

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA | PENAL

Acórdão

Processo

6/21.6T1PTG.S1

Data do documento

9 de junho de 2021

Relator

Paulo Ferreira Da Cunha

DESCRITORES

Habeas corpus > Internamento > Menor > Prazo > Interesse superior da criança > Abuso de poder

SUMÁRIO

I. Não estamos perante uma situação de verdadeira e própria “prisão”, mas de uma medida provisória de internamento, a qual, privando uma menor da sua liberdade, o faz com contornos próprios e mercê de uma ratio específica.

A jurisprudência já esclareceu que o habeas corpus está vocacionado para corrigir e remediar atentados à liberdade hoc sensu das pessoas, em geral, e não especificamente apenas para os casos de prisão ou detenção em que classicamente se pensará somente. Cf. Ac. deste STJ de 18-01-2017, Proferido no Proc.º n.º 3/17.6YFLSB; Ac. deste STJ de 08-03-2006, proferido no Proc.º n.º 06P885; Ac. deste STJ de 02-03-2011, proferido no Proc.º n.º 25/11.0YFLSB.S1.

II. Se, por um lado, se poderia questionar com que específicos fundamentos o tribunal enforma ou estriba a sua convicção ao interpretar o superior interesse da menor, a verdade é que a experiência comum parece revelar os perigos que podem resultar de precipitar uma decisão visando um menor, na prática antecipando uma decisão judicial pendente, correndo não apenas o risco afastado pela recorrente, mas eventuais outros. A delicadeza e gravidade da situação exige uma solução antes de mais prudente, e tentando interpretar o superior interesse da menor, ainda que obviamente sem poder recorrer a perscrutação divinatória. Ou seja, crê-se que o tribunal agiu de forma prudente, com os elementos de que dispunha, e no sentido de se evitarem potenciais males maiores...

III. O prazo não foi observado por se encontrarem em curso as pertinentes diligências instrutórias, designadamente as avaliações determinadas, encontrando-se no momento a seguir a sua normal tramitação processual.

Não sendo este tipo de casos o das situações-tipo, também não deverá ser mecânica a aplicação dos critérios, mas com adaptação exigida pela natureza das coisas, as circunstâncias do caso, e outros critérios para que remete a equidade e a própria analogia hermenêutica (e que, nestes casos, se trata de procedimento por analogia di-lo expressamente, v.g., o Ac. STJ n.º 06P885).

IV. Mesmo no rigor da literalidade legal, não se poderá dizer que está em causa a alínea c) do n.º 2 do art. 222 do CPP. Entendida a questão em termos hábeis, que são exigíveis na situação contextual em apreço, “o tribunal decide manter a medida provisória aplicada de acolhimento institucional” com o fundamento nos superiores interesses da criança (como diz a Informação) pode interpretar-se como não colidindo com o referido normativo, porquanto tal remete para uma decisão judicial ex novo e concretamente tomada, e não constitui uma simples omissão de decisão, por descaso, ou mesmo abuso de poder.

V. O contorno constitucional não deixa de ser imperativo in casu (muito pelo contrário). E, nesta perspetiva, avulta o requisito do abuso de poder. O abuso de poder pressupõe uma vontade de supremacia e desvio ou superabundância das funções no interesse e proveito próprio (material ou simbólico) ou de terceiro, utilizando a vítima de tal abuso como mero meio, lesando-a, ferindo a sua dignidade, liberdade, etc. É uma perda de auctoritas inerente a um cargo, apenas com uso da simples potestas. A conduta está, como se sabe, tipificada no art. 382 CP, desdobrando-se na vertente do benefício ilegítimo (aqui não concebível sequer) e no provocar prejuízo (que é exatamente o contrário do que ocorre). Não há, no presente caso, porém, nem vontade de se locupletar, nem animus nocendi (nem mesmo animus dominandi), apenas a preocupação e o cuidado pela /com a menor. Ora, releva a existência ou não de abuso de poder, como se refere no Ac. deste STJ de 26-06-2003, proferido no Proc.º n.º 03P2629.

VI. Não se verifica, pois, qualquer dos fundamentos de Habeas Corpus por prisão ilegal, constantes taxativamente do art. 222, e especificamente das modalidades do seu n.º 2, e concretamente da respetiva alínea c). Nem o requisito geral constitucional de existência de abuso de poder (art. 31, n.º 1 CRP), que pré-determina todos os demais, atenta, desde logo, a hegemonia vinculante do preceito constitucional.

Pelo que se decide indeferir o presente pedido de Habeas Corpus por falta de fundamento bastante, nos termos dos n.ºs 3 e 4, alínea a), do artigo 223 do CPP.

TEXTO INTEGRAL

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

I

Relatório

1. **AA**, menor, encontra-se, desde o passado dia 13 de julho de 2020, ao abrigo da medida provisória de acolhimento institucional, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 37 da LPCJP. Tal ocorreu sequência de episódio de internamento no Departamento de Pediatria do Hospital, em ..., por então apresentar sintomatologia compatível com diagnóstico de crise de ansiedade.

2. Tal medida foi revista e mantida em 4 de dezembro de 2020, por decisão regularmente notificada a sua mãe e a seu pai, e transitou em julgado.

3. Uma vez cumpridas as diligências instrutórias pertinentes, foi, no passado dia 5 de maio, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 112 da LPCJP, realizada conferência de pais com vista a acordo na aplicação de medida definitiva de promoção e proteção, o qual se frustrou. A mãe e o pai foram notificados para apresentar as suas alegações, o que fizeram.

4. Os autos encontram-se a aguardar a realização de debate judicial tendo em vista a aplicação de medida definitiva de promoção e proteção.

5. Entretanto, a mãe da referida menor, **BB**, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 222, n.ºs 1 e 2, al. c) do CPP e 31 da CRP, interpõe a presente providência de habeas corpus, para tanto apresentando os seguintes fundamentos:

“BB, residente na. ..., ... --... ..., mãe da menor AA, vem, ao abrigo do disposto no artigo 31.º, da CRP e artigo 222º, nº 1 e 2 alínea c) do C.P.P., requerer a providência de Habeas Corpus, alegando nos seguintes termos:

1º

A menor AA foi institucionalizada com medida provisória de acolhimento residencial, i.e. "mutatis mutandis" "detida" e privada da sua liberdade, no dia 15.07.2020, pelo período de três meses e sucessivamente prorrogado por períodos iguais.

2º

Tal decisão foi com base em decisão judicial sem fundamentar qualquer perigo atual para a criança que então vivia aos cuidados da requerente e recusava-se a ir ter com o progenitor por receios de lhe serem infligidos abusos sexuais.

3º

Considerando que não se verificava, nem se verifica qualquer perigo actual e iminente para a vida ou de grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança, se estiver junto da progenitora .

4º

Sendo certo que o Tribunal poderia ter revisto a medida antes de Abril de 2021, entendeu não o fazer.

5º

Ou seja, o prazo de três meses fixado em janeiro, expirou no passado mês de Abril, como já foi referido.

6º

Ora, estando ainda hoje a menor AA privada da sua liberdade, "mutatis mutandis" "detida" na Casa de Acolhimento....., além dos três meses fixados na decisão judicial.

7º

Pelo exposto, nos termos do artigo 31.º da CRP, requer-se a V. Ex.ª que se digne declarar ilegal a medida provisória de acolhimento residencial, com a devida vénia e salvo melhor opinião, i.e., "detenção", ordenando a libertação imediata da menor supra referida e a entrega imediata desta à sua progenitora, conforme é da mais elementar justiça.

8º

Existem já precedentes de Habeas Corpus que foram decididos favoravelmente pelo STJ em situações análogas às dos presentes autos, como nos acórdãos 25/11.0YFLSB.S1, de 2/3/2011, assim como nos autos do processo 06P885, de 8/3/2006.

9º

Em todas estas decisões está também em causa o interesse do menor, sendo que, nos presentes autos, o interesse da menor está igualmente em causa, porquanto o Tribunal "a quo" entendeu que, no interesse da menor, o período de detenção em lar do Estado não deveria exceder os 3 meses, período esse que se mostra já ultrapassado, sem que a menor tenha sido restituída à liberdade.

10º

Termos em que se requer, nos termos do artigo 31.º da CRP e artigo 222º, nº 1 e 2 alínea c) do C.P.P., seja declarada ilegal a medida provisória de acolhimento residencial, i.e., "detenção", ordenando a libertação imediata da menor supra referida e a entrega desta à sua progenitora."

6. Promoveu a Digna Magistrada do Ministério Público a manutenção da medida provisoriamente aplicada, porquanto considerou salvaguardar a mesma o superior interesse da criança, e o envio dos Autos a este Supremo Tribunal de Justiça.

7. A informação prestada conforme o art. 223, n.º 1 do CPP foi do seguinte teor:

"Veio a Requerente progenitora, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 222º, nºs 1 e 2, al. c) do CPP e 31º da CRP, requerer habeas corpus relativamente à menor AA, alegando em suma, que a menor se encontra ilegalmente privada da sua liberdade.

Aberta vista para o efeito, promoveu a Digna Magistrada do Ministério Público que se mantenha a medida provisoriamente aplicada, porquanto salvaguarda a mesma o superior interesse da criança e sejam os autos remetidos de imediato ao Supremo Tribunal de Justiça.

Cumpram apreciar e decidir.

Nos termos e para os efeitos previstos pelo nº 1 do artigo 222º do CPP, e compulsados os autos, verifica-se que a menor se encontra, desde o passado dia 13 de Julho de 2020 ao abrigo da medida provisória de acolhimento institucional, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 37º da LPCJP, na sequência de episódio de internamento no Departamento de Pediatria do Hospital, em ..., por apresentar, então, sintomatologia compatível com crise de ansiedade motivada pelo litígio parental no que concerne ao exercício das responsabilidades parentais vigente àquela data.

A medida em causa foi revista e mantida em 4 de Dezembro de 2020, por decisão regularmente notificada a ambos os progenitores e transitada em julgado.

Realizadas as diligências instrutórias tidas por pertinentes, mormente, ouvidos os progenitores, a menor e as senhoras técnicas da EMAT, elaborados os competentes relatórios sociais, e realizadas as avaliações às competências parentais dos progenitores, foi, no passado dia 5 de Maio, nos termos e para os efeitos previstos pelo artigo 112º da LPCJP realizada conferência de pais tendo em vista a obtenção de acordo relativamente à aplicação de medida definitiva de promoção e protecção, não tendo o mesmo sido alcançado e tendo as partes sido notificadas para apresentar as suas alegações o que fizeram.

Os autos encontram-se a aguardar a realização de debate judicial tendo em vista a aplicação de medida definitiva de promoção e protecção.

Assim, sendo certo que se encontram excedidos os prazos de vigência da medida provisória aplicada, o certo é que tal prazo não foi observado por se encontrarem em curso as pertinentes diligências instrutórias, mormente, as avaliações determinadas, encontrando-se no momento a seguir a sua normal tramitação processual.

Pelo exposto, e por não se entender que se encontra ilegalmente privada da sua liberdade, antes corresponde ao seu superior interesse a manutenção da medida provisória aplicada enquanto se procede à realização de debate judicial, o tribunal decide manter a medida provisória aplicada de acolhimento institucional e remeter os autos de imediato para o Supremo Tribunal de Justiça para apreciação - artigo 223º, nº 1 do CPP.

Mais se decide autorizar expressamente a consulta electrónica dos autos através da correspondente ferramenta informática, extraíndo e remetendo certidão do processado apenas e somente na medida em que o seu acesso não se mostre acautelado pela via electrónica.”

Tendo sido dado cumprimento ao disposto no artigo 223 n.ºs 1 a 3 do CPP, e realizada a Audiência, cumpre apreciar e decidir.

I

Fundamentação

A

Em geral

1. Sendo profusa e entre si concorde a jurisprudência deste Supremo Tribunal de Justiça sobre o sentido, âmbito e função do Habeas Corpus, verifica-se que é frequentíssima a insistência no carácter excecional da providência, cujo recorte legal taxativo já claramente exprime os contornos do instituto, evidenciando-se o numerus clausus das situações abstratas em que poderá proceder.

2. Nesse sentido, militam as razões invocadas em inúmeros Acórdãos deste Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente sintetizadas nos Acórdãos deste STJ de 10-08-2018, Proc.º n.º 11/17.7GAMRA-A.S1 - 3.ª Secção, de 10-08-2018, Proc.º n.º 11/17.7GAMRA-A.S1 - 3.ª Secção, de 06-06-2019, proferido no Proc.º n.º 146/19.1SELSB-A.S1 - 5.ª Secção; de 20.10.2003, proferido no Proc.º n.º 3548/03, de 7.4.2005, proferido no

Proc.º n.º 1291/05, de 21.1.2005, proferido no Proc.º n.º 245/05, de 5.5.2005 proferido no Proc.º n.º 1735 e de 20.4.2005, proferido no Proc.º n.º 1435/05.

3. No plano doutrinal, v., desde logo, Eduardo Maia Costa, Habeas Corpus: Passado, Presente, Futuro , in “Julgar”, n.º 29, Coimbra, Almedina, 2016, máx. p. 218 ss., e bibliografia aí citada, Manuel Leal-Henriques, Medidas de Segurança e “Habeas Corpus”. Breves Notas. Legislação. Jurisprudência, Lisboa, Áreas Editora, 2002, p. 51 ss.; Adriano Moreira, Sobre o Habeas corpus, «Jornal do Foro», Ano 9.º, n.ºs. 70/73, 1945, pp. 228-229; Pedro Alencar Vasconcelos Nogueira Cavalcante, Habeas Corpus em Portugal: Uma Análise à Única Garantia Específica Extraordinário Constitucionalmente Prevista para a Defesa de Direitos Fundamentais, Dissertação, FDUC, 2018; P. Ferreira da Cunha, Do habeas corpus. Breves notas, sobretudo jurisprudenciais, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, vol. 30, n.º 3, set-dez 2020, p. 557 ss.)

4. No plano histórico, cf. a síntese no Sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no Proc.º n.º 07P4643, de 12-12-2007, em que foi Relator o Conselheiro Pires da Graça.

5. O sucessivo enquadramento multinível do direito à Liberdade pode também colher-se em vários Acórdãos. V., por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Processo n.º 556/17.9PLSNT-C.S1, de 13/02/2020 (Relator: Conselheiro Nuno Gonçalves). Muito relevantes, a título também exemplificativo, as referências doutrinárias do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Processo n.º 12/17.5JBLSB, de 19/07/2019 (Relator: Conselheiro Raul Borges).

B

Em especial

1. No caso sub judicio coloca-se, antes de mais, um problema interpretativo. Não estamos perante uma situação de verdadeira e própria “prisão”, mas de uma medida provisória de internamento, a qual, privando a menor da sua liberdade, o faz com contornos próprios e mercê de uma ratio específica. Nesse contexto, até que ponto se poderá considerar que a uma situação como a vertente se poderá aplicar o regime do habeas corpus?

2. Crê-se que a questão acaba por ser mais teórica do que prática, porquanto a jurisprudência já esclareceu que o habeas corpus está vocacionado para corrigir e remediar atentados à liberdade hoc sensu das pessoas, em geral, e não especificamente apenas para os casos de prisão ou detenção em que classicamente se pensará somente.

3. Com efeito, e brevitatis causa, a questão, em geral (porque é suscetível de encontrar matizes) encontra-se esclarecida nos primeiros pontos do Sumário do Ac. deste STJ de 18-01-2017, Proferido no Proc.º n.º 3/17.6YFLSB:

“I - Não obstante a medida de promoção e proteção prevista no art. 35.º, n.º 1, al. f), da LPCJP, ter por finalidade o afastamento do perigo em que a criança se encontra e proporcionar-lhe as condições favoráveis ao seu bem estar e desenvolvimento integral, ela não deixa de traduzir uma restrição de liberdade e, nessa medida, mesmo que não caiba nos conceitos de “detenção” e de “prisão” a que aludem os arts. 220.º e 222.º do CPP, configura uma privação da liberdade merecedora da proteção legal concedida pela providência extraordinária de “habeas corpus”, sob pena das ilegais situações de excesso da sua duração, por decurso do seu prazo máximo de duração (6 meses) ou por omissão de revisão (findos os 3 meses), ficarem desigualmente protegidas em relação aos casos de detenção ou prisão ilegais.

II - Daí que, embora o CPP, nos seus arts. 220.º e 222.º, n.º 1, preveja apenas a medida de habeas corpus para a detenção e prisão ilegais, atenta a filosofia subjacente a estas normas, tem-se por adequado aplicar, ao abrigo do disposto no art. 4.º do CPP e por analogia, o regime do “habeas corpus” previsto no citado art. 222.º ao caso dos autos, ou seja, à medida de provisória de acolhimento residencial do menor, sob pena de situações análogas gozarem de tratamento injustificadamente dissemelhante, com a conseqüente violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da CRP.”

4. Idêntico resultado de admissibilidade de subsunção de casos como o presente na possibilidade de apreciação em sede de habeas corpus já fora alcançado, v.g., no Ac. deste STJ de 08-03-2006, proferido no Proc.º n.º 06P885, Relator: Conselheiro João Bernardo. Precisamente colocando idêntica questão à aqui posta supra, e respondendo-lhe, com significativos elementos:

“IV -

Atentando nos factos alegados e nos textos legais acabados de transcrever, levanta-se logo uma questão liminar, consistente em saber se, neste quadro, é possível o lançar mão da mencionada providência.

O texto constitucional alude a - "prisão" ou - detenção ilegal -, o referido preceito do CPP refere-se a - prisão - e ao requerente foi aplicada uma medida tutelar educativa de guarda em centro educativo, em regime semiaberto, por três meses.

Não se tratou, pois, de uma "detenção" ou de uma -prisão".

E o legislador procurou, de certo modo, afastar conceptualmente esta medida tutelar daquelas figuras, ao estabelecer no art.º 2.º da Lei n.º 169/99, de 14.9 que as medidas tutelares educativas visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade. Para precisar, no art.º 17.º, que a medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, de futuro, conduzir a sua vida de modo

social e juridicamente responsável.

Ou seja, na medida do internamento está presente - pelo menos na vertente explícita da lei - apenas a ideia de favorecer o menor.

Teríamos, por aqui, um afastamento das ideias de detenção ou de prisão ligadas ao "habeas corpus".

Com impossibilidade de recurso a esta figura.

V -

Não nos parece, todavia, ser assim.

Logo se repararmos no art.º 40.º do Código Penal, vemos que um dos escopos da aplicação de penas aos maiores de 16 anos consiste na reintegração do agente na sociedade. Estamos longe das teorias retributivas, mesmo quanto aos imputáveis em razão da idade.

Mas, para o que aqui nos interessa, há, a nosso ver, que ter em conta, não a intenção legal relativa ao internamento de menores, mas a privação de liberdade que tal internamento determina.

É a própria Constituição da República (art. 27.º, n.º3) que considera como excepção ao princípio da não privação de liberdade a -sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal competente-.

Aliás, este preceito tem manifesta inspiração no art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que contém, em termos semelhantes, a ressalva, entendida como privação de liberdade, da detenção (no emprego desta palavra está uma ligeira diferença relativamente ao texto da nossa Constituição) de um menor para efeitos educativos.

Na verdade, conforme se define no ponto 11 do Anexo relativo às -Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Jovens Privados de Liberdade-, adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/113, de 14.12.1990, - privação de liberdade significa qualquer forma de detenção, de prisão ou a colocação de uma pessoa, por decisão de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública, num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não pode sair pela sua própria vontade."

E têm os tribunais portugueses considerado expressamente esta ideia de que o menor sujeito a internamento está privado da liberdade (podendo ver-se, em www.dgsi.pt, os Ac.s da RL de 23.6.04 e 21.10.2004).

VI -

Se há privação de liberdade, entendemos não poder a situação passar ao lado da providência de - habeas corpus -.

E tanto assim é, que a alínea d) do art.º 37.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21.9.1990, dispõe que:

- A criança privada de liberdade tem o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, bem como o direito a uma rápida decisão sobre a matéria."

Violar-se-ia, na verdade, o princípio da igualdade, consignado no art.º13.º da Constituição, distinguindo-se intoleravelmente, com a admissão de tal providência nos casos de detenção ou de prisão e não nos casos como o nosso.

O próprio art.º 7.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem refere que todos têm direito a igual protecção da lei, sendo certo que no atentar desta, há sempre que ter em conta o comando do n.º2 do art.º 16.º da Constituição.

Há, assim, que ir para a analogia e considerar o regime do "habeas corpus" previsto nos apontados preceitos como abrangedor dos casos de privação de liberdade de menores por decretamento de medida tutelar.

VII -

A interpretação por analogia de tais preceitos de modo a neles incluir os casos de internamento não é desconhecida deste Tribunal. Foi acolhida nos Ac.s de 3.10.2001 e 30.10.2001 (ambos transcritos na CJ STJ IX, 3, 174 e 202, respectivamente). E na doutrina, é defendida em Leal Henriques, Medidas de Segurança e Habeas Corpus, 61.

É certo que ambos os arestos e esta posição doutrinária se reportam a casos de internamento de inimputáveis por anomalia psíquica, mas a razão de ser não difere na essência."

5. Será também de reter, mutatis mutandis, v.g., a solução alcançada no Ac. deste STJ de 02-03-2011, proferido no Proc.º n.º 25/11.0YFLSB.S1, recortando-se a seguinte passagem, aplicável a múltiplos casos de

privação da liberdade, os quais, verificados os demais requisitos exigidos pela lei, são suscetíveis de se verem apreciados em sede de habeas corpus:

“A privação de liberdade a que vem de se aludir significa qualquer forma de detenção, prisão ou colocação da pessoa por decisão de qualquer autoridade judicial, administrativa ou pública, em estabelecimento público ou privado do qual não pode sair por sua livre vontade.

6. Seria, portanto, ocioso recolocar mais detidamente o problema prejudicial. A providência de habeas corpus encontra-se plenamente apta, em tese, a apreciar casos como o presente, e não apenas a reclusão “clássica” como medida punitiva, prisão preventiva, etc..

Apreciando:

7. Recorde-se a específica fundamentação da manutenção da medida, concedendo-se haver-se excedido o prazo, mas apelando para o superior interesse da menor:

“Assim, sendo certo que se encontram excedidos os prazos de vigência da medida provisória aplicada, o certo é que tal prazo não foi observado por se encontrarem em curso as pertinentes diligências instrutórias, mormente, as avaliações determinadas, encontrando-se no momento a seguir a sua normal tramitação processual.

Pelo exposto, e por não se entender que se encontra ilegalmente privada da sua liberdade, antes corresponde ao seu superior interesse a manutenção da medida provisória aplicada enquanto se procede à realização de debate judicial, o tribunal decide manter a medida provisória aplicada de acolhimento institucional e remeter os autos de imediato para o Supremo Tribunal de Justiça para apreciação - artigo 223º, nº 1 do CPP.”

8. Se, por um lado, se poderia questionar com que específicos fundamentos o tribunal enforma ou estriba a sua convicção ao interpretar o superior interesse da menor, a verdade é que a experiência comum parece revelar os perigos que podem resultar de precipitar uma decisão visando um menor, na prática antecipando uma decisão judicial pendente, correndo não apenas o risco afastado pela recorrente, mas eventuais outros. A delicadeza e gravidade da situação exige uma solução prudente, antes de mais prudente, e precisamente tentando interpretar o superior interesse da menor, ainda que obviamente sem poder recorrer a perscrutação divinatória. Ou seja, crê-se que o tribunal agiu de forma prudente, com os elementos de que dispunha, e no sentido de se evitarem potenciais males maiores...

Mutatis mutandis ainda se atente no que desenvolveu Ana Rita Gil, num extenso artigo (A garantia de Habeas Corpus no contexto de aplicação de medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, in “Julgar”, Online, outubro de 2017) em que (embora o caso tenha contornos diversos) também se coloca o

problema da própria representação judiciária da criança, remetendo, no caso, para orientação n.º 42 das Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça adaptada às crianças (p. 28 ss..). Cite-se apenas uma passagem, mais especificamente significativa:

“(...) não se pode esquecer que no processo de decisão de um pedido de habeas corpus apenas se decide da concessão ou não da mesma providência. Somente se avalia se a mesma é aplicável e se se verificam em concreto os requisitos para ela ser concedida. Assim, caso o pedido seja deferido, o Tribunal não irá, na mesma decisão, buscar uma solução imediata para o destino da criança.

A procura de eventuais medidas subsequentes ou mesma a prorrogação da que já se encontrava em vigor terá de ser feita no devido processo de promoção, e não em sede

de apreciação da providência de habeas corpus.

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

Assim, na prática, a aplicação da garantia de habeas corpus a crianças a quem tenha sido aplicada medida de acolhimento residencial pode, de facto, acarretar o risco de que as mesmas sejam recolocadas nas situações de perigo de que as mesmas haviam sido retiradas.” (p. 24).

9. Como é sublinhado pela Mer.ma Juíza subscritora da Informação, o prazo não foi observado por se encontrarem em curso as pertinentes diligências instrutórias, designadamente as avaliações determinadas, encontrando-se no momento a seguir a sua normal tramitação processual. Em certo sentido, embora com possibilidade abstrata para o fazer, enxerta-se no iter processual normal, ex abrupto, uma providência que não pode ser apreciada na crueza fria dos prazos apenas, porque está em causa a vida e o desenvolvimento de uma menor, que, pelo menos, se encontrou numa situação psicológica de risco, e que não pode ser objeto passivo da questão, sendo de cautela o *quieta non movere*.

10. É certo que a CDC afirma, no art. 9.º, n.º 1, que

“Os Estados partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança (...)”. E obviamente aqui trata-se de um dos progenitores apenas a peticionar, numa situação em que, claramente, não concordam.

Além disso, ressalta, ainda, e em abono da solução adotada, a ressalva dos casos em que a “separação é necessária no interesse superior da criança”.

Não sendo este tipo de casos as situações-tipo, também não deverá ser mecânica a aplicação dos critérios, mas com adaptação exigida pela natureza das coisas, as circunstâncias do caso, e outros critérios para que remete a equidade e a própria analogia hermenêutica (e que, nestes casos, se trata de procedimento por analogia di-lo expressamente, v.g., o citado Ac. STJ n.º 06P885).

10. Contudo, mesmo no rigor da literalidade legal não se poderá dizer que está em causa a alínea c) do n.º 2 do art. 222 do CPP. Entendida a questão em termos hábeis, que são exigíveis na situação contextual em apreço, “o tribunal decide manter a medida provisória aplicada de acolhimento institucional” com o fundamento nos superiores interesses da criança (como diz a Informação) pode interpretar-se como não colidindo com o referido normativo, porquanto tal remete para uma decisão judicial ex novo e concretamente tomada, e não constitui uma simples omissão de decisão, por descaso, ou mesmo abuso de poder. Não nos encontramos perante o cativo de quem conta ver-se libertado em data certa, e, como diz ..., “Os presos contam os dias, / mil anos por cada dia”, e vê passar, sem poder ver a luz sem grades, o dia da sua “certa” libertação. Os autos não permitem concluir se a menor não estará mais livre que antes (mas presume-se que a situação de acolhimento é, pelo menos, mais segura...).

11. Mesmo que assim não se entendesse, num caso, como o vertente, que tem de ser acolhido no âmbito da providência pelo recurso à analogia, releva especialmente o contorno constitucional do mesmo, que não deixa de ser imperativo in casu (muito pelo contrário). E, nesta perspetiva, avulta o requisito do abuso de poder. O abuso de poder pressupõe uma vontade de supremacia e desvio ou superabundância das funções no interesse e proveito próprio (material ou simbólico) ou de terceiro, utilizando a vítima de tal abuso como mero meio, lesando-a, ferindo a sua dignidade, liberdade, etc. É uma perda de auctoritas inerente a um cargo, apenas com uso da simples potestas. A conduta está, como se sabe, tipificada no art. 382 CP, desdobrando-se na vertente do benefício ilegítimo (aqui não concebível sequer) e no provocar prejuízo (que é exatamente o contrário do que ocorre).

Não há, no presente caso, porém, nem vontade de se locupletar, nem animus nocendi (nem mesmo animus dominandi), apenas a preocupação e o cuidado pela /com a menor.

Ora, releva a existência ou não de abuso de poder, como se refere no Ac. deste STJ de 26-06-2003, proferido no Proc.º n.º 03P2629 (Relator: Conselheiro Simas Santos):

“4 - Em sede de previsão constitucional, o acento tónico do habeas corpus é posto na ocorrência de abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, na protecção do direito à liberdade, constituindo uma providência a decretar apenas nos casos de atentado ilegítimo à liberdade individual - grave e em princípio grosseiro e rapidamente verificável - que integrem as hipóteses de causas de ilegalidade da detenção ou

da prisão taxativamente indicadas nas disposições legais que desenvolvem o preceito constitucional.

5 - Mas nesse caso é necessária a invocação do abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, do atentado ilegítimo à liberdade individual - grave e em princípio grosseiro e rapidamente verificável - que integre as hipóteses de causas de ilegalidade da detenção ou da prisão taxativamente indicadas na lei ordinária, para desencadear o exame da situação de detenção ou prisão em sede da providência de habeas corpus, invocação que obrigatoriamente aponte os factos em que se apoia, incluindo os referentes à componente subjectiva imputada à autoridade ou magistrado envolvido.”

12. Recorde-se que o requisito constitucional não é um efeito de discurso: foi, na verdade, encarada a possibilidade de uma revisão constitucional que retirasse o requisito essencial de se estar perante uma situação de “abuso de poder”, como se refere no art. 31, n.º 1 da CRP. Porém, tal hipótese não foi levada avante. Na discussão, Barbosa de Melo, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, explicaria que este artigo exprime um momento material e um momento formal, que são essenciais ambos para se verificarem os pressupostos do habeas corpus: o momento (ou requisito) material é precisamente o referido “abuso de poder”, sendo o formal a violação da lei (consubstanciada na detenção ou prisão ilegal). (Cf. Diário da Assembleia da República, de 12.9.1996, II Série-RC, n.º 20, p. 525; Diário da Assembleia da República, de 23.4.1997, II Série-RC, n.º 78, p. 2273 e Eduardo Maia Costa, Habeas Corpus: Passado, Presente, Futuro, in “Julgar”, n.º 29, Coimbra, Almedina, 2016, p. 235).

13. E convocando um lugar paralelo, note-se que, por exemplo, também a omissão de reexame atempado dos pressupostos da prisão preventiva, nos termos do art. 213 do CPP, não é fundamento válido de habeas corpus, o que é plenamente constitucional (Ac. TC n.º 65/2005). Cf. António Henriques Gaspar et al., Código de Processo Penal Comentado, 3.ª ed., revista, Coimbra, Almedina, 2021, p. 855).

14. Não se verifica, pois, qualquer dos fundamentos de Habeas Corpus por prisão ilegal, constantes taxativamente do art. 222, e especificamente das modalidades do seu n.º 2, e concretamente da respetiva alínea c). Nem o requisito geral constitucional de existência de abuso de poder (art. 31, n.º 1 CRP), que pré-determina todos os demais, atenta, desde logo, a hegemonia vinculante do preceito constitucional, verdadeira tête de chapitre, como diria Pelegrino Rossi.

III

Dispositivo

Pelo exposto, deliberando, acorda-se na 3.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça em indeferir o presente pedido de Habeas Corpus por falta de fundamento bastante, nos termos dos n.ºs 3 e 4, alínea a), do artigo 223 do CPP.

Custas pelo peticionante, fixando-se a taxa de justiça em 3 (três) UC, nos termos do artigo 8.º, n.º 9, e da Tabela III do Regulamento das Custas Processuais.

Supremo Tribunal de Justiça, 9 de junho de 2021

Ao abrigo do disposto no artigo 15.º-A da Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, o relator atesta o voto de conformidade da Ex.ma Senhora Juíza Conselheira Adjunta, Dr.ª Maria Teresa Féria de Almeida.

Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Relator)

Dr.ª Maria Teresa Féria de Almeida (Juíza Conselheira Adjunta)

Dr. António Pires da Graça (Juiz Conselheiro Presidente)

Fonte: <http://www.dgsi.pt>