

Meios não jurisdicionais, internacionais e nacionais, de protecção dos direitos do recluso

1. O Provedor de Justiça de Portugal nasce em 1975, como todos bem sabemos, da tradição do *Ombudsman* sueco.

Esta figura do *Ombudsman* tem seguramente raízes pré-modernas em vários e diversos quadrantes civilizacionais; mas a sua raiz moderna situa-se no mundo escandinavo e na transição do século XVIII para o século XIX. Nessa altura, o *Ombudsman* surge como um auxiliar da boa administração; como um elo de ligação entre os cidadãos e o poder político no que dizia respeito ao assegurar das funções constitucionais que então se começavam a impor ao poder executivo, poder esse que começava gradualmente a transformar-se em poder justo, neutral, imparcial *porque submetido à lei*.

É com esta configuração que, a partir da segunda metade do século XX, a figura é “exportada” para muitas outras ordens, entre as quais a portuguesa, logo em 1975. A todas as concretizações desta figura são dadas, nas diversas ordens nacionais, nomes diferentes: Mediadores, Defensores, Comissários, Provedores. A todas estas concretizações da figura foi atribuída a mesma função primacial: a de ser um meio informal de realização da justiça, que, ao tempo, se afigurava como justiça garantida perante o poder mais ameaçador que se antevia, o poder executivo ou administrativo. Nascia um pouco por todo o mundo a figura homóloga à do Provedor de Justiça português, que tinha a caracterizá-la o facto de ser um meio não jurisdicional de defesa dos direitos dos administrados e um auxiliar do dever estadual da boa administração.

2. É impossível dizer-se quando é que esta figura, nascida para o direito administrativo e dentro do direito administrativo, “migra” para o direito constitucional, tornando-se por isso, *não numa figura estruturalmente diversa daquela da qual provinha*, mas numa instituição que, embora dotada da mesma caracterização estrutural, agiria doravante em domínios mais amplos do que os originais. No entanto, sabe-se hoje que a evolução se deu deste modo: mantendo a mesma caracterização essencial – ou seja, a de uma instituição nascida *dentro do Estado* para prover através de meios céleres, informais e gratuitos (numa palavra: meios não jurisdicionais) a realização da justiça nas relações entabuladas entre os cidadãos e esse mesmo Estado – a instituição mudou *porque mudou a concepção básica de justiça* que a instituição visava prover. Explico-me quanto a este ponto, que me parece ser central.

3. No século XIX, quando o *Ombudsman* sueco nasceu, assegurar por meio não jurisdicionais a justiça entre Estado e cidadãos significava proteger os segundos contra as investidas do poder executivo ou administrativo do Estado. Era este o poder ameaçador por excelência. Num quadro de dualismo constitucional, em que o princípio de legitimidade monárquica coexistia e concorria com o princípio da legitimidade de representação nacional, o poder executivo *era em si mesmo* expressão visível da velha ordem de legitimidade - era em si mesmo expressão de uma das versões de legitimidade do poder em concorrência – porque a sua titularidade cabia ao monarca. Era este o poder ameaçador por excelência, visto que o outro poder em concorrência – o da representação nacional – procurava dominá-lo através da afirmação da sua subordinação à lei, que nada mais era do que ato seu, proveniente do Parlamento. Neste quadro histórico, a lei era a justiça. A submissão à lei implicava o cumprimento das exigências de

justiça. A justiça realizava-se com a afirmação, substantiva e adjectiva, da legalidade da administração. Nesta concepção comum de justiça, o órgão do Estado que estava encarregue de a realizar, por meios informais ou não jurisdicionais, pertencia por natureza ao domínio do direito administrativo porque visava assegurar a defesa do cidadão face ao poder ameaçador por excelência. O poder ameaçador por excelência era o poder da administração.

4. Não se pode dizer com segurança quando é que começa a mudar esta concepção de justiça, que era a “concepção comum” do século XIX. Mas há duas coisas que a este respeito se podem afirmar com alguma certeza.

A primeira incide só sobre Portugal e traduz-se num dado muito conhecido. Quando o Provedor de Justiça é recebido (porque já existia antes, no período pré-constitucional) na Constituição de 1976 já não é esta a concepção de justiça que se adopta. É certo que ele é visto, quer pela Constituição quer pela lei, como um auxiliar da boa administração, ou ainda como um elemento de direito administrativo. Mas também é visto como algo mais do que isso: é membro do Conselho de Estado; é um instrumento de realização dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos dos administrados); por causa disso, é uma instituição auxiliar da justiça constitucional. Em suma: a migração da instituição do direito administrativo para o direito constitucional realiza-se no direito português desde a sua origem em 1976 porque tem por pressuposto uma *concepção comum de justiça*, segundo a qual os direitos essenciais que é preciso defender já não são *apenas* direitos dos administrados; segundo a qual o poder ameaçador a reclamar limite já não é, *apenas*, o poder administrativo. Assim pensado, o Provedor de Portugal inspirará muitos

outros, como, por exemplo, o «Defensor do Povo» de Espanha: o tema é conhecido, e, por isso, sobre ele me não vou agora alongar.

A segunda coisa que é possível dizer-se, sobre este processo de «migração» da instituição do direito administrativo para o direito constitucional, é que ele se deve muito ao direito internacional. A concepção comum de justiça que o século XX – sobretudo, a segunda metade do século XX – adoptou, e que determina a concretização atual da figura do Provedor, nasce do direito internacional ao mesmo tempo que nasce nos diferentes direitos nacionais. Aqui, a interligação entre direito internacional e direito nacional é tão forte – e os rumos da evolução de ambos tão contemporâneos – que há mesmo quem diga que já não faz muito sentido insistir na classificação disjuntiva de ambos, porque ambos se acabaram por misturar naquilo que hoje forma o *direito constitucional internacional*. E no âmago deste direito uno (constitucional internacional) encontra-se, como todos sabemos, o Direito dos Tratados de Direitos Humanos, iniciado – como expressão de um novo consenso constitucional, ou como expressão de uma nova concepção comum de justiça – há precisamente setenta anos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). A forma como a DUDH se acabou por «desdobrar» em convenções sectoriais destinadas a garantir que os Estados cumprissem, nas suas ordens internas, os diferentes direitos que nela se enumeravam é bem conhecida, pelo que também me não vou alongar agora sobre o tópico; mais importante me parece sublinhar a forma como esse *novo corpus* foi penetrando os direitos constitucionais nacionais, criando aquilo a que Christian Tomuschat chamou «constituições paralelas de direito internacional». É que as convenções internacionais de Direitos Humanos se não limitaram a enunciar, substantivamente, as obrigações dos Estados quanto à protecção dos diferentes direitos que a DUDH, em núcleo fundamental, enumerara. O dado essencial novo que este direito

constitucional internacional fixou foi o dos instrumentos adjetivos que cada tratado internacional foi prevendo para garantir o seu cumprimento – instrumento esse que, pela própria natureza das coisas, tinha que ser de ordem não jurisdicional. Nasceram assim os «mecanismos» de direito internacional que se destinavam a controlar o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados com a ratificação dos Tratados de Direitos Humanos: os gerais, (os *Charter Based Mechanism*) e os especiais, instituídos especificamente por cada Tratado (os *Treaty based Mechanism*).

Estes meios adjetivos contribuíram para transformar todos estes instrumentos em “constituições paralelas de Direito Internacional» – forjando assim o direito constitucional internacional – porque criaram um novo nível de normatividade que, pelo especial peso cogente que foi tendo, penetrou o direito constitucional de cada Estado. Ao fazê-lo, contribuiu também para elevar a um outro nível a concepção comum de Justiça sobre a qual se construiu o consenso constitucional da segunda metade do século XX. Um consenso que já não elege como poder ameaçador o poder executivo, num quadro de rivalidades entre dois princípios distintos de legitimidade do poder, mas um consenso que elege como poder ameaçador todo aquele que afetar os bens jurídicos que doravante se consideram fundamentais. Os bens da pessoa. Os bens tutelados pelo nascente *direito constitucional internacional*. Bens que prevalecem não apenas sobre o poder executivo, mas, se necessário for, sobre o poder legislativo, ainda que este seja expressão da vontade maioritária de uma certa comunidade política. Bens contramaioritários, portanto, que enformam afinal a nossa concepção comum de justiça e que determinam a amplitude de funções que detêm hoje as instituições de proteção não jurisdicional dos direitos das pessoas que são as homólogas do Provedor de Justiça português.

5. É neste contexto que se tem que compreender a função que o Provedor sempre desempenhou enquanto instrumento de garantia não jurisdicional dos direitos dos reclusos. Na sua veste de auxiliar do cumprimento por parte do Estado do dever de boa administração e na sua veste de defensor do cidadão perante o poder executivo – enquanto epítome do poder ameaçador por excelência –, o Provedor sempre teve poderes inspectivos dos estabelecimentos prisionais. E exerceu-os enquanto tal – enquanto poderes, que lhe permitiam averiguar do grau de cumprimento dos deveres de boa administração por parte da administração penitenciária, por *motu proprio* ou na sequência de queixas que lhe eram dirigidas, e que lhe permitiam formular recomendações dirigidas ao poder executivo. Os mandatos de Menéres Pimentel e de Nascimento Rodrigues, com os relatórios que fizeram sobre o estado dos nossos estabelecimentos prisionais, contribuíram não apenas para que a comunidade assumisse tais estabelecimentos como coisa sua, como problema seu, mas ainda para que os direitos dos reclusos fossem levados a sério.

Agora, porém, é outro o contexto normativo em que neste domínio se move o Provedor. Um contexto que já não é apenas o do direito interno, que lhe atribui poderes inspectivos quanto aos estabelecimentos prisionais. Mas um contexto que, sendo de direito internacional, vincula o Estado português a um outro e diferente tipo de acção, no que a «todos os universos prisionais» diz respeito.

Refiro-me, como espero que fique claro, às obrigações que o Estado português assumiu ao ratificar a Convenção Internacional de Prevenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes. Convenção da ONU, datada de 1984 e ratificada por Portugal em Julho de 1988, e que concretiza o direito consagrado no artigo 5.º da Declaração – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamentos cruéis,

desumanos ou degradantes. Além disso, em 2012, a Assembleia da República aprovou o Protocolo Facultativo à Convenção, que fora adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 18 de Dezembro de 2002. O Protocolo Facultativo prevê, enquanto *Treaty based Mechanism*, os meios para assegurar o cumprimento, por parte dos Estados membros, das obrigações assumidas em virtude da Convenção.

Que meios são esses? Basicamente, três.

Em primeiro lugar, o estabelecimento de visitas regulares, efectuadas por organismos internacionais e nacionais independentes, a todos os locais onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, a fim de prevenir (e saliento bem: prevenir) a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. (artigo 1.º do Protocolo)

Em segundo lugar, a criação de uma instituição que realiza o seu trabalho no âmbito da Carta das Nações Unidas e que levará a cabo tais visitas regulares, instituição essa que é o Subcomité Para a Prevenção da Tortura e de Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, cuja composição vem definida no artigo 10.º ao Protocolo Facultativo.

Em terceiro lugar, a criação, a nível interno, de um organismo destinado a realizar tais visitas, e que é o Mecanismo Nacional de Prevenção contra a Tortura (artigo 17.º do Protocolo Facultativo).

Por resolução do Conselho de Ministros datada de 9 de Maio de 2013, o Estado português designou o Provedor de Justiça como – e cito os termos da Resolução – “mecanismo nacional de prevenção”.

Que exigências e desafios decorrem de tudo isto para o Provedor de Justiça, designado como Mecanismo?

Saliento os seguintes:

Em primeiro lugar, os poderes que o Provedor sempre teve, de realizar inspeções em estabelecimentos prisionais, já não são poderes, que se naturalmente se inscreviam na sua função precípua de fiscalização do cumprimento das obrigações estaduais de boa administração. A efetivação de tais inspeções regulares corresponde agora ao cumprimento de *deveres* que o Estado português assumiu em virtude da Convenção contra a Tortura (chamada CAT) e do seu Protocolo Facultativo (OPCAT).

Em segundo lugar, esses deveres são deveres de prevenir. Visam evitar que o mal aconteça. Não são reações a queixas. Não são de natureza reparadora. São de natureza preventiva.

Em terceiro lugar, incidem tais deveres sobre todos os lugares onde haja pessoas privadas de liberdade. Diz o artigo 4.º, n.º 2, do Protocolo que “se entende por privação de liberdade qualquer forma de detenção ou prisão ou colocação de uma pessoa num local de detenção público ou privado do qual essa pessoa não possa sair por vontade própria, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra”.

Em quarto lugar, o que se visa prevenir. Qual o conceito de tortura que está subjacente a todo este “mecanismo”? Diz o artigo o artigo 1.º da Convenção:

“Para efeitos da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esse sofrimento sejam infligidos por um agente público ou

qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito.”

Acrescenta-se ainda:

“Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.”

A transformação histórica do Provedor de Justiça em instituição com funções constitucionais não anulou – mas apenas integrou num plano mais vasto – a sua dimensão estrita de órgão de controlo não jurisdicional da administração.

Do mesmo modo, creio, a sua designação como “Mecanismo Nacional de Prevenção”, no contexto do OPCAT, também não anula as funções que continua a deter enquanto órgão reparador de injustiças relativamente a reclusos, que se encontrem em estabelecimentos prisionais. Estas funções continuam a ser exercidas, através do recebimento de queixas apresentadas por reclusos e através de ações inspetivas que, no contexto dessas queixas, continuam a ser feitas. O quadro normativo em que substancialmente tais poderes se exercem foi no entanto substancialmente alargado e enriquecido. Desse alargamento e enriquecimento vos procurei dar hoje notícia.

Muito obrigada,

Maria Lúcia Amaral

Lisboa, 25 de setembro de 2018