

## Newsletter TEDH/CEJ/OA

N.º 01/2021

### SUMÁRIO

#### ARTIGO 4.º § 1 DA CONVENÇÃO

##### Tráfico de seres humanos

[S.M. c. Croácia](#) [GC] – Queixa n.º 60561/14: Falhas importantes na resposta processual dada pelas autoridades internas a uma queixa fundada de tráfico de seres humanos e de prostituição forçada, apoiada por elementos de prova *prima facie*.

#### ARTIGO 10.º § 1, DA CONVENÇÃO

##### LIBERDADE DE EXPRESSÃO

[Bagirov c. Azerbaijão](#) [Secção V] – Queixas n.ºs 81024/12 e 28198/15: Advogado temporariamente impedido de exercer por lançar publicamente acusações de violência policial e depois expulso da Ordem dos Advogados por fazer, numa sala de audiências, observações desrespeitosas sobre um juiz enquanto representava Ilgar Mammadov.

#### ARTIGO 8.º § 1, DA CONVENÇÃO

##### Respeito da vida privada

[Omorefe c. Espanha](#) [Secção III] – Queixa n.º 69339/16: Deficiência do processo decisório que priva uma estrangeira em dificuldade, de contacto com o seu bebé colocado sob tutela a seu pedido e adotado, seis anos mais tarde, apesar da sua oposição.

#### ARTIGO 4.º § 1 DA CONVENÇÃO

##### TRÁFICO DE SERES HUMANOS

##### S.M. c. Croácia

Queixa n.º 60561/14

Decisão 25.6.2020 [GC]

Falhas importantes na resposta processual dada pelas autoridades internas a uma queixa fundada de tráfico de seres humanos e de prostituição forçada apoiada por elementos de prova *prima facie*: violação

Factos - A requerente apresentou uma queixa contra um polícia chamado T.M., alegando que a tinha física e psicologicamente, obrigado a prostituir-se. O polícia foi então acusado de coação de outrem à prostituição, ou seja, da forma agravada da infração de organização da prostituição. Em 2013, o tribunal penal absolveu-o com o fundamento de que, embora tivesse sido comprovado que tinha organizado uma rede de prostituição no âmbito da qual tinha recrutado a requerente, não tinha sido demonstrado que a tinha obrigado a prostituir-se. Tendo sido acusado unicamente da forma agravada da infração de organização da prostituição, não podia, portanto, ser condenado pela forma simples desta infração. O recurso interposto pelo Ministério Público contra esta decisão foi rejeitado e o recurso constitucional interposto pela requerente foi declarado inadmissível.

Numa decisão de 19 de julho de 2018 (ver nota informativa 220), uma secção do Tribunal declarou, por seis votos a favor e um contra, que as autoridades do Estado em causa não tinham cumprido as obrigações processuais que lhes impunha o artigo 4.º. Em especial, a câmara considerou que não tinha sido efetuada uma investigação aprofundada de todas as circunstâncias pertinentes nem avaliado o possível impacto do trauma psicológico sobre a capacidade da

requerente comunicar de forma clara e coerente as circunstâncias em que tinha sido explorada.

Em 3 de dezembro de 2018, o processo foi remetido ao Tribunal pleno, após aceitação do pedido do Governo.

Direito - Artigo 4.º: O Tribunal clarificou certos aspetos da sua jurisprudência sobre o tráfico de seres humanos para fins de exploração da prostituição.

*Tráfico de seres humanos e «exploração da prostituição» nos termos do artigo 4.º.*

i. O tráfico de seres humanos é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º. No entanto, tal não exclui a possibilidade de que, nas circunstâncias específicas de uma causa, uma forma específica de conduta relacionada com o tráfico de seres humanos, coloca igualmente um problema na perspetiva de outra disposição da Convenção;

ii. Uma conduta ou situação só pode ser qualificada como um problema de tráfico de seres humanos nos termos do artigo 4.º se os elementos constitutivos da definição internacional de tráfico, tal como estabelecidos pela Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos e pelo Protocolo de Palermo, estão presentes.

A infração de tráfico de seres humanos é composta por três elementos constitutivos: 1) um ato (o que é feito: o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas); 2) os meios (como o ato é cometido: pela ameaça de recurso ou pelo recurso à força ou a outras formas de coerção, pelo rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade, ou através da oferta ou aceitação de

pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa com autoridade sobre outra); 3) um objetivo de exploração (por que o ato é cometido: a exploração inclui, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou de outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas análogas à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos). A combinação destes três elementos é necessária para que a infração de tráfico seja estabelecida relativamente a vítimas adultas.

A este respeito, na perspetiva do artigo 4.º, a noção de tráfico de seres humanos aplica-se a todas as formas de tráfico de seres humanos, quer sejam nacionais ou transnacionais e ligadas ou não à criminalidade organizada;

iii. A noção de «trabalho forçado ou obrigatório», na aceção do artigo 4.º, visa assegurar uma proteção contra casos de exploração grave, como os casos de prostituição forçada, independentemente da questão de saber se, as circunstâncias específicas da causa, ocorreram ou não no contexto específico do tráfico de seres humanos. Tal conduta pode incluir elementos que permitam classificá-la como «servidão» ou «escravidão» na aceção do artigo 4.º, ou levantar um problema na perspetiva de outra disposição da Convenção. Neste contexto, a «força» pode abranger as formas subtis de comportamento coercivo identificadas na jurisprudência do Tribunal relativa ao artigo 4.º, bem como nos documentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e noutros textos internacionais;

iv. A questão de saber se uma dada situação reúne todos os elementos constitutivos do «tráfico de seres humanos» e/ou levanta um problema distinto de prostituição forçada é uma questão factual que deve ser examinada à luz de todas as circunstâncias pertinentes do caso em apreço.

*A amplitude das obrigações positivas que incumbem aos Estados em matéria de luta contra o tráfico de seres humanos e a prostituição forçada*

A natureza e o alcance das obrigações positivas decorrentes do artigo 4.º no domínio do tráfico de seres humanos e da prostituição forçada foram exaustivamente expostos na decisão *Rantsev c. Chipre e Rússia*: 1) a obrigação de criar um sistema legislativo e administrativo que proíba e reprima o tráfico; 2) a obrigação, em determinadas circunstâncias, de tomar medidas operacionais para proteger as vítimas reais ou potenciais do tráfico, e 3) uma obrigação processual de investigar as situações de tráfico potencial. De um modo geral, as duas primeiras vertentes das obrigações positivas podem ser qualificadas de materiais, enquanto a terceira corresponde à obrigação (positiva) «processual» que incumbe aos Estados. Por outro lado, tendo em conta a proximidade concetual entre o tráfico de seres humanos e a prostituição forçada nos termos do artigo 4.º, o Tribunal considera que os princípios que são pertinentes nos processos de tráfico de seres humanos também se aplicam aos casos de prostituição forçada.

As obrigações processuais que incumbem aos Estados em matéria de luta contra o tráfico de seres humanos e a prostituição forçada.

Tradicionalmente, desde o caso *Siliadin c. França*, os princípios convergentes da obrigação processual decorrente dos artigos 2.º e 3.º da Convenção clarificam o conteúdo específico da obrigação processual imposta pelo artigo 4.º. Não há razão para rever esta abordagem bem estabelecida. Além disso, estes princípios aplicam-se, por conseguinte, aos casos de prostituição forçada. Como o Tribunal salientou no caso *Siliadin*, os eventuais vícios processuais e no processo de decisão em causa devem constituir lacunas importantes para colocar um problema à luz do artigo 4.º. Por outras palavras, o Tribunal não é chamado a pronunciar-se sobre alegações de erros ou omissões particulares, mas apenas sobre falhas importantes, ou seja, as que são suscetíveis de enfraquecer a capacidade da investigação para determinar as circunstâncias do caso ou as responsabilidades.

*Quanto à questão de saber se as circunstâncias do presente caso constituem uma questão à luz do artigo 4.º da Convenção*

Embora a requerente tenha obtido o estatuto de vítima potencial do tráfico de seres humanos, este reconhecimento administrativo não pode ser considerado como um reconhecimento de que os elementos do crime de tráfico de seres humanos tinham sido demonstrados. Esta questão deveria ser resolvida no âmbito de um processo penal posterior. A este respeito, o Tribunal salienta igualmente a necessidade de proteger os direitos dos suspeitos ou dos acusados, em especial o direito à presunção de inocência e as outras garantias de um processo equitativo decorrentes do artigo 6.º da Convenção.

Quando a acusação da parte requerente é de natureza essencialmente processual como no caso em apreço, o Tribunal deve verificar se, nas circunstâncias da causa, pode ser considerado que a parte requerente apresentou uma acusação defensável de tratamento proibido ou se existisse um elemento de prova *prima facie* tendente a indicar que estava sujeita a esse tratamento. A este respeito, para estabelecer se existe uma obrigação processual para às autoridades internas, devem ser tidas em conta as circunstâncias preponderantes no momento em que as alegações foram formuladas ou no momento em que foi levada à atenção das autoridades a prova *prima facie* de um tratamento contrário ao artigo 4.º, e não sobre uma conclusão que teria sido proferida posteriormente, no final do inquérito ou do processo em causa. Este princípio é particularmente válido quando se alega que importantes erros viciaram as conclusões e o procedimento interno em causa.

A investigação preliminar levada a cabo pela polícia com base nas alegações de prostituição forçada feitas pela requerente deu lugar a busca no domicílio e no carro de T.M., nas quais a polícia encontrou preservativos, duas armas automáticas e as respetivas munições, uma granada de mão e uma série de telemóveis. Além disso, esta investigação preliminar permitiu estabelecer que T.M., que tinha seguido uma formação de polícia, já tinha sido condenado por proxenetismo com recurso à coação e violação.

Quanto aos elementos constitutivos do tráfico de seres humanos, deve notar-se que T.M. contactou a requerente no Facebook e prometeu-lhe encontrar um emprego, o que é um dos métodos bem conhecidos que os traficantes utilizam para recrutar as suas vítimas. Além disso, as alegações formuladas pela requerente segundo as quais T.M. tinha feito os arranjos necessários para que ela pudesse prestar serviços sexuais tarifados, a saber, que tinha encontrado um alojamento e tomado outras disposições, evocam o elemento do alojamento, que é um dos «atos» constitutivos possíveis do tráfico. Por outro lado, no que respeita aos meios utilizados, T.M. admitiu ter recorrido à força contra a requerente uma vez e ter-lhe emprestado dinheiro, o que levanta a questão da eventual existência de uma servidão por dívida. Por último, a situação pessoal da requerente sugere que ela pertencia a uma categoria vulnerável, enquanto a posição e a história de T.M. indicam que estava em posição de exercer um domínio sobre a requerente e de abusar da sua vulnerabilidade para fins de exploração da prostituição.

Em resumo, a requerente apresentou uma queixa fundada de tratamento contrário ao artigo 4.º da Convenção - tráfico de seres humanos e/ou prostituição forçada - e existia um princípio de prova tendente a indicar que tinha sido submetida a esse tratamento.

*Cumprimento da obrigação processual decorrente do artigo 4.º da Convenção*

As autoridades judiciais reagiram prontamente às alegações da requerente, mas negligenciaram, no decurso da sua investigação, algumas pistas evidentes que teriam permitido esclarecer as circunstâncias do caso e a verdadeira natureza da relação que existia entre as duas partes. Apesar da existência de elementos que sugerem que T.M. tinha passado pelo Facebook para recrutar a requerente e para a ameaçar depois dela o ter deixado, as autoridades não inspecionaram as suas contas respetivas, quando poderiam assim ter determinado a verdadeira natureza dos seus primeiros contactos e das suas relações, e, em particular, determinar se essas ameaças implicavam o recurso à coação por parte de T.M. Elas não se esforçaram por recolher o testemunho dos pais da requerente, apesar do facto da mãe da requerente ter tido contactos anteriores e dificuldades com T.M., pois este último a tinha utilizado como um dos meios de pressão e de ameaça contra a requerente. As autoridades judiciais também nunca procuraram identificar e ouvir os vizinhos e a dona do apartamento em que a requerente vivia com T.M., os quais poderiam tê-los informado sobre a relação que existia entre a requerente e T.M. e dizer-lhes se a requerente se encontrava sob a alçada de T.M. no momento dos factos. Além disso, a proprietária poderia ter indicado em que circunstâncias esta habitação tinha sido arrendada e quem, na realidade, se tinha ocupado de todo o processo de arrendamento, o que poderia ter contribuído ao estabelecimento da existência de um eventual ato de «alojamento» (um dos elementos constitutivos do tráfico de seres humanos). As pessoas suscetíveis de fornecer pormenores sobre a forma como a requerente teria escapado à T.M. também não foram ouvidas.

As autoridades responsáveis pela ação basearam-se em grande medida nas declarações da requerente, e o processo judicial subsequente resumiu-se essencialmente a um confronto entre as declarações da requerente e as negações de T.M., sem que tenham sido apresentados muitos elementos complementares. A este respeito, como observam os organismos internacionais especializados nesta matéria, várias razões podem explicar por que razão as vítimas de tráfico de seres humanos e de diversas formas de abuso sexual se mostram por vezes reticentes em cooperar com as autoridades e em revelar todos os pormenores do seu caso. Neste contexto, o possível impacto de um trauma psicológico também não deve ser negligenciado. Existe, portanto, um risco de dependência excessiva apenas em relação ao testemunho da vítima, o que exige uma clarificação e, se necessário, o apoio às declarações da vítima com outros elementos.

As múltiplas lacunas na condução do processo pelas autoridades judiciais reduziram fundamentalmente a capacidade das autoridades internas, incluindo a dos tribunais competentes, a determinar a verdadeira natureza da relação que existia entre a requerente e T.M. e a estabelecer se este tinha explorado a requerente, como esta pretendia. Em resumo, lacunas importantes viciaram a resposta processual dada pelas autoridades internas à queixa fundada de tratamento contrário ao artigo 4.º da Convenção formulada pela requerente e ao princípio de prova tendente a indicar que esta teria sido submetida a esse tratamento.

Conclusão: violação (unanimidade).

Artigo 41.º: 5.000 EUR por danos morais.

(Ver artigos 2.º e 3.º: *Makaratzis c. Grécia* [GC], 50385/99, 20.12.2004, Nota informativa 70; *Natchova e outros c. Bulgária* [GC], 43577/98 e 43579/98, 6.7.2005, Nota informativa 77; *Beganović c. Croácia*, 46423/06, 25.6.2009, Nota informativa 120; *Denis Vassiliev c. Rússia*, 32704/04, 17 dezembro 2009, Nota informativa 125; *Hassan c. Reino Unido* [GC], 29750/09, 16 de setembro de 2014, Nota informativa 177; *Mocanu e outros c. Roménia* [GC], 10865/09 et al., 17 setembro 2014, Nota informativa 177; *Bouyid c. Bélgica* [GC], 23380/09, 28 de setembro de 2015, Nota informativa 188; *Armani da Silva c. Reino Unido* [GC], 5878/08, 30 de março de 2016, Nota informativa 194; e *Hovhannisyan c. Arménia*, 18419/13, 19 de julho de 2011, Nota informativa 220. Ver também o artigo 4.º: *Siliadin c. França*, 73316/01, 26 de julho de 2005, Nota informativa 77; *Rantsev c. Chipre e Rússia*, 25965/04, 7 de janeiro de 2010, Nota informativa 126; *M. e outros c. Itália e Bulgária*, 40020/03, 31 de julho de 2012, Nota informativa 154; *C.N. c. Reino Unido*, 4239/08, 13 de novembro de 2012, Nota informativa 157; *L.E. c. Grécia*, 71545/12, 21 de janeiro de 2016, Nota informativa 192; *J. e outros c. Áustria*, 58216/12, 17 de janeiro de 2017, Nota informativa 203; *Chowdury e outros c. Grécia*, 21884/15, 30 de março de 2017, Nota informativa 205; e referente ao artigo 6.º: *Schatschaschwili c. Alemanha* [GC], 9154/10, 15 de dezembro de 2015, Nota Informativa 191; e a Convenção (n.º 29) sobre o Trabalho forçado da OIT.

**ARTIGO 10.º § 1**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**Bagirov c. Azerbaijão**

Queixas n.ºs 81024/12 e 28198/15

Decisão 25.6.2020 [Secção V]

Advogado temporariamente impedido de exercer por lançar publicamente acusações de violência policial, e depois expulso da Ordem dos Advogados por fazer numa sala de audiências observações desrespeitosas sobre um juiz enquanto representava Ilgar Mammadov: violação

*Factos* - O requerente era advogado e membro da Ordem dos Advogados do Azerbaijão (ABA). Em 2011, foi suspenso por um ano por ter feito acusações públicas de brutalidade policial. Em 2015, foi expulso da Ordem dos Advogados depois de ter, enquanto representava o Sr. Ilgar Mammadov durante o seu julgamento, feito as seguintes afirmações numa sala de tribunal: «Tal Estado, tal tribunal (...) Se houvesse justiça no Azerbaijão, o juiz R.H. não pronunciaria julgamentos injustos e viciados de parcialidade, e indivíduos como ele não se tornariam juízes». Os órgãos jurisdicionais internos consideraram que tais declarações tinham «lançado uma sombra sobre o nosso Estado» e «manchado a reputação do poder judicial».

*Direito* - Artigo 10.º (suspensão): A suspensão do requerente é analisada como uma ingerência no exercício do seu direito à liberdade de expressão. Na medida em que a decisão pertinente fez referência à intenção do requerente de organizar manifestações contra as brutalidades policiais, não especificou que disposição do direito interno tinha sido ignorada a este respeito. O Tribunal também não deteta qualquer disposição interna que tenha impedido um advogado de convocar protestos pacíficos.

A suspensão do requerente foi igualmente motivada por uma violação do segredo profissional a que estão sujeitos os advogados. No entanto, o requerente não formulou quaisquer observações sobre o inquérito judicial nem revelou qualquer documento relacionado com o mesmo, pelo que não violou o segredo de justiça. Foi sancionado simplesmente por ter repetido os argumentos apresentados por uma mãe em conferência de imprensa sobre as circunstâncias em que o seu filho tinha morrido quando estava detido. Não resulta do direito interno aplicável que a utilização de informações que tenham sido tomadas públicas esteja abrangida pelo segredo profissional do advogado. Pelo contrário, as informações protegidas pelo segredo profissional devem ter sido obtidas por um advogado no exercício da sua atividade profissional. No entanto, o requerente só começou a representar a mãe no processo relativo ao seu filho depois de ter proferido publicamente as declarações em causa. Por conseguinte, no momento em que proferiu essas afirmações, não podia ter obtido as informações em questão no exercício da sua profissão de advogado. Em todo o caso, a mãe, que mais tarde se tornaria sua cliente, não se queixara dos seus atos. Ao confirmarem a suspensão do requerente, os tribunais internos não analisaram devidamente os argumentos apresentados pelo requerente a este respeito. A ingerência não estava, portanto, «prevista na lei».

Conclusão: violação (unanimidade).

Artigo 10.º (Expulsão da Ordem dos Advogados): A expulsão da Ordem dos Advogados imposta ao requerente constitui uma ingerência no exercício do direito do requerente à liberdade de expressão. Esta ingerência prosseguia o objetivo legítimo de «garantir a autoridade do poder judicial». A questão da sua legalidade foi deixada em aberto.

As palavras proferidas, que tinham acusado um juiz de não ter capacidade para ser magistrado, eram desrespeitosas e possivelmente ofensivas. No entanto, os órgãos jurisdicionais internos não tiveram em conta o facto de o requerente ter proferido estas afirmações litigiosas num tribunal, durante um processo penal, na sua qualidade de advogado da sua cliente. Estas afirmações não foram repetidas fora da sala de audiências, por exemplo, nos meios de comunicação social. Na sala de audiências, a equidade milita a favor de uma troca de opiniões livre, mesmo enérgica, entre as partes. Além disso, através destas observações, o requerente exprimiu principalmente a sua oposição às decisões tomadas pelos órgãos jurisdicionais internos no processo penal contra J. Ilgar Mammadov. Quando as afirmações litigiosas foram proferidas, o Tribunal já tinha deliberado no processo *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão* e concluído pela violação dos artigos 5.º e 18.º da Convenção. No processo *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão* (n.º 2), o Tribunal constatou posteriormente que este processo tinha sido marcado por um certo número de deficiências graves.

A conclusão dos órgãos jurisdicionais internos segundo a qual o requerente tinha utilizado indevidamente a sua liberdade de expressão «com o objetivo de lançar uma sombra sobre o nosso Estado» é irrelevante para efeitos do artigo 10.º e não pode justificar uma restrição da liberdade de expressão numa sociedade democrática. A expulsão da Ordem dos Advogados só pode ser considerada como uma sanção severa, suscetível de produzir um «efeito dissuasor» sobre os advogados no exercício da sua função de consultor de defesa. Além disso, a existência do processo disciplinar anterior que tinha visado o requerente não pode justificar a sua expulsão, na medida em que a suspensão que lhe tinha sido aplicada não estava prevista pela lei e em que o Tribunal já tinha concluído por uma violação da liberdade de expressão do requerente a este respeito.

Em resumo, os fundamentos invocados pelos tribunais internos para justificar a expulsão da Ordem dos Advogados do requerente não eram pertinentes nem suficientes e a sanção aplicada ao interessado desproporcionada ao objetivo legítimo prosseguido.

Conclusão: violação (unanimidade).

O Tribunal conclui também por unanimidade que o artigo 8.º foi violado devido à suspensão e, posteriormente, à expulsão da Ordem dos Advogados pronunciadas contra o requerente. Observando o caráter recorrente das detenções, e outras medidas tomadas de forma arbitrária contra os detratores do Governo, os militantes da sociedade

civil e os defensores dos direitos humanos, o Tribunal salienta que a alegada necessidade, numa sociedade democrática, de sancionar um advogado em circunstâncias como as do presente caso deve ser apoiada por motivos particularmente fortes.

Artigo 46.º: Compete ao Comité dos Ministros supervisionar a adoção de medidas destinadas, nomeadamente, a permitir ao requerente retomar a sua atividade profissional. Essas medidas devem ser exequíveis, rápidas, adequadas e suficientes para reparar tanto quanto possível as violações constatadas pelo Tribunal e devem colocar o requerente, tanto quanto possível, na situação em que se encontrava antes de ser afastado da Ordem dos Advogados.

Artigo 41.º: 18.000 EUR para todos os prejuízos.

(Ver também *Nikula c. Finlândia.*, 31611/96, 21 de março de 2002, Nota informativa 40; *Saday c. Turquia*, 32458/96, 30 de março de 2006, Nota informativa 84; *Mor c. França*, 28198/09, 15 de dezembro de 2011, Nota informativa 147; *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão*, 15172/13, 22 de maio de 2014, Nota informativa 174; *Morice c. França* [GC], 29369/10, 23 de abril de 2015, Nota informativa 184; *Bono c. França*, 29024/11, 15 de dezembro de 2015, Nota informativa 191; *Bédat c. Suíça* [GC], 56925/08, 29 de março de 2016, Nota informativa 194; *Jankauskas c. Lituânia* (no 2), 50446/09, 27 de Junho de 2017, Nota informativa 208; *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão* (n.º 2), 91915, 16 de Novembro de 2017; *Čeferin c. Eslovénia*, 40975/08, 16 de Janeiro de 2018, Nota informativa 214; *Ottan c. França*, 41841/12, 19 de Abril de 2018, Nota informativa 217; *Aliyev c. Azerbaijão*, 68762/14 e 71200/14, 20 de setembro de 2018, Nota informativa 221; *Natig Jafarov c. Azerbaijão*, 64581/16, 7 de novembro de 2019; *Namazov c. Azerbaijão*, 74354/13, 30 de janeiro de 2020; Recomendação n.º R(2000)21 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a liberdade de exercício da profissão de advogado, aprovada em 25 de outubro de 2000; (A/71/348) apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas (2016, 71.ª sessão da Assembleia Geral)

#### ARTIGO 8.º § 1

##### RESPEITO DA VIDA PRIVADA

##### Omorefe c. Espanha

Queixa n.º 69339/16

Decisão 23.6.2020 [Secção III]

Deficiência do processo decisório que priva uma estrangeira em dificuldade, de contacto com o seu bebé colocado sob tutela a seu pedido e adotado, seis anos mais tarde, apesar da sua oposição: violação

Factos - A requerente é uma cidadã nigeriana. Em fevereiro de 2009, o filho, de quase dois meses de idade, foi colocado num centro de acolhimento a seu pedido, colocado sob tutela do Estado e declarado em situação legal de abandono. A autoridade parental da requerente foi suspensa, mas o regime de visitas fixado pelas autoridades e o direito dos pais do menor a serem informados da sua situação foram, no entanto, mantidos. No início, as autoridades previram que a criança pudesse regressar à sua

família biológica a médio prazo, desde que os seus pais alcançassem determinados objetivos, e isso com a assistência do serviço social. O serviço de proteção de menores devia também examinar este processo num prazo de seis meses.

Portanto, em maio de 2009, as visitas da requerente ao seu filho foram suspensas e a criança foi colocada numa família de acolhimento. Esta decisão foi motivada pela falta de recursos dos pais da criança, em situação irregular e sem emprego nem habitação estável, a situação de crise e de conflito que teria existido entre os pais e o sentimento ambivalente da mãe em relação ao seu filho. A requerente opôs-se à privação de contactos com o seu filho e à sua adoção.

Baseando-se na falta de aptidões parentais da requerente, o juiz de primeira instância considerou que a adoção podia ter lugar sem o seu consentimento. Mas esta decisão foi anulada, em 2012, pela «*Audiencia provincial*», uma vez que a requerente, não tendo sido privada da sua autoridade parental, devia necessariamente dar o seu acordo à adoção. Por conseguinte, a medida de acolhimento familiar antecipada foi anulada. Em junho de 2015, o juiz de primeira instância reconheceu o direito da requerente de visitar o filho, uma hora por mês, no âmbito de encontros supervisionados.

Mas, em outubro de 2015, a «*Audiencia Provincial*» revogou a sua decisão anterior (de 2012) e autorizou a adoção do filho da requerente, apesar da falta de consentimento desta e do parecer contrário do procurador. No entanto, ela assinalou a possibilidade de, no futuro, adotar «qualquer forma de relação ou de contacto através de visitas ou de comunicações com a mãe biológica».

Direito - Artigo 8.º: As decisões controvertidas que conduziram à adoção do filho da requerente analisam-se numa ingerência ao exercício do direito ao respeito da vida privada e familiar da requerente e do seu filho biológico. Esta ingerência estava prevista na lei e prosseguia o objetivo legítimo da proteção dos direitos e liberdades da criança. O Tribunal considerou, no entanto, e não obstante a margem de apreciação do Estado demandado na matéria, que o processo na origem das decisões controvertidas não foi conduzido de modo a que todos os pareceres e interesses da requerente fossem devidamente tomados em consideração e não estivesse rodeado de garantias proporcionadas à gravidade da ingerência e dos interesses em causa.

Em primeiro lugar, embora a requerente devesse receber o apoio e o enquadramento do serviço social com vista à recuperação do filho, não foi efetuada qualquer avaliação da assistência prestada por este serviço antes de 2013, deixando assim ao encargo exclusivo da requerente os esforços a realizar a fim de atingir os objetivos determinados a este respeito.

Em segundo lugar, a decisão da comissão de avaliação que propõe a aplicação do acolhimento familiar pré-adotivo da criança ocorreu apenas vinte dias depois de a requerente ter

sido informada de que teria um prazo de seis meses para realizar os objetivos acima referidos para encontrar o filho. Assim, muito antes do termo desse prazo, foi privada de contactos com o filho e a adoção da criança sem o consentimento da mãe foi proposta ao juiz pelas autoridades competentes.

Em terceiro lugar, tal como indicado pela «*Audiencia Provincial*» na sua decisão de 2012, a lei exige, para que a inibição do poder parental possa ser decidida, um processo judicial contraditório, o que não aconteceu no caso em apreço. Além disso, não foi invocado qualquer motivo grave a este respeito.

Em quarto lugar, as autoridades não ponderaram os interesses da criança nem os da mãe biológica, mas concentraram-se nos interesses da criança e não consideraram seriamente a possibilidade de reunião da criança e da mãe biológica. Não tiveram devidamente em conta os esforços da requerente para regularizar e estabilizar a sua situação.

A este respeito, na sua decisão de 2012, a «*Audiencia Provincial*» identificou várias insuficiências no processo decisório. Afirmou que não existia qualquer relação psicológica que indicasse a ausência de afeto da mãe pelo filho e que a pobreza não podia ser o principal motivo invocado para privar uma mãe dos seus direitos e obrigações. Considerou também que, embora a legislação tenha por objetivo a reintegração dos menores nas suas famílias biológicas, esta questão prioritária não tinha sido examinada pela autoridade pública.

Em quinto lugar, o direito de visita da requerente foi-lhe retirado, em Maio de 2009, sem qualquer peritagem psicológica. Isto limitou consideravelmente a apreciação factual da evolução da situação da requerente e das suas capacidades parentais na época considerada. Além disso, a requerente, tendo em conta a sua insistência e a coerência dos seus pedidos, esforçou-se para que o seu direito a visitar o filho fosse finalmente reconhecido pelo juiz de primeira instância no âmbito de encontros supervisionados. No entanto, apesar desta avaliação, também não foram realizadas visitas. Não houve qualquer contacto entre a requerente e o filho mesmo após a última decisão da «*Audiencia Provincial*» indicando que uma possibilidade «de relação ou de contacto através de visitas ou de comunicações com a mãe biológica» poderia ser considerada se tal correspondesse ao interesse superior do menor.

De resto, o decorrer do tempo teve por efeito tornar definitiva uma situação que era suposto ser provisória. Em outubro de 2015, a «*Audiencia Provincial*» autorizou a adoção da criança com o fundamento de que esta vivia com a sua família de acolhimento praticamente desde o seu nascimento e que a mãe não tinha todas as competências parentais necessárias, sem proceder a peritagens independentes.

Embora reconhecendo que os tribunais internos se empenharam de boa-fé na preservação do bem-estar do

menor, houve falhas graves no processo conduzido pelas autoridades e por alguns tribunais de primeira instância. É certo que se pode compreender que o filho da requerente tenha sido colocado sob tutela da administração a seu pedido. Assim sendo, esta decisão deveria ter sido acompanhada o mais rapidamente possível das medidas mais adequadas que permitissem avaliar em profundidade a situação da criança e as suas relações com os pais, se necessário separadamente com o pai e a mãe, tudo em respeitando o quadro jurídico em vigor. Esta situação era particularmente grave tendo em conta a idade da criança. O Tribunal não está convencido pelas razões que a administração e os órgãos jurisdicionais internos consideraram suficientes para justificar a colocação em acolhimento antecipado do menor e a sua adoção, apesar da oposição clara da requerente, que só pôde exercer o seu direito de visita durante três meses, no início do processo, o que parece sugerir a existência, desde o início, de uma intenção de colocar a criança em acolhimento familiar antecipado. As autoridades administrativas não consideraram outras medidas menos radicais previstas pela legislação, como o acolhimento temporário ou simples, que não seja pré-adoptivo, que é igualmente mais respeitoso dos pais de acolhimento, na medida em que não cria falsas esperanças. O papel das autoridades de proteção social é precisamente o de ajudar as pessoas em dificuldades, no caso em apreço nomeadamente a mãe da criança, que se viu obrigada a colocar voluntariamente o seu filho, tendo em conta a gravidade da sua situação pessoal e familiar.

Visto estas considerações, as autoridades não desenvolveram os esforços adequados e suficientes para fazer respeitar o direito da requerente a manter o contacto com o filho, desrespeitando assim o direito desta ao respeito pela sua vida privada e familiar.

Conclusão: violação (unanimidade).

Artigo 46.º: O Tribunal considera que não lhe compete dar seguimento, enquanto tal, à pretensão da requerente que pede a restituição do contacto com o filho biológico. Todavia, tendo em conta as circunstâncias específicas do presente processo e a necessidade urgente de pôr termo à violação do direito da requerente ao respeito da sua vida familiar, o Tribunal convida as autoridades internas a reexaminar, num prazo curto, a situação da requerente e do filho menor à luz da presente decisão e a possibilidade de estabelecer qualquer contacto entre eles, tendo em conta a situação atual da criança e o seu interesse superior, e a tomar quaisquer outras medidas adequadas em conformidade com o presente regulamento. O Tribunal considera que a execução do presente acórdão deveria, assim, dar seguimento à decisão da «*Audiencia Provincial*» que indica essa possibilidade. A forma mais adequada de reparação consiste em fazer com que a requerente se encontre, tanto quanto possível, na situação que teria sido a sua se o artigo 8.º não tivesse sido violado. O direito interno prevê a possibilidade de rever as decisões definitivas declaradas contrárias aos direitos reconhecidos na Convenção por uma decisão do Tribunal «desde que não prejudique os direitos adquiridos por terceiros de boa fé».

Artigo 41.º: Não há pedido de indemnização.

(Ver também *Pini e outros c. România*, 78028/01 et 78030/01, 22 de junho de 2004, Nota informativa 65; *K.A.B. c. Espanha*, 59819/08, 10 de abril de 2012, Nota informativa 151; *Ageyevy c. Rússia*, 7075/10, 18 de abril de 2013, N Nota informativa 162; *Soares de Melo c. Portugal*, 72850/14, 16 de fevereiro de 2016, Nota informativa 193; *Haddad c. Espanha*, 16572/17, 18 de junho de 2019, Nota informativa 230; *Strand Lobben e outros c. Noruega [GC]*, 37283/13, 10 de setembro de 2019, Nota informativa 232; e *Zelikha Magomadova c. Rússia*, 58724/14, 8 de outubro de 2019, Nota informativa 233)

O CONTEÚDO DESTA NEWSLETTER NÃO VINCULA O TRIBUNAL

**ELABORAÇÃO:**

**ANA MARIA GUERRA MARTINS**

JUIZA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS  
(TEDH)

**ANA MARIA DUARTE**

JURISTA DO TEDH

**INÊS SAMPAIO SAINT-JOLY**

UNIVERSIDADE PARIS ASSAS

**CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (CEJ)**

**EDGAR TABORDA LOPES**

JUIZ DESEMBARGADOR

**ANA CAÇAPO**

GRAFISMO – FORMAÇÃO CEJ