

Observatório dos Direitos Humanos

Relatório

**O Direito à Sexualidade e as Garantias de Defesa do Recluso no
âmbito de um Procedimento Disciplinar**

Maio de 2018

Apresentação do Caso

Dos Factos

a) Do ponto de vista do Denunciante:

O Recluso 80/6062, Acácio Jorge Santos Nunes alega que o seu Direito à Visita Íntima não está a ser respeitado. Consustancia a sua tese nos seguintes factos que ora se seguem:

- Foram feitas duas revistas à sua cela sem motivo legítimo;
- De acordo com o denunciante, a segunda revista ficou a dever-se a um ato de represália motivado pelo facto de este ter comunicado ao diretor do E.P. que o seu direito à visita íntima não estava a ser respeitado;
- Na ocasião da segunda revista o comissário do Estabelecimento Prisional informou-o que, por estar de castigo, teria de aguardar 3 meses até que pudesse receber novamente a visita íntima;
- Segundo os serviços de Educação do já citado E.P., o denunciante tinha três punições no seu registo de recluso, mas essas medidas disciplinares nunca lhe foram devidamente comunicadas nem os fundamentos para a aplicação das mesmas;
- Por ocasião anterior de um castigo de 6 dias que lhe fora aplicado, já tinha denunciado a situação e foi-lhe retirado um dia de castigo (na medida em que não era reincidente);
- O Denunciante afirma que o direito à Visita Íntima está a ser violado porque os outros reclusos só esperam dois meses para recuperarem o seu direito à visita íntima, nos casos em que lhes seja aplicada uma punição;
- Mais afirma que se entregou voluntariamente para o cumprimento da pena;
- Termina o relato por escrito da denúncia enfatizando a importância do direito à visita íntima para manter os laços afetivos no casamento.

b) Do Ponto de vista da Contraparte (o Estabelecimento Prisional Vale de Deus)

De acordo com a metodologia adotada pelo ODH e que tem vindo a ser seguida por outros relatores, além dos contactos estabelecidos com o denunciante, é inicialmente endereçada uma comunicação à parte visada pela queixa. Neste sentido, no decurso do prazo de 15 dias de que as entidades denunciadas dispõem para exercer o seu direito ao contraditório, o ODH recebeu a resposta do Diretor do Estabelecimento Prisional Vale de Deus.

Este último refere que:

- O assunto será analisado com o recluso apresentante da denúncia;
- Não reconhece legitimidade ao Observatório dos Direitos Humanos;

- Poderá estar em causa a violação dos direitos do já citado recluso, cuja situação é mantida em reserva.

Do Direito

Todos os direitos fundamentais têm na sua génesis o princípio da dignidade da pessoa humana. A CRP possui um catálogo de direitos fundamentais, sem prejuízo da existência de direitos fundamentais de natureza análoga, tal como está salvaguardado nos termos do artigo 17º CRP.

A este propósito, “o critério da fundamentalidade revela-se crucial para se apurar se um direito sem assento constitucional ou previsto fora do catálogo constitucional dos direitos fundamentais pode vir a ser classificado de direito fundamental. Assim sendo, entende-se que tal poderá vir a acontecer caso o direito em análise se revele fundamental à proteção jurídica da dignidade humana, nomeadamente, pelo valor que representa para a consciência jurídica e axiológica de determinada comunidade¹.

Por outro lado, a par com os direitos fundamentais de natureza análoga, existem outros direitos que implicitamente, através de uma atividade interpretativa, decorrem de outros direitos que estejam contemplados expressamente na constituição. **Como é o caso do Direito à sexualidade e as Garantias de Defesa do Recluso.**

É verdade que, estando o denunciante a cumprir pena privativa de liberdade, tal significa que a restrição de direitos e liberdades é admissível. No entanto, tal como nos diz o artigo 17º CRP, essa mesma restrição deve limitar-se a princípios de necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* (inerentes ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo), no sentido de procurar sempre salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Estando o recluso privado de um direito fundamental constitucionalmente previsto (que é o direito à liberdade consagrado nos termos do artigo 27º/1 CRP) já está, por si só, numa situação delicada que exige uma especial proteção e, neste sentido, invocam-se as **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal** que, apesar de sua natureza de *soft-law*, contemplam padrões e normas que têm representado uma significativa contribuição para a promoção de estruturas de justiça criminal mais eficientes, sobretudo numa perspetiva de promoção e efetivação de direitos humanos e à luz das quais está construído o sistema criminal português.

¹ Nazareth Oliveira, Bárbara. De Marcelino Gomes, Carla. Páscoa dos Santos, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*. Ius Gentium Conimbrigae (Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça de Timor-Leste. Coimbra, 2015. ISBN 978-989-20-5236-6. Página 285.

Tendo como base esta introdução que nos permite perceber a fundamentalidade dos direitos que parecem estar em causa, segue-se o enquadramento jurídico do caso do ponto de vista constitucional e Legal:

Enquadramento Constitucional

A nível constitucional e atendendo ao que foi dito anteriormente, parecem estar em causa o Direito à Sexualidade e o Direito à Família.

Não obstante não estar explícito na CRP, o Direito à Sexualidade parece decorrer da interpretação do artigo 26º/1, se entendermos a sexualidade como um fator essencial ao desenvolvimento da personalidade humana, como liberdade de conformação e de orientação de vida.

Também do já referido artigo parece decorrer a importância dos laços afetivos que, como bem sabemos, são igualmente essenciais ao desenvolvimento da personalidade a tal nível que a própria constituição reforça a importância da família e do casamento ao contemplar uma menção expressa a ambos nos termos do artigo 36º/1CRP.

Enquadramento Legal

A) O Direito à Visita:

Uma vez condenado a uma pena privativa da liberdade, o agente adquire o Estatuto de Recluso, tal como vem previsto nos termos do artigo 6º da Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (CEPMPL). Ora, à luz do que já foi explicitado no presente relatório, não é pelo facto de o agente se encontrar a cumprir uma pena privativa da liberdade que está isento de dignidade e, consequentemente, de uma esfera de direitos fundamentais que lhe são inerentes e merecem ser tutelados.

Nos termos do artigo 7º n.º 1 alínea e) do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), o/a recluso/a tem direito a manter contactos com o exterior, nomeadamente, tem direito a receber visitas.

O direito à Visita não se consubstancia, no entanto, a um mero reconhecimento legal. Existe um regime que lhe está subjacente e que, para o caso em análise, importa ter em conta².

Quando a um agente é imputada a prática de um crime, a aplicação da pena tem em si inerente a articulação das diversas teorias sobre a finalidade das penas com as funções do Estado de Direito Democrático.

² Vide, no Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) – Artigo 7º/1, alíneas j) e l); Artigos 58º/1 e 2 que estabelecem o Direito à Visita e o objetivo do mesmo; Artigo 59º sobre o Direito à Visita Íntima em particular; Artigo 65º sobre a não autorização da Visita.

Não se acolhe um pensamento meramente retributivo, porque é essencial que a aplicação da pena seja acompanhada de um sentido social-positivo de prevenção.

Porém, também ao nível dessa mesma prevenção geral positiva, ainda que o direito penal vise salvaguardar bens jurídicos que constituem a razão de ser do Estado de Direito, tal tarefa deverá sempre ser compatível com a constituição e, nesse sentido, não poderá desconsiderar a dignidade do agente. Por outras palavras, a pena privativa da liberdade não poderá implicar uma dessocialização do imputável.

O Direito à Visita assume-se como uma medida de prevenção especial positiva que almeja a regeneração e recuperação do indivíduo permitindo-o, após o cumprimento da pena, regressar à sociedade e integrar-se na mesma, tal como, aliás, decorre do disposto no artigo 58º/1 do CEPMLP.

Por outro lado, cabe ainda referir que, mesmo que seja legalmente admissível a não autorização da visita, tal medida deverá resultar da subsunção do caso a uma das alíneas do **Artigo 124º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP)**. A este propósito, a suspensão, revogação ou cessação do direito à Visita pode surgir na sequência da aplicação de medida disciplinar de permanência obrigatória no alojamento ou de internamento em cela disciplinar. Em todo o caso, não decorrem do caso dados suficientes para apurar em que termos esse procedimento disciplinar foi instaurado e a legalidade do mesmo é questionável, como veremos no seguinte título.

B) As Garantias do Recluso no âmbito do Procedimentos Disciplinar:

Do caso em análise, também decorre a oportunidade de uma breve análise às garantias do recluso no âmbito de um Procedimento Disciplinar.

Ora, se a Constituição salvaguarda um conjunto de garantias de defesa para o arguido no âmbito de um processo criminal por inerência fá-lo-á também quando estejam em causa procedimentos disciplinares.

Neste sentido, o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade estatui o regime geral de procedimentos disciplinares nos termos dos artigos 110º a 115º, nos termos dos quais se infere - a necessidade de a medida ser precedida de instauração de procedimento disciplinar (101/1) que é tramitado de acordo com o disposto no **Decreto-Lei nº 51/2011 de 11 de abril, que institui o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP); o direito à informação (110º/1 + 7º/1, alínea I); o direito à defesa (segunda parte do 110º/2) e o direito de impugnação da pena aplicada e da legalidade das decisões dos serviços prisionais; (114º/1 + 7º/1, alínea m))**.

Acrescente-se ainda que, independentemente da instauração de qualquer procedimento disciplinar, assiste sempre ao recluso um **Direito de reclamação, petição, queixa e**

exposição, tal como vem previsto nos Artigos 116º e 7º/1, alínea m) do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

C) A Sujeição do Estabelecimento Prisional Vale de Judeus aos Princípios do Direito Administrativo:

A Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) dispõe de serviços centrais e de unidades orgânicas desconcentradas. Estas últimas são constituídas por centros educativos, estabelecimentos prisionais e delegações regionais de reinserção.

À luz do exposto, Estabelecimentos Prisionais, como o de Vale de Judeus, inserem-se no âmbito da Administração Indireta do Estado. Porém, ainda que se tratem de pessoas coletivas autónomas, tal não significa que não se tenham de reger pelos princípios do direito administrativo.

Não poderia ser de outra forma porque, em primeiro lugar, continua a estar em causa a prossecução de atribuições estaduais e, em segundo lugar, porque, tal como decorre do artigo 199º alínea d) da CRP, a administração do Estado comporta várias formas, entre as quais se destaca a administração indireta (o que significa que ainda estamos no âmbito daquilo que é a Administração do Estado).

Assim sendo, perante uma reclusão neste ou em outro estabelecimento prisional, o agente tem legitimidade procedural para apresentar uma reclamação como meio de reação a um ato que ponha em causa os seus direitos. Tal decorre do disposto do artigo 68º do Código de Procedimento Administrativo em articulação com o Direito de *reclamação, petição, queixa e exposição, previsto nos artigos 116º e 7º/1, alínea m) do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade.*

Note-se ainda que tal legitimidade procedural estende-se ainda a associações como o Observatório de Direitos Humanos que visa, neste caso, denunciar potenciais violações dos direitos fundamentais em Portugal, bem como para a proteção e promoção dos direitos humanos em geral.

O alegado argumento de falta de legitimidade do ODH não procede porque a legitimidade procedural não se restringe ao interessado e, do que decorre do preceito legal em análise - o artigo 68º CPA - é até bastante abrangente.

Finalmente, ainda ao nível do Direito Administrativo, cabe referir o Princípio da Administração Aberta.

De acordo com este princípio, previsto no artigo 17º do CPA e regulado nos artigos 82º a 85º do mesmo diploma, todos têm direito de acesso aos arquivos e registos administrativos. Ainda que o agente não fosse o particular visado pelo procedimento, esse direito manter-se-ia na sua esfera jurídica, salvo restrições de sigilo ou de segurança.

Vale a pena recordar ainda que o Direito à Informação também é um direito fundamental previsto nos artigos 266º a 268º da CRP, sendo que, a par com a consagração legal deste direito no CPA, o ordenamento jurídico português dispõe ainda de um outro diploma próprio – a Lei de Acesso a Documentos Administrativos.

Independentemente da instauração do procedimento disciplinar, ao recluso nunca deverá ser negado o acesso ao seu registo, o que, por maioria de razão, será ainda mais importante quando esteja em causa um castigo cujos fundamentos para aplicação do mesmo sejam desconhecidos.

Conclusão

O presente relatório apenas visa alertar para potenciais violações dos direitos Humanos. Ainda que o Observatório dos Direitos Humanos assuma essencialmente atividades de monitorização do contexto português dos Direitos Humanos, a divulgação dos relatórios produzidos poderá sempre alertar para potenciais violações de direitos fundamentais que poderão motivar a responsabilização jurídico-penal de futuros casos semelhantes.

Visa-se ainda apelar à sensibilização dos vários agentes da sociedade civil no sentido de se empenharem a contribuir para a adoção de soluções construtivas que se revelem capazes de combater estes fenómenos.

Acrescente-se ainda que o contraditório dado à entidade denunciada não se traduz numa imposição de autoridade, mas antes numa tentativa empreendida por este Observatório de relatar os casos denunciados com o maior rigor factual possível.

No caso em apreço, o que ressalta é a crescente degradação das condições prisionais e dos tratamentos dos reclusos em Portugal, fenómeno que, de resto, já vem sendo relatado em relatórios de organizações internacionais como o Conselho da Europa, a Amnistia Internacional e a Human Rights Watch.

Por outro lado, as denúncias do uso desnecessário ou excessivo da força pelos agentes de segurança também têm vindo a assumir uma tendência crescente. “Em outubro, de acordo com um relatório de uma organização não governamental portuguesa, 13 presos foram espancados por guardas prisionais durante a inspeção das respetivas celas na Prisão da Carregueira, em Lisboa. Pelo menos três deles precisaram de receber tratamento hospitalar na sequência do sucedido³.

³ Cf. Amnistia Internacional, Amnesty International Report 2016/17, *cit.*, p. 299

Finalmente, do ponto de vista dos casos sinalizados por este Observatório, convém salientar que este não é o primeiro relatório produzido na sequência da aplicação de castigos arbitrários e restrições do direito à visita íntima⁴.

A Relatora,

Alexandra Jesus Oliveira Lopes

⁴ Destacam-se: Relatório sobre a Aplicação de Castigos Arbitrário no Estabelecimento Prisional Vale de Judeus; Relatório sobre a Violção do Direito à Visita Íntima. Disponíveis em: <http://observatoriodireitoshumanos.net/atividades.php>