantes no direito e na justiça que, ao se debaterem entre aqueles dois pólos contrapostos, fazem oscilar o papel dos tribunais entre a governação e a emancipação social. Na primeira perspectiva, integram-se aquelas reformas que pretendem responder às renovadas exigências de celeridade e eficiência. Ao procurar dar-se resposta à explosão da litigação e às necessidades dos litigantes frequentes⁴, ataca-se a morosidade do sistema, de modo a garantir a rápida resolução da litigação clássica (contratos, dívidas)⁵. No âmbito do controlo social, o investimento é, sobretudo, na segurança, seja internacional seja interna, como factor de estabilidade económica e social. Restringem-se, por exemplo, os direitos e garantias de defesa face às especiais características de certos factos, como os actos terroristas, e endurece-se a resposta sancionatória.

Na segunda perspectiva, a mobilização do direito e da justiça é estimulada com a ampliação dos meios de acesso ao direito e aos tribunais, seja através do apetrechamento dos sistemas de assistência jurídica e judiciária, num movimento de universalização do acesso, seja através da afirmação dos direitos colectivos e difusos e da atenção especial aos grupos sociais mais vulneráveis⁶. Surgem, como medidas de controlo social, o incentivo ao envolvimento da comunidade e da vítima no processo de pacificação social e de

negócios, aos interesses económicos — e reclama uma justiça eficiente, célere, que permita, efectivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. Por outro lado, um campo contra-hegemónico em que actuam os cidadãos que tomaram consciência dos direitos trazidos sobretudo pelos processos de mudança constitucional — nomeadamente direitos sociais e económicos — e vêem na utilização do direito e dos tribunais uma ferramenta de mudança social. O campo contra-hegemónico indaga qual o papel dos tribunais perante as aspirações dos cidadãos marginalizados a serem incluídos no contrato social. Cf. Santos, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2007; e, ainda, Santos, Boaventura de Sousa, “Direito e democracia. A reforma global da justiça”, in Pureza, José Manuel e Ferreira, António Casimiro (org.), *A teia global: movimentos sociais e instituições*, Porto: Edições Afrontamento, 2002).

⁴ Para uma definição de litigantes frequentes e litigantes esporádicos, cf. Galanter, Marc, «Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the limits of legal change», *Law and Society Review*, 9, 1974, p. 95-160. Como refere Boaventura de Sousa Santos *et al.*, reportando-se às noções de *repeat players* e de *one shot players* de Galanter, “o que faz com que um litigante seja frequente ou esporádico é, não apenas, o tipo de litígio em que está envolvido, mas também a sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam distinta — menos custosa e mais próxima — a sua relação com o tribunal. O tipo ideal de litigante frequente é, de acordo com Galanter, o que tem tido e prevê que vai ter litígios frequentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para prosseguir os seus interesses de longo prazo. Pelo contrário, o litigante esporádico é aquele cujo valor do litígio é demasiado importante, relativamente à sua dimensão, ou demasiado pequeno, relativamente ao custo da reparação, para poder ser gerido de forma racional e rotineira” (cf. Santos, nota 2, p. 1).

⁵ Leitão Marques, Maria Manuel; Pedroso, João e Gomes, Conceição, «The Portuguese System of Civil Procedure», in A. A. S. Zuckerman (org.), *Civil Justice in Crisis — Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁶ Cf. Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *O acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

resolução do litígio⁷ e o recrudescimento de penas alternativas às privativas da liberdade⁸.

As reformas da justiça em Portugal não foram indiferentes àquelas influências. Exemplos típicos da primeira perspectiva são as sucessivas reformas da acção executiva (2003 e 2008), as medidas de descongestionamento dos tribunais (17 medidas para desbloquear a acção executiva, de 2005; Planos de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais de 2005 e 2007)⁹ e, no âmbito do controlo social, a Lei de combate ao terrorismo, em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, e a Lei de combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

Na segunda perspectiva acima referida, surgiu, com especial expressão, a reforma do contencioso administrativo, em 2004, que, de uma jurisdição altamente limitativa no acesso e na efectivação dos direitos dos cidadãos face à Administração, se transforma em jurisdição privilegiada para acolher litígios classicamente afastados da cena judicial, relacionados com o reconhecimento dos direitos de terceira geração e abrindo as portas às acções populares e colectivas. Por outro lado, é também neste âmbito que se insere a criação de um estatuto diferenciado da vítima de violência doméstica, através da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

É nestas reformas que os tribunais passam a habitar o centro da atenção pública, submetendo-se, por um lado, ao escrutínio público do seu desempenho e, por outro, avançando para a resolução de litígios cujas fronteiras entre o jurídico, o social e o político são bastante mais ténues. Os tribunais passam a ser vistos como meios e objecto de responsabilização social, convocando exigências de transparência e de controlo, quer da actuação política, quer do seu próprio desempenho.

Pressionados pela necessidade de dar uma solução ao aumento exponencial da procura, surgem reformas de carácter tecnocrático¹⁰. O objectivo

⁷ Cf. Pedroso, João; Trincão, Catarina; Dias, João Paulo, *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁸ Cf. Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *As Tendências da Criminalidade e das Sanções Penais na Década de 90 — Problemas e bloqueios na execução das penas de prisão e da prestação de trabalho a favor da comunidade*, Coimbra: CES/OPJ, 2002.

⁹ Sobre as respostas ao fenómeno da litigância de massa na justiça civil portuguesa e a alteração do papel do juiz, cf. Matos, José Igreja, *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹⁰ Cf. Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*, Coimbra: CES/OPJ, 2008, e Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *A Gestão nos Tribunais. Um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*, Coimbra: CES/OPJ, 2010.

fundamental destas reformas é apetrechar a resposta judicial, dotando o sistema de mecanismos de racionalidade gestonária e de administração. Na medida em que contribuem para uma resolução mais célere dos conflitos, estas reformas podem também responder, de modo instrumental, às exigências de um sistema judicial mais acessível. Exemplo, em Portugal, deste tipo de reformas é instituída pela recente Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, aprovada pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que procura não só racionalizar a distribuição geográfica das respostas judiciais e estabelecer critérios de especialização na criação de tribunais e na colocação de magistrados, mas também desenvolver um modelo de proximidade na gestão dos tribunais¹¹.

Os movimentos de informalização da justiça e desjudicialização, por sua vez, sofrem de uma ambiguidade estrutural¹², que se relaciona com a dualidade do próprio formalismo jurídico. O formalismo jurídico que se expressa na sua dimensão processual e na profissionalização dos operadores assume, por um lado, uma quota-parte de responsabilidade pelo elitismo e pela inacessibilidade do sistema de justiça e, nesse sentido, contribui para a não transformação das relações de poder. Com o desvio de alguns litígios dos tribunais, estes protegem-se da pressão e visibilidade social.

Por outro lado, aquele formalismo impede que as diferenças de classe, de capacidade económica e de poder se repercutam directa ou indirectamente na tramitação dos litígios, actuando como uma garantia de tratamento igual do cidadão e contra o exercício do poder arbitrário do Estado¹³.

Os propósitos de informalização e de desjudicialização adequam-se tanto ao ideal de maior acessibilidade e abertura do sistema como aos objectivos de racionalização da política pública. Num sentido, significa o recuo da expansão do Estado com a devolução à sociedade civil de áreas de acção social por ele anteriormente apropriadas, desviando, para outras estruturas judiciais ou parajudiciais, conflitos que podem ser resolvidos com custos económicos ou sociais baixos¹⁴. No entanto, a inexistência do formalismo enquanto garantia do cidadão pode repercutir-se em fragmentação e proliferação social nos casos dos litígios que revelam diferenças estruturais de poder entre as partes (inquilino/senhorio, consumidor/produtor, trabalhador/patrão)¹⁵.

¹¹ Sobre a reforma da organização e gestão judiciária introduzida pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, cf. Santos, nota 10, p. 4, e Matos, nota 9, p. 4.

¹² Cf. Santos, Boaventura de Sousa, «A Participação Popular na Administração da Justiça no Estado Capitalista», in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (org.), *A participação Popular na Administração da Justiça*, Lisboa: Livros Horizonte, 83-98, 1982.

¹³ De acordo com Garapon, o “ritual judicial” pode ser valorizado pela segurança jurídica e imparcialidade que transfere aos procedimentos, mas também opera assimetrias e demarca a diferenciação e a superioridade dos profissionais do direito. Garapon, Antoine, *Bien juger — Essai sur le ritual judiciaire*, Paris: Odyle Jacob, 1997.

¹⁴ Cf. Garapon, Antoine, *O Guardador de Promessas — Justiça e Democracia*, Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹⁵ De acordo com Boaventura de Sousa Santos, nos litígios que com mais frequência são desviados para a justiça informal e, conseqüentemente, desprofissionalizados, detecta-se duas

Noutro sentido, pode vulnerabilizar o sistema expondo-o a áreas eventualmente susceptíveis a maior pressão social. Daí que a informalização e a desjudicialização sejam promovidas de forma circunscrita, isto é, numa acção de dentro para fora, em que o próprio Estado determina as áreas relativamente às quais o sistema judicial clássico recuará ou, de fora para dentro, numa acção em que são os próprios agentes económicos que elegem as áreas que subtrairão à apreciação judicial, entregando-as a meios privados de resolução de litígios (a arbitragem). O movimento de desjudicialização de fora para dentro, apesar de investir na construção de lugares aparentemente exteriores à justiça, como forma de fugir aos problemas relacionados com a morosidade e a falta de especialização em áreas altamente exigentes do ponto de vista técnico, mantém em comum o seu método e o carácter ritualizado¹⁶.

A composição dos diferentes modelos de reforma da justiça revela-se em permanente tensão. As tendências de informalização são mantidas à margem do sistema e o reforço do papel dos tribunais, quer na governação, quer na emancipação social, é levado a cabo de forma selectiva e variável. Assim, nas diferentes áreas do direito, o Estado vai distribuindo pelo centro e pela periferia do sistema judicial as apostas ora na retórica, procurando a pacificação social, ora na burocracia e na violência¹⁷, empenhando-se na realização dos valores da justiça¹⁸.

Dada a ambiguidade estrutural do formalismo jurídico, os movimentos de informalização e de desjudicialização apresentam manifestações distintas. Por um lado, podem apresentar-se como factores de ampliação de acesso à resolução de conflitos que não constituíam procura do sistema judicial clássico. Reportamo-nos aqui àquelas questões em que, dado o seu carácter económico

características essenciais: o carácter rotineiro e a existência de diferenças estruturais de poder. Nos casos em que há diferenças estruturais de poder, elas reflectem-se nas soluções de compromisso. Assim, o resultado da introdução de mecanismos de desjudicialização ou informalização nestas situações podem resultar no que denomina de conciliação repressiva. Cf. Santos, nota 12, p. 5.

¹⁶ Cf. Garapon, nota 14, p. 5.

¹⁷ De acordo com Boaventura de Sousa Santos, são três as componentes estruturais do direito: a burocracia, a retórica e a violência. Enquanto formas de comunicação e estratégias de tomas de decisões, aquelas componentes distinguem-se pelos recursos que mobilizam. Assim, a retórica baseia-se na persuasão ou convicção, mediante a mobilização do potencial argumentativo. Na prática jurídica, reflecte-se no acordo amigável de litígio, na mediação, na conciliação, entre outros. A burocracia recorre a imposições autoritárias através do recurso a procedimentos regularizados e a padrões normativos. A violência, por seu turno, funda-se na ameaça da força física. Dado o carácter autoritário do formalismo jurídico, este mescla burocracia e violência na emanação impositiva da decisão (cf. Santos, Boaventura de Sousa, *Sociologia Jurídica Crítica: para um nuevo sentido común en el derecho*, Madrid: Trotta, 2009).

¹⁸ Cunha Rodrigues distingue entre os dois objectivos centrais da justiça na resolução de conflitos: pacificação social e realização dos valores da justiça, associando o primeiro aos modelos que permitem alcançar um solução negociada ou de consenso e o segundo àqueles que obrigam a uma procura exaustiva da verdade, configurando a decisão uma emanação impositiva (Cf. Rodrigues, José Narciso da Cunha, *Recado a Penélope*, Lisboa: Sextante Editora, 2009).

diminuto e o menor potencial ofensivo, os mobilizadores são duplamente vitimizados¹⁹ no acesso aos tribunais²⁰.

Em segundo lugar, aquelas reformas, quando introduzidas para resolução de conflitos em que existe uma diferenciação estrutural de poder entre as partes, apartam as virtualidades de tratamento igual asseguradas pela tramitação típica da justiça ritualizada, gerando desequilíbrios²¹.

Por último, surgem como superação da insuficiência da resposta judiciária a determinados conflitos. Ante a constatação da impossibilidade de uma resposta unívoca por parte do sistema judicial, aposta-se num modelo híbrido, com libertação do espartilho do formalismo jurídico. Nesta última manifestação dos movimentos de informalização e desjudicialização, inserem-se as transformações mais recentes e as recomendações internacionais na área da justiça de crianças e jovens.

2. O MOVIMENTO CENTRÍFUGO DE REFORMA DA JUSTIÇA DE CRIANÇAS E JOVENS

Nos últimos vinte e cinco anos, a justiça de crianças e jovens e, especialmente, aquela especificamente dirigida ao fenómeno da delinquência juvenil tem sido alvo de tendências bipolares de reforma. Por um lado, defende-se a responsabilização e o endurecimento das respostas sancionatórias aos factos praticados por crianças e jovens qualificados pela lei penal como crime.

¹⁹ As causas que envolvem quantias relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade (cf. Cappelletti; Garth, nota 6, p. 3). Se é certo que os bloqueios económicos, sociais e culturais ao acesso à justiça são gerais, não é menos verdade que as classes populares sofrem uma dupla vitimização. Neste sentido, a justiça é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis (em regra, partes em acções de menor valor) e a lentidão dos processos é ainda sentida como um custo adicional. O distanciamento cultural e geográfico dos tribunais é igualmente mais acentuado para os mais pobres, que, para além disso, apresentam um défice mais elevado no que respeita ao conhecimento dos direitos e das garantias jurídicas existentes. Cf. Santos, Boaventura de Sousa, "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21, 11-37, 1987.

²⁰ Veja-se o caso da evolução da justiça de paz em Portugal. Apesar do seu crescimento, sobretudo devido à massificação de determinados tipos de acções nos centros urbanos (por exemplo, acções de dívidas de condomínio), a penetração deste modelo de justiça em outras áreas é pouco significativo. Cf. Santos, Boaventura de Sousa, (coord.). *Desafios à justiça de proximidade: avaliação do funcionamento dos julgados de paz*. Coimbra: CES/OPJ, 2009.

²¹ Esta é uma crítica frequentemente apontada ao alargamento do sistema de mediação laboral, efectuado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 6 de Novembro, no sentido de dispensar a apresentação de uma acção judicial em matéria de acidentes de trabalho quando, após a realização dos exames médicos necessários, exista acordo entre trabalhador e empregador e decisão favorável de entidade administrativa ou equivalente. O trabalhador, parte mais fraca, deixa de poder recorrer ao auxílio do Ministério Público, não só na descoberta de factos essenciais para a determinação do valor indemnizatório, mas ainda no acesso à informação.

O centro do sistema de justiça de crianças e jovens vai progressivamente assumindo respostas típicas do sistema penal de adultos²², aí bebendo as suas inspirações primárias. Por outro, aposta-se, claramente, em abordagens restaurativas e na criação de mecanismos de diversão²³ naquelas situações marginais em que existe um menor potencial ofensivo²⁴.

Assiste-se, assim, a um movimento que designamos de movimento centrífugo das reformas da justiça de crianças e jovens. Para os casos de menor danosidade social, procuram-se respostas para o fenómeno da delinquência juvenil fora do sistema judicial, numa busca pela resposta multi-sistémica, envolvendo os diversos factores de socialização do jovem: a família, a escola, a comunidade e as redes de sociabilidade. A responsabilização do jovem tende a ser alcançada pelo compromisso deste na resolução do litígio a que deu causa, bem como pelo envolvimento da própria vítima com vista à pacificação social.

Para os casos de delinquência mais grave, reforça-se o paradigma punitivo, elevando a segurança a valor fundamental a alcançar com a resposta do sistema judicial. Reclama-se o abaixamento da idade de imputabilidade penal, defende-se o alargamento da duração das medidas privativas da liberdade e transpõem-se para o sistema de crianças e jovens soluções pensadas para o sistema penal de adultos, como, por exemplo, a vigilância electrónica.

Esta bipolaridade das tendências de reformas relacionadas com a delinquência juvenil varia de acordo com as escalas de responsabilidade sobre o fenómeno. A uma escala transnacional, em que o impacto da responsabilidade política pela opção do modelo de intervenção sobre a delinquência juvenil é ténue, a opção é claramente assumida no primeiro sentido apontado.

A título de exemplo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), adoptadas em 1985 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, apostam no recurso aos meios extrajudiciais, como forma de superar o formalismo judicial e evitar a estigmatização do jovem, bem como realçam o papel da comunidade na aplicação de medidas alternativas e de reeducação. Em 1990, com a adopção pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Resolução n.º 45/112, referente aos Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade), a importância das políticas de prevenção da criminalidade, tendo em conta os diversos factores de socialização do jovem, é realçada, sublinhando-se o carácter fundamental de medidas que evitem criminalizar e penalizar jovens por comportamentos que

²² Sontheimer, H. What future for “public safety” and “restorative justice” in community corrections? Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, 2001.

²³ Butts, J.; Buck, J. Teen Courts: A focus on research. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

²⁴ Cf. Bergseth, Hathleem, e Bouffard, Jeffrey A., «The long-term impact of restorative justice programming for juvenile offenders», in www.sciencedirect.com, acedido em 14 de Maio de 2010.

não causem danos sérios ao seu desenvolvimento ou que não prejudiquem terceiro. Em 2007, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que aprova a Resolução ECOSOC 2007/23 sobre a reforma da justiça de crianças e jovens, exorta os Estados a estimular a utilização de mecanismos de desjudicialização, de justiça restaurativa e de medidas substitutivas do internamento.

Também no âmbito do Conselho da Europa, as preocupações no sentido da ampliação e incentivo das medidas de diversão, de desjudicialização e de mediação colocaram-se no centro da agenda de reforma na justiça de crianças e jovens que praticassem factos qualificados pela lei penal como crime. Destacam-se a Recomendação, sobre “Reacções Sociais à Delinquência Juvenil”, adoptada pelo Comité de Ministros em 1987, a Recomendação sobre “Uma política social Dinâmica em Favor das Crianças e Adolescentes em Meio Urbano”, aprovado pela Assembleia Parlamentar de Setembro de 1997, e Recomendação 2003(20), adoptada pelo Comité de Ministros.

Em 2007, o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução, de 21 de Junho de 2007: sobre o papel da mulher, da família e da sociedade e aí defende-se o necessário envolvimento dos factores de socialização anteriormente expostos.

A uma escala nacional, em que os órgãos decisores se encontram mais expostos às pressões dos alarmes sociais associados a fenómenos de delinquência juvenil, superlativados pela cobertura mediática, a oscilação entre a introdução de medidas no âmbito de um paradigma restaurativo ou de diversão e o reforço do paradigma punitivo é evidente.

A título de exemplo, em Espanha, a mais recente reforma na lei de responsabilidade penal de crianças e jovens, efectuada em 2006, tanto prevê hipóteses de endurecimento das medidas sancionatórias, no caso de delitos graves e delitos praticados em grupo, quanto promove o direito de informação e indemnização da vítima, prevendo, ainda, a conciliação entre esta e o infractor através da mediação²⁵. Nos Estados Unidos, a implementação de experiências de justiça restaurativa para crianças e jovens está em permanente tensão com o movimento de muitos tribunais no sentido de uma abordagem criminalizadora. Assim, se, nalguns estados, se verifica a incorporação da linguagem da justiça restaurativa, com investimento em formação especializada, planeamento estratégico e introdução de programas piloto neste âmbito, noutros casos, vê-se uma ênfase menor na reabilitação e na restituição e um destaque mais acentuado para o papel acusatório do Ministério Público²⁶.

De entre os autores dos estudos sobre delinquência juvenil e justiça, os modelos de justiça restaurativa têm vindo a ser destacados pelo seu potencial em promover uma intervenção equilibrada em que as necessidades das vítimas e da comunidade se conjugam com o superior interesse da criança.

²⁵ Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *Entre a lei e a prática: subsídios para um reforma da lei tutelar educativa*, Coimbra: CES/OPJ, 2010.

²⁶ Bazemore, Gordon. “Crime victims and restorative justice in juvenile courts: Judges as obstacle or leader?” *Western Criminology Review*, 1(1).

De acordo com a teoria restaurativa, a justiça é melhor servida quando as necessidades da vítima, da comunidade e do infractor se encontram e todos são envolvidos no mesmo processo²⁷.

O aspecto distintivo da justiça restaurativa face ao método tradicional de tratamento da delinquência radica especialmente na dicotomia entre *retribuição* (de acordo com a filosofia “olho por olho, dente por dente”) e *restauração* (reparar os danos associados ao crime). Outras diferenças inerentes aos programas de justiça restaurativa relacionam-se, em particular, com a definição de crime, com os procedimentos adoptados e com o papel dado às vítimas. Enquanto numa aceção tradicional o crime é visto como uma ofensa contra o Estado, a abordagem restaurativa enfatiza os danos e prejuízos causados à comunidade e à vítima. Se, no processo criminal clássico, a actuação da vítima restringe-se a um papel limitado ou passivo, na lógica restaurativa, a vítima e a comunidade assumem o protagonismo do processo, as vítimas são encorajadas à participação activa, inclusivamente através de encontros com o infractor. A ênfase do processo de justiça restaurativa é, portanto, promover a mudança e a assunção de responsabilidade pelo infractor de modo a encontrar as necessidades das vítimas, adoptando a estratégia de reunir aqueles mais afectados pelo acto danoso, para discutir suas repercussões e desenvolver um plano para reparar os prejuízos causados. Dado o seu carácter distintivo face ao processo criminal tradicional, a justiça restaurativa é defendida pelas vantagens que oferece no que concerne a corresponder às necessidades das vítimas, fortalecer a comunidade e reduzir potencialmente a reincidência dos infractores²⁸.

Na prática, a justiça restaurativa envolve um conjunto de estratégias que reúnem os mais afectados pelo evento criminoso em processos não-adversariais. Os programas de justiça restaurativa albergam diversas estratégias, incluindo a mediação vítima-infractor, conselhos comunitários reparadores e mediações familiares. Estas estratégias partilham aspectos dos processos de informalização, promoção da decisão pelo consenso, adopção de métodos não adversariais e reforço de medidas reparadoras tendo por base a comunidade.

A justiça de crianças e jovens, especialmente no que concerne à resposta aos fenómenos de delinquência juvenil, ante a incapacidade do modelo adversarial tradicional para a sua resolução, constitui, hoje, um campo fértil para a adopção de mecanismos típicos da justiça restaurativa.

Em Portugal, a reforma do direito de menores, exteriorizada pela publicação das Leis de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro) e Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro), surge em comunhão com o ideário da justiça restaurativa, mas, também, numa época em que as experiências de mediação em Portugal eram tímidas, o que condicionou, em parte, as soluções legislativas encontradas.

²⁷ Bazemore, nota 26, p. 10.

²⁸ Bergseth e Bouffard, nota 24, p. 8.

3. A LEI TUTELAR EDUCATIVA: ENTRE A PACIFICAÇÃO SOCIAL E A REALIZAÇÃO DOS VALORES DA JUSTIÇA

A Lei Tutelar Educativa (LTE) constitui um marco de convergência das várias tendências de reforma das respostas judiciais à delinquência juvenil. Tributária de um modelo de responsabilização, sancionatório, não penal, acolhe no seu seio, por um lado, a afirmação do formalismo judiciário como forma de alcançar a igualdade e de assegurar as garantias constitucionalmente previstas do jovem e, por outro, incorpora soluções de diversão e de informalização dentro do próprio processo²⁹. Neste segundo sentido, alerta-se expressamente para a necessidade de os actos praticados no processo deverem, não só beneficiar da presença do jovem, mas essencialmente permitirem a sua participação activa, fomentando a necessidade de utilização de linguagem simples e clara³⁰.

Do elenco das nove medidas tutelares educativas passíveis de serem aplicadas, destaca-se, pelo seu valor simbólico, a existência de apenas uma medida com potencialidade reparadora (a reparação ao ofendido) e de uma medida que se centra na devolução à comunidade de uma mais-valia social pelo jovem infractor (a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade).

Por outro lado, prevêem-se, ainda, soluções restaurativas e de diversão, abrindo-se a porta à suspensão do processo, como mecanismo de resposta aos actos de menor danosidade social, evitando a submissão do menor a uma audiência e permitindo a mobilização dos membros mais próximos da convivência social do menor à participação na resolução da situação-problema, e uma ainda pequena janela à mediação.

Não obstante a aparente amplitude com que se prevê o recurso à mediação prevista no artigo 42.º da LTE, que permite a determinação pela autoridade judiciária competente, e por iniciativa desta, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor, da cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação, em qualquer

²⁹ Sobre a ruptura do modelo estabelecido pela Organização Tutelar de Menores pela LTE, cf. entre outros, Santos, Boaventura de Sousa (coord), *Os Caminhos Difíceis da «Nova» Justiça Tutelar Educativa: uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: CES/OPJ, 2004; Gersão, Eliana, «A Reforma da organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997; Moura, José Adriano Souto de, «A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos», in *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Lisboa, 2000; Pedroso, João e Fonseca, Graça, «A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem... para que margem?», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 55, 1999; Rodrigues, Anabela e Duarte-Fonseca, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora: 2003.

³⁰ A título de exemplo, prevê-se expressamente que compete ao juiz assegurar que o decurso dos actos seja acessível do ponto de vista cognitivo ao jovem, tendo em conta a sua idade e o seu grau de desenvolvimento intelectual e psicológico (cf. artigos 99.º, n.º 1, e 104.º, n.º 1), bem como a necessidade de a decisão ser explicada ao menor (cf. artigo 113.º, n.º 3).

altura do processo e para a realização das finalidades do processo, a mediação tem ocupado um espaço marginal como instrumento de resposta a fenómenos de delinquência juvenil.

A titubeante posição da LTE face à mediação manifesta-se, paradoxalmente, na fraca expressão normativa de integração da mediação no processo tutelar educativo, que a reconhece como diversão (como meio de alcançar a suspensão do processo — artigo 84.º, n.º 3) ou como forma de obter um consenso quanto à medida tutelar a aplicar na audiência preliminar (artigo 104.º, n.º 3, alínea *b*). A mediação ora é configurada como um mecanismo possível, cuja determinação está sujeita ao poder discricionário do juiz³¹ ora exige a iniciativa do próprio jovem, seus pais, representante legal ou quem tiver a sua guarda de facto³².

Aquela posição titubeante relativamente à mediação manifesta-se, ainda, no papel encontrado para a vítima no processo tutelar educativo. O actor principal de todo o processo é o jovem infractor. A ideia de responsabilização e de compromisso do jovem assume-se, desde logo, no ónus que a letra da lei faz sobre o mesmo impender na apresentação do plano de conduta com vista à suspensão do processo. A lei mostra, assim, abertura a este mecanismo de diversão, mas coloca sobre o jovem infractor a responsabilidade pelo seu despoletamento.

À vítima devolve-se a intervenção em dois momentos que, apesar de centrais, não assumem a densidade possível e experienciada nos modelos de justiça restaurativa: em primeiro lugar, quando se trate de factos qualificados pela lei penal como crimes dependentes de queixa ou de acusação particular, confere-se à vítima o poder de fazer accionar os meios judiciais; em segundo lugar, na participação na mediação, com as limitações práticas de aplicação efectiva.

Na Lei Tutelar Educativa, apesar das aproximações aos modelos restaurativos, o protagonista da sua execução é o Estado, sendo o papel da vítima marginalizado e fragmentado em momentos específicos de intervenção condicionada. A vítima e a comunidade não se erigem, deste modo, em participantes activos da sucessão de actos do processo nem em membros activos do desenho da solução concreta encontrada.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo introduzimos o conceito de reformas vacilantes para analisar os movimentos de reforma na área da justiça de crianças e jovens. A dicotomia encontrada entre o papel dos tribunais, enquanto instrumento de governação e enquanto instrumento de emancipação social, foi explorada no sentido

³¹ No âmbito da audiência preliminar.

³² No âmbito da suspensão do processo.

de identificar as tendências da reforma que, em diferentes áreas, têm segmentado as funções dos tribunais entre os propósitos de pacificação social e de realização dos valores da justiça. Os movimentos de informalização e desjudicialização da justiça foram invocados como exemplos privilegiados da ambiguidade estrutural e da multiplicidade de objectivos que guia, actualmente, a política pública de justiça.

A justiça de crianças e jovens foi analisada em profundidade por se revelar um campo fértil de experimentação de diferentes tendências de reforma. Às tensões e contraposições das reformas no âmbito da justiça de crianças e jovens denominamos movimento centrífugo de um paradigma punitivo para um paradigma restaurativo. Se a uma escala transnacional identifica-se uma tendência unívoca das recomendações no sentido da assunção do paradigma restaurativo, a uma escala nacional as reformas revelam-se paradoxais, oscilando entre aqueles dois pólos.

Demonstrámos que o caso português não constitui excepção àquele pendor dicotómico. A análise da Lei Tutelar Educativa demonstra que, apesar do propósito sancionatório não penal, tendo como fundamento orientador a educação do menor para o direito, o Estado detém a centralidade do processo tutelar educativo, desviando o envolvimento da vítima e da comunidade para a sua periferia.