

Paulo Pinto de Albuquerque
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa
Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
(Org.)

Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais

Volume I

COMENTÁRIO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS
E DOS PROTOCOLOS ADICIONAIS
Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos
Adicionais, / org. e pref. de Paulo Pinto de Albuquerque. – Lisboa : Universidade
Católica Editora, 2019. – CCLXXII, 1148 p. ; 25 cm. – (Comentários).
– ISBN 978-972-54-0667-0 (vol.1)
I – ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, org., pref. II – Col.
CDU 342.7

Universidade Católica Editora
Lisboa, 2019

37.

Fundamentos da privação da liberdade II Ana Paula Guimarães e Fernanda Rebelo

Sumário:

1. O direito à liberdade e à segurança na CEDH. A detenção de menor
 - a. A detenção legal de menor na CEDH e na jurisprudência do TEDH
 - i. Detenção de menor para fins de supervisão educacional
 - ii. Detenção de menor com o propósito de o apresentar perante a autoridade competente
 - b. Os direitos das crianças perante a administração da justiça na CDC
 - c. A detenção legal de menor à luz da lei portuguesa
2. Detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa
3. Detenção de alienado mental
4. Detenção de alcoólico, toxicómano ou de vagabundo
5. Prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição

1. O direito à liberdade e à segurança na CEDH. A detenção de menor

O TEDH tem sido um veículo importante de divulgação internacional e de comunicação da protecção e respeito pelos direitos humanos, que têm consagração expressa na CEDH¹. Graças à jurisprudência do TEDH e à sua influente intervenção sobre a prevenção das violações graves de direitos humanos, tem vindo a aumentar o número de Estados europeus que adoptou as disposições da CEDH no respectivo direito nacional, o que vem realçar o papel fulcral do referido Tribunal na evolução da legislação europeia e na «comunicação» dos direitos humanos em geral.

No presente comentário desenvolve-se uma análise das situações de privação de liberdade previstas nas alíneas *d*), *e*) e *f*) do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH, o qual tem por objecto precípuo a protecção do direito à liberdade e à segurança da pessoa contra prisões ou detenções arbitrárias. Assim, o artigo 5.º garante o direito à liberdade e à segurança sujeito a várias excepções. Segundo BARRETO²,

«os termos liberdade e segurança devem ser lidos em conjunto, formando um todo: a expressão liberdade da pessoa empregada no artigo 5.º significa, antes de mais, ausência de prisão ou detenção, ou seja, liberdade física, mas também liberdade de não ser ameaçado nem objecto de uma prisão ou detenção arbitrária. O direito à segurança da pessoa, por sua vez, contém, precisamente, a garantia de que um indivíduo só poderá ser preso ou detido pelos motivos e segundo processos previstos na lei».

* Por opção das Autoras, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

¹ A CEDH entrou em vigor em 1953 e é um instrumento regional desenhado pelo Conselho da Europa como uma resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema, ver MERRILLS, J. G., ROBERTSON, A. H. (2005).

² BARRETO, Ireneu Cabral (2005), pp. 9-32.

Nesta conformidade, é declarado que «ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal» (n.º 1), ao que se segue uma lista de situações em que a prisão ou detenção é permitida.

Para atingir os objectivos enunciados, recorreu-se à jurisprudência do TEDH na interpretação da CEDH e de outras convenções europeias e internacionais, e bem assim os contributos dos normativos e arrestos nacionais, completados pela revisão de literatura pertinente sobre as matérias sob análise, tendo em vista traçar-lhes os contornos, perceber as dificuldades e as limitações próprias, trazendo-as à luz do debate científico e partilhando-as na busca de um sentido...

a. A detenção legal de menor na CEDH e na jurisprudência do TEDH

A primeira matéria a abordar diz respeito à detenção legal de menor, centrada na alínea *d*), do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH que autoriza a privação de liberdade de um menor «feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente». Devem interpretar-se as excepções como um sinal de respeito pelo superior interesse da criança e do seu bem-estar, sendo, portanto, a detenção considerada legal³. A alínea *d*) não é apenas uma disposição que permite a detenção de um menor. Contém exemplos específicos de circunstâncias em que os menores podem ser detidos: para efeitos de supervisão educacional (A) ou de os apresentar perante a autoridade competente (B)⁴. Os menores são os únicos visados nesta excepção, aplicável dentro dos condicionalismos já referidos. Portanto, na alínea *d*) estamos perante fundamentos autónomos de detenção legal de menor, que acrescem às demais situações de excepção referidas nas outras alíneas do n.º 1 do artigo 5.º

O artigo 5.º, n.º 1, da CEDH prevê que toda a pessoa tem o direito à liberdade e segurança. A privação de liberdade constitui, portanto, uma excepção e inclui qualquer forma de colocação numa instituição por decisão de uma autoridade judicial ou administrativa, da qual o jovem não tem permissão para sair livremente⁵. A detenção deve assim encontrar-se prevista na legislação nacional e não pode resultar de um juízo arbitrário.

No entender de VAN BUEREN⁶, há um paradoxo inerente à CEDH: a Convenção visa proteger os direitos humanos, contudo, consagra um fundamento específico de privação de liberdade sob o qual as crianças podem ser detidas. Não obstante, parece-nos que não há contradição. Na verdade, como veremos melhor adiante, a razão de ser permitido a um Estado privar uma criança da liberdade para o exercício da supervisão educacional, encontra justificação no facto de que dessa forma ele concede justamente uma oportunidade para afastar uma criança da justiça criminal formal. Neste sentido, a disposição tem sido interpretada de forma dinâmica pelo TEDH que, em determinadas circunstâncias, impôs a obrigação positiva aos Estados

³ DALY, A. (2011).

⁴ *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, n.º 13178/03, § 100, 12 Janeiro 2007.

⁵ Ver o artigo 21.º, n.º 5, da Recomendação CM / Rec (2008) 11, sobre as normas europeias para menores infractores sujeitos a sanções ou medidas, 5 de Novembro de 2008.

⁶ VAN BUEREN, Geraldine (2007), pp. 22-34.

de estes criarem os meios adequados que garantam a educação e a reabilitação dos jovens em conflito com a lei⁷.

Entende-se aqui por criança o ser humano menor de 18 anos. À luz dos critérios europeus e da Resolução (72) 29 do CM do Conselho da Europa sobre a diminuição da idade da capacidade legal plena, é menor a pessoa com menos de 18 anos⁸. Veja-se, no mesmo sentido, a CDC⁹ que no seu artigo 1.º define criança como «todo o ser humano com menos de dezoito anos, excepto se a lei nacional confere a maioridade mais cedo»¹⁰. A CRP não fornece uma definição de criança ou menor¹¹. Contudo, o CC português estabelece no artigo 122.º que «é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade»¹².

i. Detenção de menor para fins de supervisão educacional

Quanto à detenção de menor para fins de supervisão educacional, esta constitui uma das situações em que a detenção é legal. A alínea *d*), do artigo 5.º da CEDH tem em vista as formas de detenção que se situam fora do âmbito do sistema de justiça juvenil. Com efeito, esta forma de detenção tem-se verificado nos casos em que o menor tem uma necessidade particular de supervisão educacional devido a ter, por exemplo, uma personalidade perturbada ou assumir certos comportamentos violentos. Nas restantes excepções (fundamentos da privação da liberdade) previstas nas outras alíneas do n.º 1 do preceito, excepto a alínea *d*), os diversos fundamentos aplicam-se indistintamente, como resulta da expressão: «toda a pessoa» no n.º 1 do artigo 5.º, quer a menores quer a maiores de idade¹³.

⁷ KILKELLY, Ursula (2001), pp. 308-326. Project MUSE, doi:10.1353/hrq.2001.0019. Segundo o princípio da universalidade e o disposto no artigo 1.º da CEDH, os Estados-partes têm o dever de assegurar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição os direitos e liberdades consagrados no título I da Convenção, portanto, os direitos dos menores são direitos humanos plenos.

⁸ Ver os casos *Koniarska c. Reino Unido* (dec.), n.º 33670/96, 12 Outubro 2000, e *X. c. Suíça* (dec.), n.º 8500/79, 14 Dezembro 1979.

⁹ Adoptada pela AGNU, em 20 de Novembro de 1989, e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

¹⁰ No mesmo sentido, ver ainda o disposto no artigo 5.º, alínea *a*), da LPCJP, a Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

¹¹ Para GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (2007), p. 870, deve «articular-se na constituição portuguesa a noção de criança com a noção de jovem, tendo em conta o disposto no seu artigo 70.º, que confere direitos específicos aos jovens, embora nada exija que não possa haver sobreposição parcial das duas categorias, com a consequente aplicação dos correspondentes direitos».

¹² Sobre o regime da incapacidade de exercício por menoridade, respectiva amplitude e efeitos, ver por todos, PINTO, C. A. Mota, MONTEIRO, A. Pinto, PINTO, Paulo Mota (2005), pp. 228 e ss. Note-se, contudo, que o limite da imputabilidade penal é de 16 anos (CP, artigo 19.º), pelo que os menores que ainda não tenham atingido a idade de 16 anos não podem ser condenados a penas, mesmo que pratiquem actos qualificados como crimes. Os menores (com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos incompletos no momento da prática dos actos) não cometem crimes por serem inimputáveis em função da idade, mas se praticarem factos ilícitos típicos, como furtos, ofensas corporais, homicídios, entre outros, serão julgados pelos Tribunais de Família e Menores, sendo-lhes aplicada uma medida tutelar educativa, sendo a mais grave delas o internamento.

¹³ Nos termos do artigo 5.º da CEDH, a detenção é uma excepção que deve ser justificada sob uma das situações nele previstas. A detenção de menores em contacto com o sistema de justiça pode ser justificada, quer após condenação por um tribunal competente quer em caso de prisão preventiva [alíneas *a*) e *c*)]. Nos casos que envolvem detenção de menores, especialmente os da

Neste sentido, é ilustrativo o caso *Bouamar c. Bélgica*¹⁴ que diz respeito à colocação de um menor em prisão preventiva em 9 ocasiões por períodos de cerca de 15 dias. O candidato era um adolescente considerado com personalidade perturbada e comportamento violento. O Governo belga «alegou que ele havia sido colocado na prisão preventiva com o propósito de supervisão educativa. O TEDH assinalou que as colocações provisórias numa prisão preventiva não são em si mesmas contrárias ao artigo 5.º, n.º 1, alínea d), enquanto as autoridades prosseguirem o objectivo de colocar o jovem sob supervisão educacional. No entanto, o TEDH considerou que, no caso do requerente, as autoridades não demonstraram que tinham a intenção ou a possibilidade de o colocar numa instituição em que poderia beneficiar de uma supervisão educacional». Consequentemente, o TEDH considerou uma violação do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), da CEDH.

Em outro caso, *D. G. c. Irlanda*¹⁵, a situação era relativa à colocação de uma criança violenta num centro de detenção. O TEDH «considerou que a noção de “supervisão educativa” não devia ser estritamente equivalente a ensino ministrado em sala de aula. Supervisão educacional envolve muitos aspectos do exercício dos direitos parentais pela autoridade local em benefício e protecção do menor em questão». O Tribunal considerou «admissível que as autoridades nacionais colocassem os menores em centros de detenção por um curto período de tempo até que o alojamento adequado fosse encontrado». No caso do requerente, «não foi cumprida a exigência da rapidez, sendo que ele só foi colocado em um alojamento adequado mais de seis meses após sua libertação da detenção». Portanto, em face do descrito, o TEDH considerou que se estava perante uma violação do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), da CEDH.

Sintetizando algumas considerações retiradas dos diversos acórdãos proferidos pelo TEDH sobre o alcance da aplicação da medida de supervisão educacional enquanto justificação da legalidade da privação da liberdade do menor, temos que:

- a) «a detenção de menor será legal desde que seja ordenada no superior interesse dele e não devido ao facto de adoptar comportamentos criminosos ou se encontrar em risco». Neste sentido, *D. L. c. Bulgária*¹⁶: «A primeira parte do artigo 5.º, n.º 1, d), autoriza a privação de liberdade de um menor por seus próprios interesses, independentemente da questão de se ele ou ela é suspeito de ter cometido uma infracção penal ou é simplesmente uma criança “em risco”...» Iguualmente, do artigo 20.º, n.º 3, da CDC, sobre a protecção da criança privada de ambiente familiar, resulta em suma que «o Estado tem a obrigação de assegurar protecção especial à criança privada do seu ambiente familiar e de zelar para que possa beneficiar de cuidados alternativos adequados ou colocação em instituições apropriadas. Todas as medidas relativas a esta

obrigação deverão ter devidamente em conta a origem cultural da criança». Por seu turno, o artigo 11.º, n.º 1, da CDC, sobre deslocações e retenções ilícitas, prevê que: «Os Estados-partes tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro.» E o artigo 19.º da CDC, sobre protecção contra maus-tratos e negligência, estabelece que «o Estado deve proteger a criança contra todas as formas de maus-tratos por parte dos pais ou de outros responsáveis pelas crianças e estabelecer programas sociais para a prevenção dos abusos e para tratar as vítimas».

- b) No contexto da detenção de menores, as palavras «supervisão educacional» não devem ser equacionadas rigidamente como noções de ensino em sala de aula. Tal supervisão deve abarcar muitos aspectos do exercício, pela autoridade, dos direitos parentais para o benefício e a protecção da pessoa interessada. Neste sentido, ver os casos *P. e S. c. Polónia*¹⁷, *Ichin e Outros c. Ucrânia*¹⁸ e *D. G. c. Irlanda*¹⁹. Por outro lado, a supervisão educacional não pode deixar de ter em conta uma educação básica ou elementar com base no percurso escolar e curricular a que os menores detidos devem estar sujeitos, para que não sejam privados de uma educação adequada, mesmo quando detidos temporariamente por período de tempo curto, para evitar que surjam lacunas na sua educação por motivo de se encontrarem fora de uma escola detidos num dado local. Neste sentido, consultar o caso *Blokhin c. Rússia*²⁰.
- c) A excepção ao direito à liberdade, resultante da supervisão educacional, que consiste numa «detenção», não pode ter em vista a «correção do comportamento» do menor nem para prevenir que ele pratique «actos delinquentes». Na verdade, a detenção baseada em “correção de comportamento” ou a necessidade de evitar que um menor cometa actos delinquentes adicionais não é enquadrável na alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º, da CEDH», conforme resulta do caso *Blokhin c. Rússia*²¹.
- d) A alínea d) do artigo 5.º em análise não impede que «uma medida provisória de custódia» seja usada como preliminar de um regime de educação supervisionada, sem envolver ela própria qualquer educação supervisionada. Em tais circunstâncias, contudo, «a prisão deve ser rapidamente seguida pela aplicação real de tal regime num ambiente (aberto ou fechado) projectado e com recursos suficientes para o propósito». Ver, neste sentido, o caso *Bouamar c. Bélgica*²².

¹⁷ *P. e S. c. Polónia*, n.º 57375/08, § 147, 30 Outubro 2012.

¹⁸ A proporcionalidade e a relação com os factos que conduzem à privação de liberdade foram também ponderadas pelo TEDH, designadamente no caso *Ichin e Outros c. Ucrânia*, n.ºs 28189/04 e 28192/04, § 39, 21 Dezembro 2010. Neste caso, dois rapazes, de 13 e 14 anos, ficaram detidos, em instalações para jovens, pelo período de 30 dias, por terem furtado comida e utensílios de cozinha de uma cantina escolar, apesar de terem confessado os factos e efectuado a devolução de alguns dos utensílios e de estarem abaixo da idade de responsabilização criminal. O TEDH entendeu que «os jovens tinham permanecido detidos arbitrariamente, num local que falhou ao não providenciar a “supervisão educativa” que se impunha», dessa forma violando o artigo 5.º, n.º 1, alínea d), da CEDH. Ver SILVA, Júlio Barbosa (2013).

¹⁹ *D. G. c. Irlanda*, citado acima.

²⁰ *Blokhin c. Rússia* [GC], n.º 47152/06, § 170, 23 Março 2016.

²¹ *Blokhin c. Rússia*, citado acima.

²² *Bouamar c. Bélgica*, citado acima.

alínea c), o TEDH exige uma diligência especial das autoridades nacionais, ordenando que tenham especial atenção à idade do menor, quando está em causa a decisão sobre a prisão preventiva, entre outras garantias. Esta medida deve sempre ser usada como medida de último recurso e pelo período mais curto possível. Neste sentido, ver *Korneykova c. Ucrânia*, n.º 39884/05, §§ 43-44, 19 Janeiro 2012. Assim, o TEDH vem impor deveres aos Estados-partes os quais devem considerar alternativas à prisão preventiva, conforme resulta da decisão *Güveç c. Turquia*, n.º 70337/01, § 108, 20 Janeiro 2009.

¹⁴ *Bouamar c. Bélgica*, n.º 9106/80, 29 Fevereiro 1988.

¹⁵ *D. G. c. Irlanda*, n.º 39474/98, 16 Maio 2002.

¹⁶ *D. L. c. Bulgária*, n.º 7472/14, § 71, 19 Maio 2016.

- e) A detenção do menor tem de obedecer a regras, assim, «a colocação de um menor numa instituição fechada também deve ser proporcional ao objectivo da “supervisão educacional”. Deve ser uma medida de último recurso, tomada no melhor interesse da criança e destinada a prevenir sérios riscos para o desenvolvimento da criança». Neste sentido, ver o caso *D. L. c. Bulgária*²³.
- f) O sistema de supervisão educativa exige do Estado que a adopta que as instalações sejam adequadas, de segurança, de educação. Portanto, «se o Estado optou por um sistema de supervisão educativa, que envolvia a privação de liberdade, será obrigado a criar instalações institucionais adequadas que atendam às exigências de segurança e educacionais desse sistema e, dessa forma, possa satisfazer os requisitos do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), da CEDH». Neste sentido, ver os casos *A. e Outros c. Bulgária*²⁴ e *D. G. c. Irlanda*²⁵. Porém, segundo a decisão de *D. L. c. Bulgária*²⁶, «no que diz respeito à implementação de um sistema pedagógico e educacional, o Estado deve ter uma certa margem de apreciação».
- g) Refira-se, por fim, que «o TEDH não considera que uma instalação de alojamento juvenil constitua ela própria “supervisão educativa”, se não forem oferecidas actividades educativas». Ver, neste sentido, o caso *Ichin e Outros c. Ucrânia*²⁷.

ii. Detenção de menor com o propósito de o apresentar perante a autoridade competente

Quanto à segunda parte da alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º, que considera a detenção legal sempre que resulte do propósito de apresentar perante a autoridade legal competente, deve entender-se, de acordo com os trabalhos preparatórios, que esta disposição se destina a cobrir a detenção de um menor em face de processos civis ou administrativos, enquanto a detenção no âmbito de um processo penal se destina a ser abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º

Contudo, segundo o caso *X. c. Suíça*²⁸, «a detenção de um menor acusado da prática de um facto qualificado como crime durante a preparação de um relatório psiquiátrico necessário para a tomada de uma decisão sobre as suas condições mentais foi considerada como abrangida pela alínea d), como sendo a detenção com o propósito de trazer um menor perante a autoridade competente».

De acordo com KILKELLY²⁹, a CEDH e o TEDH «têm contribuído consideravelmente para a evolução da legislação europeia e da prática judicial na área de direito da família e das crianças, para a proteção das crianças contra o abuso e negligência e, mais recentemente, para a justiça juvenil». VAN BUEREN³⁰ defende que «o TEDH desenvolve a função de controlo e da execução da salvaguarda e respeito dos direitos humanos consagrados na CEDH, entre eles tem vindo a firmar jurisprudência em matéria de direitos das crianças, no que se refere a mitigar as deficiências das leis

nacionais dos Estados-membros e provou, assim, ser um instrumento valioso para as crianças. Embora seja reconhecido que a CEDH não seja centrada na protecção dos direitos das crianças ou não tenha sido pensada para atalhar os problemas das crianças». O mesmo entendimento é sufragado por CASALEIRO³¹ considerando que, «embora a CEDH contenha poucas referências a crianças, alguns dos seus artigos têm sido invocados a favor da defesa e protecção destas»³².

Também, para KILKELLY³³, para além das restrições negativas impostas aos Estados-membros, «o TEDH adoptou uma interpretação relativista e mais ampla dos artigos 3.º, 5.º e 6.º da CEDH, impondo obrigações positivas aos Estados-membros, tendo em atenção a especial vulnerabilidade das crianças e dos seus direitos em conflito com a lei, apoiando-se noutros instrumentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança».

b. Os direitos das crianças perante a administração da justiça na CDC

Com o incremento da mobilidade dos cidadãos na UE e em todo o mundo, uma criança pode estar relacionada com mais do que um Estado-membro da UE e países terceiros. Assim, o tema em questão insere-se no domínio da salvaguarda dos direitos das crianças no direito europeu, por um lado, e na problemática da cooperação internacional no contexto da protecção das crianças, por outro lado³⁴. Importa desenvolver mecanismos, a nível europeu e internacional, de coordenação e cooperação transfronteiriços eficazes entre as diferentes autoridades nacionais de protecção dos menores, englobando, sempre que seja necessário para assegurar o superior interesse da criança, as autoridades de tutela, judiciais e policiais³⁵.

Os Estados-membros devem utilizar os seus recursos para facilitar a cooperação transnacional. Neste domínio, devem ser referidos dois instrumentos jurídicos relativos às questões de competência jurisdicional sempre que surgem casos em que se inserem crianças no seu âmbito de aplicação. A Convenção de Haia relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de protecção de menores de 1996, determina o Estado cujas autoridades são competentes para tomar medidas orientadas para a protecção da pessoa ou dos bens da criança. Também o Regulamento Bruxelas II³⁶, relativo ao divórcio e a responsabilidade parental, é aplicável às acções em matéria

²³ *D. L. c. Bulgária*, n.º 7472/14, § 74, 19 Maio 2016.

²⁴ *A. e Outros c. Bulgária*, n.º 51776/08, § 69, 29 Novembro 2011.

²⁵ *D. G. c. Irlanda*, n.º 39474/98, § 79, 16 Maio 2002.

²⁶ *D. L. c. Bulgária*, citado acima, § 77.

²⁷ *Ichin e Outros c. Ucrânia*, citado acima.

²⁸ *X. c. Suíça* (dec.), n.º 8500/79, 14 Dezembro 1979.

²⁹ KILKELLY, Ursula (2001), p. 326.

³⁰ VAN BUEREN, Geraldine (2007), p. 69.

³¹ CASALEIRO, Paula (2013), p. 20.

³² Note-se que na CEDH, a referência directa às crianças surge apenas duas vezes no corpo da Convenção: no artigo 5.º, sobre o direito à liberdade e à segurança, e no artigo 6.º, em relação ao direito a um julgamento justo. Segundo, CASALEIRO (2013), tal é o caso do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), e artigo 6.º Com efeito, ambos os preceitos citados visam a protecção dos menores. O artigo 5.º, n.º 1, alínea d), admite a privação do direito à liberdade e à segurança em caso de detenção legal de menor apenas em determinadas condições que lhe sejam favoráveis; e o artigo 6.º consagra o direito a um julgamento justo, incluindo o direito a uma audiência pública, excepto se, tratando-se de julgamento de menor, o interesse deste dite a exclusão, no todo ou em parte, da presença da imprensa e do público.

³³ KILKELLY, Ursula (2001), p. 309.

³⁴ Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2017), p. 24.

³⁵ Nos termos da legislação da União, o actual quadro jurídico para os processos de justiça penal não inclui um instrumento vinculativo relativo à detenção de crianças.

³⁶ Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004.

civil relativas ao divórcio, à separação e à anulação do casamento, responsabilidade parental, fixando as regras em matéria de competência.

Nos mais relevantes normativos europeus, a protecção da criança é hoje uma preocupação presente, manifestando-se desde logo nas chamadas fontes primárias do direito, como são os tratados, as convenções, a legislação derivada e a jurisprudência, com origem no Conselho da Europa e na UE, além de outra legislação e instrumentos não vinculativos para onde são feitas referências constantes. Diz respeito aos sistemas e processos de reforço da tutela ou representação das crianças estabelecidos para suprir as necessidades de diferentes categorias de menores, em particular aqueles que se encontram privados de cuidados parentais³⁷. Tal percepção comum deve contribuir para uniformizar o nível de protecção proporcionado a todas as crianças³⁸, não apenas no plano nacional e da UE mas também com alcance à escala mundial³⁹. Por esta via, tem vindo a consolidar-se um acervo significativo em torno dos direitos das crianças – fazendo surgir e ganhar força uma «lei europeia dos direitos das crianças».

Neste contexto, desde o seu aparecimento, tem lugar de destaque a CDC que adopta uma abordagem integrada e centrada na criança. A CDC constitui um instrumento importante para dar resposta às necessidades e aos direitos específicos das crianças sendo as suas disposições aplicáveis a todas as crianças sem discriminação. As crianças são titulares de direitos. Elas são beneficiárias de todos os direitos humanos e destinatárias de regulamentos especiais, dadas as suas características específicas. Apela-se, assim, à implementação contínua de medidas eficazes para garantir o bem-estar geral e proteger o interesse superior da criança⁴⁰, quer no plano nacional quer ao nível internacional.

A CDC consagra alguns direitos fundamentais da criança: nomeadamente, no artigo 2.º, sobre a não discriminação, refere que: «Todos os direitos se aplicam a todas as crianças sem excepção» e que «o Estado tem obrigação de proteger a criança contra todas as formas de discriminação e de tomar medidas positivas para promover os seus direitos»; no artigo 3.º, sobre o significado de interesse superior da criança, dispõe que: «Todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior. O Estado deve garantir à criança cuidados adequados quando os pais ou outras pessoas responsáveis por ela não tenham capacidade para o fazer.»

No tocante aos direitos da criança perante a administração da justiça, o artigo 40.º da referida CDC salienta: (1) que os menores só podem ser privados da sua liberdade como último recurso e pelo período de tempo estritamente necessário; (2) em caso de detenção legal, os menores têm o direito a serem tratados de forma adequada à sua idade com respeito pela sua dignidade⁴¹; (3) e ainda que os menores não devem

³⁷ Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2017), p. 13.

³⁸ Ver o artigo 6.º da CDFUE. Os direitos consagrados no artigo 6.º correspondem aos direitos garantidos pelo artigo 5.º da CEDH, cujo sentido e âmbito são iguais, de acordo com o disposto no n.º 3, do artigo 52.º da Carta.

³⁹ RAMOS, Rui Moura (2002), p. 101.

⁴⁰ O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, salienta no seu Comentário Geral n.º 14 (2013) que o interesse superior da criança deve ter primazia (artigo 3.º, n.º 1), fornecendo os pressupostos determinantes para permitir a avaliação do que deve entender-se por interesse superior e, bem assim, o processo a seguir e os elementos fundamentais integradores da referida avaliação.

⁴¹ Nos termos do artigo 40.º do CDC: os procedimentos judiciais e a colocação em instituições devem ser evitados sempre que possível e têm direito a um tratamento que favoreça o seu sentido de dignidade e valor pessoal, que tenha em conta a sua idade.

ser detidos em conjunto com adultos⁴². Por fim, deve acrescentar-se que, no citado artigo 40.º da CDC, prevê-se um conjunto de disposições relativas, nomeadamente, à assistência, orientação e controlo, conselhos, regime de prova, colocação familiar, programas de educação geral e profissional, além de muitas outras soluções que podem ser adoptadas em vez das soluções institucionais. Em todo o caso, as medidas têm de garantir às crianças um tratamento adequado ao seu bem-estar e à medida da infracção por si cometida.

c. A detenção legal de menor à luz da lei portuguesa

O artigo 27.º da CRP, ao declarar que todos têm direito à liberdade e à segurança (n.º 1), exceptuando-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determine nos casos seguintes (n.º 3): [...] alínea e) «Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente», corresponde em boa medida ao regime da detenção de menor da CEDH, supra analisado.

Sobre este preceito, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA⁴³ em anotação, confirmam a finalidade da norma de assegurar o direito à liberdade e o direito à segurança, reunindo-os no mesmo preceito, e, embora se trate de direitos distintos, encontram-se estreitamente ligados. «O direito à liberdade é um direito fundamental integrante da categoria dos “direitos, liberdades e garantias”, pelo que as restrições a tal direito têm de respeitar os princípios de que só podem ser estabelecidas para assegurar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e devem limitar-se ao necessário para os proteger.»⁴⁴ Porém, como concluem GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, «O direito à liberdade não é um direito absoluto, pelo que se admitem limitações, através das medidas de privação total ou parcial da liberdade previstas nos n.ºs 2 e 3 do preceito em análise». Nos termos do n.º 3, entre as medidas em que a privação de liberdade pode ter lugar, encontram-se as da alínea e): a «sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente». Estas medidas especialmente aplicáveis a menores devem obedecer a dupla reserva: de previsão legal, conforme resulta do n.º 3: «pelo tempo e nas condições que a lei determinar», e da «decisão de tribunal judicial competente»⁴⁵.

⁴² Ver os casos *Nart c. Turquia*, n.º 20817/04, § 31, 6 Maio 2008, e também no *Güveç c. Turquia*, n.º 70337/01, 20 Janeiro 2009.

⁴³ Sobre a matéria, seguimos de perto a anotação dos AA (2007), pp. 478 e ss.

⁴⁴ Sobre o preceito em referência no texto, ver os acórdãos do TC de 12.03.1997 (Vitor Nunes de Almeida) e de 05.07.2000 (Sousa Brito).

⁴⁵ Quanto ao sentido e alcance do direito à liberdade, consagrado no artigo 27.º da CRP, citamos as palavras de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (2007, p. 485), onde observam que «O direito à liberdade engloba fundamentalmente os seguintes “subdireitos”: (a) o direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos neste artigo; (b) direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido por parte de outrem; o direito à protecção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade. O direito à segurança também se encontra previsto no preceito, compreendendo a possibilidade de exercício seguro e tranquilo dos direitos liberto de ameaças ou agressões», abarcando, continuam os AA, «hoje duas dimensões: (a) a dimensão negativa, estritamente associada ao direito à liberdade (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão positiva, no sentido de direito

Importa referir que esta alínea e) do n.º 3 do artigo 27.º também tem de se relacionar com o disposto no artigo 69.º da CRP, relativo à infância, que, incidindo sobre «os direitos específicos das crianças à protecção da sociedade e do Estado, consagra um direito das crianças à sua condição de menores e seres especialmente vulneráveis, impondo-se ao Estado e à sociedade em geral e às instituições sociais deveres que assegurem o seu bem-estar integral»⁴⁶.

Por seu turno, no tocante à detenção de menores e à aplicação de medidas privativas de liberdade, a LTE, a Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, tem finalidade educativa e permite a aplicação de sanções privativas (formas de internamento) e não privativas de liberdade, mas para tanto devem estar preenchidos certos pressupostos de aplicação, a saber: prática de factos qualificados pela lei penal como crimes por crianças com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos não completos, que tenham necessidade de educação para o direito.

Esta lei pretende conferir aos menores as garantias processuais de acordo com os preceitos constitucionais e os instrumentos internacionais. Trata-se de «um modelo em que não é aplicado o direito penal no seu todo, não se podendo considerar um modelo puro de justiça, pois falta à medida tutelar o carácter punitivo subjacente às penas», com a finalidade de correcção de comportamentos do menor não consentâneos com a lei, sendo «o fundamento da opção político-criminal do legislador: subtrair o adolescente às consequências negativas de uma condenação penal»⁴⁷.

A LTE visou introduzir no quadro jurídico da protecção dos menores o recurso à mediação de conflitos, através da criação de um modelo em que a medida tutelar a aplicar tem a finalidade da educação do menor, antes de mais, assegurando o respeito pelos valores primordiais da sociedade⁴⁸.

Importa referir, ainda, pela sua enorme relevância no contexto da detenção legal de menores e das situações em que no interesse superior da criança pode ter lugar a privação do seu direito à liberdade e à segurança, a LPCJP – Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro. Esta lei visa salvaguardar os direitos das crianças cujos pais ou outras pessoas responsáveis possam vir a comprometer a sua saúde, o seu desenvolvimento e educação, ou sejam incapazes de as defender perante os perigos e os riscos com que podem defrontar-se. Neste sentido, a lei «pretende suprir ou compensar e corrigir a incompetência parental que coloque em risco as crianças, radicando aqui a legitimidade das intervenções daí decorrentes»⁴⁹.

É de assinalar que a intervenção junto das crianças e jovens funciona em três instâncias que operam em diferentes níveis: no 1.º nível as entidades competentes em matéria de infância; no 2.º nível as comissões de protecção de menores; e, por último, no 3.º nível temos as instâncias judiciais. Das três instâncias, devem destacar-se as «comissões de protecção de menores» e o seu papel enquanto entidade oficial interinstitucional e interdisciplinar não judiciária, que articula a participação dos

dos indivíduos à protecção dos poderes públicos das suas pessoas e bem em caso de agressões ou ameaças de outrem».

⁴⁶ Como salientam GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (2007), p. 869, «este direito à protecção infantil protege todas as crianças por igual, mas poderá justificar medidas especiais de compensação [...] em relação às crianças em determinadas situações como são os casos dos órfãos e abandonados».

⁴⁷ Ver MAGALHÃES, Cláudia Patrícia Oliveira (2011).

⁴⁸ Sobre a LTE, ver SILVA, Júlio Barbosa (2013).

⁴⁹ MARTINS, Paula Cristina Marques (2004), pp. 349 e ss. Sobre a aplicação desta lei e as situações de detenção de menores, ver o acórdão do TRC, de 27 de Abril de 2017 (Jorge Arcanjo).

principais agentes da comunidade na promoção dos direitos e na prevenção das situações de perigo.

De entre as diversas medidas previstas no artigo 35.º da LPCJP, é de salientar a possibilidade de detenção de menor (embora não seja este o critério preferencial), em instituições de acolhimento com a finalidade da supervisão educativa [alínea f)] das crianças e jovens em perigo⁵⁰. Quanto aos pressupostos da aplicação de medida provisória ou definitiva de acolhimento institucional, algumas decisões jurisprudenciais são contraditórias. Os acórdãos do TRP, de 10 de Julho de 2013 (Fonte Ramos) e do TRG, de 26 de Novembro de 2009 (Amílcar Andrade) analisam a verificação dos pressupostos de aplicação da medida provisória de acolhimento institucional. No acórdão do TRE, de 1 de Julho de 2004 (Almeida Simões) defende-se que o acolhimento de menor em instituição é uma das medidas de promoção e protecção das crianças e jovens em perigo, admitindo-se que tal medida de acolhimento em instituição poderá ser provisória desde que se esteja perante uma situação de emergência. Porém, no mesmo acórdão, decidiu-se que «tal medida não pode ter uma duração superior a seis meses, cessando *ipso lege* se não for, entretanto, fixada a medida definitiva». Todavia, têm sido proferidas algumas decisões dos tribunais de segunda instância em sentido contrário, em que se tem entendido que a medida provisória não cessa automaticamente, decorrido que seja o prazo de seis meses⁵¹. Assim, a questão da duração e revisão das medidas provisórias de acolhimento institucional, tem suscitado controvérsia e debate na jurisprudência dos tribunais nacionais. Uma terceira posição já foi adoptada no acórdão do TRL de 27 de Janeiro de 1999 (Anabela Calafate), no sentido de que a «medida provisória decretada fosse prorrogada caso se mantivesse a situação de perigo e ocorresse a impossibilidade de aplicar uma medida definitiva, porquanto não se optando por tal via tal significaria colocar a criança numa situação de desprotecção». Outros acórdãos, contudo, propugnam uma solução de prorrogação sucessiva de medidas provisórias, tal é o caso do acórdão do TRP, de 17 de Fevereiro de 2009 (Canelas Brás).

Em face da controvérsia suscitada, devemos atentar no disposto nos artigos 37.º e 62.º, n.º 6, da LPCJP, estabelecendo esta lei que «as medidas provisórias são aplicadas nas situações de emergência [...], não podendo a sua duração prolongar-se por mais de seis meses». Concluímos assim que a intenção do legislador terá sido a de limitar temporalmente a medida provisória e a de não eternizar uma situação de incerteza e insegurança gravosa para o menor e para todos os que o rodeiam, determinando que, uma vez decorrido o prazo, tem de ser decretada uma medida com carácter definitivo, no superior interesse da criança, ainda que tal signifique a manutenção, correcção, alteração ou supressão da medida provisória⁵².

⁵⁰ Note-se que, dentro dos tipos de colocação extrafamiliar, a lei prevê, ainda, como medida intermédia das crianças em perigo, o acolhimento familiar [alínea e) do artigo 35.º da LPCJP]. Sobre a aplicação destas medidas, ver os acórdãos: acórdão do TRL, de 10 de Abril de 2014 (Rosa Ribeiro Coelho); acórdão do TRL, de 29 de Abril de 2014 (Maria do Rosário Gonçalves); acórdão do TRC, de 27 de Abril de 2017 (Maria João Areias); e o acórdão do TRE, de 25 de Março de 2004 (Gaito das Neves).

⁵¹ Ver, neste sentido, os acórdãos do TRL, de 5 de Julho de 2007 (Manuel Gonçalves), de 9 de Maio de 2013 (Pedro Martins), de 5 de Novembro de 2013 (Pedro Brighton); e o acórdão do TRP, de 6 de Março de 2012 (Maria Cecília Agante).

⁵² Neste sentido, ver com desenvolvimento BORGES, Beatriz Marques (2014), pp. 167-186. A Autora faz uma reflexão de inúmeras soluções jurisprudenciais adoptadas, entre outras, sobre os pressupostos

2. Detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa

Depois de afirmar o direito à liberdade e à segurança de todas as pessoas, a CEDH, no seu artigo 5.º, ressalva a possibilidade da privação da liberdade em determinados casos e sempre de acordo com as normas substantivas e processuais em vigor em cada ordenamento jurídico. Nos casos excepcionados surge a privação da liberdade por razões médicas e por razões de ordem social. A alínea e) assim o admite «se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um doente mental, de um alcoólico, de um toxicodependente ou de um vagabundo».

Começamos por referenciar o debate em torno da distinção entre «privação total ou parcial da liberdade» e «restrições à liberdade que não se traduzem na sua privação total ou parcial», tendo o TC lançado mão do caso *Guzzardi c. Itália*⁵³, para apadrinhar o critério qualitativo da diferenciação. Afirmou que «a privação da liberdade atinge directamente uma dimensão da dignidade da pessoa humana, enquanto a mera restrição ou limitação da liberdade apenas condiciona o pleno desenvolvimento dessa dimensão»⁵⁴.

Na Lei portuguesa não está previsto o internamento coercivo de portador de doença contagiosa, seja infecciosa ou não, apenas o dos portadores de doença mental.

A Base III, alínea d), da Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, que promulgou as bases da luta contra as doenças contagiosas⁵⁵, conferia competência à Direcção-Geral de Saúde para «determinar o internamento, que será obrigatório, dos doentes contagiosos sempre que haja grave perigo de contágio e não seja possível o tratamento ambulatório ou domiciliário, com as aconselháveis medidas de isolamento e tratamento»⁵⁶.

Não vamos repetir a discussão em torno da alegada inconstitucionalidade desta Lei em virtude de a decisão da autoridade administrativa não estar sujeita a controlo judicial, desde logo por se tratar de diploma já revogado.

A Lei de Bases da Saúde – Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto – definiu, na Base II, a política nacional de saúde como uma prioridade do Estado. Visa a «promoção da saúde e a prevenção da doença» articulando-se com os serviços de segurança e bem-estar social e promovendo a «educação das populações para a saúde, estimulando nos indivíduos e nos grupos sociais a modificação dos comportamentos nocivos à saúde pública ou individual». Acrescenta a Base V que «os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e colectiva, tendo o dever de a defender e promover». Compete às autoridades de saúde – Base XIX, n.º 3, alínea

da aplicação da medida de acolhimento provisório ou definitivo de carácter prolongado abordado no texto.

⁵³ *Guzzardi c. Itália*, n.º 7367/76, 6 Novembro 1980.

⁵⁴ Acórdão n.º 479/94, DR, n.º 195/1994, Série I-A, de 24 de Agosto de 1994, pp. 4907-4931.

⁵⁵ Publicado no *Diário do Governo*, I Série, n.º 175. Definia as acções profilácticas, terapêuticas e educativas no combate às doenças contagiosas.

⁵⁶ Competia, ainda, à Direcção-Geral de Saúde, entre outras incumbências, «elaborar a tabela das doenças contagiosas cuja declaração for obrigatória» [alínea b)]; «propor a obrigatoriedade da vacinação contra determinadas doenças infecciosas, quando e onde for julgada necessária ou conveniente» [alínea e)]; «publicar as instruções que devem guiar os médicos na luta contra as doenças contagiosas e fixar os períodos de isolamento para cada uma delas» [alínea f)]; «publicar anualmente um relatório do movimento dos serviços de combate às doenças contagiosas, baseado nos mapas preenchidos pelos serviços existentes na área de cada delegação de saúde» [alínea h)]; «propor ao Governo as providências que julgue necessárias à maior eficiência da luta contra as doenças contagiosas e à assistência aos doentes» [alínea i)].

c) – «desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública».

Por sua vez, a Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, instituiu um sistema de vigilância em saúde pública, que aplica «medidas de prevenção, alerta, controlo e resposta, relativamente a doenças transmissíveis, em especial as infectocontagiosas, a outros riscos para a saúde pública, com vista a garantir o direito dos cidadãos à defesa e protecção da saúde», dando lugar a uma rede de informação de vigilância epidemiológica designada por Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica (SINAVE) integrado por instituições do sector público, privado e social. Prevê medidas excepcionais em caso de emergência em saúde pública como «a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação» (artigo 17.º). No seu artigo 24.º revoga a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, e as respectivas disposições regulamentares.

O Despacho n.º 15385-A/2016, de 21 de Dezembro⁵⁷, da Direcção-Geral da Saúde, elenca as doenças transmissíveis de notificação obrigatória para efeito de vigilância epidemiológica, prevenção e controlo das doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, ao abrigo do estabelecido nas alíneas b), c), d) e e) do artigo 9.º da Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, levando em conta critérios clínicos, laboratoriais e epidemiológicos. Esta comunicação deve ser efectuada tanto nos casos de doença, como nos de óbito.

O TEDH, no caso *Enhorn c. Suécia*⁵⁸, de modo a assegurar o respeito pelo princípio da proporcionalidade e a evitar decisões arbitrárias, definiu os critérios a levar em conta na avaliação da legalidade do internamento ou hospitalização de uma pessoa, com a finalidade de prevenir o contágio de doença. Foram os seguintes:

- Observância das normas de direito interno substantivas e processuais;
- Clareza das normas de direito interno substantivas e processuais;
- Necessidade de salvaguarda do interesse público (perigo para a saúde e segurança públicas) em face da transmissibilidade da doença;
- Uso do meio como último recurso, face à insuficiência de demais medidas alternativas aplicáveis.

Este requisito material, à luz do direito nacional, remete-nos para a necessidade de se recorrer primordialmente ao tratamento ambulatório, sempre que possível e adequado, cumprido o dever de esclarecimento por parte do médico sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença e a anuência do doente (artigos 19.º e 20.º do Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho – Regulamento de Deontologia Médica). O médico deve não só transmitir ao doente, com o cuidado adequado, o estado da sua situação clínica, como as diligências a adoptar no sentido de debelar a doença. O esclarecimento médico deve levar em conta os dados probabilísticos, disponibilizando ao doente, de forma clara, todos os elementos imprescindíveis para que possa tomar uma decisão de forma consciente. Se se tratar de doença que careça de exames e/ou tratamentos recusados pelo paciente, o médico pode rejeitar a sua

⁵⁷ Procedeu à actualização do Despacho n.º 5681-A/2014, da Direcção-Geral da Saúde, de 21 de Abril, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 609-A/2014, de 1 de Junho.

⁵⁸ *Enhorn c. Suécia*, n.º 56529/00, 25 Janeiro 2005.

assistência (artigo 24.º) e pode, alternativamente, requerer ao tribunal o suprimento judicial de consentimento do doente (artigo 21.º, n.º 7).

Dado que as doenças de declaração obrigatória constituem causa de escusa do segredo médico, conforme previsto no artigo 32.º, alínea *d*), caso se verifique uma situação clínica de alta transmissibilidade e em face do tipo de virulência em causa, os cuidados devem ser intensificados no sentido de não propagação da doença, sensibilizando-se o doente para a imprescindibilidade de exames, tratamentos e demais condutas que impeçam o contágio.

O princípio da solidariedade deve ter aqui aplicação: «Assim sendo, junto do doente infectado ou colonizado com um agente patogénico epidemiologicamente importante, o profissional tem o dever de o fazer perceber que para além de direitos, este tem também o dever de respeitar os direitos dos outros utentes, nomeadamente os seus direitos à saúde, prevenção de contágio, segurança. Reforçar a ideia de que não é ele que está a ser isolado, mas sim o microrganismo, que a situação só se manterá pelo tempo estritamente necessário, que lhe serão assistidos, dentro do possível, todos os seus direitos; e cumprir com tudo isto.»⁵⁹

Embora por virtude do sigilo médico, nos termos do artigo 25.º, a informação médica que envolva o diagnóstico e prognóstico só possa ser revelada ao próprio doente (com excepção dos menores e dos cognitivamente incompetentes), admite-se a prestação de informação a terceiros, designadamente familiares, mediante consentimento do doente. Em nome da defesa da saúde, sempre que indispensável à salvaguarda da vida e saúde das pessoas que contactem com o doente (membros da família e outras pessoas que com ele convivam), o médico pode adoptar as precauções necessárias, nomeadamente elucidar estas pessoas sobre a situação, caso o doente recuse colaborar no e com o seu tratamento. Nos termos do artigo 33.º, n.º 2, o médico deve «em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida ou perigo grave para a saúde de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar o seu comportamento, nomeadamente declarando que de outro modo irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer». Para além disto, «nas situações em que o risco de vida e o perigo para a saúde ou vida de terceiros seja grave ou iminente, o médico deve tomar as medidas adequadas a evitar que o mesmo se produza, devendo adoptar as providências necessárias junto das entidades competentes».

Está, deste modo, afirmado, mais do que o direito de comunicação, o dever de comunicação do médico «a um número maior ou menor, e mais ou menos determinado, de pessoas [...] pertinentes ao círculo mais estreito das suas relações pessoais ou profissionais e, como tais, particularmente expostas ao perigo de contágio»⁶⁰.

Tendo em vista a defesa da saúde pública, o Regulamento de Deontologia Médica impõe aos médicos o dever de cooperação por meio de pronta comunicação às autoridades competentes dos «casos de doenças contagiosas de declaração obrigatória e os casos de doenças contagiosas graves ou de fácil difusão» [artigo 95.º, alínea *a*)] e a transmissão às autoridades de saúde local dos «casos de óbito por doenças contagiosas consideradas graves ou de fácil difusão» (artigo 96.º, n.º 5).

⁵⁹ COSTA, Ana Sofia (2010), p. 17.

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa (2004), p. 243.

e. Para além do interesse público, o Tribunal veio alargar a possibilidade de hospitalização coactiva do doente a razões determinadas pelo seu próprio interesse (cremos tratar-se de situações em que a patologia lhe provoca alterações cognitivas ou do estado de consciência, estimulando comportamentos desadequados como os auto-agressivos, entre outros).

São exíguas as decisões nesta matéria na jurisprudência nacional:

I – Acórdão do TRP, de 21 de Dezembro de 2005⁶¹: «É legal o internamento compulsivo de quem, padecendo de tuberculose pulmonar, recusa tratar-se e deambula pelas vias públicas, podendo assim afectar outras pessoas.» O Tribunal considerou aplicável a medida de segurança de internamento compulsivo por a doença em causa ser «altamente contagiosa» de «exponencial propagação», capaz de «prejudicar a saúde pública», estando a cargo do MP fazer a promoção e ao poder judicial a respectiva aplicação.

II – Acórdão do TRP, de 6 de Fevereiro de 2002⁶²: «Impõe-se o internamento compulsivo, da competência do juiz e não da autoridade administrativa, do doente que sofre de tuberculose pulmonar e se recusa a tratar-se, havendo perigo de contagiar terceiros, conviventes directos, e risco iminente para a saúde pública. Trata-se de uma situação de perigosidade decorrente não de um facto objectivamente criminoso mas da própria natureza da doença que, pela sua reconhecida gravidade e sendo altamente contagiosa, justifica, por si só, a aplicação de medidas de defesa da sociedade (e também do próprio doente).»

Defendendo o internamento ou a quarentena, relativamente a doenças infectocontagiosas graves, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁶³, pugnano pela aplicação do regime da Lei de Bases da Saúde e do diploma que estabelece a luta contra a doença de Hansen (Decreto-Lei n.º 547/76, 10 de Julho), bem como a interpretação extensiva do artigo 27.º, n.º 3, alínea *h*), da CRP. SÓNIA FIDALGO, a partir do conteúdo do artigo 16.º, n.º 2, da CRP, decide-se pela articulação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP com o n.º 2 do artigo 29.º da DUDH⁶⁴. PEDRO JACOB MORAIS propõe «um internamento compulsivo subsidiário, enformado por garantias como o direito ao recurso efectivo, o *habeas corpus*, a revisão periódica do processo, a obrigatoriedade de constituição de defensor, um internamento compulsivo restrito à fase de contágio da doença em causa e avesso à incerteza e insegurança da quarentena»⁶⁵.

O debate sobre a admissibilidade de internamento de doentes com tuberculose pulmonar bacilífera não está concluído. Inúmeras vezes se têm manifestado a favor, ao lado de outras tantas contra⁶⁶, essencialmente de pneumologistas, enfermeiros e outros, como psicólogos e enfermeiros que trabalham directamente com estes doentes e deles cuidam. Os argumentos vacilam entre a imprescindibilidade de protecção da

⁶¹ Processo n.º 0514697 (Élia São Pedro).

⁶² Processo n.º 0110232 (Marques Salgueiro).

⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2010), pp. 63-79.

⁶⁴ FIDALGO, Sónia (2004), pp. 97 e 98.

⁶⁵ MORAIS, Jacob (2017), p. 104.

⁶⁶ Sobre esta discussão veja-se GASPARG, Pedro João (2004), pp. 1-29, em especial, a caracterização desta doença: «trata-se de uma doença infectocontagiosa que, ao contrário de outras, se propaga pelos contactos sociais, principalmente em espaços fechados e mal ventilados, através da fala, da tosse, ou do espirro» (p. 17).

saúde pública face à gravidade da doença e à sua fácil e rápida transmissibilidade e o egoísmo de certos doentes por recusa ou abandono do tratamento e a necessidade de preservação da autodeterminação destes e da não discriminação, uma vez que existe uma grande incidência da doença em certos grupos já *per se* desfavorecidos, como os toxicodependentes.

Estamos na presença de dois interesses constitucionalmente protegidos, que aqui surgem como potencialmente contrários: o direito à liberdade do portador da doença de decidir sobre o seu tratamento e/ou hospitalização – de aceitação, de recusa ou de abandono –, com cabimento no artigo 27.º, n.º 1, e o direito à protecção da saúde e o correspectivo dever de a defender e promover, em conformidade com o artigo 64.º, n.º 1, ambos da CRP.

Na linha do decidido pelo TRP, a liberdade de recusa ao tratamento pelo paciente cessa quando interfere de forma directa e inaceitável com a saúde dos demais cidadãos.

Uma coisa é certa: a letra do normativo constitucional fica aquém da letra do artigo 5.º da CEDH.

O artigo 27.º da CRP, sob a epígrafe direito à liberdade e à segurança, proclama que «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança». Todavia, estão previstas excepções a este princípio, admitindo a privação da liberdade em casos contados, pelo período de tempo e nas condições que a lei determine⁶⁷.

Não se reportando este preceito legal directamente ao internamento de pessoas portadoras de doenças contagiosas, em nenhuma das suas alíneas, poderá considerar-se a hipótese do seu internamento compulsivo motivado por recusa de tratamento e possibilidade de contágio a outras pessoas?

A não inclusão da licitude da limitação de liberdade de portadores de doenças contagiosas nas concretas alíneas do n.º 3 do artigo 27.º da CRP configura um verdadeiro caso omissio, um caso não previsto por não existência de vontade do legislador constituinte? Ou é, em vez disso, um caso em que a vontade do legislador constituinte ficou aquém da letra da norma, por imprecisa, deficiente ou falha de formulação, devendo aqui ter lugar a interpretação extensiva?

Se nos inclinarmos para a resposta afirmativa à primeira formulação no sentido de se considerar um caso omissio, a integração da lei com recurso à analogia ainda assim não estará vedada. Com efeito, a proibição do recurso à analogia *in malam partem* implica que esta esteja a ser utilizada para fundamentar ou agravar a responsabilidade penal, que seja usada *contra reum*. Mas não é disso que se trata aqui por não se estar em sede de aplicação de uma qualquer sanção de natureza criminal. Não há desfavorecimento do arguido, aliás, não há arguido (artigo 1.º, n.º 3, do CP).

O artigo 27.º, n.º 2, da CRP prevê a privação da liberdade em consequência de aplicação judicial de medida de segurança. A medida de segurança a que se reporta este normativo não é exclusivamente a sanção penal enquanto consequência jurídico-penal da prática de um facto qualificado na lei como crime. Também abarca a aplicação de uma medida de segurança de natureza não criminal e com fins distintos mas próximos daquela. A aplicação de uma medida de segurança enquanto sanção visa, em primeira linha, a protecção do próprio agente, tendo em vista o tratamento da sua perigosidade «por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado» e

⁶⁷ Artigo 27.º, n.º 3, da CRP.

por haver «fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie» (conforme artigo 91.º, n.º 1, do CP), protegendo, reflexamente, a comunidade. Por sua vez, a medida de segurança de internamento compulsivo visa também combater uma forma de perigosidade embora não assente na prática de um qualquer facto ilícito típico mas, antes, na natureza e seriedade específicas da tipologia de determinadas doenças de que o agente é portador, que são, para além de graves, de fácil e acelerada transmissão. A arquitectura dos direitos constitucionais à segurança e à saúde (artigos 27.º e 64.º) no quadro de interesses específicos de cada caso concreto autoriza-nos a fazer uma equiponderação a favor do internamento compulsivo desde que mediada por decisão judicial e assegurada a avaliação médica. Seguimos a tendência hermenéutica de considerar que no corpo do n.º 2 do artigo 27.º, na parte respeitante à expressão «ou de aplicação judicial de medida de segurança», o legislador constituinte se terá manifestado indevidamente, com imperfeição de expressão escrita, habilitando-nos a nele acolher o internamento de pessoa portadora de doença infecciosa/contagiosa com carácter de medida de segurança não sancionatória.

Por outra via, na esteira do artigo 8.º, n.º 2, da CRP, segundo o qual «as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português»⁶⁸, o internamento de portador de doença contagiosa previsto na alínea e) do artigo 5.º da CEDH deve ser admitido, por a aplicação do direito interno estar sujeita a este instrumento. Estes doentes podem, pois, ser alvo de internamento compulsivo ao abrigo dos invocados direitos constitucionais à segurança e à saúde, desde que sempre mediante apreciação e decisão judicial e em face de um quadro clínico devidamente traçado por médico competente.

O legislador penal, no artigo 283.º, n.º 1, alínea a), prevê e pune o crime de propagação de doença contagiosa, com criação de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem, com pena de prisão de 1 a 8 anos⁶⁹.

Está prevista, ainda, na legislação nacional a recusa de entrada de cidadãos estrangeiros em Portugal, no artigo 32.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, com fundamento em razões de saúde pública, com base «nas doenças definidas nos instrumentos aplicáveis da Organização Mundial de Saúde ou em outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas objecto de medidas de protecção em território nacional», podendo ser exigido um exame médico para comprovação de que o cidadão em causa não sofre de nenhuma dessas doenças.

3. Detenção de alienado mental

A CRP admite a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, no caso de internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente [alínea h) do n.º 3 do artigo 27.º].

⁶⁸ Convenção aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro e, ainda, o Aviso de 2 de Janeiro de 1979, que torna público o depósito do instrumento de ratificação da Convenção.

⁶⁹ Não cabe nas finalidades deste comentário a discussão em torno de saber se determinadas doenças, com grande potencial de contágio, *v.g.*, sida, se inserem no âmbito de protecção da norma incriminadora, atenta a natureza colectiva do bem jurídico.

Quais as condições de privação da liberdade de um segmento de pessoas especialmente vulneráveis – com patentes transtornos mentais – e que, por isso, são inaptos para se relacionarem funcionalmente com «o outro» nos mais diversos níveis, desde o discreto plano pessoal-familiar ao colectivo-social?

Vejam os em que consiste saúde mental: «o estado de bem-estar no qual o indivíduo tem consciência das suas capacidades, pode lidar com o stress habitual do dia-a-dia, trabalhar de forma produtiva e frutífera, e é capaz de contribuir para a comunidade em que se insere»⁷⁰.

O primeiro aspecto problemático reside justamente na delimitação de «alienado mental» a que se reporta o artigo 5.º, tal como vem sendo traduzido: é uma pessoa portadora de anomalia psíquica ou um doente mental?

Em termos normativos, as pessoas com doença mental incluem-se num subgrupo dos portadores de anomalia psíquica, em conformidade com o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho⁷¹.

Veja-se que o internamento compulsivo, à luz da Lei de Saúde Mental, «deve ser considerado como um recurso de última linha, a utilizar em indivíduos com patologia mental grave, que constituam um risco para si próprios, para terceiros, ou para bens patrimoniais, e que não possuam a consciência da necessidade de tratamento, devendo a patologia psiquiátrica justificar assim que os valores em risco tenham precedência sobre o valor da liberdade e autonomia pessoal»⁷², sem esquecer os casos dos que estejam privados do discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento, sempre que a falta de tratamento seja causa de intensificada deterioração do seu estado⁷³.

Sobre a inexistência de um conceito legal civil de anomalia psíquica, o Tribunal de Relação de Lisboa pronunciou-se ser «entendimento unânime na doutrina e

⁷⁰ Ministério da Saúde (2018), p. 35. Esta é a definição dada neste documento, que remete para o conceito da OMS.

⁷¹ «A presente lei estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental.»

⁷² VIEIRA, Fernando, e BRISSOS, Sofia (2007), pp. 52-32.

⁷³ No seguimento do estipulado no Princípio 16, sob a epígrafe «Ingresso Involuntário», dos Princípios para a Protecção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de Saúde Mental, adoptados pela Resolução 46/119 da AGNU, de 17 de Dezembro de 1991: «1. Uma pessoa só pode ingressar involuntariamente numa instituição de saúde mental como paciente, ou, tendo já ingressado voluntariamente como paciente, só pode ser retida como paciente involuntária se, e apenas se, um profissional de saúde mental qualificado autorizado por lei para esse efeito determinar, em conformidade com o Princípio 4, que essa pessoa tem uma doença mental e considerar: a) Que, devido a essa doença mental, existe séria probabilidade de dano imediato ou iminente para essa pessoa ou para terceiros; ou, b) Que, no caso de uma pessoa cuja doença mental seja grave e cuja capacidade de discernimento esteja diminuída, o não ingresso ou a não retenção dessa pessoa seja susceptível de levar a uma grave deterioração do seu estado ou impeça a prestação de tratamento adequado que só possa ser assegurado mediante o ingresso numa instituição de saúde mental em conformidade com o princípio da alternativa menos restritiva.» Salientamos, ainda, que estes Princípios para a Protecção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de Saúde Mental contém uma cláusula geral de restrição segundo a qual «o exercício dos direitos consagrados nos presentes princípios só pode ser sujeito às restrições que estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a saúde ou a segurança da pessoa em causa ou de terceiros, ou para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais».

jurisprudência que a mesma abrange perturbações do intelecto, da vontade e da afetividade»⁷⁴.

O segundo problema que se levanta reside na definição de «doença mental» e na identificação das suas características. Atravessando diversificadas perspectivas, desde a naturalista, passando pela normativista e pela fenomenológica, o termo «doença» não surge pacífico nem estável.

O mesmo acontece com o conceito «mental» onde se entrecruzam as perspectivas monista e pluralista⁷⁵. A sua conceptualização não é irrelevante pois que «consoante o tipo de definição de doença mental assim as consequências práticas serão diferentes, sobretudo para as pessoas que sejam classificadas como doentes mentais»⁷⁶.

O TEDH, no acórdão *Rakevich c. Rússia*⁷⁷, acentua a dificuldade da precisão da definição porque a psiquiatria é uma área em permanente evolução tanto do ponto de vista médico como social.

Depois de discorrer sobre a conhecida distinção entre corpo e mente, JOÃO MARQUES TEIXEIRA, afirma que «no nível sintomático, enquanto a medicina física se ocupa com os sintomas que envolvem as funções corporais tais como dor, náuseas, paralisias e cegueira, a psiquiatria ocupa-se dos sintomas que envolvem as funções mentais superiores, tais como as emoções, o desejo, a volição, as crenças e as motivações»⁷⁸.

O Relatório Mundial de Saúde 2001 dá-nos conta da impossibilidade de traçar uma definição transcultural de saúde mental, sendo certo que os diversos conceitos abarcam «o bem-estar subjectivo, a auto-eficácia percebida, a autonomia, a competência, a dependência intergeracional e a auto-realização do potencial intelectual e emocional da pessoa»⁷⁹. O aludido Relatório estabelece fins para a prestação de cuidados nos hospitais psiquiátricos tais como a redução da dimensão destes, a integração dos doentes na comunidade com o respectivo apoio social, a formação de pessoal, a definição de procedimentos de modo a evitar internamentos involuntários e/ou tratamentos supérfluos e monitorização e revisão das condições hospitalares por entidades independentes, tornando-os locais de «tratamento activo e de reabilitação»⁸⁰.

O *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* contém a «formulação diagnóstica do DSM-5 [...] através da descrição prototípica da perturbação e não mediante a utilização de critérios de diagnóstico, desaparecendo a definição categorial de perturbação da personalidade. O diagnóstico deste tipo de perturbação torna-se, assim, mais difuso, podendo um indivíduo corresponder, em maior ou menor grau, a uma determinada perturbação consoante o seu grau de proximidade à constelação prototípica»⁸¹. Transtorno mental é a designação utilizada nesta fonte como «uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição,

⁷⁴ Acórdão de 24 de Junho de 2014, no Processo n.º 2228/08.6TVLSB.L1-1 (Isabel Fonseca).

⁷⁵ Neste sentido, ver MONTENEGRO, Miguel (2013), pp. 80-81. Vejam-se, ainda, as vantagens e desvantagens da utilização de termos como «enfermidade mental», «transtorno mental», «deficiência mental», «incapacidade mental» e «insanidade mental» em AAVV (2005).

⁷⁶ TEIXEIRA, João Marques (2009), p. 7.

⁷⁷ *Rakevich c. Rússia*, n.º 58973/00, § 26, 28 Outubro 2003.

⁷⁸ TEIXEIRA, João Marques (2009), p. 10.

⁷⁹ Direcção-Geral da Saúde (2002), p. 32.

⁸⁰ *Idem*, p. 155.

⁸¹ FERNANDES, Susana, LEITE, Edna, VIEIRA, Fernando, e SANTOS, Jorge Costa (2014), p. 127. Com o lançamento do novo DSM-5 os Autores vislumbram «dificuldade de adaptação a uma realidade, que se anuncia como substancialmente diferente, porventura mesmo de rutura paradigmática»

na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflecte uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental»⁸². O mesmo documento destaca a ligação dos transtornos mentais a «sofrimento ou incapacidade significativos que afectam actividades sociais, profissionais ou outras actividades importantes»⁸³. Só se existir uma disfunção pessoal que produza uma consequência deste tipo é que um desvio ou uma «não conformidade com os valores morais, sociais, culturais ou políticos ou com as convicções religiosas prevaletentes na comunidade da pessoa»⁸⁴ poderá integrar o conceito de transtorno mental. O já citado acórdão *Rakevich c. Rússia*⁸⁵ sublinha que a doença mental não pode permitir o internamento de alguém simplesmente porque as suas visões ou comportamentos se desviam das normas geralmente estabelecidas.

Ainda no *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais* é realçada a importância clínica do diagnóstico de transtorno mental destacando que nem sempre existe necessidade de tratamento. Esta resultará de «uma decisão clínica complexa que leva em consideração a gravidade dos sintomas, a importância dos sintomas (p. ex., presença de ideação suicida), o sofrimento do paciente (dor mental) associado ao(s) sintoma(s), deficiência ou incapacidade relacionada aos sintomas do paciente, riscos e benefícios dos tratamentos disponíveis e outros factores (p. ex., sintomas psiquiátricos complicadores de outras doenças)»⁸⁶.

A imprescindibilidade da opinião de um perito médico na avaliação da condição do doente mental para efeitos de internamento foi relatada nas decisões *Ruiz Rivera c. Suíça*⁸⁷ e *S. R. c. Países Baixos*⁸⁸.

Podem, todavia, existir casos em que não esteja verificada toda a sintomatologia e, não obstante, se demonstre a necessidade de tratamento ou cuidados clínicos. Como pode suceder o inverso. No caso *N. c. Roménia*⁸⁹, o TEDH afirmou que «o artigo 5.º, n.º 1, alínea e), autoriza o confinamento de um doente mental mesmo quando não está previsto qualquer tratamento médico, mas tal medida deve ser devidamente justificada pela gravidade do estado de saúde da pessoa e pela necessidade de proteger a pessoa em causa ou outras pessoas». Na mesma linha, *Hutchison Reid c. Reino Unido*⁹⁰.

Poderá também verificar-se diagnóstico clínico de transtorno mental e a situação em causa não ter reflexos ao nível jurídico. Para efeitos jurídicos, «normalmente são necessárias informações adicionais que vão além das contidas no diagnóstico

do DSM-5, o que pode incluir dados acerca dos prejuízos funcionais do indivíduo e sobre como esses prejuízos afetam as aptidões específicas em questão»⁹¹.

A OMS estima que «uma em cada quatro pessoas será afectada por uma perturbação mental em dada fase da vida» e, entre as várias acções necessárias, recomenda a educação e sensibilização do público a este respeito, visando uma «aproximação maior entre a saúde mental e a saúde física»⁹².

A Direcção-Geral da Saúde estabeleceu a saúde mental como prioritária, ao lado de outros sectores, por meio do Despacho n.º 6401/2016⁹³.

Em Portugal está a decorrer o Programa Nacional para a Saúde Mental, na sequência do Pacto Europeu para a Saúde Mental e Bem-Estar⁹⁴, enquanto «factor determinante para a coesão social, progresso económico e desenvolvimento sustentável da nossa sociedade»⁹⁵. Segundo este documento, apesar de a taxa de suicídio ser baixa (3,1% em 2015), verifica-se nas situações mais graves (perturbação bipolar e depressão major), situações que seriam evitáveis desde que o diagnóstico e respectivo tratamento fossem realizados atempadamente⁹⁶.

Consta do Programa Nacional para a Saúde Mental que o número de internamentos tem baixado entre 2013 e 2016, constituindo seus objectivos fazer prevenção da doença mental levando a cabo mais 30% de acções e promovendo a reintegração e recuperação dos doentes⁹⁷.

O primeiro diploma legal a aprovar a Lei de Saúde Mental foi a Lei n.º 2118⁹⁸. No n.º 1 da Base I estava prevista a «promoção da saúde mental» que se destinava «a assegurar ou a restabelecer o equilíbrio psíquico da pessoa humana», contemplando «a acção profiláctica, a terapêutica e a recuperadora». O tratamento e internamento dos doentes mentais cabia no Capítulo III, Bases XX e ss.

Face ao teor do artigo 27.º da CRP, na versão originária⁹⁹, o seu conteúdo tornou-se incompatível com esta, de modo que a Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, veio

⁹¹ *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais* (2014), p. 25 (Advertência para a utilização forense do DSM-V).

⁹² Direcção-Geral da Saúde (2002), respectivamente, pp. XII e XVII.

⁹³ De 16 de Maio [n.º 1, alínea k)].

⁹⁴ Pacto resultante da Conferência Europeia de Alto-Nível «Juntos pela Saúde Mental e Bem-estar», realizada em Bruxelas, nos dias 12 e 13 de Junho de 2008, onde se reconheceu a relevância da Saúde Mental e Bem-estar para a UE, seus Estados-membros e cidadãos, tendo sido definidas cinco áreas de actuação prioritária: 1. Prevenção da depressão e suicídio; 2. Saúde mental na juventude e educação; 3. Saúde mental no emprego; 4. Saúde mental dos idosos; 5. Combater o estigma e a exclusão social.

⁹⁵ Ministério da Saúde (2018), p. 7.

⁹⁶ *Idem*, p. 25.

⁹⁷ Programa Nacional para a Saúde Mental 2017, Direcção-Geral da Saúde: Lisboa, pp. 5, 4 e 13, respectivamente. Este Programa contém as actividades desenvolvidas em 2016-2017 e as orientações programáticas 2017-2020.

⁹⁸ De 3 de Abril, publicada no *Diário do Governo*, n.º 79/1963.

⁹⁹ Que estabelecia: «Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança) 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança. 2. Ninguém pode ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança. 3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes: a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior; b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado irregularmente no território nacional ou contra a

(p. 133), o que terá implicações ao nível da psiquiatria forense e respectiva incidência nas perícias médico-legais que trará novas compreensões no seio do direito criminal, de família e menores.

⁸² *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais* (2014), p. 20.

⁸³ *Idem*, p. 20.

⁸⁴ Expressão constante no n.º 3 do Princípio 4 dos Princípios adoptados pela Resolução 46/119 da AGNU, de 17 de Dezembro de 1991.

⁸⁵ *Rakevich c. Rússia*, citado acima, § 26.

⁸⁶ *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais* (2014), p. 20.

⁸⁷ *Ruiz Rivera c. Suíça*, n.º 8300/06, § 59, 18 Fevereiro 2014.

⁸⁸ *S. R. c. Países Baixos* (dec.), n.º 13837/07, § 1, 18 Setembro 2012.

⁸⁹ *N. c. Roménia*, n.º 59152/08, § 151, 28 Novembro 2017.

⁹⁰ *Hutchison Reid c. Reino Unido*, n.º 50272/99, § 52, 20 Fevereiro 2003.

estabelecer os princípios gerais da política de saúde mental e regular o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental. Só na 5.ª versão do texto constitucional, com a redacção da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, foi introduzida a alínea *h*) do artigo 27.º preceituando a admissibilidade, pelo tempo e nas condições determinadas na lei, de internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente. Considera-se internamento compulsivo, tal como definido no artigo 7.º, alínea *a*), o internamento determinado por decisão judicial do portador de anomalia psíquica grave.

No caso *Glien c. Alemanha*¹⁰⁰, o TEDH salientou a relação entre a gravidade da condição mental do internando como um «verdadeiro» transtorno ou distúrbio mental («*true mental disorder*»)¹⁰¹ de tal forma que careça e requeira tratamento numa instituição apropriada para pacientes desta natureza (hospital, clínica ou outra instituição apropriada). No mesmo sentido, destacando a ligação entre o fundamento invocado e o local do internamento – instituição autorizada para o efeito – *Petschulies c. Alemanha*¹⁰²; *L. B. c. Bélgica*¹⁰³ e *Ashingdane c. Reino Unido*¹⁰⁴. Todavia, o internado pode ser temporariamente colocado num estabelecimento não especificamente projectado para doentes de saúde mental (o que poderá ocorrer por questões atinentes à gestão dos recursos públicos) antes de ser transferido para a instituição apropriada, desde que o período de espera não seja excessivamente longo (*Pankiewicz c. Polónia*¹⁰⁵; *Morsink c. Países Baixos*¹⁰⁶; *Brand c. Países Baixos*¹⁰⁷), atraso que seria inaceitável por a demora acarretar prejuízos para o doente, afectando as perspectivas do sucesso do seu tratamento.

É uma medida de *ultima ratio* (quando for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado, dando-se preferência e primazia ao tratamento ambulatorio), tem de ser proporcional ao grau de perigo e à natureza do bem jurídico em causa, devendo extinguir-se logo que cessem os fundamentos que lhe tenham dado origem. As restrições emergentes do internamento compulsivo só poderão ser as resultantes da necessidade e adequação à realização efectiva do tratamento e à segurança e normalidade do funcionamento do respectivo estabelecimento – artigo 8.º

Os pressupostos do internamento compulsivo para tratamento médico em estabelecimento adequado, ou seja, em «hospital ou instituição análoga que permita o tratamento de portador de anomalia psíquica»¹⁰⁸, estão previstos no artigo 12.º da Lei de Saúde Mental:

qual esteja em curso processo de extradição ou expulsão. 4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada, no mais curto prazo, das razões da sua prisão ou detenção.»

¹⁰⁰ *Glien c. Alemanha*, n.º 7345/12, § 85, 28 Novembro 2013.

¹⁰¹ *Caso O. H. c. Alemanha*, n.º 4646/08, § 79, 24 Novembro 2011.

¹⁰² *Petschulies c. Alemanha*, n.º 6281/13, § 76, 2 Junho 2016.

¹⁰³ *L. B. c. Bélgica*, n.º 22831/08, § 93, 2 Outubro 2012.

¹⁰⁴ *Ashingdane c. Reino Unido*, n.º 8225/78, § 44, 28 Maio 1985.

¹⁰⁵ *Pankiewicz c. Polónia*, n.º 34151/04, §§ 44-45, 12 Fevereiro 2008.

¹⁰⁶ *Morsink c. Países Baixos*, n.º 48865/99, §§ 67-69, 11 Maio 2004.

¹⁰⁷ *Brand c. Países Baixos*, n.º 49902/99, §§ 64-66, 11 Maio 2004.

¹⁰⁸ Artigo 7.º, alínea *d*), da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho.

- ser portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial;
- falta do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado.

A estas situações acresce o internamento motivado por razões de urgência quando verificados os pressupostos enunciados e em face de perigo iminente para os referidos bens jurídicos, nomeadamente por deterioração aguda do seu estado.

O TEDH vem decidindo que a coercividade no que toca ao confinamento pode resultar não apenas da necessidade de terapia, medicação ou outro tratamento clínico para curar ou aliviar a condição do doente, mas também quando a pessoa precisa de controlo e supervisão para prevenir a causação de dano a si mesmo ou a outras pessoas, como no caso *Hutchison Reid c. Reino Unido*¹⁰⁹.

Vigora em Portugal um modelo judicial, que se inicia com um requerimento dirigido ao tribunal competente, quanto à decisão de determinação da necessidade de internamento, contra ou sem o consentimento do visado¹¹⁰, mas sempre assente e fundamentada em critérios estritamente clínicos, apoiada em relatórios clínico-psiquiátricos e psicossociais (artigos 13.º e ss.). Qualquer outra abordagem fica aquém da protecção necessária contra a arbitrariedade, conforme decidido no caso

¹⁰⁹ *Hutchison Reid c. Reino Unido*, n.º 50272/99, § 52, 20 Fevereiro 2003.

¹¹⁰ O processo judicial é o garante de objectividade, de independência e de isenção perante a posição de vulnerabilidade do visado. «É essencial que a pessoa em questão tenha acesso a um tribunal e tenha a oportunidade de ser ouvida pessoalmente ou, se necessário, através de alguma forma de representação. Isto implica que um indivíduo confinado numa instituição psiquiátrica deve, a menos que haja circunstâncias especiais, receber assistência jurídica nos procedimentos relativos à continuação, suspensão ou término de seu confinamento» (*N. c. Roménia*, n.º 59152/08, § 196, 28 Novembro 2017. Por seu lado, no caso *M. S. c. Croácia* (n.º 2), n.º 75450/12, § 147, 19 Fevereiro 2015, o Tribunal declarou a necessidade de fornecimento de garantias eficazes contra a arbitrariedade nos processos que conduzam à colocação involuntária de um indivíduo em uma instalação psiquiátrica, dada a vulnerabilidade dos indivíduos que sofrem de transtornos mentais, bem como a necessidade de aduzir razões de peso para justificar qualquer restrição dos seus direitos. «Os direitos do assistido devem ser práticos e efectivos e não teóricos e ilusórios, de tal modo que a mera nomeação de um advogado, sem que efectivamente preste assistência jurídica no processo, não possa satisfazer as exigências de “assistência jurídica”, isto porque uma representação legal efectiva de pessoas com deficiência requer um dever reforçado de supervisão de seus representantes legais pelos tribunais nacionais competentes» (*M. S. c. Croácia* (n.º 2), n.º 75450/12, § 154, 19 Fevereiro 2015). Os procedimentos internos devem oferecer suficiente protecção contra uma privação potencialmente arbitrária da liberdade, é o que resulta do acórdão no caso *V. K. c. Rússia*, n.º 9139/08, § 33, 4 Abril 2017. Relevantes as especificações constantes do acórdão no caso *X. c. Finlândia*, n.º 34806/04, § 148, 3 Julho 2012: A exigência de legalidade estabelecida pelo artigo 5.º, § 1 (e) («detenção legal» ordenada «de acordo com um procedimento prescrito por lei») não é satisfeita meramente pelo cumprimento da lei interna relevante; a própria lei interna deve estar em conformidade com a Convenção, incluindo os princípios gerais nela expressos ou implícitos, em particular o princípio do estado de direito, que é expressamente mencionado no preâmbulo da Convenção. A noção subjacente à expressão «de acordo com um procedimento prescrito por lei» exige a existência, no direito interno, de protecções legais adequadas e «procedimentos justos e adequados».

*Ruiz Rivera c. Suíça*¹¹¹, estando em desconformidade com o artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH, qualquer decisão de internamento compulsivo sem prévia opinião médica (caso *S. R. c. Países Baixos*¹¹²). Mesmo não havendo possibilidade de avaliação do visado por recusa de comparecimento deste, no mínimo, o perito médico deverá fazer a sua apreciação com base nos dados constantes do processo (caso *Constancia c. Países Baixos*¹¹³). Diz ainda que, a avaliação médica deve basear-se no estado actual de saúde mental da pessoa em questão e não apenas em eventos passados. De resto, o momento que releva para preenchimento das exigências da alínea e) do artigo 5.º da CEDH é a data da adopção da medida que priva a pessoa da sua liberdade como resultado da sua condição (*OH c. Alemanha*¹¹⁴), pelo que os relatórios dos peritos médicos devem ser suficientemente recentes (*Kadusic c. Suíça*¹¹⁵).

Na ordem jurídica nacional o procedimento de avaliação clínico-psiquiátrica fica a cargo dos serviços oficiais de assistência psiquiátrica da área de residência do internando, devendo ser realizada por dois psiquiatras, com a eventual colaboração de outros profissionais de saúde mental e pode excepcionalmente ser deferida ao serviço de psiquiatria forense do Instituto de Medicina Legal da respectiva área. O juízo técnico-científico da avaliação clínico-psiquiátrica está subtraído à livre apreciação do juiz. Todavia, porque se está perante situação susceptível de compressão de direitos fundamentais, não deixa o juiz de ser, enquanto órgão de soberania, a entidade competente para «sindicar e validar tudo o que se relacione com doentes portadores de graves perturbações mentais»¹¹⁶.

Conforme estabeleceu o TEDH, às autoridades nacionais deve ser reconhecido um certo poder discricionário quanto aos diagnósticos clínicos – não arbitrário – e ao tribunal cabe avaliar com base nas provas apresentadas em cada caso concreto e dentro dos parâmetros da Convenção (casos *Plesó c. Hungria*¹¹⁷ e *H. L. c. Reino Unido*¹¹⁸).

Ressalta que uma das dificuldades com que se depara a comunidade médica consiste no facto de a lei não elencar classes ou grupos de diagnósticos que se subsumam no conceito de anomalia psíquica.

Em caso de dúvida na decisão de internamento deve afirmar-se o primado da liberdade (artigo 33.º, n.º 1, da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho)¹¹⁹. A tendência da desinstitucionalização e de restituição do doente à família e à comunidade ressurgiu na segunda metade do século XX mas com dificuldades acopladas no respeitante à

falta de condições de acolhimento e reabilitação destes doentes no exterior¹²⁰ e aos receios da sua colocação em instituições de modelo asilar por falta de alternativa¹²¹.

A decisão de internamento é sempre fundamentada.

Caso o doente não se apresente voluntariamente, o juiz emite mandado de condução ao estabelecimento próprio (artigos 20.º e 21.º).

Não impede a tomada de decisão de internamento em simultaneidade com um processo penal pendente em que o visado seja arguido portador de anomalia psíquica, devendo o estabelecimento remeter informação sobre a evolução do estado do arguido ao respectivo tribunal, de dois em dois meses (artigo 28.º). Se o tribunal não aplicar, enquanto sanção, a medida de segurança do artigo 91.º do CP, pode decidir o internamento compulsivo do inimputável¹²² (artigo 29.º).

Atendendo aos fundamentos do internamento compulsivo, logo que aqueles cessem, este extingue-se, o que ocorre mediante decisão fundamentada em relatório de avaliação clínico-psiquiátrica do serviço de saúde onde decorreu o internamento, ou por decisão judicial (artigo 34.º). Para tanto, é obrigatória revisão oficiosa da situação do internado, de dois em dois meses, sendo a situação apreciada pelo tribunal a todo o tempo se for invocada a existência de causa justificativa da cessação do internamento (artigo 35.º). Segundo o TEDH, quando as evidências médicas apontam para a recuperação, as autoridades podem precisar de algum tempo para considerar se devem ou não fazer cessar o confinamento do requerente (*Luberti c. Itália*¹²³). No entanto, a continuação da privação da liberdade por razões puramente administrativas não se justifica (*R. L. e M.-J. D. c. France*¹²⁴).

Em síntese, a jurisprudência do TEDH tem vindo a esclarecer os três requisitos mínimos a que se subordina o internamento compulsivo:

- a. prévia comprovação, mediante perícia médica, do transtorno mental do visado, salvo se for necessária uma detenção de emergência;
- b. tipologia ou gravidade do transtorno mental do visado justificativa do internamento sem o seu consentimento ou contra a sua vontade, revelando-se necessária a privação da liberdade nas referidas circunstâncias;
- c. persistência do transtorno mental, mediante evidências médicas objectivas, durante o período do internamento coercivo.

Vejam-se, a título de exemplo, os casos *Stanev c. Bulgária*¹²⁵; *D. D. c. Lituânia*¹²⁶; *Kallweit c. Alemanha*¹²⁷; *Shtukaturov c. Rússia*¹²⁸; *Varbanov c. Bulgária*¹²⁹ e *Winterwerp c. Países Baixos*¹³⁰.

¹¹¹ *Ruiz Rivera c. Suíça*, n.º 8300/06, § 59, 18 Fevereiro 2014.

¹¹² *S. R. c. Países Baixos* (dec.), n.º 13837/07, § 31, 18 Setembro 2012.

¹¹³ *Constancia c. Países Baixos* (dec.), n.º 73560/12, § 26, 3 Março 2015.

¹¹⁴ *OH c. Alemanha*, n.º 4646/08, § 78, 24 Novembro 2011.

¹¹⁵ *Kadusic c. Suíça*, n.º 43977/13, §§ 44 e 55, 9 Janeiro 2018.

¹¹⁶ Acórdão do TRP, de 11 de Julho de 2018, Processo n.º 4644/18.6T8PRT-A.P1 (Cravo Roxo).

¹¹⁷ *Plesó c. Hungria*, n.º 41242/08, § 61, 2 Outubro 2012.

¹¹⁸ *H. L. c. Reino Unido*, n.º 45508/99, § 98, 5 Outubro 2004.

¹¹⁹ XAVIER, Miguel, e CARVALHO, Álvaro, dizem: «o que para alguns profissionais pode ser fonte de dificuldade no processo de decisão de internamento, nomeadamente em situações de deficiência intelectual, perturbações da personalidade e perturbações associadas a consumo de substâncias psicoactivas, entre outras. Talvez por isso, a lei tem tido na prática um perfil de aplicação maioritária nas situações de perturbação psicótica em fase de descompensação», in *Internamento Compulsivo em Portugal – Contexto e Procedimentos*, Acção de Saúde sobre Género, Violência e Ciclo de Vida, Direcção-Geral da Saúde (sem data), p. 1.

¹²⁰ AZENHA, Sónia Soraia Dias (2014), p. 58.

¹²¹ PALHA, F, e COSTA, N. (2015), p. 17.

¹²² Veja-se, sobre culpa e princípios gerais das causas de exculpação, SILVA, Germano Marques da (2012), pp. 252 e ss. e 274 e ss.

¹²³ *Luberti c. Itália*, n.º 9019/80, §§ 28-29, 23 Fevereiro 1984.

¹²⁴ *R. L. e M.-J. D. c. France*, n.º 44568/98, §§ 128-129, 19 Maio 2004.

¹²⁵ *Stanev c. Bulgária* [GC], n.º 36760/06, § 145, 17 Janeiro 2012.

¹²⁶ *D. D. c. Lituânia*, n.º 13469/06, § 156, 14 Fevereiro 2012.

¹²⁷ *Kallweit c. Alemanha*, n.º 17792/07, § 45, 13 Janeiro 2011.

¹²⁸ *Shtukaturov c. Rússia*, n.º 44009/05, § 114, 27 Março 2008.

¹²⁹ *Varbanov c. Bulgária*, n.º 31365/96, § 45, 5 Outubro 2000.

¹³⁰ *Winterwerp c. Países Baixos*, n.º 6301/73, § 39, 24 Outubro 1979.

Nos tribunais nacionais, tem sido salientada a natureza excepcional da intervenção restritiva do internamento compulsivo, com referências directas ao princípio da proibição do excesso, à sua subordinação aos requisitos da necessidade, da adequação e da proporcionalidade¹³¹.

É em cumprimento do princípio da proporcionalidade que, para além de se fixar a obrigatoriedade de revisão periódica, se dá preferência ao tratamento compulsivo em regime ambulatorio enquanto se mantiverem os pressupostos que deram origem ao internamento compulsivo, desde que seja exequível a manutenção do tratamento em liberdade¹³². Efectivamente, a Lei de Saúde Mental visa «a efectiva protecção jurídica num problema que tem duas finalidades: curar o cidadão com doença mental e proteger a sociedade, enquanto se mantiverem os pressupostos nos autos»¹³³.

A conversão do regime de internamento compulsivo em tratamento compulsivo ambulatorio não dá lugar ao arquivamento dos autos. De resto, a «execução da medida de substituição de tratamento ambulatorio compulsivo tem de continuar a ser acompanhada não só pelo médico mas também pelo tribunal competente, desenvolvendo-se no âmbito do processo judicial em curso, que se mantém pendente e com a mesma natureza»¹³⁴.

4. Detenção de alcoólico, toxicómano ou de vagabundo

No que respeita especificamente ao internamento coercivo de alcoólicos, toxicómanos e vagabundos a jurisprudência do TEDH é escassa. Evidencia o entendimento segundo o qual o artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da Convenção não deve ser interpretado restritivamente às pessoas em estado clínico de alcoolismo, abrangendo também a factualidade de abuso de álcool por parte do visado com a finalidade de «limitar os danos causados pelo álcool a si mesmo e ao público em geral, ou para evitar comportamentos perigosos após a ingestão» (*Kharin c. Rússia*¹³⁵). Daí que não seja necessário que as pessoas sejam diagnosticadas como alcoólatras, bastando que, sob a influência do álcool, o seu comportamento represente uma ameaça para a ordem pública ou para si próprios (*Hilda Hafsteinsdóttir c. Islândia*¹³⁶). Do mesmo modo, «isso não significa, porém, que o artigo 5.º, § 1 (e), permita a detenção de um indivíduo apenas por causa de sua ingestão de álcool» (*Petschulies c. Alemanha*¹³⁷; *Witold Litwa c. Polónia*¹³⁸).

As decisões do Estado português têm vindo a ser proferidas no mesmo sentido.

Veja-se uma conclusão do TRE¹³⁹: «Não pode, pois, ser liminarmente indeferido, com fundamento em inexistência de anomalia psíquica grave por parte do internando, o requerimento para internamento compulsivo em que se alegue que aquele sofre de alcoolismo e que por isso tem um comportamento instável, agressivo e conflituoso, pois só após a realização obrigatória da sobredita avaliação se poderá aquilatar se o internando é ou não portador de uma tal anomalia.» O mesmo tribunal aclarou, num outro acórdão, que o «primeiro pressuposto para o internamento compulsivo (e seu requisito básico) consiste em ser o internando portador de uma anomalia psíquica grave, e o segundo pressuposto é a perigosidade, exigindo-se ainda a existência de uma relação causal entre a anomalia psíquica e o perigo concretamente criado pelo seu portador»¹⁴⁰, sendo que a respectiva decisão deve assentar em razões médicas e respectivo diagnóstico clínico.

Posto é que o abuso do álcool ou de substâncias psicotrópicas provoquem no agente uma alteração do discernimento que impossibilite a prestação do consentimento livre e informado e a ausência de tratamento seja fonte de deterioração acentuada do seu estado, fundada num juízo técnico-científico. Ou, ainda, que o consumo abusivo crie distúrbios com consequências de descontrolo comportamental e/ou de desnoriteio intelectual susceptíveis de comprometer bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial.

No sentido de se providenciar pela saúde e bem-estar do visado e de acautelar a defesa da sociedade, pode ser determinado internamento urgente quando verificados os pressupostos enunciados e em face da iminência de perigo para os referidos bens jurídicos, nomeadamente por deterioração aguda do seu estado, que se sustentará sempre em uma avaliação clínico-psiquiátrica¹⁴¹.

Contudo, não podemos esquecer a recomendação de SIMÕES DE ALMEIDA: «existem pessoas com problemas ao nível da demência, toxicodependência, alcoolismo e maus-tratos, entre outros, e estes casos não se resolvem todos através da Lei de Saúde Mental»¹⁴².

O artigo 27.º, n.º 3, alínea h), da CRP, admite a restrição da liberdade por motivo de internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente. Apesar da ausência de menção expressa no texto constitucional aos alcoólicos e toxicómanos [incluídos na alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção], o sentido é materialmente coincidente, edificado no conceito de anomalia psíquica.

Mais parca é ainda a jurisprudência referente à privação da liberdade dos designados vagabundos. Tem de ser ordenada pelas autoridades competentes e de acordo com as regras procedimentais previstas em cada ordem jurídica.

¹³¹ Acórdão do STJ, de 22 de Junho de 2010, Processo n.º 3736/07.1TVLSB.L1.S.1 (Paulo Sá) – e a natureza especial do seu procedimento – acórdão do TRL, de 6 de Junho de 2017, Processo n.º 19731/15.4T8LSB-A.L1-5 (Luís Gominho).

¹³² Acórdão do TRL, de 23 de Fevereiro de 2016, Processo n.º 1693/14.7TBSXL.A1-5 (Maria José Machado).

¹³³ Conforme decidido no acórdão do TRC, de 11 de Outubro de 2017, Processo n.º 122/17.9T8TND. C1 (Inácio Monteiro).

¹³⁴ Acórdão do TRC, de 18 de Junho de 2018, Processo n.º 78/18.0T8BRG.G1 (Fátima Furtado).

¹³⁵ *Kharin c. Rússia*, n.º 37345/03, § 34, 3 Fevereiro 2011.

¹³⁶ *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islândia*, n.º 40905/98, § 42, 8 Junho 2004

¹³⁷ *Petschulies c. Alemanha*, n.º 6281/13, § 65, 2 Junho 2016.

¹³⁸ *Witold Litwa c. Polónia*, n.º 26629/95, §§ 61-62, 4 Abril 2000.

¹³⁹ Acórdão de 26 de Abril de 2005, Processo n.º 186/05-1 (Rui Maurício).

¹⁴⁰ Acórdão de 14 de Julho de 2015, Processo n.º 276/14.6TBLE.E1 (Martinho Cardoso).

¹⁴¹ Sobre a imprescindibilidade da realização de exames periciais para aferição da verificação do requisito anomalia psíquica, veja-se, também, o acórdão do TRL, de 15 de Janeiro de 2004, Processo n.º 9216/2003-9 (João Carrola).

¹⁴² ALMEIDA, M. Simões de (2011), p. 102.

O conceito de vagabundagem integra três elementos cumulativos, por influência do artigo 347.º do CP belga¹⁴³: ausência de morada fixa, ausência de meios de subsistência e ausência de profissão ou ofício regular (*De Wilde, Ooms e Versyp c. Bélgica*¹⁴⁴).

Está aqui em causa um problema de ordem social e de subsequente luta contra o ócio que vem sendo tratado desde as Ordenações Afonsinas, no Livro IV, Título XXXIV, onde se previa sobre «os que andão vaadios, e nom querem filhar mester, nem viver com outrem» e que «he de presumir que vivem de mal fazer» que sejam presos «atee que filhem alguũ mester». Também sobre os *vaadios*, as Ordenações Manuelinas, no Livro V, LXXII, punem qualquer homem que não viva com senhor ou amo nem tenha ofício com prisão e açoites publicamente e se lhe não couberem os açoites «seja degradado pera as partes d’Alem por huũ anno». Do mesmo modo nas Ordenações Filipinas, no Livro V, Título LXVIII¹⁴⁵.

No reinado de D. Maria I, em 1780, fundou-se a Casa Pia de Lisboa, por Diogo Inácio de Pina Manique que obteve autorização régia, no dia 3 de Julho, acolhendo crianças órfãs e abandonadas, mendigos e prostitutas em resultado da crise social em grande parte proveniente do terramoto de 1755 e que veio a funcionar como casa de trabalho, correcção e educação¹⁴⁶.

Em 6 de Abril de 1835 foi criado, por Decreto, o Conselho Geral de Beneficência, em Lisboa, para recolha de mendigos onde estes receberiam «socorros de caridade», «conveniente trabalho»¹⁴⁷ ou «educação aos que dela carecerem» consoante as circunstâncias de cada um¹⁴⁸. Seguem-se outros cuja indicação não se pretende exaustiva dada a sua elevada quantidade: Decreto de 14 de Abril de 1836¹⁴⁹; Decreto-Lei n.º 30389, de 20 de Abril de 1940¹⁵⁰; Decreto-Lei n.º 36448, de 1 de Agosto de

1947¹⁵¹; Decreto-Lei n.º 43280, de 29 de Outubro de 1960¹⁵²; Decreto n.º 46737, de 11 de Dezembro de 1965¹⁵³; Decreto-Lei n.º 1/73, de 3 de Janeiro¹⁵⁴; Decreto-Lei n.º 365/76, de 15 de Maio¹⁵⁵; Decreto-Lei n.º 938/76, de 31 de Dezembro¹⁵⁶; Resolução n.º 259/79, de 16 de Agosto¹⁵⁷.

De momento, está em curso a Estratégia Nacional para a Integração das Pessoas em Situação de Sem-Abrigo 2017-2023¹⁵⁸, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2017¹⁵⁹, cuja visão tem por objectivo «uma abordagem estratégica e holística de prevenção e intervenção, centrada nas pessoas em situação de sem-abrigo, por forma a que ninguém tenha de permanecer na rua por ausência de alternativas»¹⁶⁰.

Historicamente assiste-se a uma duplicidade de atitudes: o Estado adoptou uma política castigadora para com os que se dedicassem à preguiça e indolência, mantendo uma atitude caritativa de amparo aos involuntariamente necessitados e doentes¹⁶¹.

O CP de 1852, no Livro II, Título III, Capítulo IX, apelidado «Dos vadios, e mendigos, e das associações de malfeitores», incriminou a vadiagem e a mendicidade. Segundo o artigo 256.º é vadio, competentemente julgado e como tal declarado e punido com pena correcional até seis meses, quem não tem domicílio certo onde habite, nem meios de subsistência, nem profissão, ofício ou mister em que ganhe a vida, não provando necessidade de força maior que justifique encontrar-se em tais

¹⁴³ Inspirado nas leis napoleónicas. Tem créditos de ser «influenciado por uma lúcida e humana compreensão dos problemas sociais», conforme se lê no ponto preambular n.º 2 do Decreto-Lei n.º 36448, de 1 de Agosto de 1947. Recorda-se que os depósitos de mendigos criados em todas as províncias do império Francês, pelo Decreto de Napoleão, de 5 de Julho de 1808, visavam acolher os mendigos que ficavam à disposição do Estado após o cumprimento de pena de prisão em que eram condenados pela mendicidade.

¹⁴⁴ *De Wilde, Ooms e Versyp c. Bélgica*, n.ºs 2832/66, 2835/66 e 2899/66, § 68, 18 Junho 1971.

¹⁴⁵ O degredo seria para África por um ano.

¹⁴⁶ SANTOS, Maria José Moutinho (2001), p. 131.

¹⁴⁷ Nas obras do Estado ou em casas agrícolas.

¹⁴⁸ Mediante a reorganização estabelecida no Decreto de 26 de Novembro de 1851, foi-lhe atribuída a direcção de estabelecimentos pios e hospitais. Mais tarde, através do Decreto de 4 de Outubro de 1899, passou a pertencer à Direcção-Geral de Saúde e Beneficência, reestruturada e regulamentada pelos Decretos de 12 de Junho e 24 de Dezembro de 1901, extinta em 1911, por Decreto de 9 de Fevereiro. O Asilo de Mendicidade do Porto foi criado por Decreto de 18 de Maio 1838, o que veio a materializar-se só em 1846.

¹⁴⁹ Criou um asilo de mendicidade em Lisboa.

¹⁵⁰ Estabelece as normas e processos da acção policial repressiva da mendicidade e determina que em todas as cidades sedes de distrito sejam criados albergues destinados a prevenir e reprimir a mendicidade nas ruas, na dependência dos comandos distritais da polícia. Onde se lê: «é preciso combater a atracção que os maiores centros exercem sobre os aventureiros, vadios, vagabundos, falsos mendigos, e até os verdadeiros, que descem das suas terras à cidade a tentar a sorte, na miragem da ociosidade, da liberdade no vício e na vida fácil, explorando a caridade pública de meios grandes, onde pretendem passar despercebidos». Assim, «Determina que em todas as cidades sedes de distrito sejam criados na dependência dos comandos distritais da polícia de segurança pública albergues destinados a prevenir e reprimir a mendicidade nas ruas».

¹⁵¹ Insere disposições relativas à proibição da mendicidade em todo o País.

¹⁵² Atribui ao Ministério do Interior, por intermédio das autoridades administrativas e policiais, competência para estabelecer e fazer executar as medidas de carácter policial destinadas a reprimir a mendicidade. Cria o Serviço de Repressão da Mendicidade e mantém em vigor, em tudo o que não for contrariado por este diploma, as disposições dos Decretos-Leis n.ºs 30389 e 36448.

¹⁵³ Autoriza a Direcção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais a celebrar contrato para a execução da empreitada «Asilo de Mendicidade de Lisboa, em Alcobaça – Instalação de uma central térmica».

¹⁵⁴ Altera as denominações de alguns estabelecimentos oficiais de assistência.

¹⁵⁵ Transfere os albergues distritais de mendicidade para o Ministério dos Assuntos Sociais, integrando-os no Instituto da Família e Acção Social, com excepção dos albergues distritais dos Açores e da Madeira, que passaram a depender das respectivas Juntas Administrativas e de Desenvolvimento Regional. Aprova normas de gestão administrativa e financeira daqueles serviços. Determina a criação, na dependência do citado Instituto, de centros distritais de acolhimento em Lisboa, Porto e Coimbra, estabelecendo as suas atribuições e regime de instalação e prescrevendo a criação do Conselho Consultivo de Acolhimento, ao qual fixa a constituição e competências.

¹⁵⁶ Prorroga por mais seis meses o prazo previsto na primeira parte do n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 365/76, de 15 de Maio (albergues distritais de mendicidade).

¹⁵⁷ Estabelece medidas relativas aos problemas sociais nos grandes centros urbanos. Neste diploma o problema é encarado de modo diferente: «o reconhecimento de situações de concretas carências, como já ficou expresso, impõe que o Governo, aliás na decorrência do seu Programa, encare de frente o problema, tentando enquadrar as acções nesse sentido desenvolvidas em conjunto coerente e eficaz, de acordo com uma política de justiça social concertada entre os diversos departamentos intervenientes nestas questões», onde se prevê a criação de uma Rede Nacional de Acolhimento.

¹⁵⁸ Conhecida pela sigla ENIPSSA 2017-2023.

¹⁵⁹ Publicada no DR, n.º 142/2017, Série I, de 25 de Julho, pp. 3923-3931.

¹⁶⁰ Veja-se o Sumário Executivo ENIPSSA 2017-2023, acessível em <http://www.enipssa.pt/documentos/10180/11876/ENIPSSA+2017-2023+-+Sumário+Executivo/4d02c057-6a26-4fa3-9b43-f1b7f77ae3c1>.

¹⁶¹ Sobre o assunto, veja-se ABREU, Laurinda (2007), pp. 95-120, em especial, p. 119.

circunstâncias, sendo entregue à disposição do Governo que lhe fornecerá trabalho pelo tempo conveniente.

No artigo 260.º era punido «todo o indivíduo, capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho, que for convencido de mendigar habitualmente». Previa o artigo 261.º pena de prisão de dois meses a dois anos para «os mendigos que por signaes ostensivos simularem enfermidades, ou que tiverem empregado ameaças, ou injurias, ou que mendigarem em reunião, salvo marido e mulher, pae, ou mãe, e seus filhos impubescentes, o cego, e o aleijado, que não poder mover-se sem auxilio, cada um com o seu respectivo conductor». Idêntico conteúdo se manteve no CP de 1886. No CP em vigor, a mendicidade é contemplada enquanto fim de exploração no crime de tráfico de pessoas, previsto e punido pelo artigo 160.º e o artigo 296.º criminaliza a utilização na mendicidade de menor ou de pessoa psiquicamente incapaz.

5. Prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição

O artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da Convenção admite a privação da liberdade se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. Na mesma linha, a CRP, depois de reconhecer, no artigo 15.º, aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal os direitos e deveres dos cidadãos portugueses, acolhe a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, no caso de prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja pendente um processo de extradição ou de expulsão [alínea c) do n.º 3 do artigo 27.º]. O direito à liberdade, consignado no n.º 1 deste normativo, alcança o «direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar»¹⁶².

Não estabelecendo a Constituição as regras e modos de proceder à privação de liberdade nestes casos, seguem-se as normas do CPP, com as devidas adaptações que ao caso caibam (artigos 103.º; 116.º; 141.º; 142.º; 143.º; 174.º; 191.º a 202.º; 220.º; 222.º; 225.º; 250.º; 251.º; 254.º a 261.º; 273.º) e demais legislação ordinária atinente regulamentadora destas específicas situações, sem olvidar, no que toca à extradição, a prevalência dos tratados, convenções e acordos internacionais que vinculem o Estado português¹⁶³.

Constitucionalmente marcada a divisória entre detenção e prisão, e assinaladas processualmente as suas diferenças, deixa-se claro que este específico campo não cuida da sanção prisão resultante da prática de um facto criminoso.

Consideradas inadequadas e insuficientes as medidas de coacção menos ofensivas da liberdade, o artigo 202.º, n.º 1, alínea f), do CPP, prevê a aplicação da prisão preventiva a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver a decorrer um processo de extradição ou de expulsão. Podem, ainda, os órgãos de polícia criminal proceder à identificação de qualquer pessoa que

se encontre em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, sempre que sobre ela recaiam fundadas suspeitas da pendência de processo de extradição ou de expulsão ou de que tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território português nacional (artigo 250.º, n.º 1, do CPP)¹⁶⁴.

A Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que define as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, bem como o estatuto de residente de longa duração, estabelece que, para entrada ou saída do território português, os cidadãos estrangeiros têm de ser portadores de um documento de viagem reconhecido como válido e que é igualmente necessário visto válido e adequado à finalidade da deslocação, concedido nos termos da presente lei ou pelas competentes autoridades dos Estados-partes na Convenção de Aplicação (artigos 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1). Para além disso, não podem ser violadas as regras de controlo fronteiro (artigo 6.º) nem os motivos de recusa de entrada enunciados no artigo 32.º

É ilegal a entrada de cidadãos estrangeiros em território nacional sempre que violadas as normas referenciadas, sendo igualmente ilegal a permanência quando esta não tenha sido autorizada. Ilegal é também o trânsito de cidadãos estrangeiros quando estes não tenham garantida a sua admissão no país de destino (de acordo com o artigo 181.º).

O artigo 134.º contém os fundamentos da decisão judicial de afastamento coercivo ou de expulsão do território nacional¹⁶⁵, contando-se neles a entrada ou permanência ilegal, acrescendo os seguintes: «que atente contra a segurança nacional ou a ordem pública; cuja presença ou actividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado português ou dos seus nacionais; que interfira de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais; que tenha praticado actos que, se fossem conhecidos pelas autoridades portuguesas, teriam obstado à sua entrada no País; em relação ao qual existam sérias razões para crer que cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos dessa natureza, designadamente no território da União Europeia; que seja detentor de um título de residência válido, ou de outro título que lhe confira direito de permanência em outro Estado-membro e não cumpra a obrigação de se dirigir, imediatamente, para esse Estado-membro».

A tramitação do afastamento compulsivo consta do artigo 146.º

Há lugar a detenção – efectuada pelas autoridades e agentes de autoridade do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, da Guarda Nacional Republicana, da Polícia de Segurança Pública, da Polícia Judiciária e da Polícia Marítima – de cidadão que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional. Este deve igualmente ser entregue, com o correspondente auto, sempre que viável, ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. No prazo máximo de 48 horas a contar da detenção, o detido tem de ser presente a juiz¹⁶⁶ para interrogatório judicial, validação e possível aplicação de medidas de coacção. Se o juiz decidir pela colocação em centro de instalação temporária ou espaço

¹⁶² GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (2007), p. 478.

¹⁶³ Ao abrigo do princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 3.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (cooperação judiciária internacional em matéria penal).

¹⁶⁴ O artigo 27.º, n.º 3, alínea g), da CRP, prevê a possibilidade de detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários.

¹⁶⁵ A decisão de expulsão pode revestir a natureza de sanção acessória e também pode ter lugar quando um cidadão tenha entrado ou permanecido irregularmente em Portugal.

¹⁶⁶ Ao juiz do juízo de pequena instância criminal, na respectiva área de jurisdição, ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País.

equiparado – considerada pelo artigo 142.º como uma medida de coacção –, que não pode exceder 60 dias¹⁶⁷, dá disso conhecimento ao SEF para que este diligencie o respectivo processo de afastamento coercivo do cidadão estrangeiro do território nacional. No caso de não ser determinada a colocação em centro de instalação temporária, o SEF é informado para organizar o processo de afastamento, sendo o cidadão estrangeiro notificado da obrigatoriedade de comparência no referido serviço. Se o cidadão estrangeiro apresentar, no prazo de 48 horas a contar da sua entrada, um pedido de asilo a qualquer autoridade policial, aguardará pela respectiva decisão em liberdade, com os direitos e deveres que resultam da Lei do Asilo¹⁶⁸.

O cidadão estrangeiro detido que declare, durante o interrogatório judicial, que deseja abandonar o território nacional pode, mediante decisão judicial, ser entregue à guarda do SEF para ser conduzido ao posto de fronteira e afastamento no mais curto prazo, desde que devidamente documentado (artigo 147.º).

Cabe ao director nacional do SEF a competência, com a faculdade de delegar, para ordenar a instauração de processos de afastamento coercivo, o prosseguimento dos autos, o envio para o tribunal competente, o seu arquivamento e a decisão de afastamento coercivo (artigos 140.º, 141.º, 145.º e 149.º). A decisão de afastamento compulsivo tem de ser comunicada ao Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural e ao Conselho Consultivo. O cidadão é notificado dos fundamentos da instauração do processo para exercício do direito de impugnação judicial, do respectivo prazo e da sua inscrição no Sistema de Informação Schengen ou na lista nacional de pessoas não admissíveis. Conforme decidido pelo TRL, a competência para apreciar e decidir sobre o pedido de alteração de uma medida de coacção que tenha sido aplicada a um cidadão estrangeiro é dos tribunais «os únicos órgãos de soberania com competência exclusiva para apreciar esta questão»¹⁶⁹, uma vez que o processo de afastamento coercivo é de natureza administrativa¹⁷⁰.

As medidas de coacção previstas no CPP, com excepção da prisão preventiva, aplicáveis nos processos de expulsão, são cumuláveis com as previstas no artigo 142.º, quando houver perigo de fuga, podendo ser determinada a apresentação periódica no SEF, a obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância electrónica, nos termos da lei, ou a colocação do expulsando em centro de instalação temporária ou em espaço equiparado¹⁷¹.

¹⁶⁷ Devendo durar o mínimo possível compatível com a execução da decisão de afastamento coercivo.

¹⁶⁸ Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho (Estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.ºs 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro).

¹⁶⁹ Acórdão de 7 de Abril de 2016, Processo n.º 755/13.2PASXL.L2-9 (Filipa Costa Lourenço).

¹⁷⁰ Acórdão do TRP, de 7 de Novembro de 2018, Processo n.º 9/18.8ZRPRT-A.P1 (Moreira Ramos): «I – Um cidadão brasileiro que se encontre em território português ou um cidadão português que se encontre em território brasileiro, por período até 90 dias, com fins turísticos, não carece de visto, sendo suficiente o passaporte. II – Não tem fins turísticos o exercício da actividade do alterne e, por isso, a sua situação não é susceptível de enquadramento na isenção de visto, carecendo de ter um título comprovativo da legalidade da sua permanência em território português. III – A simples presença ilegal em Portugal para tal actividade, associada aos perigos de continuação da actividade ilícita e de fuga, permite que sejam aplicadas à arguida as medidas de coacção a que aludem os artigos 196.º a 202.º, do Código de Processo Penal, incluindo a prisão preventiva.»

¹⁷¹ A Lei n.º 34/94, de 14 de Setembro, define o regime de acolhimento de estrangeiros ou apátridas em centros de instalação temporária, que pode ter lugar por razões humanitárias, por razões de

No que concerne à possibilidade do recurso à providência de *habeas corpus* por estrangeiro mantido em centro de instalação temporária, o STJ proferiu decisões contraditórias: ora admitindo-o, uma vez que «a consequência do decretamento da medida em causa é, necessariamente, a privação/limitação da liberdade do indivíduo, na sua manifestação do *jus ambulandi*»¹⁷² (posição maioritária), ora afastando-o na medida em que a «colocação e manutenção em centro de instalação temporária ou espaço equiparado, sito na zona internacional do aeroporto [alíneas bb) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 23/2007], não é nem detenção, nem prisão [...] embora não possam deambular no território nacional, onde verdadeiramente não entraram, não se encontram propriamente privados da liberdade, nomeadamente da de regresso ao país de origem ou a outro que os acolha e, assim, porque não se encontram presos, não foram violados os preceitos legais invocados [...]»¹⁷³.

A questão colocou-se justamente no sentido de saber se o *habeas corpus* é procedimento legítimo de reacção contra a decisão que determine a instalação temporária. O normativo constitucional, na sua literalidade, consagra um meio «contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal» e, por sua vez, os artigos 220.º e 222.º do CPP hospedam os fundamentos da providência em virtude de detenção ilegal e de prisão ilegal. Os referidos vocábulos «detenção» e «prisão», sendo processualmente distintos quanto ao seu conteúdo, sentido e efeitos, acolhem outras modalidades de afectação da liberdade dos cidadãos, tendo, por isso, cabimento o *habeas corpus* quando estiver em causa «o direito à liberdade e o direito à segurança do cidadão (no sentido de garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos pessoais, liberto de ameaças ou agressões)»¹⁷⁴.

Nos termos do artigo 183.º, é punido com pena de prisão até três anos quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional – crime de auxílio à imigração ilegal. A tentativa é punível. Se o favorecimento ou facilitação for feita com intenção lucrativa, a moldura penal é elevada para pena de prisão de um a cinco anos, compreendendo-se aqui o favorecimento ou facilitação da permanência ilegal em Portugal. A pena é agravada (prisão de dois a oito anos) se os factos forem praticados mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes, ou pondo em perigo a sua vida, ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte. Constitui, ainda crime, a associação de auxílio à imigração ilegal (artigo 184.º). Há lugar a responsabilidade criminal e civil das pessoas colectivas e equiparadas (artigo 182.º), respondendo solidariamente pelo pagamento de multas, coimas, indemnizações

segurança ou resultante de tentativa de entrada irregular (artigos 2.º, 3.º e 4.º).

¹⁷² Acórdão de 30 de Setembro de 2015, Processo n.º 8/15.1ZRCTB (Raúl Borges). Realçamos também o acórdão do STJ, de 2 de Dezembro de 2010, Processo n.º 671/10.0TPLSB-A.S1 (Isabel Pais Martins), que caracteriza a medida de instalação temporária em centro como «substancialmente detentiva».

¹⁷³ Acórdão de 25 de Outubro de 2017, Processo n.º 22333/17.7T8LSB-A.S1 (Francisco Caetano).

¹⁷⁴ Acórdão de 20 de Outubro de 2010, Processo n.º 21223/10.9T2SNT-A (Raúl Borges): «Tem sido entendido que a providência é de expandir e amplificar o seu campo de abrangência a outras realidades que contendem com a plena liberdade, restringindo-a, e assim considera-se que é aplicável, por analogia, aos casos de privação da liberdade resultante da medida de internamento decorrente da prática de facto ilícito típico por inimputável, bem como aos casos de privação de liberdade de menores por decretamento de medida tutelar e à medida coactiva de obrigação de permanência na habitação (OPH), prevista no artigo 201.º do CPP.»

e outras prestações em que forem condenados, incluindo a interdição do exercício da actividade de um a cinco anos. Não existe unanimidade quanto à caracterização do bem jurídico protegido: desde o interesse estatal de gestão dos fluxos migratórios¹⁷⁵, o legítimo interesse estatal de preservação da segurança e da soberania do Estado, passando pela óptica do interesse à inclusão social de estrangeiros e pela protecção da dignidade da pessoa, vedando atitudes exploratórias de várias formas de precariedade pessoal, económico-financeira, fragilidade familiar e desigualdade social¹⁷⁶.

O Estado português afirma apostar numa política de articulação e de gestão integrada dos fenómenos de imigração e emigração, no Plano Estratégico para as Migrações 2015-2020, pretensão que reitera ao longo de todo o documento, «de modo a permitir o desenvolvimento consolidado de respostas a desafios emergentes, evitando visões parcelares ou atomistas. Deste modo, é hoje evidente que uma política migratória eficaz deve fundar-se na gestão integrada e equilibrada dos fluxos migratórios»¹⁷⁷.

Sobre a detenção ou prisão para impedir a entrada não autorizada no país, o TEDH tem acentuado três relevantes aspectos:

1. Que a alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º consente que os Estados controlem a liberdade de estrangeiros em um contexto de imigração (*Khlaifia e Outros c. Itália*¹⁷⁸), permitindo, assim, a detenção de requerentes de asilo ou outros imigrantes antes da concessão da autorização de entrada no respectivo Estado (*Saadi c. Reino Unido*¹⁷⁹).

Saber quando a primeira parte do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), deixa de se aplicar por o cidadão ter obtido autorização formal para entrada ou permanência no país depende da observância e verificação dos requisitos da legislação nacional (*Suso Musa c. Malta*¹⁸⁰).

2. Que a alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º não aprova práticas das autoridades nacionais que consistam em proceder à detenção automática dos requerentes de asilo sem uma prévia avaliação individual das suas específicas necessidades (*Thimothawes c. Bélgica*¹⁸¹; *Mahamed Jama c. Malta*¹⁸²).

Para determinação da privação de liberdade, o tribunal deve levar em consideração a situação particular dos imigrantes (*Kanagaratnam c. Bélgica*¹⁸³, tanto a recorrente como os seus três filhos foram mantidos em instalações fechadas concebidas para adultos; *Rahimi c. Grécia*¹⁸⁴, quanto à aplicação automática da detenção a um menor não acompanhado).

3. Que a alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º exige que a detenção seja compatível com a finalidade principal nela inscrita – preservação do direito à liberdade – de modo a que ninguém seja dela privado de forma arbitrária (*Saadi c. Reino Unido*¹⁸⁵). A exigência da não arbitrariedade aplica-se de igual modo e com o mesmo rigor, tanto na primeira parte como na segunda parte desta alínea (*Saadi c. Reino Unido*¹⁸⁶).

A detenção não pode depender de critérios fortuitos. Para tanto, deve ser norteadada pela boa-fé; deve estar adstrita ao objectivo de impossibilitar a entrada não autorizada da pessoa no país; por outro lado, o lugar e as condições de detenção devem ser adequados às finalidades tanto que não está em causa a prática de infracções penais, mas antes cidadãos estrangeiros que, perante determinadas circunstâncias, e temendo muitas vezes pelas suas vidas, fogem de seu próprio país; a duração da detenção não deve exceder o prazo considerado razoável e estritamente necessário para a realização do fim a que se destina esta privação de liberdade (*Saadi c. Reino Unido*¹⁸⁷).

No que respeita à detenção para garantir a expulsão ou extradição, o TEDH firmou jurisprudência no sentido de que:

1. A privação de liberdade deve ser adequada às condições específicas dos indivíduos e suas particulares vulnerabilidades – como as provenientes do estado de saúde ou idade (*Thimothawes c. Bélgica*¹⁸⁸). A presença de crianças em centros de detenção, acompanhando seus pais, só pode subsistir quando as autoridades nacionais atestem que se trata de uma medida de último recurso, após apurarem que nenhuma outra medida menos restritiva seria suficiente ou adequada ao caso (*A. B. e Outros c. França*¹⁸⁹)¹⁹⁰.
2. A privação da liberdade só se justifica enquanto durar o procedimento de expulsão ou de extradição e, se tais procedimentos não forem levados a cabo com a devida diligência, a detenção ou prisão deixará de estar a coberto da alínea f), n.º 1, do artigo 5.º da Convenção (*Khlaifia e Outros c. Itália*¹⁹¹; *A. e Outros c. Reino Unido*¹⁹²; *Amie e Outros c. Bulgária*¹⁹³). De resto, não se pode esquecer que a privação da liberdade com vista à expulsão não é ela em si mesma uma punição, devendo ser observadas as salvaguardas de índole processual adequadas (*Azimov c. Rússia*¹⁹⁴), estando impedida qualquer detenção arbitrária até ao momento decisivo da expulsão (*Kim c. Rússia*¹⁹⁵).

¹⁷⁵ Posição crítica quanto à identificação deste bem jurídico como o interesse do Estado de controlo, regulação ou disciplina dos fluxos migratórios, CATARINO, Gabriel (2009).

¹⁷⁶ Veja-se o Acórdão do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, Processo n.º 187/09.7YREVR.S1 (Santos Cabral).

¹⁷⁷ Plano Estratégico para as Migrações 2015-2020, Resolução do Conselho de Ministros, Lisboa: Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro Adjunto e do Desenvolvimento Regional, p. 7, acessível em http://www.programescolhas.pt/_cf/364724.

¹⁷⁸ *Khlaifia e Outros c. Itália* [GC], n.º 16483/12, § 89, 15 Dezembro 2016.

¹⁷⁹ *Saadi c. Reino Unido* [GC], n.º 13229/03, §§ 64-66, 29 Janeiro 2008.

¹⁸⁰ *Suso Musa c. Malta*, n.º 42337/12, § 97, 23 Julho 2013.

¹⁸¹ *Thimothawes c. Bélgica*, n.º 39061/11, § 73, 4 Abril 2017.

¹⁸² *Mahamed Jama c. Malta*, n.º 10290/13, § 146, 26 Novembro 2015.

¹⁸³ *Kanagaratnam c. Bélgica*, n.º 15297/09, § 80, 13 Dezembro 2011.

¹⁸⁴ *Rahimi c. Grécia*, n.º 8687/08, § 108, 5 Abril 2011.

¹⁸⁵ *Saadi c. Reino Unido*, citado acima, §§ 64-66.

¹⁸⁶ *Saadi c. Reino Unido*, citado acima, § 73.

¹⁸⁷ *Saadi c. Reino Unido*, citado acima, § 74.

¹⁸⁸ *Thimothawes c. Bélgica*, citado acima, §§ 73, 79-80.

¹⁸⁹ *A. B. e Outros c. França*, n.º 11593/12, § 123, 12 Julho 2016.

¹⁹⁰ De acordo com a nossa Constituição (artigo 36.º, n.º 6), «os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpriam os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial».

¹⁹¹ *Khlaifia e Outros c. Itália*, citado acima, § 90.

¹⁹² *A. e Outros c. Reino Unido* [GC], n.º 3455/05, § 164, 19 Fevereiro 2009.

¹⁹³ *Amie e Outros c. Bulgária*, n.º 58149/08, § 72, 12 Fevereiro 2013.

¹⁹⁴ *Azimov c. Rússia*, n.º 67474/11, § 172, 18 Abril 2013, para garantia de detenção legal sem arbitrariedades, § 169.

¹⁹⁵ *Kim c. Rússia*, n.º 44260/13, § 53, 17 Julho 2014.

Quando está em curso um processo de expulsão, a detenção não é ilegal se a sua duração não for desrazoável (*S. P. c. Bélgica*¹⁹⁶, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*¹⁹⁷). A resposta a um pedido de extradição deve ser excepcionalmente célere quando disser respeito a uma pessoa em relação à qual esteja pendente um procedimento criminal no Estado requerente, mais do que se tratar de um pedido de extradição para cumprimento de pena (*Gallardo Sanchez c. Itália*¹⁹⁸). A existência e o cumprimento de prazos de duração máxima da detenção, a possibilidade de recurso judicial e a revisão automática da situação não asseguram só por si o controlo da arbitrariedade da detenção de imigrantes (*JN c. Reino Unido*¹⁹⁹).

3. Não será arbitrária a prisão ou detenção efectuada de boa-fé, desde que directamente conexonada com a finalidade a prosseguir, em local e com as condições apropriadas e cuja duração não exceda o razoavelmente necessário tendo em vista a finalidade em causa (*A. e Outros c. Reino Unido*²⁰⁰; *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*²⁰¹).

Segundo a lei nacional – Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto – que define os termos da cooperação judiciária internacional em matéria penal, efectuada a detenção de um extraditando este não poderá estar privado da liberdade por mais de 65 dias, devendo ser substituída por medida de coacção não detentiva, caso a decisão do tribunal da Relação²⁰² não tenha entretanto sido proferida neste prazo. Se for insuficiente a aplicação de medida de coacção não detentiva, a detenção pode ser prorrogada por mais 25 dias, prazo dentro do qual a Relação terá de proferir a decisão. Pode a detenção manter-se por mais 80 dias caso haja interposição de recurso da decisão da Relação que conceda a extradição, devendo a decisão final ser proferida neste período. No caso de interposição de recurso para o TC, a detenção pode manter-se por mais três meses contados da data da interposição daquele, improrrogáveis (artigo 52.º). A detenção a que se reporta este normativo é uma medida que «visa apenas assegurar a exequibilidade da decisão final que há-de vir a ser proferida»²⁰³.

Quando o extraditando é detido tem de ser apresentado ao MP junto do tribunal da Relação competente, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, para ser ouvido e para efeito de validação judicial desta (artigo 53.º). O direito de audição serve o propósito de o extraditando se pronunciar e opor, querendo, à pretensão da

extradição não sendo esta a sede própria para exercer o seu direito de defesa quanto aos factos que lhe são imputados.

As autoridades de polícia criminal podem proceder à detenção não directamente solicitada de pessoas que sejam referenciadas como procuradas pelas autoridades estrangeiras competentes (em especial, pela Interpol) para efeito de procedimento criminal ou de execução de pena por factos manifestamente justificativos da extradição (artigos 39.º e 64.º).

Podem também haver lugar a detenção provisória. Esta ocorre segundo a lei nacional, em caso de urgência, prévia à apresentação do pedido formal de extradição, desde que o respectivo pedido não suscite dúvidas sobre a competência da autoridade requerente e esteja devidamente instruído²⁰⁴ (artigo 38.º, cujo procedimento está previsto nos artigos 62.º e ss.), visando assegurar a efectividade da execução da posterior decisão de extradição. Esta detenção não pode exceder 18 dias, devendo neste prazo dar entrada o pedido de extradição e só poderá prolongar-se até 40 dias se o Estado requerente invocar razões justificativas atendíveis. A detenção pode ser substituída por outras medidas de coacção previstas na lei processual penal. O indispensável respeito pelo cumprimento dos prazos resulta do imperativo constitucional fundante de toda a matéria relativa à limitação e restrição de direitos fundamentais, o princípio da proibição do excesso.

De acordo com os dados fornecidos pelo MP, no espaço europeu, a cooperação judiciária internacional tende a materializar-se primacialmente por meio do mandado de detenção europeu, todavia, no ano de 2017, Portugal formulou 27 pedidos de extradição e recebeu 19²⁰⁵.

Terminamos sem o arrojo de ter alcançado a completude deste comentário, imbuídas da humildade de ter esboçado como pano de fundo a esperança e a luz em lugar das temidas trevas que, no mais curto passo e no mais breve instante, podem derrubar os direitos fundamentais dos cidadãos. Evitá-lo é também missão nossa, sem escapatórias. Ocorre-nos dizer: somos todos tão diferentes e todos tão iguais que, com semelhanças ou com diversidades, «formamos la gran comunidade humana, la liga que recibe el nombre de humanidad»²⁰⁶.

Bibliografia

ABREU, Laurinda (2007), «Repressão e controlo da mendicidade no Portugal moderno», *Asistencia y Caridad como Estrategias de Intervención Social: Iglesia, Estado y Comunidad (siglos XV-XX)*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, pp. 95-120; ALMEIDA, M. Simões de (2011), «Internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica grave: dificuldades e constrangimentos do tribunal», *Revista do Ministério Público*, 127, Jul.-Set., pp. 101-117; ANDRADE, Manuel da Costa (2004), *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora: Coimbra; AAVV (2005), *Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental*,

¹⁹⁶ *S. P. c. Bélgica* (dec.), n.º 12572/08, 14 Junho 2011.

¹⁹⁷ *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, n.º 10486/10, § 120, 20 Dezembro 2011.

¹⁹⁸ *Gallardo Sanchez c. Itália*, n.º 11620/07, § 42, 24 Março 2015.

¹⁹⁹ *JN c. Reino Unido*, n.º 37289/12, §§ 83-96, 19 Maio 2016.

²⁰⁰ *A. e Outros c. Reino Unido*, n.º 3455/05, § 164, 19 Fevereiro 2009.

²⁰¹ *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, n.º 10486/10, §§ 117-19, 20 Dezembro 2011.

²⁰² A competência para julgar os processos judiciais de extradição cabe às secções criminais das Relações (artigo 12.º do CPP) e a decisão proferida não tem carácter condenatório; trata-se de uma decisão judicial que afere da existência ou inexistência de obstáculos à cooperação judiciária para com o sistema jurídico do Estado requerente. Neste sentido, em um processo de extradição «não há ofendido, visto não estar em causa decidir sobre a prática de um crime e respectivas consequências jurídicas, pelo que não pode estabelecer-se um paralelo entre o Estado requerente e a figura do assistente em processo penal», conforme acórdão do STJ, de 31 de Janeiro de 2012, Processo n.º 759/11.0YRLSB (Manuel Braz).

²⁰³ Conforme decidido pelo STJ, no acórdão de 16 de Fevereiro de 2017, Processo n.º 216/16.8YRPT-B. S1 (Isabel São Marcos).

²⁰⁴ Deve conter a existência do mandado de detenção ou decisão condenatória contra a pessoa reclamada, um resumo dos factos constitutivos da infracção, indicação da data e lugar da prática do facto, as disposições legais aplicáveis, os elementos sobre a identidade, nacionalidade e localização da pessoa em causa.

²⁰⁵ Relatório Síntese do Ministério Público 2017, Em defesa da legalidade democrática, Ministério Público: Portugal, p. 44.

²⁰⁶ Expressão de autoria de GUSMÁN DALBORA, José Luis (2017), p. 686.

Direitos Humanos e Legislação, dir. Michelle Funk, Natalie Drew e Benedetto Saraceno, Departamento de Saúde Mental e Abuso de Substâncias, OMS, acessível em <https://www.who.int/>; AAVV (2014), *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, Coord. Aristides Volpato Cordioli, 5.ª edição, Porto Alegre, Artmed; AZENHA, Sónia Soraia Dias (2014), «O internamento compulsivo e a representação da doença mental: percurso histórico», *Arquivos de Medicina*, 28 (2), pp. 54-60, acessível em <http://www.scielo.mec.pt/>; BARRETO, Ireneu Cabral (2005), «A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Sub Judice*, Coimbra, n.º 28, Abr.-Set., pp. 9-32; BORGES, Beatriz Marques (2014), «Promoção e protecção de crianças e jovens em perigo: perspectivas futuras do modelo judicial», *Julgar*, n.º 24 (167-186); CASALEIRO, Paula (2013), «Convenção Europeia dos Direitos Humanos: contributo para a protecção das crianças em conflito com a lei», *e-cadernos CES* [Online], 20, URL: <http://journals.openedition.org/eces/1638>; DOI: 10.4000/eces.1638; CATARINO, Gabriel (2009), «Aspectos jurídico-penais e processuais do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros», *Julgar*, acessível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Aspectosjur%C3%ADdicopenseprocessuais.pdf>; COSTA, Ana Sofia (2010), «Isolamento de doentes: Que direitos, que deveres?», *Percursos*, n.º 17, Jul.-Set., pp. 14-20; DALY, A., Eurobarometer (2011), «The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights», *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, n.º 3, acessível em <http://ec.europa.eu/>; DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE (2002), *Relatório Mundial de Saúde 2001. Saúde mental: nova concepção, nova esperança*, Lisboa; FERNANDES, Susana, LEITE, Edna, VIEIRA, Fernando, e SANTOS, Jorge Costa (2014), «O Anunciado DSM-5: Que implicações em Psiquiatria Forense?», *Acta Médica Portuguesa, Revista Científica da Ordem dos Médicos*, Jan.-Fev., 27 (1), pp. 126-134; FIDALGO, Sónia (2004), «Internamento Compulsivo de Doentes com Tuberculose», *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 2, pp. 87-124; FRA, Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (2015), *Handbook on European law relating to the rights of the child*, European Union; GASPAR, Pedro João (2004), *Tuberculose Pulmonar bacilifera: o internamento compulsivo como medida de controlo da disseminação da doença?*, Mestrado em Comunicação e Educação em Ciência, Universidade de Aveiro, pp. 1-29, acessível em <https://dev4.rcaap.pt/bitstream/10400.8/114/1/Tuberculose.pdf>; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra: Coimbra Editora; GUZMÁN DALBORA, José Luis (2017), «Acerca del valor de la fraternidad en el Derecho Penal», *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, *Studia Iuridica*, 108; KILKELLY, Ursula (2001), «The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child», *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n.º 2, pp. 308-326, Project MUSE, doi:10.1353/hrq.2001.0019; MAGALHÃES, Cláudia Patrícia Oliveira (2015), *A Prática de Crimes por Menores e a sua Responsabilização*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; MARTINS, Paula Cristina Marques (2004), *Protecção de crianças e jovens em itinerários de risco. Representações sociais, modos e espaços*, Instituto de Estudos da Criança, Tese de Doutoramento, Universidade do Minho; MERRILLS, J. G., e ROBERTSON, A. H. (2005), *Direitos Humanos na Europa. Um estudo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Bobadela: Instituto Piaget; MINISTÉRIO DA SAÚDE (2018), *Retrato da Saúde, Portugal*, Lisboa; MORAIS, Pedro Jacob (2017), «Algumas Notas sobre o Internamento Compulsivo de Portadores de Doença Infecto-Contagiosa», *Lex Medicinæ*, Ano 14, n.ºs 27-28, pp. 99-104; MONTENEGRO, Miguel (2013), *Da Expressão «Doença Mental». Uma análise lógica, ontológica, epistemológica, genealógica e ética dos termos atómicos e da sua conjugação*, dissertação de Mestrado na Especialidade em Psicologia Clínica, ISPA, acessível em <http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/2799/1/19025.pdf>; PALHA, F., e COSTA, N. (2015), *Trajétoérias pelos cuidados de saúde mental. Parte I – O*

processo de «desinstitucionalização» psiquiátrica em Portugal: da análise objetiva dos factos às percepções de utentes, familiares/cuidadores e técnicos, Porto: ENCONTRAR+SE; PEREIRA, André Gonçalo Dias (2010), «Sida, toxicodependência e esquizofrenia: Estudo jurídico sobre o internamento compulsivo», *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14, pp. 63-79; PINTO, C. A. Mota, MONTEIRO, A Pinto, e PINTO, Paulo (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora: Almedina; Plano Estratégico para as Migrações 2015-2020, Resolução do Conselho de Ministros, Lisboa: Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro Adjunto e do Desenvolvimento Regional, acessível em http://www.programescolhas.pt/_cf/364724; Programa Nacional para a Saúde Mental 2017, Direcção-Geral da Saúde: Lisboa; SANTOS, Maria José Moutinho (2001), «A Real Casa Pia de Correção e Educação do Porto», 1792-1804, *Revista da Faculdade de Letras*, Série III, v. 2, pp. 129-144; Relatório Síntese do Ministério Público 2017, Em defesa da legalidade democrática, Ministério Público: Portugal; SILVA, Júlio Barbosa (2013), *Lei tutelar educativa comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina; SILVA, Germano Marques da (2012), *Direito Penal Português. Teoria do crime*, Lisboa: UC Editora; Sumário Executivo ENIPSSA 2017-2023, acessível em <http://www.enipssa.pt/documents/>; TEIXEIRA, João Marques (2009), «É necessária uma definição precisa de doença mental?», *Revista Saúde Mental*, Vol. XI, n.º 6 Novembro/Dezembro, pp. 7-10; UNIÃO EUROPEIA, Agência dos Direitos Fundamentais da (2017), *A Tutela das Crianças privadas de cuidados parentais*, Serviços de Publicações da União Europeia; VAN BUEREN, Geraldine (2007), *Child Rights in Europe. Convergence and divergence in judicial protection*, Council of Europe Publishing, Conselho da Europa; VIEIRA, Fernando, e BRISSOS, Sofia (2007), «Direito e Psiquiatria. Um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria», *Julgar*, n.º 3, pp. 45-60; XAVIER, Miguel, e CARVALHO, Álvaro, *Internamento Compulsivo em Portugal – Contexto e Procedimentos*, Acção de Saúde sobre Género, Violência e Ciclo de Vida, Direcção-Geral da Saúde.

ÍNDICE DA OBRA

VOLUME I

TÍTULO I OS VALORES DA CONVENÇÃO

1. Dignidade: Jorge Miranda	5
2. Liberdade: Linos-Alexandre Sicilianos	9
3. Igualdade: José Joaquim Gomes Canotilho	15
4. Solidariedade: Eduardo Paz Ferreira	29
5. Democracia: João Caupers	11

TÍTULO II O CONTEXTO DA CONVENÇÃO

Capítulo I O CONTEXTO NACIONAL

6. Relações entre a Convenção e a Constituição: Maria José Rangel de Mesquita	65
--	----

Capítulo II O CONTEXTO REGIONAL

Secção I Europa

7. Relações entre a Convenção e a Carta de Direitos Fundamentais: Maria Eduarda Azevedo	95
8. Relações entre a Convenção e o Direito da União Europeia da perspectiva de Estrasburgo: José Daniel Tavares	115
9. Relações entre a Convenção e o Direito da União Europeia da perspectiva do Luxemburgo: Graça Enes	141
10. Relações entre a Convenção e o direito penal europeu: Joana Amaral Rodrigues	181

Secção II Américas

11. Relações entre a Convenção e o direito interamericano dos direitos humanos: Soraya Sckell	230
--	-----

Secção III África	
12. Relações entre a Convenção e o direito africano dos direitos humanos: Joana Covelo de Abreu	240
Capítulo III O CONTEXTO UNIVERSAL	
13. Relações entre a Convenção e o direito internacional geral: Manuel de Almeida Ribeiro	259
14. Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário: Maria de Assunção do Vale Pereira	282
15. Relações entre a Convenção e o direito internacional penal: Wladimir Brito, Paulo Albuquerque e Pedro Miguel Freitas	311
16. Relações entre a Convenção e o direito internacional do mar: Fernando Loureiro Bastos	335
17. Relações entre a Convenção e o direito internacional económico, do comércio e do investimento: Luís Cabral Moncada	365
18. Relações entre a Convenção e o direito internacional tributário: Carlos Rodrigues e Ana Campina	382
19. Relações entre a Convenção e o direito internacional privado: Dulce Lopes	405
20. Relações entre a Convenção e o direito internacional processual civil: Isabel Alexandre	432
21. Relações entre a Convenção e o direito internacional da biomedicina: Helena Pereira de Melo	455
22. Relações entre a Convenção e o direito internacional das pessoas com deficiência: Filipe Venade de Sousa	469
23. Relações entre a Convenção e o direito internacional dos direitos culturais: José Lucas Cardoso	484
24. Relações entre a Convenção e o direito internacional do desporto: José Manuel Meirim	502
25. Relações entre a Convenção e o direito comparado: Dário Moura Vicente ..	518
26. Raízes filosóficas da Convenção: Ana Paula Sousa	534

TÍTULO III OS DIREITOS E AS LIBERDADES DA CONVENÇÃO

Capítulo I DIREITO À VIDA	
27. Direito à vida: Paula Ribeiro de Faria	551

28. Direito à vida e proibição da pena de morte: Mário Monte	586
29. Exceções ao direito à vida: Fernando Conde Monteiro	607
30. Direito à saúde: Fátima Castro Moreira	619
31. Procriação medicamente assistida: Anabela Gonçalves	646
32. Eutanásia: Eva Dias Costa	670

Capítulo II PROIBIÇÃO DA TORTURA

33. Direito à integridade física e proibição da tortura: Elisabete Ferreira	687
34. Proibição de tratamento desumano e degradante: Pedro Garcia Marques	705

Capítulo III PROIBIÇÃO DA ESCRAVATURA E DO TRABALHO FORÇADO

35. Proibição da escravatura e do trabalho forçado: António José Moreira	737
---	-----

Capítulo IV DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA

36. Fundamentos da privação da liberdade I: Pedro Miguel Freitas	777
37. Fundamentos da privação da liberdade II: Ana Paula Guimarães e Fernanda Rebelo	815
38. Direitos do detido: Flávia Novera Loureiro	854

VOLUME II

Capítulo V DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

Secção I Processo Civil

39. «Direitos e obrigações de carácter civil»: Ricardo Branco	877
40. Direito de acesso a um tribunal, a mediação e a arbitragem: Paulo de Brito	896
41. Função jurisdicional e tribunal: Elizabeth Fernandez	915
42. Direito a um processo equitativo e público: Marco Carvalho Gonçalves	931
43. Duração excessiva do processo: Maria Benedita Urbano	965
44. Processo equitativo e magistratura judicial: Paula Costa e Silva	980
45. Processo civil declarativo português à luz da Convenção: Pedro Madeira de Brito	986

Secção III África	
12. Relações entre a Convenção e o direito africano dos direitos humanos: Joana Covelo de Abreu	240
Capítulo III O CONTEXTO UNIVERSAL	
13. Relações entre a Convenção e o direito internacional geral: Manuel de Almeida Ribeiro	259
14. Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário: Maria de Assunção do Vale Pereira	282
15. Relações entre a Convenção e o direito internacional penal: Wladimir Brito, Paulo Albuquerque e Pedro Miguel Freitas	311
16. Relações entre a Convenção e o direito internacional do mar: Fernando Loureiro Bastos	335
17. Relações entre a Convenção e o direito internacional económico, do comércio e do investimento: Luís Cabral Moncada	365
18. Relações entre a Convenção e o direito internacional tributário: Carlos Rodrigues e Ana Campina	382
19. Relações entre a Convenção e o direito internacional privado: Dulce Lopes	405
20. Relações entre a Convenção e o direito internacional processual civil: Isabel Alexandre	432
21. Relações entre a Convenção e o direito internacional da biomedicina: Helena Pereira de Melo	455
22. Relações entre a Convenção e o direito internacional das pessoas com deficiência: Filipe Venade de Sousa	469
23. Relações entre a Convenção e o direito internacional dos direitos culturais: José Lucas Cardoso	484
24. Relações entre a Convenção e o direito internacional do desporto: José Manuel Meirim	502
25. Relações entre a Convenção e o direito comparado: Dário Moura Vicente ..	518
26. Raízes filosóficas da Convenção: Ana Paula Sousa	534

TÍTULO III OS DIREITOS E AS LIBERDADES DA CONVENÇÃO

Capítulo I DIREITO À VIDA	
27. Direito à vida: Paula Ribeiro de Faria	551

28. Direito à vida e proibição da pena de morte: Mário Monte	586
29. Exceções ao direito à vida: Fernando Conde Monteiro	607
30. Direito à saúde: Fátima Castro Moreira	619
31. Procriação medicamente assistida: Anabela Gonçalves	646
32. Eutanásia: Eva Dias Costa	670

Capítulo II PROIBIÇÃO DA TORTURA

33. Direito à integridade física e proibição da tortura: Elisabete Ferreira	687
34. Proibição de tratamento desumano e degradante: Pedro Garcia Marques	705

Capítulo III PROIBIÇÃO DA ESCRAVATURA E DO TRABALHO FORÇADO

35. Proibição da escravatura e do trabalho forçado: António José Moreira	737
---	-----

Capítulo IV DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA

36. Fundamentos da privação da liberdade I: Pedro Miguel Freitas	777
37. Fundamentos da privação da liberdade II: Ana Paula Guimarães e Fernanda Rebelo	815
38. Direitos do detido: Flávia Noversa Loureiro	854

VOLUME II

Capítulo V DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

Secção I Processo Civil

39. «Direitos e obrigações de carácter civil»: Ricardo Branco	877
40. Direito de acesso a um tribunal, a mediação e a arbitragem: Paulo de Brito	896
41. Função jurisdicional e tribunal: Elizabeth Fernandez	915
42. Direito a um processo equitativo e público: Marco Carvalho Gonçalves	931
43. Duração excessiva do processo: Maria Benedita Urbano	965
44. Processo equitativo e magistratura judicial: Paula Costa e Silva	980
45. Processo civil declarativo português à luz da Convenção: Pedro Madeira de Brito	986

46. Processo civil executivo português à luz da Convenção: Paula Meira Lourenço.....	994
47. Recursos no processo civil português à luz da Convenção: Rui Pinto	1004
48. Aplicação da Convenção na arbitragem administrativa: Isabel Celeste Fonseca.....	1030
Secção II Processo Penal	
49. «Acusação em matéria penal», tribunal e processo: Sandra Tavares	1050
50. Processo equitativo e público: Paulo de Sousa Mendes	1058
51. Presunção da Inocência: Ana Raquel Conceição.....	1065
52. Direitos do acusado: Paulo Dá Mesquita	1100
53. Princípios do processo penal português e a Convenção: António Henriques Gaspar	1125
54. Reconhecimento mútuo de decisões judiciais em matéria penal na União Europeia: José Lopes da Mota.....	1142
Secção III Outros Processos	
55. Processo administrativo: Raquel Carvalho.....	1193
56. Processo contra-ordenacional: Frederico de Lacerda da Costa Pinto	1220
57. Processo de responsabilidade financeira diante do Tribunal de Contas: José Mouraz Lopes.....	1228
58. Processo Tributário: Domingos Pereira de Sousa	1252
59. Processo laboral: Rita Canas da Silva	1282
60. Processo disciplinar: Paulo Veiga e Moura	1308
61. Processo diante das autoridades administrativas independentes: Celeste Cardona.....	1327
Capítulo VI PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	
62. Princípio da legalidade criminal: Margarida Santos	1347
63. A «Cláusula de Nuremberga»: Inês Fernandes Godinho	1368

Capítulo VII
DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

Secção I
Vida privada

64. Direito ao respeito pela integridade física e psíquica: José González.....	1389
65. Direito ao respeito pela identidade informacional: Alexandre Sousa Pinheiro	1438
66. Direito ao respeito pela vida privada digital: Alexandre Dias Pereira	1451
67. Direito ao respeito pela vida privada no âmbito das relações laborais I: Teresa Coelho Moreira	1473
68. Direito ao respeito pela vida privada no âmbito das relações laborais II: Guilherme Dray	1493

Secção II
Vida familiar

69. Direito ao respeito pela vida familiar: Jorge Duarte Pinheiro.....	1511
---	------

Secção III
Domicílio

70. Direito ao respeito pelo domicílio: Sandra Passinhas.....	1538
71. Direito ao respeito pelo ambiente associado à proteção do domicílio: Alexandra Aragão	1561
72. Direito ao respeito pelo ambiente não associado à proteção do domicílio: Carla Amado Gomes.....	1597

Secção IV
Correspondência

73. Direito ao respeito pela correspondência: Germano Marques da Silva.....	1618
--	------

Capítulo VIII
LIBERDADE DE PENSAMENTO, DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

74. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião: Jónatas Machado ..	1637
--	------

Capítulo IX
LIBERDADE DE EXPRESSÃO

75. Liberdade de imprensa: José Renato Gonçalves	1667
76. Liberdade de expressão na Internet: Domingos Farinho e Rui Lanceiro.....	1700
77. Liberdade de expressão do trabalhador subordinado: Júlio Vieira Gomes... ..	1740
78. Liberdade de expressão na atividade económica: Ana Amorim.....	1773

Capítulo X
LIBERDADE DE REUNIÃO E DE ASSOCIAÇÃO

79. Liberdade de reunião: António Francisco de Sousa	1799
80. Liberdade de associação: Vital Moreira	1841
81. Liberdade sindical: João Reis	1865
82. Direito à negociação colectiva e à greve: Luís Gonçalves da Silva	1890

Capítulo XI
DIREITO AO CASAMENTO

83. Direito ao casamento I: Ana Filipa Morais Antunes	1909
84. Direito ao casamento II: Cristina Dias	1934

Capítulo XII
PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

85. Proibição de discriminação em função do género: Margarida Silva Pereira .	1953
86. Proibição de discriminação e liberdade testamentária: Daniel Morais	1973

VOLUME III

TÍTULO IV OS DIREITOS E AS LIBERDADES DOS PROTOCOLOS ADICIONAIS

Capítulo I
PROTOCOLO ADICIONAL N.º 1

87. Direito de propriedade, expropriação e nacionalização: Fernando Alves Correia	1999
88. Direito de propriedade e direito do arrendamento: David Magalhães	2032
89. Direito de propriedade e direito do urbanismo: Fernanda Paula Oliveira. . .	2062
90. Direito de propriedade e direito fiscal: Rita Pires	2101
91. Direito de propriedade e o confisco: Fernando Torrão	2139
92. Direito da propriedade intelectual: Maria Victória Rocha	2166
93. Direito à instrução: Miguel Assis Raimundo.	2204
94. Direito a eleições livres: Paula Veiga	2235

Capítulo II
PROTOCOLO ADICIONAL N.º 4

95. Proibição da prisão por dívidas: Tiago Ramalho	2253
--	------

96. Liberdade de circulação: Manuel Guedes Valente	2272
97. Proibição de expulsão de nacionais: Alexandra Vilela	2292
98. Proibição de expulsão colectiva de estrangeiros: Luís Vale	2314

Capítulo III
PROTOCOLO ADICIONAL N.º 7

99. Garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros: Gonçalo Melo Bandeira	2357
100. Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal: Sandra Oliveira e Silva	2372
101. Recurso em matéria de facto no processo penal: Fátima Mata-Mouros	2394
102. Direito a indemnização em caso de erro judiciário: João Conde Correia . . .	2423
103. <i>Ne bis in idem</i> : Inês Ferreira Leite	2441
104. <i>Ne bis in idem</i> e o direito das contraordenações: Teresa Bravo	2514
105. Igualdade entre os cônjuges: Ana Filipa Morais Antunes	2546

TÍTULO V O REGIME DA CONVENÇÃO

106. Recurso efectivo a nível interno: Patrícia Fragoso Martins	2561
107. Restrições dos direitos da Convenção em tempo de múltiplas crises: Ana Guerra Martins	2590
108. Proibição do abuso de direito: João Silva Miguel.	2610
109. Limitação da aplicação de restrições aos direitos: Olinda Morgado	2641
110. Reparação razoável: Henrique Sousa Antunes	2670
111. Reservas: Rui Manuel Moura Ramos.	2705
112. Margem de apreciação dos Estados: Benedita Mac Crorie	2721

TÍTULO VI OS ESTATUTOS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

113. Estatuto de vítima: Catarina Sarmento e Castro	2741
114. Crianças: Lígia Abreu	2770
115. Idosos: Paula Albuquerque e Paulo Albuquerque.	2793
116. Doentes: Rute Teixeira Pedro	2814
117. Pessoas com deficiência: Rute Saraiva e Ana Pinto	2858

118. Trabalhadores: Joana Vasconcelos	28
119. Profissionais de saúde: Cláudia Monge	29
120. Estrangeiros e imigrantes: Marta Portocarrero	29
121. Refugiados e requerentes de asilo: Sofia Pinto Oliveira	29
122. Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas: Patrícia Jerónimo e Inês Granja	29
123. Pessoas coletivas: Sónia de Carvalho	30

**TÍTULO VII
O TRIBUNAL**

124. Jurisdição: Catarina Santos Botelho	30
125. Estatuto dos juízes e dos funcionários: Ireneu Cabral Barreto	30
126. Formações do Tribunal: Maria de Fátima Carvalho	30
127. Admissibilidade da queixa: Gustavo Gramaxo Rozeira	30
128. Intervenção de terceiros: Maria José de Capelo	31
129. Processo geral e processos especiais: Françoise da Silva Passos e Ana Maria Duarte	31
130. Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos: Rui Guerra da Fonseca	31
131. Opiniões: Armando Rocha	31
132. Relações com o Comité de Ministros e outros meios de resolução de disputa: Abel Campos	32

**TÍTULO VIII
O FUTURO DA CONVENÇÃO**

133. A Convenção e o projeto de um Tribunal Constitucional Internacional: Paulo Ferreira da Cunha	32
134. O futuro da Convenção à luz do constitucionalismo multinível e da inter-constitucionalidade: Alessandra Silveira	32
135. Novas gerações de direitos: Dora Alves e Fátima Pacheco	32
136. Educação para os direitos humanos: Ana Campina	32

LISTA DOS AUTORES

Abel Campos, Diretor, Secretário de Secção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Secretário (2012-2014) das reuniões “Direitos Humanos” do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Alessandra Aparecida Souza **Silveira**, Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia, atribuída pela Comissão Europeia (*Education, Audiovisual and Culture Executive Agency*); Membro da Comissão Diretiva do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU-JusGov) da Universidade do Minho; Diretora do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho; Diretora do *UNIO – EU Law Journal*. E-mail: asilveira@direito.uminho.pt

Alexandra Maria dos Santos Esteves **Vilela**, Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Coimbra; Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, tendo sido directora desta Faculdade entre Novembro de 2011 e Dezembro de 2014; Investigadora do CIDPCC – Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, da Faculdade de Direito de Lisboa, integrando o respectivo Conselho Científico; Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Advogada. E-mail: alexandra.m.vilela@gmail.com

Alexandre Libório **Dias Pereira**, Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor Auxiliar desta Faculdade; Professor convidado do ISCAC-*Coimbra Business School*; Membro da Direção da APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual, e Membro do Conselho Fiscal do IJC – Instituto Jurídico da Comunicação. E-mail: ald@fd.uc.pt

Ana Clara Azevedo de **Amorim**, Doutora em Direito (Ciências Jurídicas Privatísticas) pela Escola de Direito da Universidade do Minho; Professora Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. E-mail: aamorim@mail.upt.pt

Ana Cláudia Carvalho **Campina**, PhD em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca; Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; Leitora da Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. E-mail: acampina@upt.pt

Ana Filipa **Morais Antunes**, Doutora em Direito (Ciências Jurídicas – Direito Civil) pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Professora Auxiliar desta Faculdade; Investigadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito – *Católica Research Centre for the Future of Law*; Advogada. E-mail: afma@fd.lisboa.ucp.pt

Ana Isabel Cruz Soares **Pinto**, Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professora Auxiliar desta Faculdade. E-mail: anapinto@fd.ulisboa.pt