

10/2018

## SUMÁRIO

### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO

#### Respeito da Vida Privada

[Denisov c. Ucrânia](#) – queixa n.º 76639/11: Despedimento de um juiz do cargo de Presidente do Tribunal por falta de cumprimento adequado dos seus deveres administrativos

### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO

#### Respeito da Vida Privada

[Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido](#) – queixa n.º 58170/13: Conformidade com a convenção do regime de vigilância secreta, incluindo a interceção massiva de comunicações externas

### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO

#### Respeito pela Vida Familiar

[Jansen c. Noruega](#) – queixa n.º 2822/16: Recusa do direito de visita à mãe em relação à filha colocada num orfanato devido ao risco de rapto

### ARTIGO 10.º DA CONVENÇÃO

#### Liberdade de Expressão

[Savva Terentyev c. Rússia](#) – queixa n.º 10692/09: Condenação a pena de prisão suspensa na sua execução por comentário ofensivo sobre polícias efetuado num *blog*

### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO

#### Respeito da vida Privada

[Denisov c. Ucrânia](#) – queixa n.º 76639/11

Acórdão de 25.09.2018 [GC]:

Despedimento de um juiz do cargo de Presidente do Tribunal por falta de cumprimento adequado dos seus deveres administrativos

#### 1- Factos:

O requerente foi destituído do cargo de presidente do Tribunal Administrativo de Recurso de Kiev, com base no não cumprimento adequado dos seus deveres administrativos. Ele continuou a exercer as suas funções como juiz no mesmo tribunal. O requerente queixou-se, *inter alia*, que a sua demissão constituiu uma interferência ilegal e desproporcional na sua vida privada, violando o artigo 8.º da Convenção.

#### 2- Decisão:

Artigo 8.º, da Convenção (aplicabilidade): A questão da aplicabilidade do artigo consubstancia uma questão de competência *ratione materiae* do Tribunal, por isso impunha-se respeitar a regra geral do processamento da queixa, devendo tal apreciação ter sido efetuada na fase de análise da admissibilidade, exceto se evidenciasse algum fundamento para a apreciar conjuntamente com a análise do mérito. O que, no caso concreto, não se verificava.

(a) Princípios gerais - O artigo 8.º não pode ser invocado como fundamento da denúncia da perda de reputação ou outras repercussões que possam ser consideradas consequências previsíveis das ações do próprio requerente (ver [Gillberg c. Sweden](#) [GC]).

As disputas relacionadas com o emprego não se encontram *per se* excluídas do âmbito da “vida privada” considerado pelo Artigo 8.º. Existem certos aspetos típicos da vida privada que podem ser afetados, tais como: o “círculo privado” do requerente, a oportunidade do mesmo estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros e a sua reputação social e profissional. E a questão da vida privada pode emergir de duas formas neste tipo de processos: ou por causa dos motivos subjacentes à medida impugnada (neste caso, o exame do Tribunal incide nos fundamentos) ou - em alguns casos - por causa das consequências que tal medida acarretou para a vida privada (nesse caso, o Tribunal examina as consequências).

Numa análise baseada nas consequências assume particular importância o grau de severidade das mesmas sobre os aspetos típicos da vida privada *supra* enunciados. É ao requerente que incumbe demonstrar, através de provas concretas, que o limiar de severidade foi atingido. O Tribunal só considera aplicável o artigo 8.º quando tais consequências forem muito graves e tiverem afetado num grau muito significativo a vida privada do requerente.

O sofrimento do requerente, quando invocado, deve ser avaliado através da comparação da sua vida antes e depois da medida fundamento da queixa. Na determinação da gravidade das consequências, em casos relacionados com o emprego, é adequado avaliar as perceções subjetivas alegadas no contexto das circunstâncias objetivas existentes no caso em particular. Essa análise terá de abranger tanto o impacto material como o não material da medida fundamento. No entanto, sempre incumbirá ao requerente definir e fundamentar a natureza e a extensão do seu sofrimento, especialmente a sua conexão causal com a medida impugnada.

b) Caso *sub judice* – Os motivos que serviram de fundamento à demissão do requerente mostram-se circunscritos ao seu desempenho na esfera pública e referem-se às alegadas falhas de gestão que teriam prejudicado o bom funcionamento do tribunal. Tais motivos relacionam-se tão-somente com as funções administrativas do requerente e não têm qualquer conexão com a sua vida privada. Neste caso, impõe-se averiguar se, de acordo com as provas e alegações apresentadas pelo requerente, o despedimento teve consequências negativas graves sobre os aspetos da sua “vida privada” anteriormente elencados.

O recorrente contestou a existência de qualquer falta, defendendo assim que a medida que implicou a sua responsabilidade jurídica - a sua demissão - não era uma consequência previsível decorrente da sua conduta na presidência do tribunal de recurso. Neste particular, o seu caso distingue-se do caso do requerente no processo *Gillberg v. Sweden*.

O requerente não apresentou nenhuma prova indicativa de que a redução de sua remuneração mensal tivesse afetado seriamente o “círculo interno” de sua vida privada. Quanto ao estabelecimento e manutenção de relacionamentos com outros, sua demissão do cargo de presidente não acarretou a sua remoção da profissão. Ele continuou a trabalhar como juiz comum e permaneceu no mesmo tribunal conjuntamente com os seus colegas. Mesmo admitindo que a oportunidade do requerente para estabelecer e manter relações, incluindo as de natureza profissional, pudesse ter sido afetada, inexistiu base factual suficiente para concluir que tal efeito foi substancial.

A principal função profissional do requerente era a de juiz. A profissão de juiz exigia que o mesmo possuísse conhecimentos específicos, qualificações educacionais, habilidades e experiência. O requerente recebeu a parte predominante de seu salário como contrapartida pelo serviço prestado nessa qualidade. O bom desempenho de uma função presidencial ou administrativa num tribunal não é, estritamente falando, um elemento da profissão judicial. Portanto, em termos objetivos, o papel profissional fundamental do requerente era a sua função judicial. O seu cargo como presidente do tribunal, por mais importante e prestigioso que pudesse ter sido no círculo judicial e por mais que pudesse ter sido subjetivamente percebido e valorizado pelo próprio requerente, não se encontrava na esfera de sua atividade profissional principal. Em nenhum momento as autoridades nacionais examinaram o desempenho do requerente como juiz ou expressaram qualquer opinião quanto ao seu profissionalismo e competência jurídica. Ao contrário do caso *Oleksandr Volkov c. Ucrânia*, as decisões reverteram apenas sobre a sua habilidade de gestão. Esta área, sobre a qual incidiu o

escrutínio das autoridades Ucrainianas, não pode ser considerada em relação com o núcleo da reputação profissional do requerente. Embora a sua posição como presidente pudesse ter sido o ápice de sua carreira jurídica, o requerente não especificou em que termos a alegada perda de estima entre seus pares originou, no seu ambiente profissional, sérios preconceitos a seu respeito ou como sua demissão afetou o futuro da sua carreira como juiz.

No que diz respeito à reputação social em geral, o juízo de valoração crítica das autoridades não afetou a vertente ética mais alargada da personalidade e do caráter do recorrente. Apesar de sua demissão ter sido baseada na existência de violações de deveres oficiais na administração da justiça, não houve nenhuma acusação de má conduta intencional ou de comportamento criminoso. Os valores morais do recorrente não foram postos em causa e nenhuma acusação dessa natureza foi identificada nas decisões impugnadas.

Assim, medindo a percepção subjetiva do requerente em relação ao enquadramento objetivo e avaliando o impacto material e não material do seu despedimento - com base nos elementos de prova apresentados -, o Tribunal concluiu que os efeitos negativos do despedimento na vida privada daquele foram limitados e não ultrapassaram o limiar de gravidade necessário para a questão ser levantada ao abrigo do artigo 8.º da Convenção.

Decisão: inadmissível (*ratione materiae* incompatível). Aplicando os critérios definidos no acórdão *Oleksandr Volkov c. Ucrânia*, o Tribunal declarou, por unanimidade, que o Conselho Superior de Justiça não assegurou um exame independente e imparcial do processo do requerente e que o subsequente reexame pelo Supremo Tribunal Administrativo não supriu essa falta, em violação do artigo 6.º, §1 da Convenção.

Artigo 41.º: Foi atribuída indemnização por danos não patrimoniais no montante de € 3.000,00.

#### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA

**Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido** – queixa n.º 58170/13:

Acórdão de 13.09.2018 [Secção I]:

Conformidade com a convenção do regime de vigilância secreta, incluindo a interceção massiva de comunicações externas

#### 1- Factos:

Os requerentes - uma série de empresas, instituições de caridade, organizações e indivíduos - apresentaram três queixas perante o Tribunal, denunciando o âmbito e a

magnitude dos programas de vigilância eletrônica operados pelo Governo do Reino Unido. Os requerentes estão convictos que, devido à natureza das suas atividades, as suas comunicações eletrônicas teriam sido muito provavelmente interceptadas pelos serviços de informações do Reino Unido.

Os requerentes questionam a compatibilidade de três regimes distintos com o Artigo 8.º: o regime para a interceção massiva de comunicações ao abrigo da secção 8 (4) do Regulamento da Lei dos Poderes Investigadores (RIPA); o regime de partilha de dados; e o regime de aquisição de dados de comunicações no âmbito do Capítulo II do RIPA.

No terceiro dos casos apensos, cada um requerentes apresentou uma denúncia perante o *Investigatory Powers Tribunal* (IPT), alegando violações dos artigos 8.º, 10.º e 14.º da Convenção. Em relação às intercetações de comunicações externas, em conformidade com o estatuído na secção 8 (4) da RIPA, o IPT entendeu que o regime e as garantias de proteção preenchiam suficientemente os requisitos estabelecidos pelo Tribunal Europeu no processo *Weber e Saravia c. Alemanha* (dec.), concluindo assim que, para os fins do Artigo 8.º, da Convenção, a interferência era “de acordo com a lei”. Constatou, no entanto, a existência de duas violações “técnicas” do artigo 8.º relativas: num dos casos, à retenção por mais tempo do que o permitido de material legalmente interceptado; e, noutro caso, falha no procedimento adequado à seleção dos dados para exame. Os requerentes do primeiro e segundo dos casos apensos não apresentaram reclamações perante o IPT.

#### 2- Decisão:

Artigo 35.º (esgotamento dos recursos internos): O IPT é um tribunal especializado com jurisdição exclusiva para conhecer as denúncias relativas à interferência indevida nas comunicações, nas situações cobertas pela RIPA. E, nos casos em apreço, avaliou tanto a conformidade genérica do regime de interceção relevante como a questão específica de saber se os direitos individuais dos requerentes foram, de facto, violados. Os organismos envolvidos na autorização e execução de um mandado de intercetação estavam obrigados a divulgar ao IPT todos os documentos por este requeridos, incluindo documentos relativos aos procedimentos internos para o processamento de dados que não pudessem ser tornados públicos por razões de segurança nacional, independentemente dos mesmos apoiarem ou prejudicarem a sua defesa. O IPT tinha o poder discricionário de realizar audiências orais, em público, sempre que possível, e, em processos fechados, poderia nomear um advogado para representar e fazer observações em nome de reclamantes que não estivessem representados. No âmbito dos seus poderes decisórios, o

IPT tinha o poder de conceder uma compensação e emitir ordens que julgasse convenientes, incluindo anulação ou cancelamento de qualquer mandado e exigir a destruição de qualquer registo de comunicações. Na queixa apresentada pelos requerentes, no terceiro dos processos apensos, o IPT utilizou todos esses poderes em benefício dos mesmos.

Considerando tanto a forma como o IPT exerceu seus poderes nos últimos quinze anos como o efeito e o impacto que os seus julgamentos tiveram em termos legislativos e nos procedimentos nacionais, as preocupações expressas pelo Tribunal no processo *Kennedy c. Reino Unido*, acerca da sua eficácia como meio judicial de apreciação e decisão desta tipologia de questões, perderam pertinência.

O Tribunal pôde constatar que, quando o IPT considerou um determinado regime de vigilância incompatível com a Convenção, o Governo tomou medidas adequadas a corrigir a situação. Assim, embora o governo não tenha apresentado provas inequívocas de que as decisões do IPA, sobre a incompatibilidade dos procedimentos internos com a Convenção, constituem “obrigações vinculantes”, o Tribunal aceitou que a prática instituída é suficientemente certa e adequada para considerar o IPA como um procedimento interno eficaz nos termos do artigo 35.º da Convenção.

O Tribunal, todavia, reconheceu que os requerentes do primeiro e segundo casos apensos, considerando a data em que as suas petições foram apresentadas, não podiam ser criticados por terem confiado na autoridade da decisão do processo *Kennedy* (que decidiu que o IPT não era um meio processual efetivo para o exercício de uma ação judicial sobre a conformidade geral de um regime de vigilância com a Convenção). Concluiu-se, portanto, que as circunstâncias especiais dos casos eximiam tais requerentes da exigência da prévia apresentação das suas queixas perante o IPT.

#### Artigo 8.º da Convenção

##### a) O regime da secção 8 (4), RIPA

i) *Princípios gerais relativos às medidas secretas de vigilância, incluindo a interceção de comunicações* - Na sua jurisprudência sobre a interceção de comunicações em investigações criminais, o Tribunal fixou os seis requisitos mínimos que devem ser legalmente estabelecidos, a fim de evitar abusos de poder: a natureza das ofensas que podem dar origem a uma ordem de interceção; a definição das categorias de pessoas cujas comunicações são suscetíveis de ser interceptadas; o limite dos períodos de interceção; o procedimento a ser seguido para examinar, usar e armazenar os dados obtidos; as precauções a serem tomadas na transmissão de dados a outras entidades; e as circunstâncias em que os dados interceptados podem ou

devem ser eliminados ou destruídos. No acórdão *Roman Zakharov c. Rússia* [GC], o Tribunal confirmou que estes seis requisitos mínimos são outrossim aplicáveis nos casos em que a interceção é efetuada por motivos de segurança nacional. No entanto, ao determinar se a legislação impugnada viola o artigo 8.º, também se impõe ter em conta as disposições previstas na legislação nacional destinadas a supervisionar a implementação de medidas secretas de vigilância, os mecanismos de notificação e os procedimentos de controle.

O exame e a supervisão de medidas de vigilância secreta podem entrar em jogo em três etapas distintas: quando a vigilância é pela primeira vez solicitada, durante a sua execução, ou depois de terminada. Quanto às duas primeiras etapas, a própria natureza e lógica da vigilância secreta dita que não apenas a vigilância em si, mas o relatório de acompanhamento da mesma, deveriam ser efetuados sem o conhecimento do indivíduo (alvo). Consequentemente, uma vez que o indivíduo se encontra impedido de exercer um meio de controle efetivo por conta própria ou de tomar parte direta em qualquer processo de análise, é essencial que os procedimentos legalmente estabelecidos forneçam, eles próprios, garantias adequadas e equivalentes para salvaguardar os seus direitos. Num campo em que o abuso de poder é potencialmente tão fácil de ocorrer e cujas consequências podem ser extremamente danosas para a sociedade democrática como um todo, é, em princípio, desejável que o controle da vigilância esteja confiado a um juiz. O controle judicial oferece as melhores garantias de independência, imparcialidade e adequação.

No que se refere à terceira fase, subsequente ao termo da vigilância, a questão da ulterior notificação das medidas de vigilância encontra-se indissolúvelmente ligada à eficácia dos meios perante os tribunais e, por conseguinte, à existência de garantias eficazes contra o abuso dos poderes de fiscalização. A possibilidade de recurso aos tribunais com a finalidade de impugnar a legalidade da vigilância é obviamente limitada, porquanto, a menos que o indivíduo (alvo) seja informado ou adquira conhecimento informal das medidas tomadas durante a sua execução, a impugnação da sua legalidade só pode ser feita com efeitos retroativos.

(ii) *O teste a ser aplicado* - O Tribunal rejeitou o argumento dos requerentes de que as seis exigências mínimas deviam ser “atualizadas” pela inclusão de um novo requisito de exigência de indícios objetivos da existência de uma suspeita razoável em relação às pessoas cujos dados eram pretendidos e que estes indícios sejam prévios à autorização judicial; bem como a obrigatoriedade de notificação subsequente do indivíduo.

Considerando o atual nível de ameaça decorrente tanto do terrorismo global como da criminalidade grave, é inequívoco que a intercetação massiva é um meio valioso na prossecução de objetivos legítimos de política criminal. A intercetação em massa é, por definição, não direcionada. E exigir uma “suspeita razoável” tornaria a sua operacionalidade impossível. Da mesma forma, o requisito de “notificação subsequente” pressupõe a existência de alvos de vigilância claramente definidos, o que simplesmente não é o caso num regime de intercetação em massa. Embora o Tribunal considere que a autorização judicial é uma salvaguarda importante, e talvez até a “melhor prática”, só por si poderia não ser suficiente para garantir o cumprimento do artigo 8.º, da Convenção. Para tal, é antes necessário ter em conta o funcionamento real do sistema de intercetação, incluindo o controle e exame do exercício do poder e a existência ou ausência de qualquer evidência de abuso real.

Por conseguinte, o Tribunal examina os fundamentos justificantes de qualquer interferência por referência aos seis requisitos mínimos *supra* mencionados, adaptando-os, quando necessário, para refletir o funcionamento de um regime de intercetação em massa.

iii) *Âmbito da aplicação das medidas de vigilância secreta* – Na análise dos dois primeiros requisitos mínimos, o Tribunal considerou que o normativo legal aplicável era suficientemente claro e dava aos cidadãos uma indicação adequada das circunstâncias e das condições em que uma autorização ao abrigo da secção 8 (4) pode ser emitida. Não se existem indícios de que o Secretário de Estado tivesse autorizado os mandados de intercetação sem a devida e adequada análise. O processo de autorização estava sujeito a supervisão independente e o IPT tinha ampla jurisdição para examinar qualquer reclamação de intercetação ilegal. O Tribunal concluiu também que as disposições relativas à duração e renovação dos mandados de intercetação, as disposições relativas ao armazenamento, acesso, análise e utilização dos dados intercetados, as disposições relativas ao procedimento a seguir para a transmissão de dados e as disposições relativas à destruição do material de intercetação eram claras e continham garantias suficientes e adequadas contra o abuso.

Com relação à seleção de comunicações para exame, uma vez intercetadas e filtradas as comunicações, as que não foram descartadas quase em tempo real foram pesquisadas. Em primeiro lugar, pela aplicação informática de simples selecionadores (como endereços de e-mail ou números de telefone) e critérios iniciais de busca, e subsequentemente pelo uso de pesquisas complexas. Os critérios de busca não precisam ser tornados públicos, nem necessariamente precisam ser listados na ordem de intercetação. No entanto,

tais critérios devem estar sujeitos a supervisão independente. Garantia que parece omissa no regime da secção 8 (4). Na prática, a única supervisão independente do processo de seleção de dados era a levada a cabo pela auditoria *pos factum* do Comissário de Intercetação de Comunicações e, em caso de queixa, pelo IPT. No regime de intercetação massiva, em que o poder para intercetar não é significativamente circunscrito pelos termos do mandado, as garantias aplicáveis na fase de filtragem e seleção para exame têm de ser necessariamente mais robustas.

O Tribunal considerou que os serviços de informação do Reino Unido cumpriram as suas obrigações decorrentes da Convenção e não abusaram dos poderes concedidos pela secção 8 (4), da RIPA. No entanto, através do exame acurado desses poderes foi possível identificar duas principais áreas de preocupação: primeiro, a falta de supervisão de todo o processo de seleção, incluindo a seleção de suporte para intercetação, os seletores e critérios de busca para filtrar comunicações intercetadas, e a seleção de material para exame por um analista; e, em segundo lugar, a ausência de quaisquer salvaguardas reais aplicáveis à seleção dos dados de comunicação relacionados para análise. Em vista dessas deficiências, o Tribunal concluiu que o regime da secção 8 (4) não preenchia o requisito de “qualidade da lei” e não era suficiente para garantir e conter a “interferência” no que era “necessário numa sociedade democrática”.

Conclusão: violação (cinco votos contra dois).

(b) *O regime de partilha de dados* - Esta foi a primeira vez que o Tribunal foi solicitado para apreciar o cumprimento da Convenção por um regime de partilha de dados. A interferência no caso não era ocasionada pela intercetação das próprias comunicações, estava antes relacionada com o recebimento do material intercetado e subsequente armazenamento, exame e uso pelos serviços de informação do Estado demandado. As circunstâncias em que o material de intercetação pode ser solicitado aos serviços de informação estrangeiros devem encontrar-se concretamente estabelecidas no direito interno para evitar abusos de poder. Embora as circunstâncias em que tal solicitação pode ser feita possam não ser idênticas às circunstâncias em que o outro Estado pode realizar a própria intercetação, elas devem, no entanto, ser claramente estabelecidas para impedir os Estados de, através deste meio, contornar o direito interno ou as obrigações da Convenção.

O Tribunal ficou convencido acerca da existência de uma base legal para o pedido de dados de agências de informação estrangeiras, que essa lei era suficientemente clara e tinha um escopo legítimo. Além disso, o Tribunal considerou que a legislação interna determinava com suficiente clareza o procedimento para solicitar a

intercetação ou o envio de material de intercetação por parte de agências de informação estrangeiras. Não ficou demonstrada a existência de quaisquer falhas significativas na aplicação e operação do regime.

Conclusão: não violação (cinco votos contra dois).

c) *O Capítulo II* - O regime do capítulo II permite a aquisição de dados de comunicação dos prestadores de serviços de comunicação (CSP) por determinadas autoridades públicas. O direito interno, tal como interpretado pelas autoridades nacionais à luz dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), exige que qualquer regime que permita às autoridades o acesso aos dados retidos pelos CSPs deve restringir o mesmo ao objetivo de combate à criminalidade grave e impor que o acesso seja sujeito a autorização prévia por um tribunal ou órgão administrativo independente. Como o regime do Capítulo II permite o acesso a dados obtidos com o propósito de combater o crime (em vez de “crime grave”) e, salvo quando o acesso foi requerido com a finalidade de determinar a fonte de um jornalista, não está sujeito a autorização prévia por um tribunal ou órgão administrativo independente, entendeu o Tribunal que tal regime não está em conformidade com a lei na aceção do artigo 8.º da Convenção.

Conclusão: violação (seis votos contra um).

Artigo 10.º: Os requerentes, no segundo dos casos apensos, um jornalista e uma agência de notícias, queixaram-se da interferência ocasionada pelo funcionamento dos regimes da secção 8 (4) e do Capítulo II sobre material jornalístico confidencial.

(a) *O regime da secção 8 (4)* - As medidas de vigilância, previstas no regime da secção 8 (4), não servem o propósito de vigiar jornalistas ou descobrir fontes jornalísticas. Em abstrato, as autoridades só poderiam saber que as comunicações de um jornalista haviam sido intercetadas aquando da análise dos dados. A intercetação de tais comunicações, em si mesma, não pode ser considerada como uma interferência particularmente séria na liberdade de expressão. No entanto, se essas comunicações forem selecionadas para exame, a interferência é inequivocamente maior e só seria “justificada por uma exigência primordial do interesse público” se acompanhadas de garantias suficientes relativas tanto às circunstâncias em que elas poderiam ser selecionados intencionalmente para exame como à proteção da confidencialidade.

Revelou-se particularmente preocupante a inexistência de elementos de definição e circunscrição do poder de pesquisa dos serviços de informação relativamente a material jornalístico confidencial ou outro material (por exemplo,

usando o endereço de e-mail de um jornalista como um seletor); ou a exigir que os analistas ao selecionar o material para exame tivessem em consideração o tipo de material jornalístico que estava ou poderia estar envolvido. Parece, por isso, que os analistas podem pesquisar e examinar, sem restrições, todo o conteúdo e os dados de comunicação relacionados com esse género de comunicações interceptadas.

Tendo em vista o potencial efeito inibitório que qualquer interferência na confidencialidade das suas comunicações e em particular das suas fontes, pode ter sobre a liberdade de imprensa e, valorando a inexistência de qualquer outra limitação imposta aos serviços de informação neste domínio, além do requisito de "justificar-se por uma exigência imperiosa de interesse geral", o Tribunal concluiu que houve uma violação do artigo 10.º da Convenção.

(b) O Capítulo II Regime - Ao considerar a queixa submetida ao abrigo do Artigo 8.º, o Tribunal concluiu que o regime do Capítulo II não estava de acordo com a Convenção, porquanto: por um lado, permitia o acesso aos dados obtidos quando solicitados com o objetivo de combater o crime (em vez de "crime grave") e, por outro lado, exceto quando o acesso era requerido para determinar a fonte de um jornalista, não estava sujeito a autorização prévia por um tribunal ou órgão administrativo independente.

O Tribunal reconheceu que o regime do Capítulo II oferecia uma proteção mais elevada quando os dados eram solicitados com o objetivo de identificar uma fonte jornalística. No entanto, este regime constituía uma exceção inaplicável aos demais pedidos de obtenção de dados de comunicação de jornalistas. Acresce que, nesta tipologia de casos, também não estão previstas disposições especiais de restrição do acesso, designadamente ao propósito de combater o "crime grave". Consequentemente, o Tribunal concluiu que tal regime não estava de "de acordo com a lei", nos termos pressupostos no Artigo 10.º da Convenção.

Conclusão: violação (seis votos contra um).

O Tribunal rejeitou as queixas apresentadas com fundamento nos Artigos 6.º e 14.º, combinadas com os Artigos 8.º e 10.º da Convenção, por entender que eram manifestamente infundadas.

Artigo 41.º: nenhuma reclamação feita em relação a danos.

#### ARTIGO 8.º DA CONVENÇÃO

##### **Respeito pela Vida Familiar**

**Jansen c. Noruega** – queixa n.º 2822/16

Recusa do direito de visita à mãe em relação à filha colocada num orfanato devido ao risco de rapto

Acórdão de 06.09.2018 [Secção V]:

#### 1- Factos:

Em 2011, quando sua filha nasceu, a requerente tinha 19 anos e morava em casa de seus pais, noruegueses de etnia cigana. Pouco tempo depois, ela e a sua filha foram expulsas de casa pelo pai da requerente, tendo ido viver para um centro de acolhimento familiar. Ambas mudaram várias vezes para a casa dos pais, acabando sempre por regressar ao centro. Durante um desses períodos de permanência no centro, o pai da requerente apunhalou um casal vizinho que, segundo ele, teria ajudado a filha a mudar-se para o centro. Após este incidente, a requerente regressou novamente a casa dos pais. Pouco tempo depois, o Serviço de Assistência à Criança requereu uma ordem legal de proteção da criança.

Em junho de 2012, a filha da requerente foi transferida de emergência para uma família de acolhimento, cuja morada se determinou que permanecesse secreta. A requerente foi autorizada a visitar a filha durante uma hora por semana. Devido ao risco de a criança poder ser raptada pela mãe, as visitas eram supervisionadas. Alguns meses depois, a criança foi transferida para o lar de acolhimento atual.

Em dezembro de 2012, foi emitida uma nova ordem de proteção, autorizando os pais a visitarem a filha uma hora, quatro vezes por ano. As visitas continuaram a ser supervisionadas e nenhum dos dois foi autorizado a conhecer a residência da criança. Posteriormente, em junho de 2013, o Tribunal de Comarca decidiu proibir ambos de visitar a filha, com fundamento no superior interesse da criança e por se concluir existir um risco sério de a mesma poder vir a ser raptada. O recurso desta decisão foi indeferido.

#### 2 – Decisão:

Artigo 8.º da Convenção: Com base na avaliação das provas recolhidas, os tribunais internos concluíram existir um risco real da criança poder ser raptada pelo pai da requerente ou por outros familiares. O pai da requerente esfaqueou um casal vizinho, por acreditar que teriam ajudado a tirar a criança de casa. A requerente foi informada de que o seu pai planeava matá-la e levar a sua criança para outro país. O pai da criança recebeu ameaças de morte quando procurou estabelecer sua paternidade. E um membro da família seguiu um dos pais de acolhimento, numa possível tentativa de descobrir o paradeiro da criança. Não foram apresentados elementos probatórios perante o Tribunal que permitissem concluir que os tribunais nacionais tinham errado ao avaliar o risco de rapto e ao qualificá-lo como "um risco real". O Tribunal aceitou também a avaliação das autoridades nacionais de que as consequências de um possível rapto teriam sido prejudiciais para o desenvolvimento da criança,

dado que esta, se tal se concretizasse, teria ficado exposta ao risco do seu bem-estar ser negligenciado.

Relativamente ao procedimento, após a ordem de proteção emitida em dezembro de 2012, constatou-se que o caso foi examinado uma vez pelo Tribunal da Comarca, duas vezes pelo Tribunal de Recurso e uma vez integralmente pelo Supremo Tribunal. Além disso, foi submetido a uma revisão pelo Comité de Apelação do Supremo Tribunal, composto por três juízes de direito, um juiz civil e um psicólogo. Houve, portanto, assessoria especializada. A requerente, assistida por advogado, também foi autorizada a apresentar provas e prestar depoimento no Tribunal da Comarca e perante o Tribunal de Recurso em ambas ocasiões. Daqui, se conclui que o processo decisório interno procedeu a uma análise aprofundada da situação e a requerente esteve suficientemente envolvida nele, tendo os seus interesses sido adequadamente ponderados e protegidos.

Os tribunais nacionais avaliaram não só a situação da requerente e da sua filha no momento em que ambas foram pela primeira vez para a casa de acolhimento como também acompanharam todos desenvolvimentos posteriores. O Tribunal de Recurso procedeu a uma avaliação exaustiva do desenvolvimento da situação pessoal da requerente à data em que foi chamado a decidir. Muitos aspetos diferentes foram, portanto, considerados no processo de tomada de decisão: não apenas o risco de rapto, mas também as consequências que o mesmo podia produzir na criança, os indícios desta ter sofrido negligência, a sua vulnerabilidade e a suas necessidades, o seu interesse em conhecer o seu passado e a cultura cigana e os efeitos que o contacto com a família biológica produziria sobre os pais adotivos e as condições no lar adotivo. Tendo todos estes aspetos em mente, é incontestável que as autoridades nacionais realizaram uma análise suficientemente aprofundada do caso e a decisão foi tomada com fundamento naquilo que se entender ser o superior interesse da criança.

O Tribunal de Recurso considerou que o risco de rapto não se restringia aos períodos de visita e que existia sério risco de, caso a morada da família de acolhimento fosse conhecida pela requerente e/ou seus familiares, a segurança da criança ficaria seriamente em causa. A organização das visitas da mãe era, portanto, difícil e qualquer uma das sessões poderia ter implicado potencialmente que a informação sobre onde a criança vivia fosse revelada. O que foi determinante para a redução do número de visitas. A decisão do Tribunal de Recurso não se centrou em reunir a filha e a mãe ou em preparar a reunificação num futuro próximo, mas em proteger a criança de um potencial rapto. Com esta decisão, criou-se obviamente o risco de a criança perder completamente o contacto com a mãe. De harmonia com a jurisprudência deste Tribunal, era imperativo

considerar os efeitos que uma separação permanente de uma criança da sua mãe natural pode produzir a longo prazo (ver, *mutatis mutandis*, *Görgülü c. a Alemanha*). Tanto mais que, no caso concreto, a separação também poderia levar à alienação da criança da sua identidade cigana.

O tribunal concluiu, por conseguinte, que as potenciais consequências negativas a longo prazo da separação da criança da mãe biológica e o dever positivo do Estado de tomar medidas para facilitar o reagrupamento familiar, assim que o mesmo se revelasse razoavelmente viável, não foram suficientemente ponderadas no caso concreto por forma a produzir uma decisão equilibrada.

Decisão: violação (por unanimidade)

Artigo 41.º: 25.000 euros a título de dano não patrimonial.

(Ver *Görgülü v. Alemanha*, n.º 74969/01, 26 de fevereiro de 2004)

#### ARTIGO 10.º DA CONVENÇÃO Respeito pela Vida Familiar

*Savva Terentyev c. Rússia* – queixa n.º 10692/09:

Condenação a pena de prisão suspensa na sua execução por comentário ofensivo sobre polícias efetuado num blog

Acórdão de 28.08.2018 [Secção III]

##### 1- Factos:

O requerente, um jovem *blogger*, postou um comentário *on-line* sobre polícias apelidando de “incultos”, qualificando-os com “os representantes mais burros e menos educados do mundo animal” e clamando pela “queima dos polícias infieis em fornos semelhantes aos de Auschwitz”, com o propósito de “limpar a sociedade desta imundície”. Em consequência desta conduta, foi condenado por crime de incitação ao ódio contra polícias, enquanto grupo social, a uma pena de um ano de prisão suspensa na sua execução.

##### 2 – Decisão:

Artigo 10.º da Convenção: O Tribunal partiu do pressuposto de que a interferência na liberdade de expressão do requerente foi realizada de acordo com a lei e visava a concretização de um objetivo legítimo, a saber: proteger a reputação e os direitos dos polícias russos.

O texto em questão continha expressões muito fortes, depreciativas e injuriosas. No entanto, a questão fulcral reconduzia-se a avaliar se as afirmações do requerente, lidas como um todo e integradas no contexto global, podiam ser entendidas como um incitamento à violência, ao ódio ou à intolerância. Importa ter presente que o *post* foi feito no

contexto de uma discussão pública sobre uma questão de interesse público e geral, nomeadamente o alegado envolvimento da polícia no silenciamento e na opressão da oposição política durante um período de campanha eleitoral. O *post* mostrava o sentimento de reprovação do requerente e a rejeição do que, segundo ele, teria sido um abuso de autoridade por parte da polícia. E visava transmitir o seu ponto de vista cético e sarcástico sobre os padrões morais e éticos dos polícias russos, podendo, nessa perspectiva, ser entendido como uma crítica contundente à conduta da polícia russa.

Embora o trecho sobre “a queima [cerimonial] de polícias infieis em fornos semelhantes a Auschwitz” possa ser considerada como particularmente agressiva e hostil, não foi, ao contrário do considerado pelos tribunais internos, um apelo ao extermínio “físico” dos polícias, mas antes uma metáfora provocativa e um apelo emocional para ver a polícia “limpa” de polícias corruptos e abusivos (“polícias infieis”). No que à referência a Auschwitz concerne, pese embora os sobreviventes do Holocausto e especialmente aqueles que escaparam de Auschwitz pudessem sentir-se ofendidos com tal afirmação, o que é certo é que a proteção dos seus direitos nunca foi referida pelos tribunais internos como um dos fundamentos da condenação. Acresce que, o *post* em questão não revelou qualquer intenção de elogiar ou justificar as práticas nazis levadas a cabo em Auschwitz. Não foram apresentados argumentos explicativos do motivo pelo qual os agentes da polícia russa poderiam considerar-se afetados por tal referência. E, numa interpretação mais geral, a ideia de aniquilação pelo fogo não podia, por si só, ser considerado como incitamento a qualquer ação ilegal, *designadamente à violência*.

Evidenciou particular relevância a circunstância do requerente não ter visado individualmente qualquer policial suscetível de ser identificado, mas apenas se ter referido à polícia como uma instituição pública. Instituição esta que dificilmente pode ser descrita como um grupo carente de maior ou especial proteção. Enquanto parte integrante das forças de segurança do Estado, a polícia deve possuir um grau de tolerância ao discurso ofensivo particularmente elevado; exceto se tal que tal discurso for apto a provocar algum comportamento ilegal e iminente em relação aos seus membros, expondo-os a um risco real de violência física. Não havia nenhuma indicação de que o *post* tivesse sido publicado como manifestação contra um contexto social ou político sensível ou alguma situação de tensão em termos de segurança, que envolvesse motins anti-polícia ou outra circunstância em que os polícias estivessem expostos a uma ameaça real e iminente de violência física. Os tribunais nacionais não lograram portanto explicar por que razão os polícias, enquanto grupo social, precisavam de proteção reforçada.

Quanto à avaliação do impacto potencial do *post*, os tribunais internos não procuraram avaliar se o *blog*, em que o *post* foi publicado, era geralmente muito visitado ou mesmo estabelecer o número real de usuários que acessaram o *blog* durante o período de um mês durante o qual o *post* esteve disponível. Na verdade, foi precisamente o processo criminal que despertou o interesse do público para o *post*, que aparentemente até então havia atraído pouca atenção do público. O requerente não era um *blogger* particularmente conhecido ou um usuário popular das redes sociais, e muito menos uma figura pública ou influente ao ponto de poder atrair a atenção pública e, assim, aumentar o impacto potencial do *post* impugnado. O potencial deste para atingir e influenciar a opinião pública foi, portanto, muito reduzido.

Em relação à análise efetuada pelos tribunais nacionais, o Tribunal concluiu que eles se concentraram na forma e no teor das declarações contidas no *post* impugnado, sem as analisar e avaliar no contexto fáctico mais relevante. Além disso, nenhuma tentativa foi feita para determinar a aptidão das mesmas para causar prejuízos reais. Por conseguinte, os fundamentos invocados para a condenação não podem ser considerados «relevantes e suficientes» para justificar a ingerência na liberdade de expressão do requerente.

Embora ofensivas, insultuosas e virulentas, as declarações do requerente não podiam ser qualificadas como uma tentativa de incitamento ao ódio contra os polícias russos, nem detinham potencial para provocar violência e criar um perigo claro e iminente para os mesmos. Consentaneamente, naufragando a demonstração destes fatos, naufraga também o fundamento da condenação do requerente na pena de prisão suspensa na execução. O Tribunal concluiu, por isso, que a interferência foi desproporcional ao objetivo legítimo invocado.

Decisão: violação (por unanimidade)

Artigo 41.º: a decisão de violação constitui suficiente “justa reparação” em relação a qualquer dano não pecuniário. (Ver também *Dmitriyevskiy c. Rússia*, nº 42168/06, 3 de outubro de 2017).

**ELABORAÇÃO:**

**PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE**

JUIZ DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH)

**ANA MARIA DUARTE**

**OLINDA MORAIS MORGADO**  
JURISTAS DO TEDH

**CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (CEJ)**

**EDGAR TABORDA LOPES**

JUIZ DESEMBARGADOR

**ANA CAÇAPO**

GRAFISMO – FORMAÇÃO CEJ