



## **O espaço de intervenção do advogado no processo**

### **tutelar**

#### **A função do advogado no processo tutelar educativo**

O acesso ao advogado - ou, dito de outro modo, a real e efectiva assistência por patrono ou defensor - é um elemento essencial de garantia da qualidade da justiça, dos direitos do cidadão e, claro, também, dos menores, dos seus familiares e das vítimas dos menores. Vejamos a norma legal prevista na Lei Tutelar Educativa (LTE) no que respeita ao menor, seus pais ou representante legal:

#### **Artigo 46.º**

##### **Defensor**

- 1 – O menor, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto podem constituir ou requerer a nomeação de defensor, em qualquer fase do processo.
- 2 – Não tendo sido anteriormente constituído ou nomeado, a autoridade judiciária nomeia defensor no despacho em que determine a audição ou a detenção do menor.
- 3 – O defensor nomeado cessa funções logo que seja constituído outro.
- 4 – O defensor é advogado ou, quando não seja possível, advogado estagiário.
- 5 – A nomeação de defensor deve recair preferencialmente entre advogados com formação especializada, segundo lista a elaborar pela Ordem dos Advogados.

Como bem se refere na exposição de motivos da Lei Tutelar Educativa há que respeitar limiares de transparência e de democraticidade do processo tutelar. Não tendo a medida tutelar finalidade retributiva e devendo os objectivos de prevenção ou de defesa social ser plasmados num critério que compreenda funções educativas, de reinserção, de pacificação social e de estabilização das expectativas comunitárias relativas à vigência das



normas, o papel do defensor irradia para áreas de diversa raiz e densidade.

É função do defensor assistir o menor naquilo que é o seu direito irrecusável a opor-se à imputação do facto. Este direito, que as correntes proteccionistas descutam, é inerente à dignidade do menor como pessoa. E, acrescentamos, é um imperativo de justiça e de cidadania. O argumento de que o facto é meramente sintomático ignora que o evento típico não é sociologicamente neutro e que, pelo contrário, é sempre possuidor de um determinado potencial de estigmatização. Não há pior exemplo para um jovem do que ser sujeito a uma perseguição ou injustiça principalmente por aqueles que têm o dever de a administrar profissionalmente e aplicar em nome do povo.

Em segundo lugar, cabe ao defensor assistir o menor perante uma ameaça de intrusão do Estado que se analisa em dois momentos: o da verificação da necessidade de medida tutelar e, só depois, o da determinação da espécie e ou do grau da medida a aplicar. Nos dois momentos, há uma intromissão nas esferas individual e uma ameaça de interferência na autonomia de vontade e na forma de condução de vida do menor. O menor tem o direito de ser opor à pretensão do Estado, por si ou através dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto. Mas há também um outro momento não menos importante, precisamente o do acompanhamento próximo da execução da própria medida.



Em terceiro lugar, a função do defensor não pode deixar de alargar-se ao próprio ambiente familiar porque é aí que a personalidade do menor se revela ou se oculta e que o facto típico se apresentará ou não como determinante. A função do defensor deverá então revestir-se de profundidade na observação e de subtileza na acção para que a justiça possa avaliar correctamente se, e até que ponto, a família “está do lado” do interesse do menor. E não terá o seu múnus que ficar circunscrito aos espaços do direito e do judiciário. Há deveres de função e de cidadania que vão para além do estritamente jurídico.

Assegura-se o princípio da defesa técnica, numa clara preocupação de uma defesa eficaz dos direitos em causa. Indo mais longe, o legislador acolhe a preferência pela nomeação de advogados com formação especializada, segundo lista a elaborar pela Ordem do Advogados. Como já defendi é importante que a formação inicial e a formação contínua se debrucem especificamente sobre estas matérias e, sobretudo, que se regule e desenvolva a especialização nestes domínios.

### **A obrigatoriedade da assistência por defensor**

O menor pode constituir defensor em qualquer momento ou em qualquer acto ou fase do processo, sendo que só é obrigatório nomear-lhe um nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade de assistência de defensor.



A obrigatoriedade da assistência por defensor (constituído, nomeado a requerimento ou por autoridade judiciária) encontra a sua razão de ser na necessidade de garantir ao menor, seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto a defesa eficaz dos seus direitos.

É obrigatória a assistência por defensor nos casos de audição do menor: no primeiro interrogatório do menor detido (cfr. art. 55.º); em qualquer caso de audição do menor (detido ou em liberdade), na fase de inquérito (por força do n.º 2 do art. 46.º), e mesmo que audição tenha lugar a requerimento do próprio menor (cfr. art. 54.º, n.º 2, al. a)), por interpretação extensiva daquele n.º 2, do art. 46.º; cfr., ainda, art. 77.º); e na fase jurisdicional (por força do n.º 1 do art. 101.º; cfr. arts. 105.º, 106.º, 107.º e 109.º) sendo certo que, em qualquer dos casos, se o menor tiver de ser detido para ser ouvido (art. 51.º, n.º 1, al. b)), a obrigatoriedade de assistência do defensor também decorre do n.º 2 do art. 46.º.

É ainda obrigatória a nomeação de defensor no despacho que determine a detenção do menor (art. 46.º, n.º 2), isto é, nos casos de detenção previstos no art. 51.º, n.º 1, als. b) e c), quando não tiver sido anteriormente constituído ou nomeado.

Finalmente, é também obrigatória a assistência de defensor no caso de aplicação e revisão de medidas cautelares (cfr. art. 59.º, n.º 2, e § 4, e art. 61.º, n.º 3) e em audiência preliminar e audiência (arts. 101.º, n.º 1, e 120.º).



Nestes casos é imprescindível o advogado, nos restantes é importante.

### **Breve sinopse da tramitação do processo tutelar educativo**

O processo tutelar inicia-se com a *notícia da infracção*, geralmente por meio de auto de notícia ou através de denúncia.

O auto de notícia corresponde à constatação de um ilícito típico por uma entidade ou autoridade policial.

A denúncia pode ser feita por qualquer pessoa, à excepção daquela que incida sobre factos qualificados como crimes particulares ou semipúblicos, relativamente aos quais a denúncia tem que provir do ofendido.

O auto de notícia tem que ser elaborado sempre e a denúncia é de carácter obrigatório para os órgãos de polícia criminal e funcionários em exercício de funções, pelo que a simples notícia do facto implica, obrigatoriamente, a abertura do respectivo inquérito, sob a direcção do Ministério Público.

Uma vez aberto o inquérito, e se não estivermos perante um caso de arquivamento liminar, o menor é sempre ouvido com a maior brevidade possível pelo Ministério Público.

Durante o inquérito (arts. 84.º e 85.º), o MP pode decidir a suspensão do processo.



Se não o fizer, deve decidir o encerramento do inquérito, ou arquivando ou requerendo a abertura da fase jurisdicional.

Se o MP requerer a abertura da fase jurisdicional, o juiz, recebido o competente requerimento, pode:

- arquivar (art. 93.º, n.º 1, al. b);
- designar dia para a audiência preliminar;
- determinar o prosseguimento do processo (art. 93.º, n.º 2), notificando os intervenientes para requerer diligências, alegar e indicar meios de prova.

Da audiência preliminar podem resultar:

- obtenção de acordo (art. 93º, n.º 2) relativamente à medida a aplicar;
- determinação, pelo Juiz, da intervenção dos serviços de mediação, com a consequente suspensão da audiência;
- proferimento de decisão de arquivamento ou de aplicação de medida tutelar, sempre que o Juiz considerar ter elementos suficientes para o fazer;
- determinação, pelo Juiz, do prosseguimento do processo.



Quando o processo houver de prosseguir os seus trâmites, será realizada a audiência final, da qual resultará decisão de arquivamento ou decisão de aplicação de medida tutelar.

Da decisão final tomada em 1.ª instância é ainda possível interpor recurso, nos termos dos art.ºs 121.º ss.

A aplicação de uma medida é realizada no quadro de processo de execução da medida, integrado no processo tutelar.

A medida pode ser medida institucional ou não institucional.

São medidas institucionais o internamento em regime fechado, semi-aberto e aberto.

### **Os direitos do menor no processo tutelar educativo**

Ao menor, como visado no processo, são reconhecidos múltiplos direitos processuais que pode exercer pessoalmente, através do seu representante legal ou de advogado constituído ou nomeado, doravante designado defensor.

Entre outros, o direito à assistência de defensor vale em todos os actos processuais, sendo a sua nomeação obrigatória a partir do momento em que seja efectuada detenção ou ordenado o interrogatório do menor.



O defensor exerce os direitos conferidos ao menor, com ressalva daqueles que a lei lhe reservar pessoalmente.

A comunicação, em privado, com o defensor é também uma garantia processual que assiste ao menor em qualquer ocasião, mesmo quando se encontre detido.

Os direitos do menor, elencados no art.º 45.º n.º 2, são os seguintes:

1. direito ao processo justo;
2. direito a ser informado;
3. direito ao silêncio;
4. direito a ser ouvido;
5. direito de oferecer provas ou requerer diligências;
6. direito à assistência por defensor;
7. direito a comunicar em privado com o defensor;
8. direito à assistência por especialista de psiquiatria ou psicologia;
9. direito ao acompanhamento pelos pais, representante legal ou pessoa com a guarda de facto;
10. direito ao recurso.



## **Os direitos dos familiares do menor no processo tutelar educativo**

Igualmente no âmbito do processo tutelar educativo são reconhecidos direitos aos familiares do menor – *maxime* aos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto – vários direitos.

Observando o direito ao acompanhamento pelos seus pais, ou equivalente, previsto no art.º 45.º, n.º 2, al. f), podemos facilmente concluir que este direito, que não existe no processo penal, é uma manifestação da especialidade ou especificidade do processo tutelar, decorrente da idade da pessoa visada e da sua (i)maturidade física, emocional, intelectual, moral e, mesmo, social.

Este direito pode, no entanto ser limitado em função do interesse do próprio menor (por exemplo, quando sejam promovidas ou decretadas medidas de promoção e protecção) ou das necessidades do processo (quando aquele acompanhamento possa prejudicar ou impossibilitar a averiguação dos factos imputados ao menor ou da sua personalidade e da necessidade de educação para o direito).

O direito a ser acompanhado pelos progenitores, ou equivalente, pode ser exercido por estes, i.e., não só pode o menor requerer que estes o acompanhem, como também eles podem requerer esse acompanhamento.

Quanto aos direitos de informação, os familiares do menor devem:



- ❖ ser informados (arts.º 45.º, n.º 4, e art.º 45.º, n.º 2, al. h) dos direitos que assistem ao menor;
  
- ❖ ser notificados
  - ⇒ do arquivamento do processo em caso de inimputabilidade por anomalia psíquica; do arquivamento liminar; do arquivamento no termo da suspensão provisória; do arquivamento no termo do inquérito; do arquivamento no caso de desnecessidade de aplicação de medida tutelar (arts.º 49.º, n.º 2, 78.º, n.º 3, 85.º, n.º 4, 87.º, n.º 2, 93.º, n.º 1, al. b), 93.º, n.º 3);
  
  - ⇒ do prosseguimento do processo, durante ou no termo da suspensão provisória; do prosseguimento do processo para a audiência final, quando da abertura da fase jurisdicional ou posteriormente à realização da audiência preliminar (art.º 93.º, n.º 2, e 115.º)
  
  - ⇒ do despacho (art.º 59.º, n.º 3,) que aplique medida cautelar;
  
  - ⇒ da data de audiência preliminar e da audiência (arts.º 94.º, n.º 6, e 115.º);
  
  - ⇒ da decisão de revisão de medida (art.º 137.º, n.º 9).



- ❖ receber a comunicação prévia da detenção fora de flagrante delito, nos casos em que não está excluída; ou posterior, em qualquer caso de detenção (art.º 53.º);
- ❖ aceder às informações sobre a execução das medidas (art.º 131.º, n.º 1, e 173.º, n.º 2, al. b), mediante autorização judicial;
- ❖ consultar o registo de medidas tutelares educativas (art.º 215.º, al. b) até o menor completar 18 anos.

Além dos direitos de informação, os familiares têm ainda direito a ser ouvidos:

- ❖ previamente à aplicação de medida cautelar (art.º 59.º, n.º 2);
- ❖ sobre o plano de conduta do menor (art.º 84.º, n.º 5), nos casos da suspensão do processo;
- ❖ sobre a medida proposta pelo MP (art.º 104.º, n.º 2, al. b), em audiência preliminar;
- ❖ em audiência, preliminar e final, pelo juiz (art.º 107.º, n.º 1).
- ❖ nas audiências em qualquer momento e até ao seu encerramento (art.º 109.º, n.º 2, e 120.º);
- ❖ quanto à ordem de execução sucessiva de medidas (art.º 133.º, n.º 1).



## **Os direitos das vítimas do menor no processo tutelar educativo**

Também no processo tutelar são devidamente acautelados interesses das vítimas do menor, embora esse não seja o principal objectivo do procedimento.

No entanto, no âmbito do processo tutelar educativo, os direitos e poderes das vítimas são menores, pois se entende que o superior interesse do menor se sobrepõe, em princípio, aos direitos de cariz pessoal da vítima, de querer ver feita justiça ou de ver reparados os danos que lhe foram causados.

Aliás, o interesse do menor impõe que a finalidade do processo seja única e exclusivamente a aferição da necessidade de educação do menor para o direito e para uma vida social digna e responsável, pondo de lado o interesse na satisfação pessoal da vítima.

Os interesses das vítimas só serão tidos em conta se concorrerem para aqueles fins processuais.

Sempre que a intervenção da vítima não se enquadre, pelo menos em parte, naquela finalidade, não será, em princípio, admitida.

Uma das manifestações desta posição da vítima é o princípio da não adesão, consagrado no art.º 91.º.



Segundo este princípio, as pessoas que tenham sofrido danos com a conduta do menor terão de pedir o seu ressarcimento em acção cível autónoma.

Esta separação está de acordo com o interesse superior do menor, uma vez que estão em causa danos de carácter civil, normalmente da responsabilidade dos pais do menor.

Não seria admissível que a prova de danos desta natureza, bem como a decisão sobre o seu ressarcimento se imiscuissem no processo tutelar e atrasassem a decisão deste.

Assim, é lícito afirmar que ao ofendido não assiste um direito à reparação, isto, obviamente, no âmbito do processo tutelar educativo.

Este direito pode apenas ser exercido na jurisdição cível.

Outra limitação presente no processo tutelar educativo, comparativamente ao processo penal, manifesta-se na limitação dos poderes de acção do ofendido quando o objecto do processo respeita a crimes de natureza particular ou semi-pública.

Enquanto no processo penal o ofendido tem em seu poder a decisão sobre o início e fim do processo, podendo desistir do procedimento até à publicação da sentença em primeira instância, no processo tutelar educativo, o ofendido apenas pode decidir se dá ou não início ao procedimento, apresentando denúncia.



Depois de apresentada a denúncia, já não é possível ao ofendido obstar à continuação do processo.

Não obstante os poderes diminuídos, por relação ao processo penal, o ofendido tem direitos de informação, assistência e até de participação e intervenção, reconhecidos na LTE, sempre inseridos no processo de (re) educação do menor para o direito e como parte do processo de responsabilização do menor perante a sociedade.

Poderíamos mesmo afirmar que o ofendido participa no processo, não para defender os seus interesses individuais, mas sim como representante da sociedade, perante a qual o menor deve demonstrar o seu arrependimento e vontade de mudança, de assunção de responsabilidades.

Citemos, então, alguns direitos que assistem ao ofendido, na pendência do processo tutelar educativo:

- Participar na mediação;
- Direito a ser ouvido (art.º 66.º, n.º 4);
- Direito a ser notificado do arquivamento liminar (art.º 78.º n.º 4);
- Direito a estar presente na sessão conjunta de prova e na audiência preliminar e final (arts.º 101.º, n.º 2, al. c), e 120.º);



- Direito a ser ouvido em audiência preliminar quanto à aplicação de medida proposta pelo MP;
- Direito a consentir, ou não, na medida de reparação na modalidade da compensação económica ou exercício de actividade em benefício do ofendido (art.º 11.º n.º 6 LTE)

Para finalizar, com uma reflexão intemporal, transcrevemos aqui o que já vertemos no nosso livro *Protecção, Delinquência e Justiça de Menores – um manual prático para juristas... e não só*:

**A delinquência juvenil, em crescimento, diz-se, é fenómeno preocupante e demonstrativo de várias e gravíssimas deficiências na educação, na protecção e no acompanhamento das nossas crianças, dos nossos adolescentes e dos nossos jovens, e de falhas sérias e patologias várias no funcionamento das famílias, das cidades, da sociedade em geral e das instituições do Estado.**

**Não há, porém, crianças boas e crianças más, não há jovens só delinquentes e jovens sempre bem comportados, como não há adultos viciosos e pecaminosos, e outros que sejam puros e santos; uns que sejam intrinsecamente criminosos e outros totalmente inocentes e livres de pecado.**

**Admitir este maniqueísmo, e enfiar a cabeça nas areias movediças dos simplismos e de ideias feitas, é não perceber a natureza complexa do homem e a liberdade e a dignidade da pessoa, é reduzir o ser humano a estereótipos, a etiquetas, a compartimentações perigosas. É, por isso, que não suporto os perfis, os lombrosianos, os redutores da realidade ou das realidades, que são cada vez mais fruto do imediatismo, do mediatismo e do superficialismo vigentes.**



**Independentemente das opções do legislador, da actuação da administração, da inércia da justiça, do sentido das decisões judiciais e independentemente também da culpa ou inocência dos acusados ou dos indiciados, vem tudo isto a propósito da vitimização dos mais fracos e também das infracções cada vez mais violentas a que assistimos em idades cada vez mais tenras.**

**Recordo aqui os casos Casa Pia e Gisberta. Preocupantes pelo que significaram de abuso sexual e de violência gratuita, de tortura repetida até à violação mais grave do direito à vida, a uma vida normal e do desrespeito completo pela pessoa. Mais preocupantes porque significaram um conjunto de agressões e morte infligidas por razões de aproveitamento da fragilidade e da miséria, de violações bárbaras da auto-determinação sexual, de ódio homofóbico ou de repúdio a um transexual. Mais a mais como “prazer”, como “rotina”, como “passatempo” ou como “brincadeira”. E igualmente preocupantes pela falta de respeito pela inocência e pelo são e normal crescimento das crianças, pelo que significaram de desrespeito pela diferença do outro e de reacção, reacção tardia, ou falta dela, das instituições e pessoas, ligadas, directa ou indirectamente, aos casos.**

**Falta, pois, educação, educação complementar para sinalizar, para proteger, para aceitar a diferença, para tolerar a diversidade, para cumprir as regras, para respeitar os outros e a autoridade. Falta, enfim, educação para o dever e para a cidadania. Ou, numa palavra, falta educação. E desta, da falta de educação, e da falta de protecção, à delinquência, é um pequeno passo.**