

A garantia de *Habeas Corpus* no contexto de aplicação de medida de promoção e proteção de acolhimento residencial

*

| Comentário ao Acórdão do STJ de 18/01/2017 |

Ana Rita Gil

(Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)¹

1. Breve Resumo da fundamentação do Acórdão do STJ de 18/01/2017

Em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), prolatado a 18 de janeiro de 2017², foi apreciado um pedido de *habeas corpus* formulado ao abrigo do disposto no art. 31.º da CRP, por uma criança, à data, com quatro meses, representada pela sua progenitora, pedindo a cessação imediata de medida provisória de acolhimento residencial por decurso do prazo. Apesar de o pedido não ter sido julgado procedente, o STJ não deixou de se pronunciar a favor da aplicabilidade de tal providência a medida de acolhimento residencial prevista na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)³. Quer o pedido, quer a decisão do Supremo

¹ Doutora em Direito e Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do CEDIS, Centro de I&D em Direito e Sociedade. Assessora do Gabinete de Juízes do Tribunal Constitucional.

² Processo n.º 3/17.6YFLSB.

³ Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, alterada, por ultimo, pela Lei n.º Lei n.º 23/2017, de 23/05.

Tribunal revestem contornos inovatórios, que justificam uma análise e problematização dos vários valores juridicamente protegidos em causa. É isso que pretendemos fazer no presente artigo, visando lançar algumas pistas para uma reflexão em torno desta complexa questão.

Alegava a peticionante que a criança havia sido institucionalizada como medida provisória de acolhimento residencial, “i.e. *"mutatis mutandis" "detido" e privado da sua liberdade*”, no dia 03.10.2016, pelo período de três meses, encontrando-se tal prazo já esgotado desde janeiro de 2017. Nestes termos, a pedia a imediata “libertação” da criança e consequente entrega à progenitora.

A base argumentativa da peticionante assentou, assim, na ideia de equiparação da medida de promoção e proteção aplicada à criança - medida provisória de acolhimento residencial - a uma medida de “detenção”, para efeitos de aplicação da garantia constitucional de *habeas corpus*.

Uma vez que a apreciação de pedido de *habeas corpus* não se destina a analisar o mérito da decisão de escolha e aplicação da medida em causa, mas apenas a descortinar se se está, no momento presente, perante uma situação equiparável a detenção, e, em caso afirmativo, se a detenção se revela ilegal, o acórdão centrou-se na questão da aplicabilidade da petição de *habeas corpus* à medida de acolhimento residencial.

Como já se adiantou, o STJ considerou que a providência de *habeas corpus* é extensível, em geral, aos casos de aplicação dessa medida. Para chegar a tal conclusão, teve principalmente em conta os *efeitos da mesma*. De facto, começando por reconhecer que a finalidade da referida medida constituía uma realidade distinta das situações específicas a que se reporta o instituto do *habeas corpus*, considerou, no entanto, que tais diferenças seriam *absolutamente irrelevantes* no presente contexto, apenas importando o *resultado* que a medida determinava em termos de restrição de direitos, liberdades e garantias. Ora, no que toca ao referido resultado,

considerou o STJ que a medida de acolhimento residencial é equiparada a um verdadeiro caso de *limitação ou restrição da garantia de liberdade*.

O STJ socorreu-se, neste contexto, de vários elementos de direito supralegal. Desde logo, do artigo 27.º da Constituição, cujo n.º 3 admite a privação da liberdade através da “*sujeição do menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente*”. No mesmo sentido, invocou também alguns instrumentos de direito internacional, como o artigo 5.º da Convenção Europeia sobre os Direitos do Humanos (CEDH) cujo n.º 1 dispõe que “*ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal*», incluindo o caso de «*Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente*” (alínea d)). Para o STJ, a medida de acolhimento aplicada também se podia subsumir a esta alínea da CEDH ainda que o texto convencional se referisse expressamente a “detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância”. Por fim, ancorou-se no entendimento estabelecido na alínea b) do ponto 11 do Anexo relativo às Regras das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade⁴, de acordo com o qual, “*privação de liberdade significa qualquer forma de detenção ou prisão ou a colocação de uma pessoa num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não possa sair por sua própria vontade, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública*”.

Atendendo a estes vários elementos interpretativos, conclui assim que a garantia de *habeas corpus* era aplicável no contexto da medida de acolhimento residencial. E, note-se, tal aplicabilidade não derivaria apenas de uma aplicação imediata do artigo 31.º da Constituição, mas ainda da subsunção às próprias normas processuais penais. Escreveu-se no arresto: “*não obstante a medida de promoção e proteção prevista no art.*

⁴ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990.

35º, nº 1 al. f) da LPCJP ter por finalidade o afastamento do perigo em que a criança se encontra e proporcionar-lhe as condições favoráveis ao seu bem estar e desenvolvimento integral, ela não deixa de traduzir uma restrição de liberdade e, nessa medida, mesmo que não caiba nos conceitos de «detenção» e de "prisão" a que aludem os arts 220.º e 222.º do CPP, configura uma privação da liberdade merecedora da proteção legal concedida pela providência extraordinária de "habeas corpus", sob pena das ilegais situações de excesso da sua duração, por decurso do seu prazo máximo de duração (6 meses) ou por omissão de revisão (findos os 3 meses), ficarem desigualmente protegidas em relação aos casos de detenção ou prisão ilegais". A aplicação do regime do Código de Processo Penal foi justificada por se tratar de uma situação "análoga" às situações de detenção e prisão ilegais, "atenta a filosofia subjacente a estas normas". Neste ponto, acrescenta-se ainda que aplicabilidade do regime previsto no art 222.º, ao abrigo do disposto no art. 4.º do CPP, se justifica por imposição do princípio da igualdade, "sob pena de situações análogas gozarem de tratamento injustificadamente dissemelhante, com a consequente violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13º da CRP".

Por fim, o STJ considerou ainda que a tese da referida aplicabilidade era também suportada pela orientação seguida em Acórdãos anteriormente prolatados, como os acórdãos de 08.03.2006 e de 02.03.2011.

Assim, apesar de ter concluído que, no caso, a providência não poderia ser concedida, por falta de cumprimento do requisito da atualidade referente a detenção ilegal, não deixou de traçar a orientação de que a garantia de *habeas corpus*, em abstrato, é aplicável a medidas promoção e proteção de crianças, pelo menos no que respeita à medida de acolhimento residencial.

Comentário

2. No Acórdão sob anotação, o STJ foi confrontado, pela primeira vez, com a questão de saber se o pedido de *habeas corpus* se deveria aplicar, no contexto da lei de promoção de crianças e jovens, às antigamente chamadas “medidas de acolhimento em instituição”. De facto, o STJ já tivera oportunidade de se debruçar sobre a aplicação de tal garantia a medidas de institucionalização no âmbito da lei tutelar educativa, mas a sua extensão à lei de promoção e proteção nunca havia sido analisada.

Podemos já adiantar que não concordamos com a solução alcançada, embora tenhamos de reconhecer que os elementos interpretativos mencionados – e cujo percurso decisório teria necessariamente de abordar – nem sempre apontaram na melhor direção. Uma interpretação demasiado literal ou isolada de alguns preceitos constitucionais e internacionais foi, aliás, no nosso entender, responsável pela decisão alcançada. Importa, assim, analisar e problematizar as soluções parcelares a que o percurso argumentativo foi chegando.

3. A fundamentação do pedido de *habeas corpus* no presente caso assentava no artigo 31.º da Constituição da República Portuguesa. Determina essa norma que “haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente”.

A providência de *habeas corpus*, tal como resulta deste artigo, constitui uma garantia constitucional de proteção do direito à liberdade individual contra os abusos de poder derivados de prisão ou detenção ilegal. Assim, é condição de aplicação da mesma que, devido a *abuso de poder* (1), exista uma situação de privação ou restrição da liberdade (2).

O abuso de poder pode consistir no decretamento da privação ou restrição da

liberdade por autoridade incompetente, ou ainda numa decisão ou numa manutenção de privação ou restrição feita de forma arbitrária. Uma detenção arbitrária pode derivar, desde logo, do desrespeito das condições estipuladas pela lei para a aplicação ou manutenção da medida, incluindo a ultrapassagem de prazos legais⁵.

Por seu turno, não decorre do preceito constitucional que a privação da liberdade tenha de estar necessariamente adstrita ao processo penal ou a outros processos sancionatórios. De facto, a garantia tem sido interpretada de forma ampla, como abrangendo qualquer privação da liberdade proveniente da ação de autoridades públicas, como seja, por exemplo, a detenção de estrangeiro em situação ilegal ou o internamento compulsivo⁶.

Esta leitura ampla do âmbito de aplicação da garantia⁷ – a qual é de aplaudir –, tem, no entanto, de ser limitada às situações de verdadeira *privação da liberdade*. Importa, pois, ainda que brevemente, debruçarmo-nos um pouco sobre esse conceito.

A liberdade que se visa proteger ou garantir com o instituto *habeas corpus* é a liberdade física, de movimentos, de *ir e vir*, “e consequente direito de não ser detido, aprisionado, confinado a um espaço”⁸, ou, por outras palavras, “uma garantia de

⁵ No sentido de que o abuso de poder não constitui uma garantia *acrescida* à exigência de detenção ou prisão ilegal, v. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, p. 347.

⁶ No sentido de a garantia constitucional de *habeas corpus* não se limitar à privação da liberdade com fins penais, veja-se ainda J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, p. 508 e Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 345.

⁷ Note-se, contudo, que a prática do *habeas corpus* tem sido mais restritivas, referindo-se que tal instituto, constitui “uma providência de carácter excepcional destinada a proteger a liberdade individual nos casos em que não haja outro meio legal de fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade” (Ac. do TC n.º 370/00). Mais tem-se entendido que a referida garantia visa constituir um “remédio de urgência” e não um “recurso dos recursos” (Ac. do TC n.º 423/03).

⁸ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 508.

*liberdade física ou de locomoção*⁹. Esse é, aliás, o conceito de liberdade protegido pelo artigo 27.º, n.º1 da Constituição.

4. No que toca a determinar se a medida de acolhimento residencial poderia ser considerada, quanto aos seus efeitos, uma medida de privação ou de restrição da liberdade, o STJ teve em conta, precisamente, a norma constitucional ínsita no artigo 27.º, n.º1 da Constituição. Após proclamar, no n.º 1, que todos têm direito à liberdade, o n.º 3 desse preceito enumera os casos admissíveis de privação, nos quais se inclui a sujeição de um menor a *medidas de proteção*, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente (alínea e)).

Face a esta menção expressa, no elenco de casos de privação da liberdade, às *medidas de proteção* em estabelecimento adequado, o STJ inferiu, pois, que a medida de acolhimento residencial constituiria uma privação, ou pelo menos restrição, da liberdade de uma criança sujeita à mesma. Perante essa constatação, pois, o STJ mais não fez do que aplicar à medida em presença uma das garantias constitucionalmente previstas para as privações da liberdade: o instituto do *habeas corpus*.

Assim, não podemos deixar de assinalar que a aplicação desta garantia ao caso em presença foi induzida pela enumeração constante do artigo 27.º, n.º3 da Constituição. O que não consideramos, salvaguardando sempre melhor opinião, é que se possa fazer uma aplicação cega ou constitucionalmente descontextualizada da enumeração constante dessa norma.

5. De facto, impõe-se desde logo uma precisão interpretativa: da enumeração constante do artigo 27.º da Constituição não resulta que as medidas de proteção em

⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 341 e 354. Alegam os autores, nesse sentido, que a garantia se aproxima da sua génese, que pode ser encontrada no *writ of habeas corpus ad subjiciendum* (“que tenhas o corpo para o apresentar”).

estabelecimento adequado consistam *ipso iure* medidas restritivas da liberdade. A Constituição não visa *qualificar* medidas. O que a enumeração nela contida visa é tão-só autorizar o legislador a, *querendo criar medidas de proteção privativas da liberdade*, poder fazê-lo. E, de facto, poderia ser esse o sistema em vigor à data da redação dessa norma constitucional, a qual foi introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro. Mas julgamos que o deixou de ser, após a entrada em vigor da LPCJP em 1999. De facto, neste particular, consideramos ser discutível que a atual medida de acolhimento residencial se possa considerar, para todos os efeitos, uma verdadeira medida de privação, ou mesmo de restrição da liberdade da criança. E assim é no que toca às suas finalidades, ao modo de decisão e de escolha da medida, bem como à execução da mesma.

Importa, neste ponto, começar por caracterizar brevemente as finalidades da medida em causa. Como bem refere o Acórdão sob anotação, as medidas de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens em perigo visam, de acordo com o disposto no artigo 34.º da LPCJP, afastar o perigo em que estes se encontram, proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral e garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso. Estas medidas são as elencadas nas alíneas a) a g) do nº 1 do art. 35º da LPCJP, constando a medida de acolhimento residencial da alínea f). Nos termos do art. 49.º, a mesma consiste numa medida de colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações, equipamento de acolhimento e recursos humanos permanentes, devidamente dimensionados e habilitados, que lhes garantam os cuidados adequados. Esta medida designava-se, anteriormente à alteração introduzida pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, medida de “acolhimento em instituição”. A mudança da designação visou, *inter alia*, eliminar o estigma decorrente da terminologia “*institucionalização*”, e eventual confusão com

as medidas aplicáveis em sede da lei tutelar educativa (LTE)¹⁰.

As finalidades do acolhimento residencial consistem na proteção da criança e na promoção dos seus direitos, através da criação de condições que garantam a adequada satisfação das necessidades físicas, psíquicas, emocionais e sociais das crianças e jovens e o efetivo exercício dos seus direitos, favorecendo a sua integração em contexto sociofamiliar seguro e promovendo a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral. Não se tem, assim, em vista, os fins educativos ou reintegrativos que caracterizam as medidas sancionatórias, as quais têm sempre como pressuposto a prática de facto qualificado como crime.

Por seu turno, também o modo de escolha e decisão das medidas de acolhimento se diferencia das medidas mais próximas de verdadeiras privações da liberdade. Como atrás referimos, a garantia constitucional de liberdade de movimentos assenta na garantia da *liberdade individual*. Tanto assim é, que as limitações a essa garantia são aquelas em que existe privação da liberdade *contrária ou pelo menos independente da vontade do indivíduo*¹¹. De facto, de acordo com o conceito que tem sido usado entre nós pela jurisprudência constitucional, a privação da liberdade existe quando alguém é confinado coativamente, através de um poder público, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimentos lhe é subtraída. Ora, esta nota característica coaduna-se mal com medidas que, como a presente, não tenham no seu conteúdo definidor a *coação ou oposição* do visado. Na decisão da presente medida tem-se, aliás, em conta – quando a idade da criança assim o permita –, a vontade da mesma e a sua máxima adesão¹². A escolha da medida

¹⁰ Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, alterada pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro.

¹¹ Jorge Miranda, Rui Medeiros, op. cit., p. 641.

¹² Neste ponto importa relembrar os princípios orientadores da intervenção plasmados no art. 4.º da LPCJP, entre os quais consta o princípio da audição obrigatória e participação, de acordo com o qual a criança e o jovem tem o direito a ser ouvido e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção (al. j)). Naturalmente, tal direito apenas pode ser exercido de acordo com a capacidade e maturidade da criança. No entanto, o reconhecimento deste princípio não

é precedida, pois, da participação da criança, e procura a sua máxima concordância¹³.

Por fim, a execução da medida tem lugar em casas de acolhimento, que se devem organizar de modo a favorecer uma relação afetiva de tipo familiar, uma vida diária personalizada e a integração na comunidade (artigos 50.º, nº.1 e 53.º, nº 1 da LPCJP). As referidas instituições visam dar alojamento à criança, satisfazer as suas necessidades básicas, proporcionar o apoio social e educativo adequado à idade e características de cada um, diagnosticar cada criança e jovem e definir os respetivos projetos de vida, com vista à inserção familiar e social ou a outro encaminhamento que melhor se adeque à sua situação (no caso dos centros de acolhimento temporário) ou (no caso dos lares de infância e juventude) promover o seu desenvolvimento global, em condições tão aproximadas quanto possível às de uma estrutura familiar, assegurar os meios necessários ao seu desenvolvimento pessoal e à formação escolar e profissional, em cooperação com a família, a escola, as estruturas de formação profissional e a comunidade e, finalmente, promover, sempre que possível, a sua integração na família e na comunidade de origem, em articulação com as entidades competentes em matéria de infância e juventude¹⁴. Os mais recentes instrumentos internacionais de proteção dos direitos da criança sublinham,

deixa de ser caracterizador de todas as medidas de promoção e proteção, incluindo a medida de acolhimento residencial.

¹³ As diretrizes das Nações Unidas sobre regimes de guarda alternativa de crianças enfatizam também o direito da criança a ser ouvida e a ter as suas opiniões tidas em conta de acordo com a sua maturidade. Cfr. UN, *Guidelines for the alternative care of children*, 24 Fevereiro de 2010, A7RES7647142, Sec. 2. É certo que, nos termos do artigo 6.º da LTE, na escolha de uma medida tutelar educativa o tribunal deve também dar preferência, de entre as que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que seja suscetível de obter a sua maior adesão e a adesão de seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto. No entanto, julgamos ser diferente o significado atribuído à vontade da criança num e outro processo, bem como os objetivos de tal adesão. No contexto da LTE, parece-nos que a procura da adesão do menor visa garantir a máxima eficácia da medida, entendendo-se que, se a criança estiver mais envolvida, mais sucesso terá a sua educação para o direito. No caso das medidas de promoção e proteção, parece-nos que a vontade da criança já se aproxima mais de um verdadeiro consentimento da intervenção.

¹⁴ Instituto da Segurança Social, I.P., *Guia Prático – Apoios Sociais – Crianças e Jovens em Situação de Perigo*, 2014, p. 7.

precisamente, que durante a aplicação de medidas de acolhimento para proteção das crianças, estas deverão continuar a ter acesso a todos os seus direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais¹⁵. Por outro lado, a participação ativa da criança, a sua permanente audição nos assuntos que lhe dizem respeito e a tomada em consideração dos seus pontos de vista são princípios transversais a toda a LPCJP, devendo pautar, por isso, a própria execução da medida de acolhimento residencial.

Assim, criança ou jovem é encorajada a participar ativamente na conformação da medida, nomeadamente no que se refere aos contactos sociais e familiares que deseja manter, à frequência com que o deseja fazer, procurando dar-se, ainda, o máximo de autonomia na frequência de espaços educativos ou lúdicos no exterior¹⁶. Assim, esta medida é uma medida proactiva, positiva, que incentiva a autonomia e as escolhas próprias da criança, favorecendo o seu contacto com a comunidade. Naturalmente, tal autonomia e participação dependem da idade do visado, pelo que, no caso referente ao acórdão sob anotação, e devido à tenra idade do mesmo, estas notas características não eram praticáveis. No entanto, as mesmas devem ser tidas em conta como caracterizadoras da medida de acolhimento residencial, e portanto, conaturais à mesma.

Assim, parece-nos que a medida de acolhimento residencial não é, no seu espírito e finalidades, no seu modo de decisão, e na sua forma de execução, equiparada a uma medida de privação da liberdade. No espírito dessa medida está, não a imposição de restrições à liberdade da criança, mas, muito pelo contrário, a promoção plena de todos os seus direitos fundamentais, incluindo a liberdade pessoal, a ligação à comunidade e o desenvolvimento da sua autonomia. Os efeitos ou resultados da medida devem orientar-se a esses desideratos. Isso significa que a medida de

¹⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights & Council of Europe, *Handbook on European Law relating to the Rights of the Child*, 2015, p. 97.

¹⁶ Instituto da Segurança Social, I.P., *Conhece os teus Direitos – A caminho da casa de acolhimento*, 2010, p. 21 e ss.

acolhimento residencial não pode ter, como nota caracterizadora dominante, a privação ou restrição da liberdade da criança. Se, na sua execução, tal medida se começar a caracterizar primordialmente como uma privação da liberdade pessoal, ela tornar-se-á uma medida ilegítima, a qual já não corresponderá a uma *medida de promoção e proteção* de acolhimento residencial, mas sim a algo diferente que o legislador não quis prever na LPCJP. Neste sentido importa ainda sublinhar que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de direito internacional das crianças apontam, precisamente no sentido de que as medidas de acolhimento não podem implicar uma restrição tal da liberdade de movimentos que se tornem autênticas medidas de detenção¹⁷.

O que acabamos de dizer não implica que, devido às regras de funcionamento interno das instituições de acolhimento não existam regras respeitantes à entrada e saída das crianças, ao seu acompanhamento no exterior, ou a horas de visitas. No entanto, tais regras visam apenas assegurar o funcionamento adequado das instituições, encontrando-se presentes noutras contextos, como em estabelecimentos de ensino em regime de internato, colónias de férias ou centros de estágio desportivo, por exemplo. Tais elementos não podem, porém, assumir contornos tais que descaracterizem as casas de acolhimento e as convertam em verdadeiros centros de detenção.

Aliás, o próprio exercício das responsabilidades parentais implica, por vezes, atentas a sua natureza, funções e a própria incapacidade da criança, restrições à plena liberdade de movimentos da criança ou jovem. Também aqui, como ali, tais restrições justificam-se para a proteção do interesse superior da criança ou do jovem. Ora, com uma medida como a de acolhimento, mais não se faz do que retirar o exercício daquelas responsabilidades (e guarda da criança) a quem não se encontra

¹⁷ V. European Union Agency for Fundamental Rights & European Commission, *Guardianship for children deprived of parental care*, 2015, p. 78.

em condições de as exercer, entregando-as a terceiro.

6. Pelos motivos acabados de expor, também não consideramos, contrariamente ao entendimento do Acórdão sob anotação, que resulte de alguns instrumentos internacionais de garantia dos direitos humanos que as medidas de acolhimento institucional destinadas à proteção de crianças devam ser qualificadas, *ipso iure*, como medidas de privação da liberdade.

A CEDH, à semelhança do artigo 27.º da Constituição, dispõe que «*ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal*», incluindo, na sua alínea *d*) o caso de «*se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente*».

Para se compreender que casos estarão sob a alçada da norma acabada de transcrever, há que atentar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). E, neste contexto, importa começar por sublinhar que o conceito de “detenção” é tido como *conceito autónomo*. Significa isso que, para os juízes de Estrasburgo, não é determinante saber como é que o direito interno qualifica uma determinada medida, apenas relevando se, *materialmente*, a mesma importa uma privação da liberdade. Preocupado em proteger o indivíduo contra medidas arbitrárias, o TEDH não se coíbe de adotar um conceito amplo de detenção. Ora, se as partes concordam que a medida se traduz numa privação da liberdade, o TEDH não analisa se, substancialmente assim é, seguindo a orientação das partes¹⁸. Caso contrário, e no que concerne a medida prevista na alínea *d*), analisa cuidadosamente se a criança se encontra retida num estabelecimento estadual, com vista à sua educação, e no qual existe um sistema de vigilância. Ora, neste contexto, podem ser

¹⁸ Assim, veja-se o caso *P. e S. c. Polónia*, queixa n. 57375/08, Acórdão de 30/10/2012.

irrelevantes os motivos que deram origem à detenção: tanto poderá ser a prática de um facto ilícito pela criança, como uma situação de perigo devido a comportamentos tidos como prejudiciais para o seu desenvolvimento. O que releva é apenas a finalidade última de educação. Assim, no caso *D.L. c. Bulgária*, o TEDH considerou que, apesar de a medida de colocação da criança num centro para “jovens em crise” visar a proteção da mesma, devido ao seu envolvimento em atividades de prostituição, a medida deveria considerar-se uma verdadeira detenção¹⁹. No entanto, apenas chegou a tal conclusão devido às especificidades do caso concreto. Tratava-se da colocação de um jovem num estabelecimento dotado de um regime de vigilância apertado e permanente, de autorizações de saída muito restritas e mediante acompanhamento, e em que cabia a agentes policiais a busca e devolução ao estabelecimento de crianças incumpridoras das regras de saída. A falta de autonomia e o controlo exercido sobre o dia-a-dia da criança foram, pois, determinantes, para se considerar que a medida representava uma verdadeira privação da liberdade²⁰.

Assim, resulta da jurisprudência do TEDH que apenas caso a caso se poderá qualificar uma medida de colocação de criança em estabelecimento como medida detentiva ou não.

Ora, tal análise cuidadosa é completamente omitida no acórdão em apreciação. É certo que, face à natureza das coisas, uma criança com quatro meses, não poderia exercer plenamente a sua liberdade de movimentos, de ir e vir e de contacto com o mundo exterior. Mas essa impossibilidade deriva das suas características pessoais, e não da forma de execução da medida de acolhimento residencial, ou das regras internas da instituição em causa. No mais, não se procedeu a uma caracterização suficientemente densa do regime de execução dessa medida que permitisse aferir se,

¹⁹ Queixa n.º 7472/14, Acórdão de 19/05/2016.

²⁰ No mesmo sentido, *A. e outros c. Bulgária*, queixa, n.º 51776/08, Acórdão de 29/11/2011.

de facto, no caso concreto, a mesma se aproximava – ou continha elementos e características – de privação ou de restrição da liberdade de movimentos da criança sujeita à mesma.

Não podemos deixar de considerar, pois, salvo o devido respeito, que a referência ao artigo 5.º da CEDH no presente caso imporia sempre tal análise, pois só assim se levaria a cabo uma adequada subsunção do caso a esta norma de direito internacional. É isso que resulta da jurisprudência do órgão de garantia da CEDH.

7. Para além dos elementos interpretativos até agora analisados, o STJ socorreu-se ainda de acórdãos anteriormente prolatados em que considerou que a garantia de *habeas corpus* era aplicável em contexto de direito das crianças. Refere-se no aresto em anotação que já se havia decidido favoravelmente pela aplicação do instituto de *habeas corpus* em *casos análogos* anteriores. Trata-se dos acórdãos prolatados a 08/03/2006²¹ e a 02/03/2011²². Importa, portanto, analisar os mesmos.

No primeiro aresto, estava em causa a aplicação da providência de *habeas corpus* a uma medida tutelar educativa de internamento em regime semiaberto²³. O STJ começou por reconhecer que também essa medida não poderia ser equiparada a prisão ou detenção, tendo o legislador, aliás, procurado demarcar-se de uma tal equiparação, por força da finalidade das medidas tutelares educativas (destinadas à educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade). No entanto, concluiu que, para efeitos de aplicabilidade do instituto do *habeas corpus*, teria de se ter em conta não a finalidade do internamento, mas o resultado de privação de liberdade que tal internamento determina. E, nesse ponto, considerou que, por força desses efeitos e em nome do respeito pelo princípio

²¹ Proc. 06P885.

²² Proc. 25/11.0YFLSB.S 1.

²³ Cfr. art. 168.º da LTE.

da igualdade, o regime do *habeas corpus* previsto no CPP deveria ser aplicável. O STJ fundamentou-se ainda no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, bem como no artigo 5.º da CEDH. Como se vê, a fundamentação do acórdão ora sob anotação seguiu muito de perto a fundamentação deste “precedente”.

No segundo arresto, decidiu-se da aplicação da providência de *habeas corpus* a um caso em que tinha sido aplicada uma medida tutelar educativa de internamento em regime fechado²⁴. Neste caso, o STJ assinalou que tal medida importava uma restrição ao direito dos progenitores à educação e manutenção dos filhos e ainda à liberdade individual e a autodeterminação pessoal do jovem institucionalizado²⁵, tendo, mais uma vez, aplicado analogicamente o regime processual penal referente ao *habeas corpus*.

No nosso entender, não se pode dizer que os casos ora citados correspondam a situações análogas à que estava em apreciação. De facto, os mesmos dizem respeito à aplicação de *medida tutelar de internamento* no contexto da *lei tutelar educativa*. Como se sabe, as finalidades de intervenção, o regime e a forma de execução das medidas tutelares educativas são substancialmente diferentes das que presidem às medidas de promoção e proteção. Entender o contrário seria proceder à confusão entre dois regimes substancialmente diferentes e cuja autonomização foi ditada por uma perspetiva assumidamente ideológica do legislador que, em 1999, decidiu separar, quer a nível do processo aplicável, quer a nível das instituições responsáveis, o tratamento a prestar pelo Estado às crianças em causa: de um lado, as crianças em perigo, e, de outros, as crianças agentes de factos qualificados pela lei penal como crime. Tal separação foi, aliás, levada a cabo na sequência de recomendações feitas

²⁴ Cfr. art. 169.º da LTE.

²⁵ Aí, como bem se fundamentou o STJ, a medida de internamento é executada, por via de regra, residindo os jovens no Centro Educativo onde são educados, frequentam atividades formativas e de tempos livres, estando as saídas, sob acompanhamento, estritamente limitadas ao cumprimento de obrigações judiciais, à satisfação de necessidades de saúde ou a outros motivos igualmente ponderosos e excepcionais.

pelo Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, após a submissão do primeiro relatório português sobre a aplicação da Convenção dos Direitos da Criança em Portugal²⁶.

Não pretendemos dizer neste ponto não se poder transpor considerações prolatadas a propósito de processos tutelares educativos para casos de processo de promoção e proteção de crianças. É uma hipótese que naturalmente deixamos em aberto, e que pode perfeitamente ter lugar, desde que a isso não se oponha a diferente natureza dos processos e das finalidades da intervenção que se vise a prossecução do interesse superior da criança. O que não podemos deixar de criticar, com o devido respeito, é ter o STJ assumido, de forma tão leve, que as medidas de colocação residencial previstas da LPCJP são análogas às medidas de internamento da LTE. O seu espírito e finalidades são diferentes. Os seus modos de execução são distintos. E, finalmente, não se deve transpor acriticamente as garantias aplicáveis num contexto para o outro. Não, sem antes se ponderar muito cuidadosamente se essa garantia irá servir a *finalidade da intervenção* e, acima de tudo, prosseguir o *superior interesse da criança*. Ora, são precisamente estas considerações que estão ausentes do acórdão em análise, o que é tão mais sério quando se deixou a porta aberta para, no futuro, a garantia de *habeas corpus* ser aplicada a qualquer caso de acolhimento residencial temporário.

8. As críticas acabadas de tecer agravam-se no que toca à aplicação da legislação penal, a qual é feita neste caso de forma idêntica à que tinha sido feita nos anteriores casos, respeitantes às medidas tutelares educativas de internamento. O STJ havia

²⁶Portugal, *First Periodic Report to the Committee on the Rights of the Child*, CRC/C/3/Add.30, §197. Sobre este ponto, v. Guilhermina Marreiros, “O Regime Jurídico da Tutela dos Direitos dos Menores em Portugal”, *Infância e Juventude*, n.º 1, 1999, p. 21, Eliana Gersão, “As Novas Leis de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e de Tutela Educativa – Uma Reforma Adequada aos dias de Hoje”, *Infância e Juventude*, n.º1, 2000, pp. 9-48 e Paulo Guerra, “O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um verdadeiro Recomeço”, *Infância e Juventude*, n.º 1, 2003, pp. 53-80.

fundamentado a aplicação subsidiária do CPP aos processos tutelares educativos nos termos seguintes: “embora o CPP no seu art.º 222.º, n.º 1, preveja apenas a medida para a prisão ilegal, ela, vista a sua filosofia, mais amplamente explicitada no texto constitucional, ao aludir, também, à detenção, à luz de uma interpretação extensiva, e numa perspectiva de justificado favor, atendendo ao direito fundamental afectado, se aplica aos casos de detenção e obrigação ilegal de permanência na habitação, e, por analogia, aos casos de internamento de menor no cumprimento de medida educativa, se, como é óbvio, se registarem os pressupostos enunciados no art.º 222.º, do CPP, como se decidiu neste STJ, nos Acs. de 3.10.2001 e 30.10.2001, in CJ , STJ , Ano IX , TIII, págs 174 e 202 e, mais recentemente no de 8.3.2006 , P.º n.º 6P885 , desta 3.ª Sec.” Mais havia acrescentado que, ao não se admitir a aplicabilidade da providência de *habeas corpus* no contexto de medida tutelar de internamento “violar-se-ia, na verdade, o princípio da igualdade, consignado no art.º 13.º da Constituição, distinguindo-se intoleravelmente, com a admissão de tal providência nos casos de detenção ou de prisão e não nos casos como o nosso”. Concluiu assim, que importava recorrer “à analogia e considerar o regime do “*habeas corpus*” previsto nos apontados preceitos como abrangedor dos casos de privação de liberdade de menores por decretamento de medida tutelar”.

A aplicação do regime penal de *habeas corpus* a situações não expressamente previstas na lei, mas consideradas análogas, já não é nova na jurisprudência do STJ, tendo-se feito essa mesma analogia aos casos de detenção de estrangeiros²⁷ ou de medida de internamento de inimputável por anomalia psíquica²⁸. Tal aplicação foi feita, por último, nos mencionados arrestos sobre medida tutelar educativa de internamento. Ora, se esta primeira transposição não nos merece reparo, já o mesmo não se pode dizer no que toca a uma segunda extensão para as medidas de promoção

²⁷ Ac. de 03/10/2001, proc. N. 8/15.1ZRCTB.

²⁸ Ac. de 30/10/2001, proc. N. 66/14.6TXCBR-D.S1.

e proteção de acolhimento residencial.

De facto, para além de não concordarmos que, atentas as específicas finalidades, natureza e modo de execução da medida de acolhimento residencial, a mesma se possa qualificar como medida de detenção, temos também muitas dúvidas que no seu contexto sejam de aplicar as normas processuais penais. E, salvo o devido respeito, o STJ não logrou fundamentar cabalmente tal aplicação. Desde logo, se a lei tutelar educativa elege como direito subsidiário o Código de Processo Penal (art. 128.º da LTE), já ao processo de promoção e proteção são aplicáveis subsidiariamente as normas relativas ao processo civil declarativo comum, nos termos do artigo 126.º da LPCJP. Mesmo que esta norma se refira à fase de debate judicial e de recurso, ela não deixa de indicar claramente a *natureza não penal* do regime jurídico de promoção e proteção de crianças e jovens. No entanto, o STJ parece ter feito tábua rasa dessa natureza, estendendo de forma quase automática a aplicação analógica do regime processual penal agora às medidas de promoção e proteção.

Importa ainda acrescentar que, contrariamente ao contexto das medidas tutelares educativas, não vingaria em sede de LPCJP um argumento assente na necessidade de respeito pelo princípio da igualdade já que, repetimos, se trata de uma intervenção substancialmente distinta da que ocorre na LTE.

Assim, não podemos deixar de assinalar que nos parece apressada a aplicação de normas do processo penal no caso em presença. Uma necessidade de afastamento do direito processual penal é ainda acrescida quando se está, no presente caso, perante um regime jurídico que se quis demarcar, propositadamente, do regime relativo a crianças agentes de factos qualificáveis pela lei penal como crime.

9. Independentemente de se considerar se a medida de acolhimento residencial contém elementos de *privação* ou mesmo apenas de *limitação* da liberdade, sempre terá de se interpretar a sua enumeração, junto das demais medidas elencadas no n.º 3

do artigo 27.^º da Lei Fundamental, no contexto do *sistema constitucional* como um todo. Isso implica atentar nos demais preceitos constitucionais que enquadram cada uma das medidas elencadas nas alíneas. Apenas da conjugação desses preceitos poderá resultar qual o conteúdo concreto das garantias a aplicar a cada uma delas. De facto, a aplicação das garantias constitucionalmente previstas para todas as medidas de privação de liberdade não pode ser feita de forma cega ou acrítica, tendo de ser precedida, em cada caso, e para cada efeito, de uma análise cuidadosa que pondere os valores últimos em presença. Para essa tarefa, importa atentar na teleologia das normas convocáveis e proceder a um balanceamento com outras garantias ou valores constitucionalmente protegidos.

Com efeito, se o legislador constituinte pretendeu fixar no art. 27.^º um catálogo de todas as formas de privação da liberdade admissíveis²⁹, isso não significa que elas sejam *constitucionalmente equiparadas*, não se podendo daí inferir que o regime constitucionalmente aplicável é idêntico em todas. Assim, na hora de determinar o regime garantístico a que cada uma delas está sujeita, há que atentar na finalidade específica de cada uma, bem como nas demais normas constitucionais que a justificam e a moldam. Assim, por exemplo, a detenção de imigrantes terá de ser sempre ponderada com as normas relativas à expulsão e à proteção da vida familiar. A medida de internamento terá de ser ponderada com valores atinentes à segurança pessoal. No que toca às medidas aplicadas para proteção das crianças, essa necessidade de ponderação faz-se por referência ao artigo 69.^º da Constituição. Nesse sentido, também Gomes Canotilho e Vital Moreira sublinham que o artigo 27.^º da Constituição “não pode deixar de ser aproximado também do artigo 69.^º, sobre os direitos específicos das crianças à proteção da sociedade e do Estado”³⁰.

²⁹ A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem apontando para um princípio da taxatividade das formas admissíveis de privação da liberdade. Veja-se, a esse propósito os Acórdãos 7/87 e 83/01. No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 479.

³⁰ Op. cit., p. 482.

10. As medidas de promoção e proteção de crianças e jovens – entre as quais se conta a medida de acolhimento residencial –, encontram o seu fundamento constitucional no artigo 69.º da Constituição, cujo n.º 1 estipula que todas as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

Assim, na essência da aplicação das medidas de promoção e de proteção está o interesse público de proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral (cfr. art. 1.º da LPCJP), legitimador da intervenção do Estado quando os pais, o representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo (cfr. art. 3.º, nº 1 da LPCJP).

Essa necessidade de proteção é ainda a justificação da aplicação de tais medidas a título provisório, como foi a medida aplicada no caso ora em análise. De acordo com o estipulado no art. 37º, n.º 1 da LPCJP, esta medida pode ser decidida a título cautelar nas situações de emergência ou quando seja necessário proceder ao diagnóstico da situação da criança para encaminhamento subsequente.

As medidas de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo encontram, pois, a sua legitimação constitucional no artigo 69.^º³¹. Mas elas visam ainda a

³¹ No direito internacional, são também várias as normas que preveem a obrigação positiva de proteção das crianças por parte do Estado. Assim, o art. 20.º da CDC que dispõe que «a criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou que, no seu interesse superior, não possa ser deixada em tal ambiente tem direito à proteção e assistência especiais do Estado». Por seu turno, a Carta Social Europeia Revista estabelece, no art. 7.º, os vários compromissos que os Estados-Parte assumem «com vista a assegurar o exercício efetivo do direito das crianças e dos adolescentes à proteção».

proteção de direitos fundamentais diretamente titulados pela criança, como seja o direito à integridade pessoal, garantido no artigo 25.º, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º. A medida de acolhimento aplicada à criança no presente caso visou, precisamente, obviar de forma célere a uma situação em que a mesma se encontrava em perigo, pelo facto de o progenitor poder não lhe prestar os cuidados básicos. Estavam, assim, em causa os mencionados direitos fundamentais titulados pela criança. Mas importa ainda sublinhar novamente que, com a intervenção visa-se não só *proteger* os referidos direitos como ainda, *promover* ativamente a sua realização plena, como o próprio nome das medidas indica. Elas visam não só afastar o perigo em que a criança se encontra e garantir-lhe a recuperação física e psicológica, como também proporcionar-lhe as condições que permitam diligenciar proactivamente pela sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral.

Assim, mais do que perguntar se a medida de acolhimento residencial constitui ou não uma privação da liberdade - caminho esse trilhado pelo STJ e que não merece o nosso acolhimento -, importa explorar outro percurso. Trata-se de sublinhar que a intervenção estadual em que a mesma se traduz encontra o seu enquadramento constitucional no artigo 69.º e visa a proteção de direitos fundamentais titulados pela criança e prosseguir o seu superior interesse. Só esta visão abrangente nos permitirá concluir pelas condições de aplicabilidade de uma garantia como a de *habeas corpus* no presente contexto.

11. A abordagem holística ora exposta implicaria que a decisão de aplicabilidade da providência fosse precedida da seguinte análise: Qual foi a finalidade da intervenção? Que direitos fundamentais da criança se pretendiam proteger? O que reclama o seu superior interesse? Estas considerações permitiriam concretizar a acima referida tomada em consideração do sistema constitucional como um todo.

Procedia-se, através desta análise, ao enquadramento adequado da medida enumerada na alínea e) do n.º3 do artigo 27.º com as demais normas constitucionais aplicáveis. Por outras palavras, não se faria uma aplicação “cega” da garantia de *habeas corpus*.

De facto, uma aplicação automática de tal garantia – pensada para outros contextos –, sem se tomar em consideração os princípios constitucionais acabados de expor, pode levar à desproteção dos interesses que a medida aplicada prendeu prosseguir. É fácil, de resto, imaginar tal situação. Se, no caso concreto, o pedido de *habeas corpus* tivesse sido julgado procedente, a criança seria “imediatamente libertada”, o que, na falta de outra resposta atempada poderia significar, em última análise, a sua entrega aos cuidados da progenitora. Em suma, a aplicação da medida implicaria que a criança voltasse à situação de perigo em que se encontrava. Tratar-se-ia, enfim, de adotar uma decisão fortemente contrária ao interesse superior da criança. Num caso como o presente, pois, a aplicabilidade da providência de *habeas corpus*, pela sua automaticidade, poderia levar à violação, em último caso, dos direitos fundamentais da própria pessoa que se pretendia proteger. Resultaria, enfim, violada a obrigação constitucional que para o Estado decorre do artigo 69.º.

A tomada em consideração dos direitos fundamentais da criança, bem como do seu superior interesse, em obediência ao artigo 3.º da Convenção dos Direitos da Criança (CDC), poderia já ter levado a decisão diferente. Permitiria enquadrar a medida de acolhimento na sua sede própria – a da proteção dos direitos fundamentais previstos nos arts. 25.º e 26.º, e legitimada pelo artigo 69.º, todos da Constituição, – e, perante o art. 3.º da CDC, chegar-se-ia à conclusão de que a proteção do interesse superior da criança prevaleceria. Assim, poderia chegar-se à conclusão de que a medida de *habeas corpus* não seria aplicável no caso, por poder ser contrária a esse interesse. Ora, o acórdão sob anotação omitiu qualquer análise deste tipo, ficando-se pela primeira – e já dúbia – constatação de que a medida de acolhimento

se traduzia numa medida de detenção, pelo que se deveria aplicar as garantias constitucionais referentes à privação da liberdade e, analogicamente, o regime processual penal. Ainda que se concordasse com essa primeira conclusão, mesmo assim pensamos que a decisão final não poderia deixar de proceder à ponderação com os demais valores constitucionais em presença agora expostos.

12. É certo que é legítimo argumentar-se que a cessação imediata da execução da medida provisória de acolhimento residencial poderia não levar necessariamente à restituição da criança ao contexto de perigo em que se encontrava. De facto, poderia ser seguida da aplicação de uma outra medida ou da prorrogação legal da mesma, caso fosse possível. No entanto, não se pode esquecer que no processo de decisão de um pedido de *habeas corpus* apenas se decide da concessão ou não da mesma providência. Somente se avalia se a mesma é aplicável e se se verificam em concreto os requisitos para ela ser concedida. Assim, caso o pedido seja deferido, o Tribunal não irá, na mesma decisão, buscar uma solução imediata para o destino da criança. A procura de eventuais medidas subsequentes ou mesmo a prorrogação da que já se encontrava em vigor terá de ser feita no devido processo de promoção, e não em sede de apreciação da providência de *habeas corpus*.

Ora, nada garante que, durante o hiato temporal que medeia uma apreciação judicial e outra, a criança não seja, de facto, devolvida à situação de perigo em que se encontrava, com prejuízo para a proteção dos seus direitos e para o seu superior interesse, quanto mais não seja o simples interesse em evitar incertezas e permanente instabilidade na sua vida.

Assim, na prática, a aplicação da garantia de *habeas corpus* a crianças a quem tenha sido aplicada medida de acolhimento residencial pode, de facto, acarretar o risco de que as mesmas sejam recolocadas nas situações de perigo de que as mesmas haviam sido retiradas.

13. Tudo o que acabámos de expor não significa que consideremos que a medida de acolhimento residencial não representa, a nível constitucional, uma restrição de alguns direitos fundamentais. De facto, pode eventualmente conter algumas limitações à plena liberdade de movimentos da criança – o que no presente caso poderia decorrer da própria idade da mesma, mas que em crianças de idade mais avançada pode ser mais notório. Pense-se em visitas ao exterior mediante autorização ou acompanhamento obrigatório. Tudo dependerá, em suma, do regime concreto de execução da medida – que, repete-se, não deve ser primariamente caracterizado como importando uma privação da liberdade. Reconhecer, pois, a existência de limitações a uma liberdade de movimentos plena não implica que se qualifique tal medida como uma medida detentiva.

Mas, mais do que isso, ela acarreta, em primeira linha, uma restrição ao direito dos filhos a não serem separados dos seus pais, consagrado no n.º 6 do artigo 36.º. Não se pode esquecer que esse direito é um direito de *dupla titularidade*: ele é um direito dos pais, e também dos filhos. No entanto, deriva dos termos em que a garantia vem consagrada, que o legislador constituinte a encarou, em primeira linha, como um direito da titularidade dos *filhos*. De facto, este direito tem de ser compatibilizado com outros direitos fundamentais da criança, como por exemplo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º) ou mesmo o direito à integridade pessoal (art. 25.º), pelo que pode ser limitado de forma a respeitarem-se plenamente esses outros direitos. Isso sucede, precisamente, nas hipóteses em que os progenitores não cumpram os seus deveres fundamentais, como dispõe o n.º 6 do artigo 36.º. A CDC contém, no art. 9º, n.º 1, uma norma semelhante, dispondo que «*Os Estados partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança (...*

Algumas medidas de promoção e proteção traduzem-se, precisamente na separação dos pais, quando os mesmos não cumpram tais deveres e responsabilidades essenciais. A medida de acolhimento residencial consubstancia uma dessas restrições. Assim, mais do que uma restrição do direito à liberdade, a referida medida constitui uma restrição do direito a não ser separado dos pais, restrição essa que é justificada por um direito conflituante no caso concreto: o direito da criança a viver e desenvolver-se de forma sã e íntegra, com plena satisfação das suas necessidades.

Para além da restrição deste direito da criança, a qual tem necessariamente de ser justificada para sua proteção, a aplicação da medida de acolhimento residencial representa ainda uma restrição a vários direitos fundamentais dos progenitores, como o direito à educação e manutenção dos filhos e o direito a não serem separados dos mesmos (art. 36.º, n.º 5 e 6 da Constituição). Neste caso, a restrição impõe-se para salvaguarda dos direitos do filho, os quais devem prevalecer. Apesar de Constituição Portuguesa não o referir expressamente, consagra-se claramente uma manifestação da prevalência do interesse superior da criança.

De uma forma mais ampla, a medida de acolhimento aplicada (por importar, ainda que provisoriamente, a separação da família), consubstancia ainda uma compressão do direito à unidade familiar. Tal direito é também um direito da titularidade de toda a família – incluindo outros familiares, como irmãos ou avós que vivam com a criança, e que podem ficar afastados da mesma por virtude da aplicação da medida de proteção. Ora, também aqui, a quebra da unidade familiar justifica-se para salvaguardar o interesse superior da criança carecida de proteção, podendo aliás ocorrer em casos em que é precisamente *aquela unidade familiar*, com as características e dinâmicas que a moldam, que entra em conflito com os supra referidos direitos da criança.

As garantias do direito à unidade familiar, à não separação dos filhos, e o próprio

direito dos pais à educação dos filhos impõem vários deveres estaduais. Sendo tipicamente direitos de defesa, impõem em primeira linha uma obrigação de abstenção, ou de não intervenção arbitrária na família. O Estado não poderá, assim, levar a cabo ingerências na vida familiar, separando os elementos da mesma ou impedindo os pais de educarem os filhos, a não ser que isso se justifique por força da necessidade de proteção de outro direito constitucionalmente protegido, como são os direitos das crianças. Se ocorrer tal necessidade, emerge a obrigação positiva do Estado, prevista no art. 69.º, de proteger ativamente a criança. Mas tal obrigação só existe e só se mantém enquanto for necessária tal proteção. Terminando tal necessidade, o Estado deverá retomar o seu dever de abstenção de ingerência na família, o que se pode traduzir numa obrigação de não manter uma separação entre pais e filhos para lá do estritamente necessário.

Assim, a aplicação de uma medida de acolhimento poderá revelar-se ilegítima, por violação dos direitos protegidos no artigo 36.º da Constituição, quando aplicada injustificadamente ou mantida injustificadamente. Nesse caso, pois, os direitos que saem violados são, não o direito à liberdade, mas sim os direitos fundamentais inerentes à vida familiar.

É também vasta a jurisprudência internacional sobre esta questão. No contexto do art. 8.º da CEDH, que proíbe as ingerências arbitrárias na vida familiar, o TEDH já se pronunciou várias vezes sobre a aplicação ou manutenção arbitrária de medidas de proteção das crianças que envolveram a separação da família. Decorre da jurisprudência assinalada que os Estados detêm uma margem de apreciação algo alargada no que toca à decisão inicial de retirada das crianças. No entanto, os juízes de Estrasburgo já procedem a um escrutínio mais apertado no que toca ao prolongamento ou renovação da medida. Esta maior exigência é justificada com o entendimento de que a extensão no tempo de medidas de separação entre pais e filhos pode levar a um corte profundo na vida familiar. Assim, a margem de

apreciação dos Estados diminui à medida que estas medidas se prolongam no tempo, devendo os mesmos apoiar-se em razões mais fortes para justificar tal prolongamento³².

Se considerarem que a duração da medida de acolhimento já se prolongou para além do prazo, ou que deixou de ser necessária, os titulares dos direitos fundamentais à unidade familiar – criança, progenitores, ou outros membros da família – deverão pedir a cessação ou revisão da medida no tribunal competente, de forma a que este possa analisar holisticamente a situação em causa, e ponderar a eventual aplicação de medidas subsequentes. Tal direito deriva aliás do artigo 25.º da CDC, que será a norma relevante no presente contexto³³. Importa, assim, terminar por sublinhar a importância do respeito pelos prazos das medidas, de forma a que a situação futura da criança possa ser ponderada em sede própria e de forma atempada, havendo espaço para se analisar o seu superior interesse.

14. Não terminaremos sem referir um outro aspeto, reportado agora à representação judiciária da criança, que julgamos ser também merecedor de reflexão. No presente caso, o pedido de *habeas corpus* foi deduzido pela criança com quatro meses de idade, mas representada pela progenitora. Ora, não podemos deixar de levantar a dúvida sobre eventual falta de legitimidade da mãe para representar o filho no presente pedido judicial. De facto, o pedido de *habeas corpus* respeitava a medida de promoção e proteção que foi aplicada por se ter entendido que a progenitora não pretendia assumir os cuidados a prestar à criança, nem dispunha de competências

³² V. European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights & Council of Europe, *op. cit.*, p. 77. Cfr. os Acórdãos de 24/03/1998, *Olsson c. Suécia*, queixa n.º 1465/83 e de 18/06/2013, *R.M.S. c. Espanha*, queixa n.º 28775/12.

³³ Nos termos do mencionado preceito, “Os Estados Partes reconhecem à criança que foi objecto de uma medida de colocação num estabelecimento pelas autoridades competentes, para fins de assistência, protecção ou tratamento físico ou mental, o direito à revisão periódica do tratamento a que foi submetida e de quaisquer outras circunstâncias ligadas à sua colocação”.

psicológicas e parentais para o efeito. Assim, surge a dúvida de saber se não haveria um conflito de interesses entre mãe e filho, de forma a que a mesma não pudesse atuar em nome da criança.

Neste contexto, convém sublinhar que os mais recentes instrumentos de direito internacional destinados à proteção dos direitos das crianças afirmam que, em caso de conflito de interesses entre os progenitores e as mesmas, as segundas não devem ser representadas pelos primeiros. Dizem as mais recentes orientações da União Europeia sobre este ponto o seguinte: “*there is a conflict of interest between the holders of parental responsibility and the child victim; as a result, they are precluded from ensuring the child's bests interest and/or from representing the child. In this case, a temporary guardian or a legal representative should be assigned*”³⁴. Nessas circunstâncias, deverá ser nomeado, pois, um tutor (que poderá ser um guardião *ad litem*) ou representante legal *ad hoc* para representar a criança no decurso do processo. Assim o indica claramente a orientação n.º 42 das Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça adaptada às crianças³⁵.

O tutor deverá ser, enfim, uma pessoa independente que visa assegurar a defesa dos interesses da criança, mais suprindo a sua incapacidade judiciária. As mais recentes recomendações da União Europeia apontam, aliás, que tal tutor deveria ser sempre nomeado nos casos em que as crianças não estivesse sob a guarda dos pais³⁶.

Note-se que isto não impede que a mãe, em nome próprio, peça a cessação ou revisão da medida com fundamento na extensão do prazo e desrespeito pelos seus

³⁴ V. European Union Agency for Fundamental Rights & European Commission, *op. cit.*, p. 57.

³⁵ “*Nos casos em que haja conflito de interesses entre os pais e as crianças, a autoridade competente deve nomear um tutor ad litem ou outro representante independente para defender os pontos de vista e os interesses da criança*”. Cfr. Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010. Sobre este instrumento, v. o nosso “Child-Friendly Justice – Orientações Europeias para uma Mudança de Paradigma”, *Revista Luso-Brasileira de Alienação Parental*, n.º 10, Fev.-Maio 2017, pp. 248-257.

³⁶ V. European Union Agency for Fundamental Rights & European Commission, *op. cit.*, p. 14.

A garantia de *Habeas Corpus* no contexto de aplicação de medida de promoção...

Ana Rita Gil

direitos fundamentais de educação e não separação dos filhos. O que temos dúvidas é que o possa fazer em nome da criança, face a eventual confusão de interesses daí proveniente.