

Assuntos:

- art.º 39.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro
- observação do menor em regime de internamento
- diligência instrutória
- irrecorribilidade
- bom pai de família
- interesse do menor
- Tribunal de Segunda Instância

S U M Á R I O

1. No plano do direito actualmente positivado em Macau, é irrecorrível para o Tribunal de Segunda Instância, por não ser subsumível à norma do art.º 39.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, o despacho do Juiz de Primeira Instância que ordenou a sujeição do menor à observação em regime de internamento como uma diligência instrutória com vista à ulterior decisão sobre a necessidade de aplicação de medida a caber ao caso concreto (cfr. as disposições conjugadas dos art.ºs 31.º, 27.º, n.º 1, e 28.º, n.º 1, alínea d), desse Decreto-Lei).

2. Na verdade, esse despacho judicial não pode ser considerado como uma decisão relativa à aplicação da medida de internamento ou da de semi-internamento, para efeitos a relevar do n.º 1 do art.º 39.º do Decreto-Lei n.º 65/99/M, posto que a ser válida esta interpretação das coisas, toda e qualquer decisão preparatória proferida pelo juiz antes da decisão final pela necessidade, ou não, da aplicação das medidas, seria, às páginas tantas, sempre uma “decisão relativa à aplicação das medidas”, e como tal, recorável, resultado de hermenêutica jurídica este que não se compagina com o âmbito próprio do referido n.º 1 do art.º 39.º, cujo espírito, visto à luz do *direito constituído*, visa evitar eventuais precalços ao andamento regular do processo em que o juiz deverá tomar decisão responsável em nome do Poder Público, sempre também no interesse do próprio menor, à moda de um *bom pai de família*.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 630/2006

(Da reclamação do despacho do relator para conferência)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

A e B, ambos em representação do seu filho menor Lai Chon Fong, interpuseram, em 3 de Novembro de 2006, recurso ordinário do despacho de 25 de Outubro de 2006 do Mm.º Juiz do Tribunal Judicial de Base que determinou a sujeição do mesmo menor à observação em regime de internamento pelo prazo de três meses, “de acordo com o disposto no art.º 7.º, alínea e), e no art.º 31.º” do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, regulador do regime educativo e do regime de protecção social da jurisdição de menores, tendo rogado a fixação de efeito suspensivo ao recurso.

Por despacho judicial de 8 de Novembro de 2006, foi admitido esse recurso como sendo ordinário, a subir imediatamente em separado e com efeito meramente devolutivo.

Em 23 de Novembro de 2006, foi apresentada a motivação do recurso peticionando a não manutenção da decisão de observação no regime de internamento, ou, subsidiariamente, a suspensão disso, nela se suscitando

inclusivamente a questão prévia de fixação de efeito suspensivo ao recurso.

Contra motivou a Digna Delegada do Procurador junto da Primeira Instância em 5 de Dezembro de 2006, pugnando pelo improvimento do recurso, para além de se opor à eventual fixação do efeito suspensivo do mesmo.

Subido o recurso em 11 de Dezembro de 2006 para este Tribunal de Segunda Instância (TSI) por despacho judicial do mesmo dia, e após aberta a vista dos autos à Digna Procuradora-Adjunta que também pugnou pelo improvimento do recurso, foi exarado em 21 de Dezembro de 2006 o seguinte despacho pelo relator:

<<Nos termos do art.º 39.º, n.º 1, do DL n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, cabe recurso ordinário das decisões relativas à aplicação das medidas.

Assim, e analisado o teor da decisão da qual o ora recorrente, representado pelos seus pais, pretende recorrer, o Mm. Juiz “a quo” não aplicou àquele menor nenhuma das medidas previstas no art.º 7.º do mesmo Decreto-Lei, mas sim se limitou a determinar a observação do menor durante três meses em regime de internamento, nos termos do art.º 31.º, n.ºs 1, 2 e 5, do mesmo diploma legal, como acto preparatório e necessário à emissão da decisão final ao caso concreto dos autos, a ter lugar em sede prevista nos art.ºs 34.º e seguintes, do mesmo Decreto-Lei. (Para constatar isto, é de atender à seguinte expressão empregue, em chinês, pelo Mm. Juiz “a quo” na parte final do dispositivo ora em questão: “三個月後根據未成年人的行為表現及社會報告才作決定” (o que significa: “Após decorridos que sejam três meses, é que se tomará decisão, em função da actuação do menor e do

relatório social”)).

Nestes termos, afigura-se-me irrecorrível a decisão judicial ora em causa, por a observação em regime de internamento ser diferente da medida de internamento (“hoc sensu”) prevista na al. e) do art.º 7.º do citado Decreto-Lei, ainda que o Mm. Juiz “a quo” tenha invocado este preceito (para mim indevidamente) para sustentar a adopção da diligência de observação prevista no art.º 31.º do mesmo diploma legal.

Assim sendo, notifique a parte recorrente e o M.P. junto da 1.ª Instância para se pronunciar sobre a eventualidade de o recurso vertente não ser conhecido (por razões preliminares acima aduzidas), no prazo de 10 dias.

E ante a observação acima, afigura-se-me não ser de alterar o efeito do “recurso” já atribuído pelo Mm. Juiz “a quo”.

[...] >>.

Na sequência disso, a Digna Delegada do Procurador junto da Primeira Instância pronunciou-se, em 28 de Dezembro de 2006, no sentido de recorribilidade da decisão judicial de 25 de Outubro de 2006, enquanto a parte recorrente, em 3 de Janeiro de 2007, veio também defender o conhecimento do recurso.

Depois, em 4 de Janeiro de 2007, foi lavrado o seguinte despacho do relator, que julgou findo o recurso, pelo não conhecimento do seu objecto:

<<As considerações ora expostas pelo Ilustre Advogado do menor e da Digna Delegada do M.P. junto do Tribunal “recorrido” a fls. 155 a 156 e a fls. 153 a 154v dos autos, respectivamente, na sequência da notificação a que alude o art.º 625.º, n.º 1, do CPC de Macau, “ex vi” do art.º 39.º, n.º 4, do DL n.º 65/99/M, de 25 de

Outubro, têm a sua dose de justeza só no plano do direito a constituir, mormente à luz da Lei Tutelar Educativa actualmente vigente em Portugal (i.e., Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro), aqui citada apenas para efeitos de referência académica sob o ponto de vista do Direito Comparado (vide sobretudo o disposto no art.º 121.º, n.º 1, da mesma Lei).

É que a lei positiva de Macau, na matéria em questão, e através do n.º 1 do art.º 39.º e 40.º do dito DL n.º 65/99/M, não prevê ou não inclui no elenco de decisões recorríveis, a decisão do juiz que determinou, conforme o seu prudente arbítrio (cfr. a expressão “conforme o que o juiz ordene” empregue no n.º 2 do art.º 31.º do mesmo diploma legal), a observação do menor nos termos permitidos no art.º 31.º do mesmo DL, com vista a “conhecer e definir a personalidade do menor, as suas aptidões e tendências e as condições do meio familiar e social em que esteja integrado”, para os efeitos da aferição da “necessidade de aplicação de medida” (cfr. os art.ºs 27.ºs, n.º 1, e 28.º, n.º 1, al. d), do DL).

E através da análise atenta dos preceitos do n.º 1 do art.º 39.º, do art.º 40.º e do art.º 41.º do mesmo DL n.º 65/99/M, afigura-se-me que o elenco das decisões recorríveis é taxativo, porquanto o art.º 41.º do próprio diploma só manda aplicar subsidiariamente os art.ºs 21.º a 23.º, 28.º a 36.º, 92.º, 103.º e 104.º do C.P.Penal (pelo que já não também o art.º 203.º deste CPP, para a hipótese de se considerar a medida de observação em internamento em questão como uma medida cautelar, semelhante à de “prisão preventiva” em processo penal).

Assim sendo, é-me claro que o legislador de Macau configurou a observação do menor como uma diligência instrutória irrecorrível, por dependente da livre resolução do juiz que a ordena (cfr. o art.º 584.º, segunda parte, do C.P.Civil de Macau, “ex vi” do n.º 4 do art.º 39.º do D.L. n.º 65/99/M).

Na verdade, e como sintomático disto, é o próprio n.º 4 do art.º 39.º do D.L. n.º 65/99/M que manda seguir a tramitação do recurso ordinário para o T.S.I. em matéria cível para os recursos de decisões recorríveis, tramitações essas que, como se sabe, não são congenitamente aptas para resolver a tempo a pretensão de o menor visado pela medida de observação em internamento dos autos ver revogada esta diligência instrutória (a não ser que no plano do direito a constituir, haja normas homólogas, por exemplo, às dos art.ºs 122.º e 128.º, n.º 1, da atrás referenciada Lei Tutelar Educativa Portuguesa).

Assim sendo, e em conjugação também com as considerações jurídicas já aduzidas no meu despacho anterior lavrado a fls. 149 a 149v dos presentes autos, julgo findo o recurso, pelo não conhecimento do seu objecto, por a decisão judicial ora impugnanda não ser recorrível à luz da norma expressa do art.º 39.º, n.º 1, do D.L. n.º 65/99/M, de 25 de Outubro (vide também o art.º 619.º, n.º 1, al. e), parte final, do C.P.Civil, “ex vi” do n.º 4 do art.º 39.º do mesmo D.L. n.º 65/99/M).

Sem custas pelo presente processado recursório, dada a isenção subjectiva da parte recorrente.

[...]>>.

Notificada dessa decisão do relator, veio a parte recorrente pedir, em 16 de Janeiro de 2007, que a matéria aí decidida fosse apreciada em acórdão.

Ouvida nos termos do art.º 620.º, n.º 1, parte final, do mesmo Código, a Digna Procuradora-Adjunta afirmou, em 19 de Janeiro de 2007, que:

<<Subcrevo a posição assumida pela Magistrada do Ministério Público a fls. 153 a 154 dos autos e as considerações aí explanadas, com o seguinte

acrescimento:

Nos termos do n.º 1 do art.º 39.º do DL n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, são recorriáveis “as decisões relativas à aplicação das medidas”.

No caso vertente, está em causa uma decisão que ordenou a observação do menor em regime de internamento.

É verdade que não se trata de qualquer das medidas previstas no regime educativo que estão enumeradas no art.º 7.º do mesmo diploma.

No entanto, a lei impõe a observação do menor antes da aplicação das medidas de semi-internamento e internamento (n.º 7 do art.º 31.º do DL n.º 65/99/M).

Não obstante a disposição no art.º 28.º, que prevê a observação do menor como uma diligência da prova, não nos parece que estamos perante uma mera diligência instrutória, uma vez que, ao determinar tal diligência, nomeadamente a observação em regime de semi-internamento ou internamento, o juiz acaba por tomar uma decisão que afecta os direitos e a liberdade do menor.

Face à obrigatoriedade da observação antes da aplicação das medidas de semi-internamento e internamento, parece-nos que se pode considerá-la como uma “decisão relativa à aplicação das medidas de semi-internamento e internamento”.

Daí que se pugna pela recorribilidade da decisão em causa que ordenou a observação do menor em regime de internamento.>>

Corridos os vistos legais, é de decidir agora da reclamação *sub judice*.

Ora, depois de analisada a fundamentação do despacho do relator de 4 de Janeiro de 2007, e visto o teor dos preceitos legais aí citados, mostra-se legalmente fundada, no plano do *direito actualmente positivado* em Macau, a conclusão aí tirada no sentido de irrecorribilidade do despacho do Mm.º

Juiz da Primeira Instância, que apenas se limitou a ordenar a realização de uma diligência instrutória com vista à ulterior decisão sobre a necessidade de aplicação de medida a caber ao caso concreto (cfr. as disposições conjugadas dos art.ºs 31.º, 27.º, n.º 1, e 28.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro), pelo que é realmente irrecorrível a mesma decisão, por não subsumível à norma do art.º 39.º, n.º 1, deste diploma legal, ainda que se possa admitir a hipótese da sua recorribilidade no plano do *direito a constituir*.

Na verdade, não se pode acolher a tese de que a determinação de sujeição do menor à observação em regime de internamento seja também ela própria uma “decisão relativa à aplicação da medida de internamento ou da de semi-internamento”, para efeitos a relevar do n.º 1 do art.º 39.º do Decreto-Lei n.º 65/99/M. É que a ser válida esta interpretação das coisas, toda e qualquer decisão preparatória proferida pelo juiz antes da decisão final pela necessidade, ou não, da aplicação das medidas, seria, às páginas tantas, sempre uma “decisão relativa à aplicação das medidas”, e como tal, recorível, resultado de hermenêutica jurídica este que, no entender do presente Colectivo, não se compagina com o âmbito próprio do referido n.º 1 do art.º 39.º, cujo espírito, visto à luz do *direito constituído*, visa evitar eventuais precalços ao andamento regular do processo em que o juiz deverá tomar decisão responsável em nome do Poder Público sempre também no interesse do próprio menor, à moda de um *bom pai de família*.

Dest’arte, acordam em julgar improcedente a reclamação, mantendo o despacho do relator que decidiu não conhecer do objecto

do recurso, por ser irrecorrível a decisão da Primeira Instância que ordenou a observação do menor em regime de internamento.

Sem custas.

Macau, 25 de Janeiro de 2007.

Chan Kuong Seng
(Relator)

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira
(Primeiro Juiz-Adjunto)

Lai Kin Hong
(Segundo Juiz-Adjunto)