



PROVEDOR DE JUSTIÇA

“O Provedor de Justiça, os Direitos Fundamentais e o Direito Penal Atual”^(*)

José de Faria Costa, *Provedor de Justiça*

Foi-me proposto que disqueteasse, aqui e agora, sobre a evolução possível ou desejável do direito penal, não enquanto penalista, mas enquanto Provedor de Justiça, imbuído, pois, de uma especialíssima visão facultada pelo desempenho do cargo para que fui eleito. São, contudo, duas perspetivas que não se excluem entre si, reciprocamente, antes se imbricam em uma dialética de complementaridade que potencia uma e outra. Desde logo, porque contrariamente ao que sucede em outras realidades europeias, o domínio de atuação do Provedor de Justiça não se cinge àquele tipo de intervenção que é própria do Ombudsman, com as características que esta figura assume no referencial originário do modelo escandinavo.

É verdade que o Provedor se movimenta em larga medida naqueles espaços intersticiais do direito que foram relegados para o domínio das práticas administrativas, uma área de direito muitas vezes não escrito, mas intuível, em que frequentemente, por ausência de regulamentação ou por negligência da administração, os direitos dos cidadãos são violados ou, pelo menos, não são suficientemente cuidados. Mas a par dessa vertente, o Provedor de Justiça é também Instituição Nacional de Direitos Humanos e projeta-se agora em uma outra vertente: como Mecanismo Nacional de Prevenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Cruéis e Degradantes.

(*) Este texto beneficiou da colaboração do Provedor-Adjunto, Senhor Juiz Desembargador Jorge Miranda Jacob e foi proferido no âmbito do colóquio intitulado “*Jornadas de Direito Penal*”, no dia 21 de março de 2014, em Vilamoura, organizado pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses, pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público e pelo Conselho Distrital de Faro da Ordem dos Advogados.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

É precisamente nestes últimos segmentos que a intervenção do Provedor é confrontada com a ação do direito penal. Vejo-me, pois, determinado a perceber o direito penal em uma dupla perspetiva, que longe de implicar uma duplicidade de conceptualizações, antes pressupõe a complementaridade de duas visões sedimentadas em outros tantos patamares, implicando necessariamente abordagens diversas, mas que a final se revelam convergentes.

O Provedor, no prosseguimento das suas competências enquanto Instituição Nacional de Direitos Humanos, é amiúde confrontado com as consequências da aplicação do direito penal, tal como estas se revelam na vertente penitenciária. Lida, pois, com os reflexos do modo-de-ser dessa realidade normativa que é o direito penal, na sua aplicação mais gravosa, vertida na privação da liberdade daqueles cidadãos que delinquiram de uma forma de tal modo grave ou reiterada, que acabou por reclamar a aplicação de uma pena privativa da liberdade.

O cumprimento dessa pena, ultrapassada a fase da aferição da sua necessidade, seja qual for o fundamento ôntico perfilhado quanto aos fins das penas, pressupõe, tal como, de resto, o próprio direito penal, uma perspetiva ancorada nos direitos fundamentais. Simplesmente, se o direito penal sancionatório encontra nos direitos fundamentais as vestes civilizacionais que dão cor e estilo ao seu retrato, a execução penitenciária é já a própria civilização em movimento, despojada de qualquer máscara de conveniência que lhe permita parecer aquilo que não é. E a verdade, porventura incómoda, é que na forma como trata os seus condenados, no modo como executa a pena de prisão, cada Estado revela facetas da sua têmpera muitas vezes ocultas ou dissimuladas, expondo uma parte do seu “ser coletivo” mais profundo e *quiçá* mais ignorado.

O Provedor de Justiça é frequentemente chamado a perceber esta realidade, através dos apelos que lhe chegam, provenientes das prisões. Questões que se prendem com maus tratos físicos, com a deficiência da alimentação



PROVEDOR DE JUSTIÇA

fornecida, com a ausência ou insuficiência de cuidados médicos, com a falta de apoio familiar decorrente da colocação em estabelecimento prisional distante da residência, são-lhe recorrentemente colocadas.

É precisamente nos locais em que se encontram pessoas privadas da liberdade, não apenas as prisões, mas também os hospitais psiquiátricos ou os centros de detenção de estrangeiros ilegalmente entrados no País, que a fronteira que separa o exercício legítimo da autoridade e o poder despótico corre maiores riscos de violação. Daí a crescente preocupação internacional com a monitorização desses espaços, a proliferação de instrumentos normativos de regulamentação e a criação de mecanismos de fiscalização e controlo com poderes de inspeção.

Mas, de que falamos, afinal, quando falamos de direitos humanos?

Uma visão centrada apenas e tão-só na cartilha convencional plasmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem enquanto objeto de tutela, necessariamente, de tutela penal, será sempre uma visão anquilosada e redutora, incapaz de abranger a verdadeira dimensão do fenómeno. Ainda que se tenha como assente que, mais do que a referida Declaração Universal, os direitos humanos que ela recolhe e consagra, em si mesmo considerados, constituem um património da humanidade que convoca a própria essência da civilização, assente em uma perspectiva do “ser” individual em interação e, portanto, também, do “ser” social, certo é que esses direitos fundamentais evidenciam uma plasticidade provida de uma dinâmica tendencialmente expansiva, mas revelam-se dotados, ainda assim, de uma persistente resiliência.

Expliquemo-nos:

O âmbito de cada um dos direitos considerados na Declaração Universal comporta uma vertente de expansão que acompanha a consciência coletiva de cada um dos povos, de cada Estado-Nação. A melhoria das condições de vida,



PROVEDOR DE JUSTIÇA

económicas, sociais, financeiras, em suma, a evolução social, arrastando consigo uma maior consciência coletiva do valor do “eu” singular, tende a criar uma pressão social para a densificação e desenvolvimento da tutela dos chamados direitos fundamentais. Uma sociedade consciente tende a ser uma sociedade exigente. Este é, aliás, um fenómeno que o atual momento histórico nos impõe quotidianamente. Dele encontramos expressão, por exemplo, quando vemos que um país, conhecido pelo fervor com que acompanha o chamado “rei dos desportos”, o futebol, se mobiliza nas ruas para protestar contra os custos da organização de um campeonato e exigir a correspondente melhoria da generalidade das condições sociais, como ensino, assistência médica e prestações sociais de sobrevivência.

Em contrapartida, quando confrontados com a atuação dos anticorpos presentes naqueles momentos históricos em que o poder dos poderes institucionais consegue amplificar-se, fruto da passividade ou da indiferença, quando não mesmo da generalizada adesão, aqueles direitos, ainda que pontualmente comprometidos, nunca chegam a ser totalmente aniquilados. Tendem rapidamente a reassumir a vertente que os evidencia como mínimo civilizacional. É precisamente essa resiliência perene que permite identifica-los e distingui-los.

Nesta medida, falar de direitos humanos implica, por sobre tudo, falar daquela permanente e inquestionável relação de tensão que se estabelece entre os actores que os esgrimem, por vezes extremada em perspetivas hipervalorativas ou inadmissivelmente redutoras.

Uma primeira conclusão a retirar é a de que a matriz destes direitos apenas aparentemente se oferece como estabilizada. A sua essência é feita de avanços e recuos, ancorados em momentos históricos e em espaços geográficos que desenvolvem projetos civilizacionais assentes em condicionantes específicas e que assim se encarregam de desmentir a irreversibilidade entrópica tantas vezes



PROVEDOR DE JUSTIÇA

apontada, a par da sua tendência para a universalidade, aos direitos fundamentais. Podemos, claro, reconhecer-lhes aquele mínimo irreduzível, assente num dever-ser do direito. O que dificilmente se aceita, no entanto, é que se possa razoavelmente perspetivar uma evolução futura assente em uma ética do devir assintótica e sem retrocessos.

Esta primeira conclusão impõe-nos uma outra, por ela inelutavelmente arrastada e que se oferece como tão evidente que quase seria dispensável referi-la.

A esta plasticidade dos direitos fundamentais há-de corresponder uma idêntica maleabilidade de um dos direitos que os tutela. Estamos, obviamente, a falar do direito penal. Não, claro, uma maleabilidade na aplicação quotidiana dos seus normativos que vá para além da razoavelmente consentida ao intérprete, momento em que soçobriria a segurança e nasceria o arbítrio. Mas maleabilidade na sua aceção mais ampla, enquanto direito vocacionado para ser revisto e repensado em cada momento histórico.

Olhando, precisamente, para o atual momento histórico, podemos verificar que a tardo-modernidade em que vivemos evoluiu de um sistema penal hipersancionatório robusto para um regime de desconfiança relativamente às penas privativas da liberdade e dotou-se de uma assumida tendência para as encurtar (não tanto na consagração da medida penal, mas essencialmente nos mecanismos de acompanhamento da execução da pena), para as substituir ou mesmo para as perdoar. O paradigma - se bem que já não em força expansiva, mas recessiva - é hoje o da ressocialização, assente na ideia da pena subordinada ao reconhecimento da sua necessidade.

Porém, também aqui as coisas estão a mexer de forma intensa. Exemplo disso é o pensamento que perpassa pelo Tribunal Penal Internacional que na sua compreensão global e complexiva não pode deixar de ser visto como inclinado a tutelar a ideia forte de retribuição como elemento estrutural dos fins das penas.

Por tudo o que se acaba de dizer, mormente pela última reflexão -



PROVEDOR DE JUSTIÇA

permitam-me que repita, aqui e agora, afirmações que fiz em um outro momento e em um outro lugar - nada nem ninguém pára o caudal do rio da história e o direito penal não é nem nunca foi margem desse rio, antes força vivificadora da torrente de vida, coletiva e individual, que os homens e as mulheres, ao longo de milénios, foram construindo e que, ao fim e ao cabo, coincide com a própria história. Ou, para sermos mais rigorosos, o direito penal é não só parte inafastável da história da humanidade como, ele próprio, tem a sua história. Há, por conseguinte, uma diacronia da história, enquanto fenómeno global e total que tudo abarca - sem que para isso se precise de cair no historicismo - e há, outrossim, uma diacronia específica ou particular que pertence inteiramente ao direito penal. É este segmento de análise que vou, de seguida, revisitar.

O problema que se coloca está em saber se a conceção que se tem tido do direito penal até aos dias de hoje é compaginável com o *tempo breve* em que vivemos. Por um lado, temos todo um ambiente ético-cultural que glorifica o instante, exaltando à exasperação os momentos do agora, onde tudo parece esgotar-se. Por outro lado, temos um direito penal que quer ser, por sobre tudo, preventivo, como se se tratasse de um direito penal defensor das gerações futuras.

Pergunta-se, pois:

Quem defende a geração presente?

Dito por outras palavras: o direito penal parece querer abandonar o desvalor dos resultados do presente, para olhar exclusivamente para o desvalor dos resultados que irão acontecer no futuro. Simultaneamente, quer vestir o fato de polícia de giro e quer ser preventivo; quer estar antes que os factos aconteçam.

Simplemente, esta ideia perigosa do direito penal que já lá está, onde quer que esteja o facto, e que lá está antes do próprio facto, este direito penal preventivamente conformado como *ante-delictum*, é dificilmente compaginável com a nobre e profunda ideia de liberdade, subjacente a um direito penal do facto.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

Outras fragilidades se evidenciam, em um direito penal que assim se posiciona. Desde logo, produzir uma disciplina normativa como a que o direito penal postula, encontrando ponto de ancoragem no futuro, impõe o abandono do princípio da causalidade. Ou pelo menos, impõe o abandono desse princípio com a conformação que lhe reconhecemos. Tal como a ciência que se preocupa com o futuro tem o seu modelo, ou melhor, o seu operador, condicionado pelo cálculo de probabilidades, o princípio da causalidade, ainda que usando um outro método, mas de igual valia científica, serve-se de juízos de probabilidade sobre o acontecer de um determinado fenómeno.

Este posicionamento do direito penal, desguarnecendo o momento presente enquanto se centra na proteção das gerações futuras, abdica daquela sólida categoria do desvalor do resultado efetivamente acontecido para se voltar para uma categoria normativamente frágil, o *desvalor de resultado provável*, que acarreta consigo o problema da determinação do grau de probabilidade a partir do qual se pode aceitar a imputação penal. E se é verdade que se poderia aceitar o abandono do critério do desvalor do resultado, certo é também que o valor de certeza do direito penal seria fortemente abalado ao assumir a possibilidade de punir alguém por um desvalor de resultado apenas provável, ainda que altamente provável.

E é precisamente em torno deste risco inadmissível que o círculo se fecha, por apelo, de novo, aos direitos humanos e à sua tutela penal. Porque, afinal, esse risco não é senão um afloramento das derivas securitárias que encarando com apreensão as tensões que se estabelecem entre as exigências de liberdade e as exigências de segurança, abraçam convictamente a prevalência destas últimas.

Ora, ninguém desconhece que os direitos humanos fundamentais e a ideia de dignidade da pessoa humana foram decisivas no movimento de progressiva humanização da justiça criminal. As penas cruéis, aviltantes,



PROVEDOR DE JUSTIÇA

desproporcionais e desiguais características do direito penal do *ancien régime* foram aos poucos - sobre tudo em razão do ideário iluminista - dando lugar a penas orientadas à imposição do menor sofrimento possível. Prova maior disso foi a geral abolição da tortura-sanção e da pena de morte. Hoje há um consenso praticamente absoluto no sentido de que a pena justa e, por isso, legítima, só pode afetar um universo bastante reduzido de direitos humanos fundamentais, nomeadamente a liberdade de locomoção ou o património do delincente. Intervenções em outros direitos humanos fundamentais - especialmente no direito à vida e no direito à integridade física - estão absolutamente excluídas. E mesmo naquele apertado espaço de legítima intervenção da pena estatal, os direitos humanos fundamentais afetados não podem nunca ser espicaçados em seu núcleo essencial. Pouco ou nenhum esforço analítico será necessário para perceber que por detrás deste sadio desenvolvimento estão os valores fundamentais da vida e da dignidade humana, da liberdade, da segurança e da igualdade. E se evoluímos até este patamar de compreensão foi apenas porque conseguimos compreender e interiorizar a ideia de que o “eu”, o ser-pessoa, também se assume como *homo dolens*. Somos, portanto, invariavelmente impelidos a lidar com a dor, com o sofrimento.

Por certo que também a pena criminal impõe dor ou sofrimento ao delincente. Ela é, fenomenologicamente, uma manifestação do mal. Mas no plano normativo, a pena não pode e não deve ser percebida e valorada como um mal. O mal, independentemente das formas que possa revestir, tem a característica rara e original de ser infinitamente expansivo. Os limites do mal são dificilmente “racionalizáveis”. O mal, nas suas expressões mais poderosas, está para lá do racional. Abre-se à noite indecifrável. Funde-se no inexplicável e no humanamente incompreensível. É tempestade sem medida que tudo arranca e destrói e que nada pode deter. Nesta ótica, os limites do mal são a sua própria negação. Sucede que, historicamente, se consagrou para o “mal” da pena um



PROVEDOR DE JUSTIÇA

limite. O limite da legalidade criminal (*nulla poena sine lege*). Esta limitação à infligência de uma constrição desvaliosa é um sinal de que a pena não pode ser um mal que se exprime como *potentia* incontida. No entanto, devemos reconhecer que se trata de um limite meramente formal, ainda efémero e pouco consistente. E onde podemos encontrar a permanência e a consistência faltantes senão nos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, da livre responsabilidade, da igualdade, da solidariedade e da segurança? Não são estes os limites materiais verdadeiramente capazes de reduzir a nível zero o perigo de expansão do arbítrio, da injustiça?

Vale tudo isto por dizer que o crime se funda na rutura da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. E esse momento de rutura, de fratura, de convulsão no cuidado genésico só se refaz com a pena. Ela é absolutamente necessária para que o equilíbrio se reponha. Porque só desse jeito “eu” posso ver, olhar e amar o “outro”. Ao reparar a relação de cuidado-de-perigo, a pena reafirma os valores que a entretecem: solidariedade, liberdade, segurança, igualdade e dignidade reencontram-se e entrelaçam-se, uma vez mais, agora no plano da compreensão da pena. É neste horizonte de sentido forte que a pena assume o papel da reposição, da repristinção e, por conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um bem.

Mas esta ideia de um direito penal que se centra no momento presente não colide de modo algum com a sua projeção futura. O que queremos afirmar com a ideia de um presente aberto não é outra coisa senão uma admissão sem reservas da importância que o futuro tem de ter para o direito penal. Todavia, a âncora deve estar no presente. Não no presente dos instantes, mas em qualquer coisa outra que nos mostre os problemas - os problemas criminais - que atormentam o nosso quotidiano. Porque o que na verdade queremos é que o direito penal se preocupe com a criminalidade organizada, sobretudo com aquela de cariz transnacional; se preocupe com o terrorismo, também ele de matriz



PROVEDOR DE JUSTIÇA

internacional ou mesmo transnacional e sem coloração - pelo menos aparente - ideológica; se preocupe com a efetiva e concreta punição de atos de corrupção, de modo a que um tal comportamento não se transforme em doença endémica tolerada; se preocupe com as manifestas violações ambientais; se preocupe a construir, em sistema organizado dentro de um perfil mundial, novas formas de aplicação da lei penal no espaço; se preocupe a ser um direito penal de corpo inteiro e não um direito penal que admita, como boa ou até desejável, uma fissura nos seus objetivos e na definição das suas regras elementares; se preocupe a ter como referente inescapável a proteção de bens jurídicos que possam encontrar referência na Constituição ou em espaços normativos de igual dignidade; se preocupe com a hipertrofia insustentável da carcerização; se preocupe em ser uma defesa, uma cidadela, dos direitos fundamentais de todos, do arguido à vítima. Eis um rol de preocupações do presente que são tarefas mais do que suficientes para mostrar que o futuro das mais próximas gerações futuras - só essas racionalmente estão no nosso horizonte - estará bem assegurado se conseguirmos cumprir esta pauta de encargos.

Posto isto, é tempo de concluir. Concluir, com a convicção de que se deixámos clara a visão do Provedor de Justiça, não escamoteámos a visão do penalista. Uma e outra, preocupadas com o arguido, mas com os olhos postos na vítima. Sem esquecer nunca o cidadão terceiro, que não reveste qualquer daquelas categorias que o direito penal tende a isolar. Uma e outra, centradas no presente, mas com os olhos postos no futuro. Uma e outra assentes na convicta afirmação de que, se por um lado, o ser humano é a medida de que parte o direito penal, se é por ele e para ele que o direito penal existe e se afirma nos seus avanços e retrocessos, a função última deste ramo do direito, sob pena de deslegitimação, não poderá deixar de conceber-se como uma função de garantia e, portanto, como um desígnio de liberdade.