



O Provedor de Justiça *Novos Estudos*



O Provedor de Justiça *Novos Estudos*

Lisboa 2008

Ficha Técnica

Título: O Provedor de Justiça – Novos Estudos

Edição: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação

Design gráfico da capa: Vasco Ferreira – VLRF Design, Lda.

Composição e paginação: Gráfica Maiadouro

Impressão e acabamento: Gráfica Maiadouro

Tiragem: 600 exemplares

Depósito legal: 276855/08

ISBN: 978-972-8879-05-1

Provedoria de Justiça, Rua do Pau de Bandeira, 7-9, 1249-088 Lisboa

Telefone: 21 392 66 00, Telefax: 21 396 12 43

provedor@provedor-jus.pt

<http://www.provedor-jus.pt>

Índice

H. Nascimento Rodrigues

Prefácio..... 5

Augusto Silva Dias; Francisco Aguilar

O Provedor de Justiça e o Processo Penal 9

David Duarte

A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça 33

Tiago Duarte

O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado..... 79

Carla Amado Gomes

O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos..... 103

André Salgado de Matos

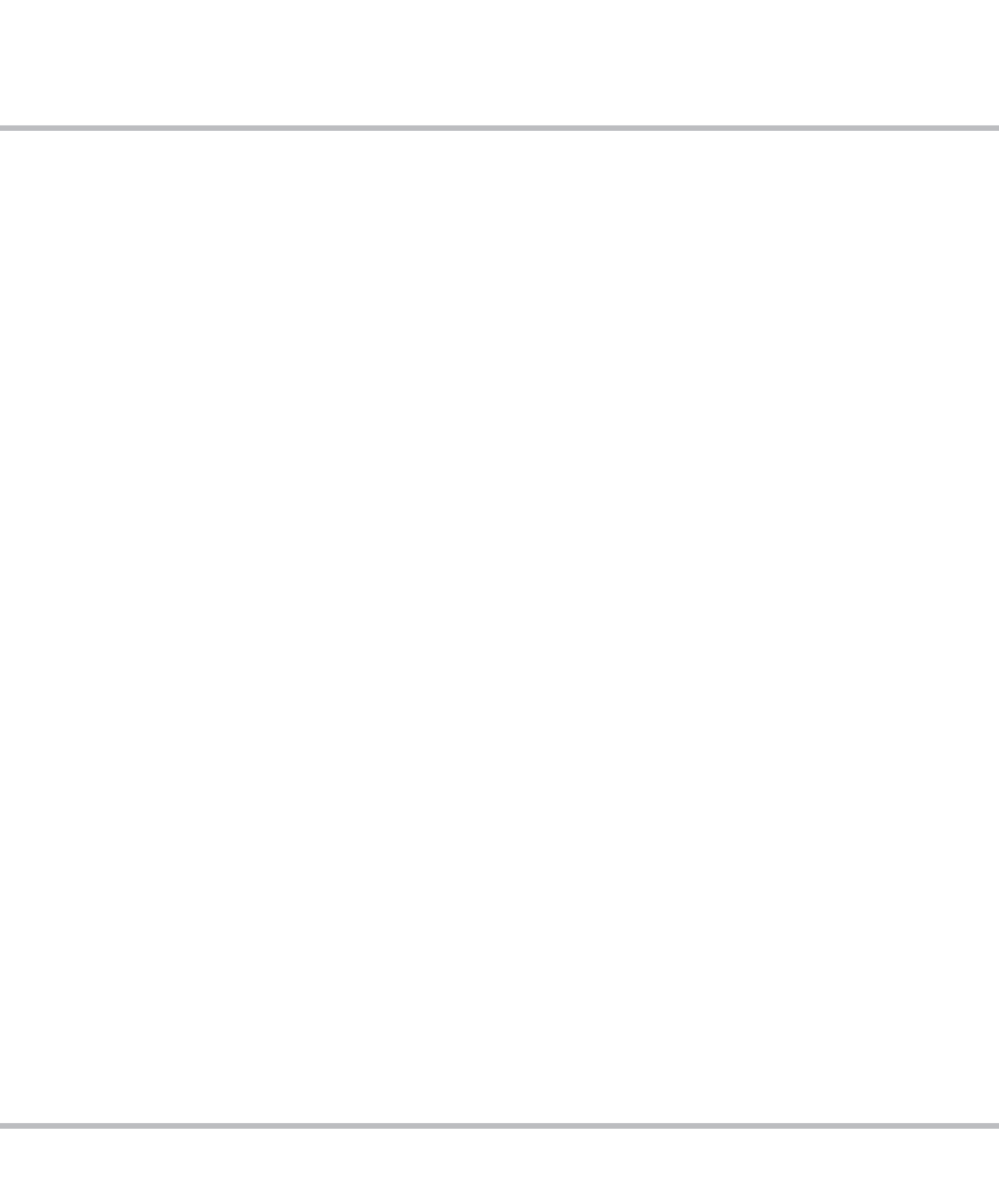
O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa..... 155

Pierre-Yves Monette

A boa governação ao serviço do desenvolvimento duradouro..... 207

Jorge Reis Novais

A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados 227



Prefácio

H. Nascimento Rodrigues

1. Em 2001, volvidos que eram já vinte e seis anos sobre a data da criação do Provedor de Justiça, assinalava o Prof. Vital Moreira «o notável défice de discussão académica e de literatura que existe sobre o Provedor de Justiça em Portugal»¹; e, pela mesma altura, também o Prof. João Caupers, a propósito do debate que provoquei sobre as múltiplas figuras de *Ombudsman*, sublinhava com ironia:

«esta não é uma questão relativamente ao esclarecimento da qual possamos recorrer a grandes contributos doutrinários. Pode mesmo dizer-se que de tal problema existem menos rastros do que dos velhos dinossauros»².

2. Sempre me surpreendeu esta patente lacuna de investigação académica e a muito escassa relevância dogmática atribuída a uma criação do nosso regime constitucional que é consensualmente encarada como tendo sido um dos seus sucessos pacíficos e marcantes – e exactamente por isso, como se os sucessos não reivindicassem explicações e não suscitassem o interesse de olhares cruzados para os desvendar...

3. Conceda-se que algumas das características congénitas do órgão Provedor de Justiça – o não formalismo dos seus procedimentos, a celeridade das suas actuações, o imediatismo e gratuidade no acesso por parte dos cidadãos, a ductilidade das suas formas de intervenção e, sobretudo, a autoridade não vinculativa das suas decisões – como que afugentaram a curiosidade da doutrina e serviram de biombo para o alheamento distante dos nossos académicos de vários saberes sobre a figura do Provedor de Justiça.

¹ *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, 2002, pág. 93.

² *Idem*, pág. 87.

Mas essas são frágeis explicações; porque a verdade comezinha talvez resida mais no facto de que alguma inércia recíproca terá tolhido as sinergias que a actividade dos Provedores pode despoletar na doutrina e que os ensinamentos desta podem suscitar àquela.

4. Pela minha parte, nada me custa reconhecer que frequentes vezes, nestes quase oito anos de cumprimento dos meus mandatos, me confrontei com dúvidas e me deparei com hesitações acerca de como proceder, ou melhor proceder, face a interrogações que as queixas dos cidadãos não raro colocam ao Provedor.

Sirvam de exemplo a questão do âmbito de actuação do Provedor de Justiça nas relações entre particulares, ou a questão da litispendência entre queixa ao Provedor e impugnação judicial com o mesmo objecto e fundamentos. Não sendo estas matérias ignoradas de todo nas referências e anotações doutrinárias, a verdade é que sempre lhes faltou um sustentáculo reflexivo mais fundo do que aquele que emerge de uma leitura linear do disposto, respectivamente, nos artigos 2.º, n.º 2 e 21.º, n.º 2 da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça). E por isso é bem possível que elas tenham sido, aqui e ali, tratadas sob um casuísmo porventura obscuro.

A circunstância de estar aparelhada à natureza institucional do Provedor de Justiça a irrecurribilidade das suas recomendações não o isenta – bem pelo contrário – de procurar o rigor possível no preenchimento das margens de decisão mais fluidas que a lei lhe autoriza. Se é correcto aceitá-las como flexíveis, sob pena de se cercear a própria criatividade de acção do Provedor na defesa dos direitos dos cidadãos, já não podem, porém, ser interpretadas e aplicadas de modo tão oscilante que consintam arbitrariedades por parte de quem, afinal, deve assumir-se, por imperativo constitucional, como barreira à própria arbitrariedade dos poderes públicos. É muito pobre o argumento que, em contrário, intenta estear-se na *auctoritas moral* do Provedor para quase tudo se lhe consentir. Obviamente que não é assim, porque ele tem de estar sustentado, também, no rigor dos princípios, na clareza das posições e na coerência destas, já que a *auctoritas* não lhe advém de uma qualquer unção legislativa.

Será preciso dizer mais para explicar razões por que sempre percebi ser indeclinável suscitar maiores desenvolvimentos teóricos a propósito da figura do Provedor de Justiça, de modo a acertar melhor nas minhas posições?

5. E por isso não me eximi, sempre que me foi possível, a instigar os nossos académicos e os nossos peritos a escrever sobre o Provedor de Justiça, do mesmo passo que, nos limites das disponibilidades, fui incitando os meus próprios colaboradores a reflectir e a dar à estampa os resultados reflexivos da nossa vivência quotidiana na Provedoria de Justiça: ao fim e ao cabo, um «enlace», que pode ser feliz, entre os olhares de fora e as visões de dentro.

6. Este livro é mais uma prova de que assim o pensei e assim o procurei fazer ³.

Não devo empobrecê-lo falando dos estudos que ele insere, porque esses estudos falam por si. Do que estou seguro é de que o nosso panorama doutrinal sobre o Provedor de Justiça é, hoje, muito mais esclarecedor, muito menos escasso, mais salutarmente provocatório nas interpelações a que espero outros académicos reajam. E com isto o caminho do Provedor de Justiça fica, se assim posso dizê-lo, mais desanuviado para o futuro – o que só espero não signifique rumo sem dúvidas, trilho sem interrogações e sem questionamentos, mandato sem a percepção das fragilidades quotidianas que inevitavelmente impregnam a força da sua missão constitucional.

7. Fico, assim, muito grato aos nossos ilustres académicos que tão prontamente acederam ao meu convite para colaborarem em mais esta edição dos «Estudos» (e também ao meu ex-colega belga e actual professor do Colégio da Europa, Pierre-Yves Monette), convicto de que os seus ensinamentos darão lugar a novos ensinamentos, e que novos ensinamentos poderão concitar, no futuro, outros Provedores a interrogar-se, sempre, acerca de como devem fazer cumprir a Lei e servir a Justiça no cumprimento da sua missão.

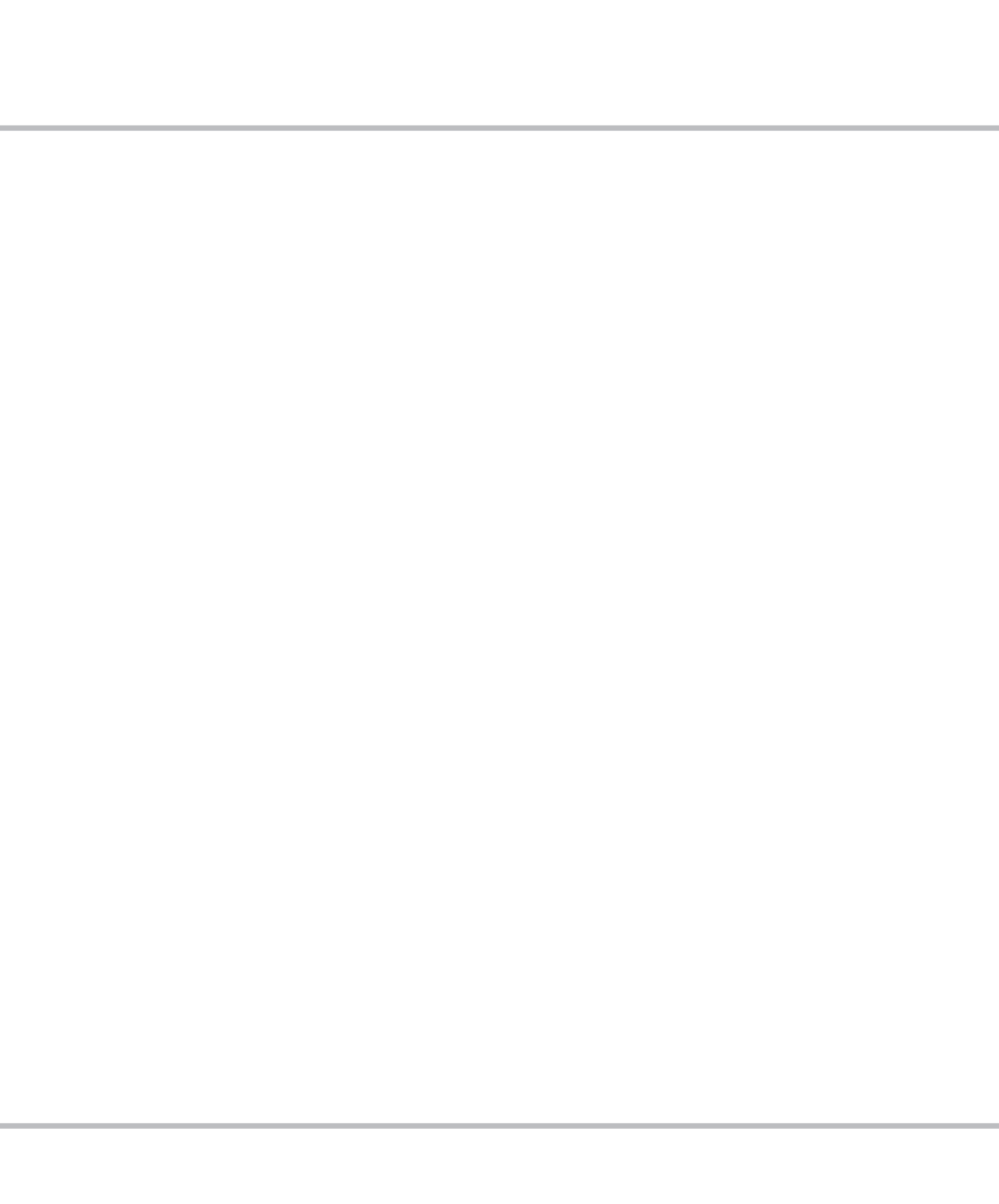
³ Para o conjunto de obras publicadas nos meus mandatos, vd. <http://www.provedor-jus.pt/publicacoes.php>.



Augusto Silva Dias e Francisco Aguilar

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





O Provedor de Justiça e o Processo Penal

1. Do Provedor de Justiça

1.1. Do Provedor de Justiça como órgão constitucional de garantia dos direitos, liberdades e garantias

O Provedor de Justiça é um órgão constitucional de garantia dos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I da Constituição e dos direitos a eles análogos¹. É essa a sua principal função. Isto mesmo resulta da sua crucial inserção sistemática no artigo 23.º da Constituição. Atente-se, com efeito, na significativa sequência dos últimos quatro artigos que compõem, no Título I da Parte I da Constituição, os princípios gerais relativos a direitos, liberdades e garantias: no artigo 20.º, garante o legislador constituinte o acesso ao Direito e a tutela jurisdicional efectiva; no artigo 21.º, garante o direito de resistência, quando, por impossibilidade fáctica de recurso à autoridade pública, a própria «reserva de tribunal» surgir como demasiado tardia; no artigo 22.º é estabelecido o dever estatal de indemnização pela violação danosa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos decorrentes do próprio exercício das funções estatais ou por causa desse exercício. Finalmente, no artigo 23.º da Constituição é consagrada a garantia do acesso ao Provedor de Justiça para apresentação de queixas por acções ou omissões dos poderes públicos. Trata-se, destarte, de uma garantia independente e paralela face aos próprios mecanismos gratuitos da Administração Pública bem como, em geral, ao recurso aos tribunais.

¹ A garantia constitucional do Provedor de Justiça restringe-se, efectivamente, aos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da Constituição e aos direitos análogos a estes (alargam o escopo da actuação do Provedor aos direitos económicos sociais e culturais, cfr. JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, p. 218). Questão diversa é a da garantia meramente legal do Provedor de Justiça e essa é bem mais generosa, incluindo, os «interesses legítimos dos cidadãos» no âmbito da actuação protectora do Provedor: é o que resulta, desde logo, do n.º 1 do artigo 1.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, e pela Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro).

1.2. Do Provedor de Justiça como órgão constitucional independente e autónomo dos poderes públicos

O Provedor de Justiça surge, efectivamente, na Constituição da República Portuguesa, como um órgão constitucional unipessoal, cujo principal traço característico reside na acentuada independência face a todos os poderes públicos², incluindo do poder político que o elege.

Para lá da expressa consagração formal dessa independência no n.º 3 do artigo 23.º da Constituição, há outros aspectos do regime constitucional deste órgão que acentuam a dita independência. Assim, e desde logo, o Provedor de Justiça é eleito, nos termos do artigo 163.º, alínea i), da Constituição, pela Assembleia da República – no exercício da sua competência política quanto a outros órgãos, por definição indelegável –, por uma expressiva maioria qualificada de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Com semelhante maioria se evita a constitucionalmente indesejada partidarização da eleição que ocorreria, de outro modo, perante uma conjuntural maioria simples. Este consenso no espectro político atribui à individualidade escolhida para desempenhar tão elevada função uma real autonomia que faz pairar a sua actuação acima, precisamente, da querela político-partidária. Por isso mesmo, aliás, a sua escolha deve recair sobre pessoa que goze de comprovada reputação de integridade e independência (artigo 5.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça). Esta mesma autonomia em face do poder político é ainda confirmada pela circunstância de o Provedor de Justiça não poder ser demitido pela Assembleia da República por causa do exercício das suas funções. Veja-se, por conseguinte, como a posição do Provedor de Justiça goza acentuadamente de maior autonomia em face do poder político do que a posição do Procurador-Geral da República, o qual pode ser por aquele demitido – na lógica do paralelismo de competências – nos precisos termos que ditam a sua nomeação [isto é, pelo Presidente da República, sob proposta do Governo, nos termos do artigo 133.º, alínea m) da Constituição]: ora, o mesmo não sucede com o Provedor de Justiça, cuja posição é, assim, inamovível durante todo o seu mandato (o que é confirmado pelo artigo 7.º do Estatuto do Provedor de Justiça).

² A actuação do Provedor de Justiça pode, ainda, incidir sobre as relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, como decorre do artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça. Isto mesmo está em consonância com a vinculação das entidades privadas ao normativo constitucional respeitante a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição).

1.3. Da posição simbólica do Provedor de Justiça

Atendendo à eleição parlamentar do Provedor de Justiça, inclusive por maioria qualificada como vimos, e à sua função de garante do respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos perante os poderes públicos, claro se torna, quanto a nós, que as mesmas não são pura coincidência. Bem pelo contrário, estes pontos centrais do respectivo regime constitucional são bem reveladores da importância simbólica do presente órgão constitucional. O Provedor de Justiça é, deste modo, um verdadeiro representante dos cidadãos perante os poderes públicos, em todas as acepções da palavra. Em primeiro lugar, porque é eleito pela Câmara política que reúne precisamente os representantes eleitos dos cidadãos. E, em segundo lugar, porque a sua função primacial é a de cuidar da identificação das violações de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos perante os poderes públicos e procurar que as mesmas sejam prevenidas e reparadas. Daí o ter-lhe sido atribuído um estatuto compatível – *v.g.*, os direitos, honras e precedência idênticas às de ministro (artigo 9.º do Estatuto do Provedor de Justiça) e, mais importante, o assento por inerência no Conselho de Estado [artigo 142.º, alínea d), da Constituição] – com o exercício daquelas funções o que o transforma num verdadeiro *primus inter pares* no pariato que é, por definição, a cidadania.

1.4. Da atribuição e da competência do Provedor de Justiça

Nos termos do n.º 1 do artigo 23.º da Constituição, o Provedor de Justiça apreciará sem poder decisório as queixas por acções ou omissões dos poderes públicos que os cidadãos lhe apresentem, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças. O presente normativo, ao qual não é alheia a já sublinhada inserção sistemática, constitui no fundo e *ab initio* a atribuição que constitui a directriz de actuação do Provedor de Justiça: a defesa dos direitos, liberdades e garantias em face da actuação dos poderes públicos, procurando que o cometimento de injustiças seja evitado ou reparado. A demanda pela justiça e o controlo da legalidade do exercício dos poderes públicos, designadamente da Administração, constituem atribuições secundárias e funcionalmente instrumentais da defesa e promoção dos direitos, liberdades (cfr. artigo 1.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça).

Esta norma, essencial no quadro constitucional do órgão do Provedor de Justiça, não impõe, porém, ao Provedor de Justiça, atenta quer a fortíssima legitimidade constitucional quer a natureza das suas funções, uma mera actuação subordinada à prévia disposição do

queixoso. Bem pelo contrário, o Provedor de Justiça tem poderes de iniciativa própria expressamente reconhecidos no seu Estatuto (artigos 4.º e 24.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça), podendo, por conseguinte, actuar oficiosamente³.

Os poderes funcionais que formam a competência do Provedor de Justiça, quer no âmbito da iniciativa alheia quer no âmbito da iniciativa própria, são: o de dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou melhoria dos respectivos serviços [artigos 23.º, n.º 1, da Constituição e 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor]; o de assinalar deficiências de legislação, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais serão enviadas ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro e aos ministros directamente interessados e, igualmente, se for caso disso, aos Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais e aos Presidentes dos Governos das Regiões Autónomas [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor]; o de requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de normas, com força obrigatória geral [no âmbito, por conseguinte, da fiscalização sucessiva abstracta (artigos 281.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), da Constituição e 20.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor)]; o de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação e verificação de inconstitucionalidade por omissão (legislativa) (artigos 283.º, n.º 1, da Constituição e 20.º, n.º 4, do Estatuto do Provedor); o de emitir pareceres, a solicitação da Assembleia da República, sobre quaisquer matérias relacionadas com a sua actividade [artigo 20.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor]; o de promover a divulgação do conteúdo e do significado de cada um dos direitos e liberdades fundamentais, bem como da finalidade da instituição do Provedor de Justiça, dos meios de acção de que dispõe e de como a ele se pode fazer apelo [artigo 20.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto do Provedor]; o de intervir, nos termos da lei aplicável, na tutela dos interesses colectivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas [artigo 20.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto do Provedor]; o de realizar, com ou sem aviso, visitas de inspecção a todo e qualquer sector da actividade da administração central, regional e local, designadamente serviços públicos e estabelecimentos prisionais civis e militares, ou a quaisquer entidades sujeitas ao seu controlo, ouvindo os respectivos órgãos e agentes e pedindo as informações, bem como a exibição de documentos, que reputar convenientes [artigo 21.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor]; o de proceder a todas as investigações e inquéritos que considere necessários ou convenientes, podendo adotar, em matéria de recolha e produção de provas, todos os procedimentos razoáveis, desde que

³ Também no sentido de o n.º 1 do artigo 23.º da Constituição não impedir constitucionalmente a actuação do Provedor de Justiça por iniciativa própria, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, 2007, p. 441.

não colidam com os direitos e interesses legítimos dos cidadãos artigo 21.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor]; o de procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da acção administrativa [artigo 21.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor].

Trata-se de poderes cujo exercício é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis (artigo 23.º, n.º 2, da Constituição), possuindo esta afirmação duas dimensões: uma positiva, nos termos da qual a actividade do Provedor de Justiça não é limitada pela utilização de meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis nem pela pendência desses meios (artigo 21.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça) e uma negativa, que não reconhece carácter decisório às recomendações do Provedor de Justiça (artigo 3.º do Estatuto do Provedor de Justiça), isto é, não tem o Provedor de Justiça poderes para anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos, não sendo, de igual modo, reconhecida à sua intervenção qualquer poder suspensivo do decurso de quaisquer prazos, designadamente os de recurso hierárquico e contencioso (artigo 22.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça).

Finalmente é de notar que, nos termos do n.º 2 do artigo 22.º do Estatuto do Provedor de Justiça, ficam excluídos dos seus poderes de inspecção e fiscalização os órgãos de soberania, as Assembleias Legislativas Regionais e os Governos das Regiões Autónomas, com excepção da sua actividade administrativa e dos actos praticados na superintendência da Administração.

2. O Provedor de Justiça e o processo penal

Chegamos, então, à questão que é central no nosso estudo: pode – e, em caso afirmativo, em que termos – o Provedor de Justiça intervir no âmbito do processo penal?

Dois aspectos devem ser, *ab initio*, equacionados. Referimo-nos, desde logo, à específica natureza do processo penal, que, tendo por finalidade, entre outras, a realização do Direito Penal, se caracteriza pelo facto de a *res judicata* ser uma pessoa. Este facto determina uma constante fricção entre interesses contrapostos: os direitos e interesses do arguido, os direitos e interesses da vítima e os interesses próprios da comunidade. Daí ser o Direito processual penal de há muito entendido, correctamente diga-se, como Direito constitucional aplicado: diremos mesmo que, mais do que isso, o processo penal é, por excelência, o laboratório de referência da ponderação de princípios estruturantes do Estado de Direito. Não é por acaso que as mais importantes garantias constitucionais pessoais – que co-constituem o núcleo dos

direitos fundamentais como decorre quer do catálogo fundamental do Capítulo I do Título II da Parte I da Constituição, quer dos principais textos internacionais de direitos humanos⁴ – são precisamente garantias relativas ou à configuração e aplicação da lei penal ou, directamente, ao próprio processo penal (v., sobretudo, artigos 24.º a 34.º da Constituição). Em suma: implicando a pena uma restrição de direitos essenciais – *maxime*, do direito à liberdade –, é no palco do processo penal que cumpre realizar a importante mas difícil tarefa de harmonização dos legítimos interesses comunitários na perseguição penal, incluindo os do ofendido (v. artigo 32.º, n.º 7, da Constituição), com a necessidade de salvaguarda de um reduto mínimo de dignidade humana imposta pelo reconhecimento ao outro – *in casu*, o arguido – da qualidade de pessoa. Esta ponderação desenvolvida através de um longo processo histórico, sobretudo nos últimos quatro séculos no mundo ocidental – e que em rigor ainda não cessou, atendendo à sua perene abertura às novidades e perplexidades que o devir social se encarregará sempre de carrear da periferia para o centro do sistema – foi conduzindo à sedimentação e cristalização de algumas restrições à imposição do Direito penal – sob a forma, essencialmente, de garantias concedidas ao arguido – em nome, precisamente, da indispensável *fairness* do processo penal (de entre as infundáveis ilustrações, pense-se, *v.g.*, na garantia da nulidade que obsta à valoração como prova dos *frutos* obtidos através dos métodos proibidos de prova, nos termos dos artigos 32.º, n.º 8, da Constituição e 126.º, n.ºs 1 a 3, do Código de Processo Penal).

Em segundo lugar, as autoridades judiciárias que dirigem as diferentes fases do processo penal são todas elas públicas: a saber, Ministério Público, juiz de instrução e juiz de julgamento. Como públicos são também os órgãos de polícia criminal – Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana – que assistem as primeiras na investigação e na realização dos actos delegados, sempre sob a sua direcção funcional.

Ora, estas verificações permitem concluir com cristalina clareza pela inevitável intersecção entre o processo penal e a actividade do Provedor de Justiça: implicando o processo penal, por definição, óbvias restrições a direitos, liberdades e garantias – de outro modo, em princípio, intangíveis – e sendo essas restrições realizadas nos diversos pedaços de vida, incontestavelmente, por poderes públicos, bom é de ver que nos encontramos num domínio propício à realização da atribuição constitucional do Provedor de Justiça: a defesa dos direitos, liberdades e garantias em face da actuação dos poderes públicos, procurando que o cometimento de injustiças seja evitado ou reparado.

⁴ V. Declaração Universal dos Direitos do Homem (entre outros, artigos 9.º a 13.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (entre outros, artigos 5.º, 6.º e 9.º).

Aqui chegados, cumpre separar duas grandes áreas de intervenção do Provedor de Justiça no Processo Penal: junto do tribunal (juiz de instrução e juiz de julgamento), por um lado, e junto do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, por outro.

2.1. Intervenção do Provedor de Justiça perante a actuação do tribunal (juiz de instrução e juiz de julgamento)?

Trata-se agora de saber, em primeiro lugar, se a intervenção do Provedor de Justiça poderá, legitimamente, ser realizada também perante os próprios tribunais por actos jurisdicionais por estes praticados.

2.1.1. Da teoria da inadmissibilidade constitucional de intervenção do Provedor de Justiça perante as decisões jurisdicionais

Comecemos pelo princípio, isto é, pela Constituição. A primeira questão que se coloca é a de saber se os tribunais poderão ser entendidos como entes públicos para efeitos do n.º 1 do artigo 23.º da Constituição. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, à semelhança, em geral, da doutrina portuguesa, incluem os tribunais na referência constitucional dos «poderes públicos», mas ressalvam da categoria dos actos públicos, que possam constituir objecto da intervenção do Provedor, os actos jurisdicionais, «pela sua própria natureza», invocando os artigos 203.º e 205.º da Constituição⁵, posição que é, logo a seguir, enfaticamente reiterada, pelos mesmos Autores, quando escrevem que «relativamente à administração da justiça, ressalvam-se do âmbito da actividade do Provedor os actos de natureza judicial, mas já podem ser objecto da intervenção do provedor outras dimensões da administração da justiça (Lei n.º 9/91, artigo 22.º-3)»⁶. Esta posição, entenda-se, não é caso singular na doutrina. Com efeito, tende a ser consensual na doutrina constitucional portuguesa a posição segundo a qual o Provedor de Justiça «não pode discutir as decisões dos tribunais»⁽⁷⁾ ou «não pode agir em relação aos actos materialmente jurisdicionais»⁸, porque há áreas [o Autor refere-se ao poder judicial], relativamente às quais «não se admite sequer a apreciação e a recomendação»⁹, e em que «a questão é resolvida pela garantia da independência dos tribunais consagrada no artigo

⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, vol. I, 4.ª edição, p. 441.

⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, vol. I, 4.ª edição, p. 442.

⁷ LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça e o acesso ao direito», in *Sub Júdice*, 1991, p. 7.

⁸ CATARINA SAMPAIO VENTURA, *Direitos Humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, Lisboa, 2007, p. 171.

⁹ VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos», in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, p. 64.

203.º da Constituição»¹⁰ ou ainda a afirmação segundo a qual alvo da actuação do Provedor de Justiça não poderão ser os órgãos jurisdicionais «quando exerçam as suas funções próprias»¹¹. Este breve mas elucidativo panorama é bem ilustrativo do pensamento da doutrina constitucional sobre o presente problema: na impressiva síntese de VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor não se corresponde com os juízes e, para além de não os poder inspecionar e fiscalizar enquanto órgãos de soberania, deve ainda abster-se de apreciar a actuação desses “poderes públicos”, mesmo que se trate de prevenir ou reparar injustiças»¹².

No fundo, o Provedor de Justiça apenas poderia intervir sobre a actuação dos tribunais a propósito das «dimensões administrativas reveladas no *iter* em que se consubstancia o exercício da função jurisdicional e na própria organização judiciária»¹³, isto é «quando exerçam actividades substancialmente administrativas»¹⁴, quando, no fundo, esteja em causa a mera «actividade de administração da justiça, apesar de esta ser desenvolvida ou superintendida por juízes»¹⁵, por outras palavras, apenas quando esteja em causa «a actividade de carácter administrativo desenvolvida pelos tribunais»¹⁶. Não são outros, aliás, os resultados a que chega MARIA LÚCIA AMARAL no seu estudo dedicado *ex professo* à actuação do Provedor de Justiça perante o poder judicial: tomando como inquestionável o bom fundamento da independência dos tribunais, da separação de poderes e do já citado artigo 22.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça, a Autora demanda pela sacrossanta densificação do carácter material do acto jurisdicional como chave da solução para a determinação do escopo de actuação do Provedor de Justiça perante os tribunais, concluindo, de igual modo, pelo carácter não substancialmente jurisdicional de actos «que relevam de funções executivas exercidas por juízes» – a saber «todos os actos praticados pelos juízes em processos de execução voluntária (...); todos os actos praticados pelos juízes em processos executivos; todos os actos praticados pelos juízes e que digam respeito ao exercício de funções de direcção ou disciplinares sobre oficiais de justiça» – bem como de actos «praticados por outros órgãos, e que relevam do exercício de funções administrativas necessárias ao bom funcionamento do tribunal», a saber, «todos

¹⁰ RUI MACHETE, «As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção», in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, p. 102, defendendo que o Provedor não pode, em nome da independência dos tribunais, «proceder a controlos, ainda que de carácter global, sobre o modo de funcionamento dos serviços de justiça, mesmo que estes, v.g. pelos seus atrasos, prejudiquem direitos fundamentais dos cidadãos».

¹¹ JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, Tomo I, p. 219.

¹² VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção», p. 64.

¹³ CATARINA SAMPAIO VENTURA, *Direitos*, pp. 171-172.

¹⁴ JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, Tomo I, p. 219.

¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção», p. 64.

¹⁶ RUI MACHETE, «As funções do Provedor de Justiça», p. 102.

os [actos] necessários à boa administração do elemento *pessoal* dos serviços (...), todos os necessários à boa administração do elemento *material* dos serviços (...), todos os necessários ao *controlo* da boa administração do serviço no seu conjunto (...), actos, que dizendo respeito a processos, não pressuponham no entanto uma função de juízo, como, por exemplo, o cálculo das custas judiciais (já não assim, evidentemente, a condenação no pagamento das mesmas)»¹⁷. Assim, apenas quanto a estes últimos actos, que integram aquilo que MARIA LÚCIA AMARAL designa como «a boa administração do serviço de justiça» – por não serem materialmente jurisdicionais –, pode haver intervenção por parte do Provedor de Justiça, designadamente recebendo queixas e fazendo recomendações; ao invés, no campo materialmente jurisdicional da «administração da justiça», «não deve a actuação do Provedor de qualquer modo incidir»¹⁸.

2.1.2. Crítica da teoria da inadmissibilidade constitucional de intervenção do Provedor de Justiça perante as decisões jurisdicionais e posição adoptada

Mas será aceitável esta teoria? A resposta passa, antes de mais, pela análise dos seus fundamentos constitucionais.

Em primeiro lugar, de acordo com esta doutrina, o Provedor de Justiça não poderia sequer emitir uma recomendação em consequência de uma decisão materialmente jurisdicional, porquanto isso significaria a inobservância da separação de poderes, uma vez que, deste modo, se invadiria a reserva de jurisdição atribuída aos tribunais (artigo 202.º, n.º 1, da Constituição), para além de, nessa actividade materialmente jurisdicional, incumbir já de si aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 202.º, n.º 2, da Constituição).

Em segundo lugar, o Provedor de Justiça não deve pronunciar-se sobre uma sentença, pois, ao fazê-lo, desrespeitaria a obrigatoriedade das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição).

Em terceiro lugar, o Provedor de Justiça não poderia, de qualquer modo, intervir perante uma decisão jurisdicional, porque isso implicaria o desrespeito da garantia de independência dos tribunais (artigo 203.º da Constituição).

¹⁷ MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», in *O Provedor de Justiça, Estudos, Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 52-53.

¹⁸ MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder», p. 53.

Cumpra, com efeito, aferir, se a intervenção do Provedor de Justiça, perante decisões jurisdicionais, nos termos do exercício do feixe de poderes que constitui a sua competência – pelo menos, através do exercício do seu poder paradigmático da emissão de recomendações dirigidas aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos – pré-ordenada à prossecução da sua atribuição – a defesa de direitos, liberdades e garantias – posterga a normatividade constitucional associada àqueles preceitos. Verifiquemos, então, se as normas invocadas por esta doutrina – sediadas nos artigos 202.º, 203.º e 205.º da Constituição – serão efectivamente maculadas pela intervenção do Provedor de Justiça.

Quanto ao primeiro argumento, segundo o qual a actuação do Provedor invadiria a reserva de jurisdição dos tribunais (artigo 202.º, n.º 1, da Constituição), importa dizer que o mesmo é improcedente. Precisemos, antes de mais, o âmbito em que nos encontramos: o da fronteira externa da «reserva de função jurisdicional»¹⁹. Ora, o significado constitucional da reserva de função jurisdicional é, essencialmente, negativo: ele significa que não podem «ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos, designadamente à Administração Pública», constituindo a «usurpação de funções jurisdicionais pelas autoridades administrativas» «um dos fundamentos típicos da invalidade dos actos administrativos (*usurpação de poder*)»²⁰. Resta, assim, saber em que consiste o exercício da dita função jurisdicional. Sobre esta última questão tem rejeitado o Tribunal Constitucional uma tese formal – para a qual, seria jurisdição tudo aquilo que o tribunal faz –, adoptando, pelo contrário, um critério material (qualitativo) nos termos do qual para haver acto jurisdicional é necessária a verificação cumulativa de três sub-critérios: acto jurisdicional será, então, aquele que compõe um conflito entre partes ou sempre que se coloca, perante o caso concreto, uma questão de direito (critério da «lide»), em que, o conflito apenas possa ser dirimido pela interpretação de normas actuais de Direito (critério da «juridicidade» da lide) e em que a composição prossiga a realização do «interesse» do Direito em si, interpretado por um terceiro distinto e superior às partes, e não a realização do interesse público em que a Administração se empenhe como parte (critério do «interesse» determinante na composição da lide)²¹.

¹⁹ Como bem nota MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder», p. 51.

²⁰ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, 1993, p. 792. V., também, RUI MEDEIROS/MARIA JOÃO FERNANDES in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra, 2007, pp. 24 e ss.

²¹ Nestesentido, v. a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, nomeadamente o Acórdão n.º 160/2007 do Tribunal Constitucional, de 6 de Março [<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos07/101-200/16007.htm>]. Sobre este assunto, cfr. a excelente síntese de MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder», pp. 48 e ss.

Mas se assim é, surpreende a imediata afirmação, pela doutrina, da interdição da simples emissão de uma recomendação pelo Provedor de Justiça a propósito da decisão de um tribunal. É nosso entendimento que o erro da teoria da inadmissibilidade constitucional de intervenção do Provedor de Justiça perante decisões jurisdicionais assenta numa perspectivização errada do problema que nos ocupa: uma vez identificado o que seja acto materialmente jurisdicional, conclui, automaticamente, aquela doutrina pela impossibilidade de o Provedor de Justiça proceder a qualquer tipo de intervenção (nem sequer através da simples recomendação)²². Ora, sendo assim, fica por responder a segunda parte da questão, que aquela doutrina constitucional parece ignorar: ao dirigir uma recomendação, na sequência de uma decisão jurisdicional, está o Provedor de Justiça a praticar um acto materialmente jurisdicional?

Para nós, é cristalinamente claro que apenas com uma resposta afirmativa a esta segunda pergunta, se poderia concluir pela impossibilidade de actuação do Provedor de Justiça. Não é possível, contudo, responder afirmativamente àquela questão, porquanto – perante o referido critério material – é inequívoco que uma tal recomendação não constitui nenhum acto materialmente jurisdicional, e, não constituindo essa recomendação um acto jurisdicional, não poderá a mesma ser alguma vez entendida como «usurpação» da função jurisdicional reservada pela Constituição aos tribunais. E isto porque a recomendação do Provedor de Justiça, desde logo, não compõe um conflito entre partes nem decide, perante o caso concreto, uma questão de direito: a recomendação do Provedor não compõe rigorosamente nada, nem decide, efectivamente, o que quer que seja. Isso mesmo resulta, por um lado, da natureza jurídica da recomendação e, por outro, da já observada falta de poder decisório à actuação do Provedor de Justiça. Assim, não consubstanciando a recomendação do Provedor de Justiça a realização de um acto próprio da função jurisdicional, cai pela base a pretensão da violação, pela mesma, da reserva de jurisdição constitucionalmente atribuída aos tribunais. Antes pelo contrário, a previsão do n.º 1 do artigo 23.º da Constituição e a inclusão dos tribunais na referência aos «poderes públicos», incluindo as respectivas decisões jurisdicionais, mostra-se integralmente harmonizável com o artigo 202.º, n.º 1, da Constituição²³. Em suma: não apenas o Provedor de Justiça pode dirigir recomendações quanto à boa administração do serviço de justiça, como pode, destarte, dirigir recomendações quanto à própria administração da justiça, porquanto dirigir recomendações quanto à administração da justiça não é nem administrar justiça nem contrariar a justiça administrada pelos tribunais.

²² É elucidativo a este propósito o raciocínio de MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder», p. 45.

²³ Não é, deste modo, correcto nem realizar uma interpretação restritiva do n.º 1 do artigo 23.º da Constituição – termos em que os tribunais apenas seriam entendidos como «poderes públicos», quando estivessem em causa aspectos administrativos dos serviços de justiça – nem, no extremo oposto, conceber o artigo 23.º, n.º 1 como derrogação constitucional da reserva constitucional da função jurisdicional.

Quanto ao argumento adicional de que incumbe já de si aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 202.º, n.º 2, da Constituição), bom é de ver que o mesmo revela uma total incompreensão do papel informal e autónomo – em todos os sentidos das palavras – do Provedor de Justiça. Mais ainda, este último argumento é sintomático de um certo tipo de pré-juízo próprio de alguma doutrina constitucional, nunca expressamente assumido, nos termos do qual os direitos, liberdades e garantias poderiam ser violados pelo legislador, pela administração, por outros particulares mas... muito dificilmente pelos próprios tribunais. Quanto a este último ponto duas notas breves se impõem. Em primeiro lugar, os tribunais não se encontram imunes à indesejada violação de direitos, liberdades e garantias: na realidade, entendido racionalmente o problema, o *risco* dessa violação é, em geral, considerável, porquanto ao juiz cumpre decidir o caso concreto. Ora, se esse risco não é, em geral, dispiciendo, no processo penal, pela sua natureza – como tivemos oportunidade de demonstrar – é consideravelmente elevado. Em segundo lugar, os próprios tribunais estão escrupulosamente subordinados ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias e respectivo regime tal como estabelecidos, desde logo, na própria Constituição, encontrando-se a validade das decisões jurisdicionais, como actos jurídico-públicos, dependente da sua conformidade com a Constituição (artigo 3.º, n.º 3, da Constituição)²⁴. Isto é, as decisões jurisdicionais não estão subtraídas ao cumprimento do princípio da constitucionalidade.

O segundo argumento, pelo qual o Provedor de Justiça não deve pronunciar-se sobre um acto jurisdicional, pois, ao fazê-lo, desrespeitaria a obrigatoriedade das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição), não conhece melhor sorte do que o anterior. É que, em rigor, o significado desta obrigatoriedade resume-se à ideia de que «por um lado, nenhuma entidade está imune à autoridade das decisões judiciais» e que, por outro lado, «as decisões judiciais não necessitam de nenhuma homologação ou confirmação de outra autoridade para

²⁴ Sobre o problema da sindicabilidade do caso julgado inconstitucional, quanto a decisões jurisdicionais não normativamente mediadas, isto é aquelas «cujo conteúdo viola directa e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional», v., por todos, PAULO OTERO, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, 1993, pp. 65 e ss. e 118 e ss. Quanto à questão específica da necessidade ou não da consagração, *de lege ferenda*, da figura do recurso de amparo, v. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade, os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, 1999, pp. 352 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 2.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 171 e s.; JORGE REIS NOVAIS, «Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)», in *Themis*, Ano VI, 2005, pp. 91 e ss., republicado posteriormente no livro *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006, pp. 155 e ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Vol. II, Coimbra, 2005, pp. 989 e ss. e, especialmente, pp. 1053 e ss.

se tornarem obrigatórias, nem podem ser anuladas ou superadas por uma decisão de nenhuma outra autoridade (inclusive quando investida no poder legislativo)»²⁵. A recomendação do Provedor de Justiça, contudo, não questiona a legitimidade do tribunal nem a sua autoridade e, muito menos, anula ou revoga qualquer decisão jurisdicional: criticar o conteúdo de uma prática jurisdicional que não toma a sério direitos, liberdades e garantias não pode ser visto – mesmo à luz do crivo mais exigente – nem como um questionar da legitimidade do tribunal para decidir nem como um incitamento ao incumprimento das decisões jurisdicionais; e quanto à circunstância de se tratar de uma simples recomendação, não tem o Provedor, mais uma vez insistimos, qualquer poder decisório, nomeadamente para contrariar o acto criticado.

O terceiro argumento, segundo o qual a intervenção do Provedor de Justiça perante uma decisão jurisdicional implicaria o desrespeito da garantia de independência dos tribunais (artigo 203.º da Constituição) é bem mais delicado e obriga a introduzir alguma diferenciação quanto ao tipo de prática que é objecto de intervenção do Provedor nesta matéria. Note-se, porém, que não nos movemos aqui no âmbito da (aparente) «usurpação» de funções por parte do Provedor, mas apenas no plano da simples «interferência». Importa ter presente, antes de mais, que a garantia da independência dos tribunais, como garantia *sine qua non* de um verdadeiro Estado de Direito democrático, significa – na sua vertente externa – que os tribunais estão a coberto das «ingerências ou pressões» «dos demais poderes do Estado (nomeadamente do Governo e da administração)»²⁶. Ora, logo de início, duas realidades se apresentam como evidentes: em primeiro lugar, o Provedor de Justiça não é um «poder do Estado»: o Provedor de Justiça, como vimos, não é, inequivocamente, «poder». Em segundo lugar, a intervenção do Provedor de Justiça não inclui as ditas «ordens ou instruções das demais autoridades»²⁷ que, caracteristicamente, fazem perigar a independência dos tribunais. Dito em outras palavras, a actuação do Provedor de Justiça nunca poderia traduzir-se numa injunção ao juiz, do género «faz isso!», *v.g.*, «absolve A!» ou «condena B!», ou «não faças isso!»²⁸.

²⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 3.ª edição, p. 799. V., também, RUI MEDEIROS/TIAGO MACEIRINHA in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, Tomo III, pp. 77 e ss.

²⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 3.ª edição, p. 794. V., também, RUI MEDEIROS/MARIA JOÃO FERNANDES in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, Tomo III, pp. 37 e ss. e, especialmente, pp. 40 e ss.

²⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 3.ª edição, p. 794.

²⁸ É, pelo contrário, em face do parâmetro da independência dos tribunais, de duvidosa constitucionalidade o poder de restrição do conteúdo da decisão do juiz de instrução, durante o inquérito, atribuído ao requerimento do Ministério Público relativo à aplicação de medidas de coacção (com excepção do termo de identidade e residência) e de garantia patrimonial, no novo n.º 2 do artigo 194.º do Código de Processo Penal, na redacção que lhe foi atribuída pela recente revisão operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. É que, por força deste normativo, o Ministério Público sempre que requeira, durante a fase de inquérito, a aplicação de uma medida de coacção menos grave do que a prisão preventiva, estará a condicionar o sentido da decisão do juiz de ins-

Em todo o caso, sempre se questionaria legitimamente se a recomendação do Provedor de Justiça dirigida ao juiz do caso concreto não poderia, de qualquer modo, ser entendida como uma interferência – apesar de mais ténue em face da ordem ou da instrução – relativamente à actividade jurisdicional concretamente recortada. E isto, desde logo, no próprio processo, caso o interessado interpusse, por exemplo, recurso da decisão jurisdicional: a recomendação do Provedor dirigida ao tribunal *a quo*, sempre se revelaria como uma inaceitável interferência sobre o tribunal *ad quem*, que, em sede de recurso, teria agora de decidir²⁹. Nestes termos, salvo melhor entendimento, deverá destrinçar-se, em nome da independência dos tribunais constitucionalmente imposta, entre o plano do acto jurisdicional concreto e o plano geral e abstracto da extrapolação típica de actos jurisdicionais fundada na verificação de uma prática jurisdicional reiterada de errada ou inadequada aplicação da lei: quanto às «decisões jurisdicionais concretas», não deve o Provedor de Justiça intervir, sob pena de isso poder consubstanciar uma indesejada «interferência» numa decisão jurisdicional; pelo contrário, quanto às «decisões jurisdicionais típicas», não se projectando a recomendação do Provedor perante um caso concreto e não se dirigindo a mesma a um determinado juiz, não cabe falar, com propriedade, na mencionada interferência do Provedor no acto decisório do juiz. Assim, limitar-se-ia o Provedor a *recomendar*, em geral, perante certos tipos de decisões jurisdicionais, que se revelem incumpridores dos direitos, liberdades e garantias, que tal prática jurisdicional seja, de futuro, corrigida. Isto mesmo se coaduna, aliás, com o facto de a recomendação do Provedor ser, no caso português, dirigida ao Conselho Superior de Magistratura (artigo 23.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor de Justiça). A título de ilustração, poderia, deste modo, o Provedor de Justiça, dirigir uma recomendação ao Conselho Superior da Magistratura alertando para a necessidade de corrigir a trajectória no que respeita à taxa de aplicação e ao tempo médio de duração da prisão preventiva, aspectos que, de resto, têm sido focados em relatórios internacionais e comunitários³⁰.

trução, mais precisamente, a impedi-lo de aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial mais grave do que aquela que requereu, apesar de medidas mais graves se encontrarem previstas na lei e poderem ser mais adequadas ao caso concreto, no entender do juiz. Contudo, a questão não é pacífica na doutrina portuguesa: posição contrária à nossa, alinhada com a versão actual do n.º 2 do artigo 194.º, é defendida, entre outros, por FERNANDA PALMA, «Da acusação e da pronúncia e a suficiência indiciária», in GUEDES VALENTE (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, ed. Almedina, 2005, p.128.

²⁹ Neste sentido, v. a bem fundada ressalva do artigo 17.º, n.º 2, da Lei espanhola de 6 de Abril de 1981 [http://www.omineurope.info/uk/index_e.html]. Segundo o preceituado nesse artigo, não é permitido ao Provedor investigar aspectos concretos das queixas quanto a processos que ainda se encontrem pendentes em tribunais, mas ressalva-se, expressamente, dessa proibição a investigação quanto a problemas gerais colocados nessas mesmas queixas.

³⁰ Referimo-nos muito especialmente ao Relatório de Gil Robles (Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa) onde estes aspectos são evidenciados – v. *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l’homme, sur la visite au Portugal du 27 au 30 Mai 2003*, disponível no sítio do Conselho da Europa

Pode concluir-se, assim, pela rejeição da teoria da inadmissibilidade constitucional da intervenção do Provedor de Justiça perante as decisões jurisdicionais. Sendo improcedentes os seus argumentos constitucionais, não nos resta alternativa a esta conclusão.

Seria, aliás, constitucionalmente incongruente que as decisões dos tribunais – submetidas, também elas, ao império da constitucionalidade, como já foi observado (artigo 3.º, n.º 3, da Constituição) – fossem imunes à apreciação crítica precisamente do único órgão constitucional cuja total autonomia e independência é posta ao serviço exclusivo da defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos perante os poderes públicos: o Provedor de Justiça. Seria até uma solução constitucionalmente disfuncional a que garantisse ao Provedor de Justiça os seus poderes relativamente à lei ordinária e respectiva patologia em matéria de direitos fundamentais, mas o condenasse ao silêncio no quadro de uma total postergação dos mesmos no domínio da actividade jurisdicional. Finalmente, seria estranha do ponto de vista constitucional a possibilidade de o Provedor de Justiça intervir a propósito de uma qualquer decisão de um magistrado no âmbito dos serviços administrativos do tribunal (administração do serviço de justiça), quando contraposta, *ad terrorem*, à interdição de actuação a propósito de uma prática distorcida de aplicação de uma certa medida de coacção ou de aceitação de um meio de prova proibido.

No fundo, a posição da doutrina constitucional portuguesa na matéria apenas se tem preocupado, como tivemos oportunidade de sublinhar, com a identificação do monopólio da função jurisdicional, para daí concluir, sem mais, pela inadmissibilidade constitucional de qualquer intervenção do Provedor de Justiça perante a decisão jurisdicional. O mesmo é dizer que esta doutrina presume que a actuação do Provedor invade o monopólio da função jurisdicional ou faz perigar a independência do tribunal: mas limita-se a fazê-lo implicitamente, nunca o chegando a demonstrar. Pelo contrário, como tivemos oportunidade de demonstrar, a intervenção do Provedor de Justiça, perante a decisão jurisdicional típica, através do seu poder de recomendação, não apenas se revela como cumpridora do artigo 23.º, n.º 1, da Constituição como, para além disso, em nada conflitua, com a reserva da função jurisdicional – pois nada *usurpa* – e a obrigatoriedade das decisões dos tribunais, apenas impondo, nos termos desenvolvidos, em nome da independência dos tribunais, que não se projecte especificamente sobre uma decisão concreta.

Deste modo, o Provedor de Justiça pode, *rectius*, deve constitucionalmente intervir perante um tipo de acto jurisdicional avesso a direitos liberdade e garantias.

Aqui chegados, somos, porém, confrontados com uma dificuldade: o disposto no artigo 22.º do Estatuto do Provedor de Justiça, nos termos do qual «ficam excluídos dos poderes de

na *Internet* <https://wcd.coe.int/rsi/common/index.jsp#> (p. 8).

inspecção e fiscalização do provedor de Justiça os órgãos de soberania, as Assembleias Legislativas Regionais e os Governos próprios das Regiões Autónomas, com excepção da sua actividade administrativa e dos actos praticados na superintendência da Administração» (n.º 2) e

«as queixas relativas à actividade judicial que, pela sua natureza, não estejam fora do âmbito da actividade do provedor de Justiça serão tratadas através do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público ou do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, conforme os casos» (n.º 3).

A interpretação da primeira disposição não apresenta grandes dificuldades: ela exclui apenas os poderes de realizar visitas de inspecção [alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do Estatuto do Provedor de Justiça] e de proceder às investigações e inquéritos que o Provedor considere necessários [alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º do Estatuto do Provedor de Justiça] junto das entidades aí previstas (tribunais naturalmente incluídos, como órgãos de soberania que são). Trata-se de uma interpretação compatível com a Constituição, pois preserva ainda o poder essencial do Provedor de Justiça de emitir recomendações previsto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

Pelo contrário, o modo de interpretação da segunda disposição não se tem revelado fácil, sendo frequentemente realizado em consonância com a reserva de jurisdição e o princípio da separação dos poderes, no sentido da exclusão *in totum* da intervenção do Provedor de Justiça, perante a actuação materialmente jurisdicional dos tribunais: isto é, as queixas, que pela sua natureza não estariam fora do âmbito da actividade do Provedor de Justiça seriam apenas as que respeitassem à dita administração dos serviços administrativos da justiça³¹. Mas tivemos já oportunidade de rejeitar essa interpretação, pelo que se coloca, agora, o problema inverso de saber se a mesma não será afinal materialmente inconstitucional por preterição do artigo 23.º, n.º 1, da Constituição.

O artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor de Justiça suscita, efectivamente, problemas de constitucionalidade. Não devemos, porém, concluir pela sua inconstitucionalidade sem antes testarmos, como impõe a boa hermenêutica constitucional, a possibilidade de uma interpretação em conformidade com a norma constitucional que constitui o parâmetro substantivo na matéria: o artigo 23.º, n.º 1, da Constituição. A forma de interpretação do referido preceito do Estatuto que, em nosso entender, não *irrita* materialmente a garantia constitucional da intervenção do Provedor de Justiça, obriga a um novo olhar sobre o mesmo: *a contrario sensu*, a actividade judicial que, pela sua natureza, está fora do âmbito de actuação do Provedor de Justiça, apenas pode ser aquela que não contenda com direitos, liberdades e garantias. Por

³¹ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder», pp. 45 e ss.

outras palavras, o artigo 23.º, n.º 1, da Constituição impõe uma mudança de paradigma interpretativo da actuação do Provedor perante a actividade jurisdicional: a natureza das decisões jurisdicionais que importa aferir para efeito da possibilidade da intervenção do Provedor de Justiça prende-se com o escopo da atribuição constitucional do Provedor de Justiça e não, como vimos, com a identificação do que seja a reserva da função jurisdicional, havendo apenas que exigir, como foi observado, em cumprimento da independência dos tribunais, que a recomendação do Provedor verse, na generalidade, sobre uma prática jurisprudencial reiterada hostil aos direitos, liberdades e garantias.

Por tudo o que ficou dito, podemos concluir, em jeito de síntese, que, no âmbito dos poderes já pormenorizados do Provedor de Justiça, deve o Provedor intervir perante determinada prática jurisdicional típica desfavorável aos direitos, liberdades e garantias através do poder de dirigir recomendações ao órgão competente: *in casu*, o Conselho Superior da Magistratura, por força do artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor de Justiça. Esta solução é imposta pela teleologia específica do artigo 23.º, n.º 1, da Constituição e não contende com o monopólio constitucional do exercício da função jurisdicional, nem com a obrigatoriedade das decisões judiciais, ou com a independência dos tribunais. Diga-se aliás, que, tendo o Provedor, em geral, como vimos, os poderes de emitir recomendações para a interpretação, alteração ou revogação das leis vigentes, bem como sugestões para a elaboração de nova legislação e de requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral, seria estranho que não pudesse fazer recomendações aos tribunais quanto às melhores práticas de interpretação e aplicação das leis à luz dos cânones hermenêuticos próprios dos direitos, liberdades e garantias.

E, claro está, também, nos casos em que a ofensa aos direitos e garantias fundamentais no processo penal proceda não de uma pura patologia da decisão jurisdicional, mas a montante, da própria imperfeição da legislação penal ou processual penal, deverá, então, o Provedor de Justiça assinalar essas mesmas deficiências, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais serão enviadas ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro e aos ministros directamente interessados [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor].

Do mesmo modo, caso essa imperfeição normativa penal ou processual penal alcance *inclusive* o patamar do vício da inconstitucionalidade, deve o Provedor de Justiça, também nos termos gerais, requerer ao Tribunal Constitucional a respectiva declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral [artigos 281.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), da Constituição e 20.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor].

2.2. Da intervenção do Provedor de Justiça perante a actuação do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal

Poder-se-ia questionar, desde logo, a intervenção no processo penal do Provedor de Justiça, em face da actuação do Ministério Público, porquanto a este último cumpre exercer, constitucionalmente, a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática (artigo 219.º, n.º 1, da Constituição). Pareceria, destarte, que a actividade do Provedor de Justiça, quando confrontada com o exercício dos poderes processuais próprios do Ministério Público, não faria sentido no processo penal, pois que ela não representaria mais do que uma mera duplicação de controlo da legalidade.

Não é, porém, assim. E isto por quatro razões principais. Em primeiro lugar, pela legitimidade ímpar do Provedor de Justiça (superior inclusive à do Procurador-Geral da República, como vimos). Em segundo lugar, pela independência da sua própria actividade relativamente aos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis (artigo 23.º, n.º 2, da Constituição), resultando do corolário negativo dessa independência, como vimos, o não reconhecimento de poder decisório ao Provedor de Justiça, isto é, de poderes para anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos. Em terceiro lugar, porque o Ministério Público, bem como os órgãos de polícia criminal, são poderes públicos. Em quarto lugar, porque apesar de tanto o Ministério Público como os órgãos de polícia criminal se encontrarem adstritos ao cumprimento da legalidade, e com isso ao respeito pelo exercício de direitos, liberdades e garantias, a actividade dos mesmos não é impermeável ao desrespeito pelos direitos, liberdades e garantias.

Encontra-se, assim, presente, também neste plano, a atribuição primária e matriz de actuação do Provedor de Justiça: o respeito e promoção dos direitos, liberdades e garantias perante a actuação dos poderes públicos. Seria, com efeito, contraditório, que o Provedor de Justiça pudesse intervir, *v.g.*, por ocasião de um indeferimento ilegal de uma mera concessão de uma licença para realização de uma simples benfeitoria numa habitação, mas não pudesse actuar precisamente ali onde, como vimos, estão em causa direitos elementares mais proximamente conexos com a dignidade humana e onde foi sendo historicamente sentida a premência de um particular controlo sobre os poderes públicos de perseguição criminal, atendendo à posição particularmente desamparada que, em face deles, ocupam os particulares, *maxime*, o arguido: precisamente, o processo penal.

Aqui chegados, cumpre, porém, perguntar se o Provedor de Justiça deverá, ao contrário do que vimos suceder quanto às tangíveis decisões judiciais, poder questionar as concretas decisões do Ministério Público. Uma primeira leitura do problema conduziria a uma resposta

diversa, porquanto, enquanto os juízes gozam da independência constitucionalmente atribuída, os magistrados³² do Ministério Público encontram-se sujeitos à hierarquia constitucionalmente estabelecida (artigo 219.º, n.º 4, da Constituição)³³. Contudo, também aqui a resposta final não deixará de ser a da interdição da intervenção do Provedor de Justiça perante as concretas decisões do Ministério Público (v.g. despacho de acusação/despacho de arquivamento). Esta solução decorre, porém, a nosso ver, não tanto da afectação da independência dos magistrados do Ministério Público, mas antes de duas razões essenciais. Por um lado, a interferência crítica do Provedor de Justiça relativamente a uma concreta decisão de um magistrado do Ministério Público comprimiria ainda, de um certo modo, a independência dos próprios tribunais, nos termos que tivemos oportunidade de explanar. Na verdade, a independência dos juízes seria, por esta via, indirectamente atingida, pois ao intervir perante o despacho de arquivamento *x* ou o despacho de acusação *y* o Provedor de Justiça estaria a condicionar indirectamente a decisão do juiz de instrução na fase instrutória (caso a ela houvesse lugar) e mesmo do juiz de recurso, v.g., perante um eventual recurso do despacho de não pronúncia. Por outras palavras, com a crítica à decisão do Ministério Público o Provedor estaria não só a influenciar o desenvolvimento de um processo concreto mas também a cercear reflexamente a independência do próprio juiz, o que, como vimos, não é aceitável no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, admitir uma tal interferência crítica do Provedor de Justiça perante decisões concretas do Ministério Público significaria implicitamente erigi-lo em autêntico *sujeito processual*, pois passaria a dispor de poderes de intervenção informais, mas poderosos, que lhe permitiriam conformar a marcha do processo. Sempre que o Ministério Público agisse ao arrepio de direitos e garantias processuais, estaria aberta a possibilidade para, sem enquadramento processual formal, o Provedor de Justiça irromper em cena, corrigindo, recomendando, e, desse modo, co-determinando o rito processual. Ora, não existe qualquer base constitucional ou legal de apoio a uma tal figura nem a uma tal intervenção no *teatro* processual.

Por tudo isto se impõe a conclusão de que o Provedor de Justiça também aqui deverá pronunciar-se, não no plano da decisão concreta do Ministério Público no processo, mas no plano geral e abstracto da extrapolação típica de decisões do Ministério Público fundada na verificação de uma prática reiterada de errada ou inadequada aplicação da lei: por conseguinte, apenas quanto a decisões típicas do Ministério Público no âmbito do processo, deverá o Provedor intervir³⁴.

³² A questão do bom fundamento da designação dos agentes do Ministério Público como magistrados é, como se sabe, muito controvertida, mas esse é assunto que ultrapassa, em muito, o âmbito do nosso estudo.

³³ V. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 3.ª edição, pp. 830 e s.; JOSÉ LOUBO MOUTINHO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, Tomo III, pp. 240 e s.

³⁴ Diga-se, não obstante, em face destas duas razões e da limitação que impõem à intervenção do Provedor de Justiça que as mesmas não valem noutras latitudes em que quer a independência do juiz quer a intervenção

No quadro de competências do Provedor de Justiça *supra* mencionado e dentro dos limites acabados de traçar, encontramos, no domínio específico do processo penal, perante a actividade do Ministério Público, como poder funcional a ser exercido de modo particularmente profícuo, o envio de recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou melhoria dos respectivos serviços [artigos 23.º, n.º 1, da Constituição e 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor]. O órgão competente para receber essas queixas é, no caso do Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público (artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor de Justiça). Note-se que estas recomendações poderão, nos termos gerais, ser precedidas de um impulso externo – o direito de queixa ao Provedor de Justiça de que são titulares todos os cidadãos (artigos 3.º e 24.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça), que podem, aliás, exercê-lo mesmo quando para tal não possuam qualquer interesse directo, pessoal e legítimo na questão e independentemente de qualquer prazo (artigo 24.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça) – ou ser da iniciativa autónoma do Provedor de Justiça, perante qualquer facto que, por qualquer meio – *v.g.*, uma peça jornalística –, tenha chegado ao seu conhecimento (artigos 4.º e 24.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça).

Importa, contudo, que a recomendação que acabe por corporizar a intervenção do Provedor respeite, nos termos que acabámos de assinalar, não a decisões concretas, mas antes a práticas típicas de decisão. Pode, assim, a título de exemplo, o Provedor de Justiça, através de uma recomendação, advertir para a circunstância de estar a ser utilizado reiteradamente um método proibido de prova, como a realização de buscas domiciliárias manifestamente ilegais. Como pode também, uma vez mais a título de exemplo, o Provedor de Justiça formular uma recomendação no sentido do não prolongamento excessivo da duração dos inquéritos e da correcta compreensão dos prazos máximos de duração do inquérito não como prazos padronizados ou prazos-regra de duração o mais prolongada possível, mas como prazos *efectivamente* máximos, não devendo, por conseguinte, a duração habitual dos inquéritos coincidir com o limite máximo legalmente previsto. Mais ainda, o Provedor pode intervir, por esta via, contra a postergação padronizada de direitos ou garantias processuais do arguido ou do assistente (artigo 32.º, n.º 7, da Constituição). Basta pensar, neste último caso, na hipótese de, em face da investigação de determinado tipo de criminalidade, virem sendo proferidos despachos de arquivamento não obstante ser notória, nos respectivos processos, a existência de prova indiciária bastante da prática dos crimes pelos arguidos e ser inequívoca a admissibilidade legal dos procedimentos.

crítica do Provedor em face da actuação, não apenas do Ministério Público, mas do próprio tribunal, são perspectivadas com base em paradigmas bem mais interventivos. Isso mesmo é fruto não apenas de um diverso quadro normativo regulador da intervenção do Provedor, mas também de diferentes esquemas histórico-culturais de pensamento jurídico que resultam de um já multissecular modo de pensar a figura do Provedor: veja-se, designadamente, o caso modelar do *Ombudsman* sueco.

Pode, ainda, o Provedor de Justiça realizar, com ou sem aviso, visitas de inspecção a estabelecimentos prisionais [artigo 21.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor], ou, por maioria de razão a qualquer outro onde se encontrem presos preventivos ou, mesmo, meros detidos. Deste modo, se torna possível àquele órgão averiguar da observância dos direitos, liberdades e garantias também durante a fase de execução das penas.

Mas o Provedor de Justiça, sobretudo em alguns casos de mais flagrante valia na perspectiva dos direitos fundamentais, pode também promover a divulgação do conteúdo e do significado específico de cada um dos direitos e garantias associados ao processo penal. E pode realizar essa promoção tanto em abstracto [artigo 20.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto do Provedor], como em concreto (por maioria de razão em face do mesmo preceito e da atribuição e razão de ser do Provedor de Justiça: a defesa da realização dos direitos, liberdades e garantias perante os poderes públicos). A título de exemplo, pode o Provedor de Justiça, inclusive, a jusante do processo penal, após o trânsito em julgado da decisão final, perante a entrada em vigor de uma revisão do Código Penal, divulgar junto dos condenados – através dos estabelecimentos prisionais onde cumprem pena – o conteúdo e o significado do novo artigo 371.º-A do Código de Processo Penal (na redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto), que concede ao condenado o direito de requerer a reabertura da audiência de julgamento, para efeitos da aplicação retroactiva da lei penal que lhe seja mais favorável (em cumprimento da imposição constitucional da retroactividade *in melius* consagrada no artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da Constituição).

E, claro está, em alguns casos poderá o entorse aos direitos e garantias fundamentais no processo penal proceder não de uma deficiência da actuação do Ministério Público ou dos órgãos de policial criminal, mas a montante, da própria imperfeição da legislação penal ou processual penal, devendo, então, o Provedor de Justiça assinalar essas mesmas deficiências, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais serão enviadas ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro e aos ministros directamente interessados [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor].

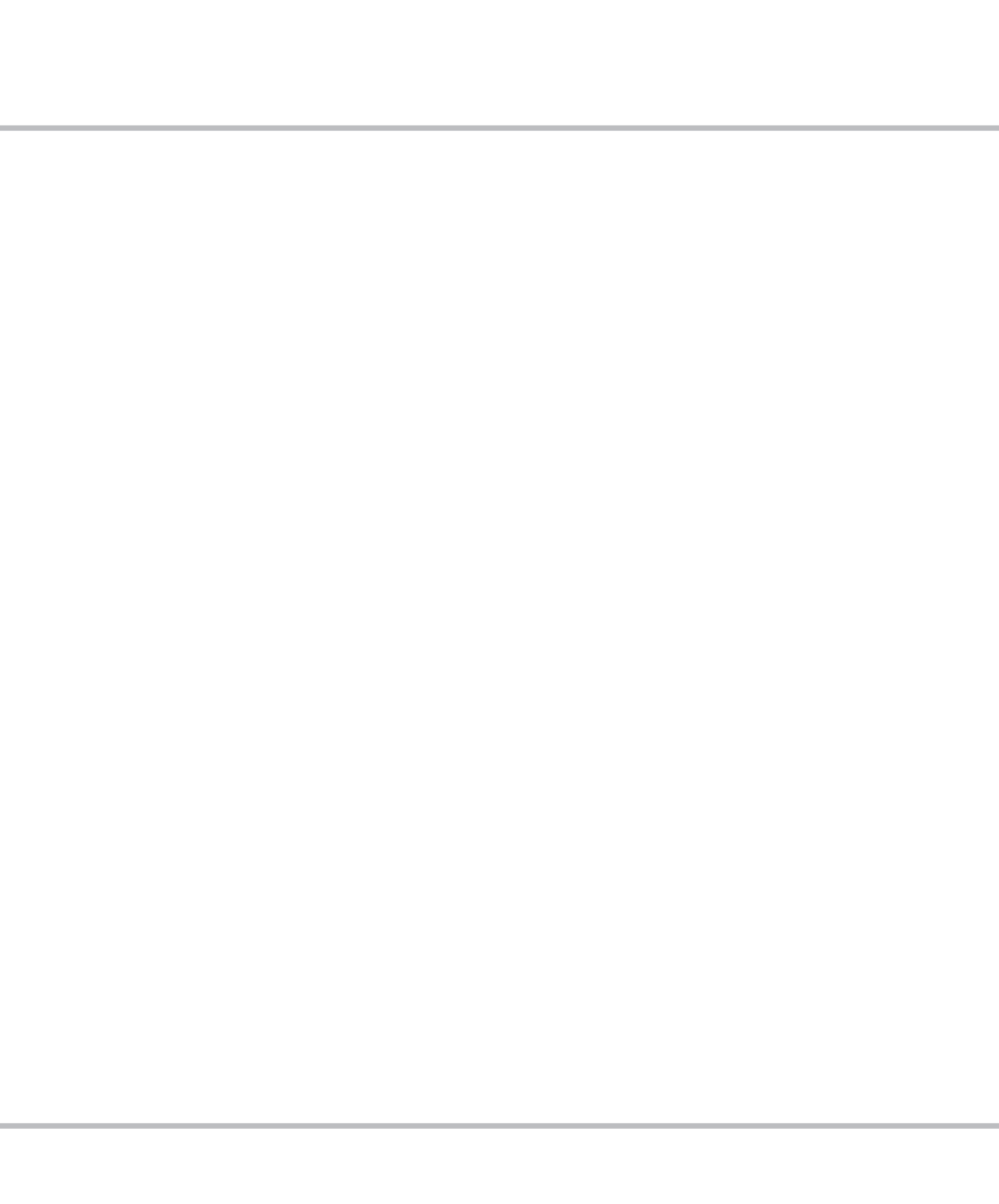
Caso essa imperfeição normativa penal ou processual penal alcance inclusive o patamar do vício da inconstitucionalidade, deve o Provedor de Justiça, também nos termos gerais, requerer ao Tribunal Constitucional a respectiva declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral [artigos 281.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), da Constituição e 20.º, n.º 3, do Estatuto do Provedor].



David Duarte

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça

0: Considerações preliminares

A discricionariedade administrativa, noção que aqui se adopta no seu sentido mais amplo (em que equivale à correntemente designada margem de livre decisão), é, actualmente, uma mera consequência das normas de legalidade administrativa, pelo que é, na íntegra, um resultado normativo, no sentido em que, de uma forma ou de outra, resulta sempre de uma norma¹. A discricionariedade administrativa, por conseguinte, nada tem nada a ver com áreas de exercício livre da função administrativa, como era o cenário no âmbito da *freies ermessen*, pois em causa está uma acção administrativa que, desde a mera previsão competencial ao extremo oposto da norma de conduta detalhadamente densa, está sempre normativamente habilitada². A importância das afirmações anteriores, salientando a premissa básica de não haver discricionariedade administrativa sem norma, é bastante significativa, no que concerne

¹ Prefere-se a utilização uniformizada do termo *discricionariedade*, para tudo o que se lhe reconduza, à utilização do termo *margem de livre decisão* (muito em voga, como se pode ver em Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2ª ed., Lisboa, 2007, pp. 180 e ss.; e, nas suas origens germânicas, Walter Schmidt (cfr., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, p. 43), essencialmente pela razão, adiante constatável, de tudo o que está a ser integrado na *margem de livre decisão* não ser mais, em rigor, do que meras formas de discricionariedade, totalmente reversíveis entre si.

² Quanto à *freies ermessen*, enquanto liberdade de acção administrativa não normativamente dependente, que, no período liberal, se reconhecia à administração na actividade que não interferisse na liberdade individual e na propriedade, e por exemplo, Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1960 (tradução espanhola, Madrid, 1978), pp. 149 e ss.

à sua compreensão e ao seu estudo: a discricionariedade administrativa é um fenómeno normativo e, por isso, a actividade científica que a tem por objecto só pode (e só deve) fazer-se a partir de uma análise normativamente sustentada³.

A discricionariedade administrativa, como resultado normativo, e agora na sua avaliação intrínseca, é um resultado normativo relativo a uma escolha entre alternativas: o que a identifica é, exactamente, a circunstância de se tratar de uma situação, derivada de uma norma, em que se apresentam alternativas e em que deve ser realizada uma escolha. A invariante do conceito normativo de discricionariedade administrativa está, por isso, na existência (ou seja, na previsão normativa, de acordo com o que ficou estabelecido no parágrafo anterior) de *alternativas geradoras de uma escolha*, encontrando-se aí, deste modo, a propriedade que recorta aquilo que com ele se representa e, deste modo, a definição da fronteira da sua denotação⁴. A consequência que daqui se retira é, por isso, directa: em cada caso em que, no exercício da função administrativa, se encontrem alternativas conducentes a uma escolha, aí, apresenta-se uma situação normativa de discricionariedade administrativa, na qual o órgão competente, dentro do quadro de alternativas presentes, deve conformar o conteúdo do acto jurídico a praticar de acordo com uma opção sua⁵.

As situações de exercício da função administrativa em que, normativamente, é conferida discricionariedade são, naturalmente, bastante específicas, quer nas condições de conformação do conteúdo decisório, particularmente diferenciadas relativamente à mera aplicação de uma norma, quer no que concerne ao âmbito e à intensidade do eventual controlo jurisdicional. A partir da primeira perspectiva, pode ver-se que a atribuição de discricionariedade constitui, desde logo, uma quebra no manto de regulação com o qual a função legislativa dirige a função administrativa, fazendo-a perder qualquer resquício de um poder meramente executivo: sem escolhas previamente realizadas, impõe, como em nenhum outro caso, um exercício criativo da função administrativa. Ao mesmo tempo, aí estabelece-se uma relação directa entre a realidade e a qualidade administrativa da instância de solução do problema jurídico: mesmo se dentro de balizas relativamente determinadas, é ao órgão administrativo

³ Para considerações mais desenvolvidas sobre esta perspectiva de abordagem, David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 462 e ss.

⁴ Quanto ao conceito de *conceito normativo*, como conceito da linguagem específica da ciência jurídica e, nesses termos, de definição realizável pela própria ciência (ou pelo uso que esta lhe dá), Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., Stuttgart, 1997, p. 140; e Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, (tradução espanhola, Madrid, 1979) pp. 246 e ss.

⁵ Entre tantas referências, por exemplo, Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8ª ed., Bremen, p. 104; Gabriele Bottino, *Equità e Discrezionalità Amministrativa*, Milano, 2004, pp. 114 e 115; e Daniel Hall, *Administrative Law*, 2ª ed., Upper Saddle River, 2001, pp. 34 e ss.

que cabe definir, de forma autónoma, os efeitos jurídicos a criar, não havendo outra responsabilidade na determinação do direito do caso que não a administrativa⁶.

A partir da segunda perspectiva, releva a circunstância de nos encontrarmos numa zona de actividade administrativa em que há uma significativa rarefacção, independentemente da maior ou menor extensão quantitativa da discricionariedade, dos suportes normativos passíveis de sustentar um controlo jurisdicional circunscrito à estrita legalidade. A abertura normativa que a discricionariedade consubstancia faz confrontar os tribunais com conteúdos decisórios descobertos de padrão normativo directo, limitando a plena sindicabilidade jurisdicional dos actos jurídicos funcionais correlativos, que não podem ser avaliados, nessa zona de responsabilidade administrativa própria, em termos equivalentes ao que ocorre em áreas de vinculação normativa. A discricionariedade administrativa constitui, deste modo, uma zona do exercício da função administrativa em que os tribunais estão sujeitos a um significativo *imperativo de autocontenção*, sob pena de, por não haver suporte de legalidade (com exclusão da controlabilidade sob normas de princípio), serem os próprios órgãos jurisdicionais a exercer directamente uma função que não lhes cabe⁷.

A singularidade do exercício da função administrativa nas partes em que normativamente é conferida discricionariedade não se esgota, no entanto, aí, pois muitas são, para além das perspectivas de desenvolvimento das ideias básicas que os anteriores parágrafos enunciam, as especificidades que se lhe reconhecem, nomeadamente até no domínio intra-administrativo. A especificidade desta área (e desta forma) de exercício da função administrativa, assim, também se manifesta no próprio campo administrativo dos órgãos que, de alguma forma, sobre a mesma se pronunciam e que têm competência para aferir sobre o exercício alheio de competências que revelam escolhas administrativas, quer num controlo integrado, quer numa avaliação independente. E é esta, como é sabido, a posição *geo-administrativa* do Provedor de Justiça, que é um órgão cujas competências, sob um estatuto de independência funcional, também incidem sobre o exercício da função administrativa: o presente estudo visa analisar, por isso, as questões (específicas) que a discricionariedade administrativa coloca quando a competência daquele órgão sobre ela recai⁸.

⁶ Expressiva disto mesmo era já a afirmação de Vieira de Andrade (cfr., *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, p. 42) de a discricionariedade ser, para os órgãos administrativos, «um poder próprio na decisão de casos concretos».

⁷ Cfr., Sêrvulo Correia, *Judicial Resolution of Administrative Disputes*, in *Direito Comparado, Perspectivas Luso-Americanas*, vol. I, Coimbra, 2006, pp. 331 e 332.

⁸ Subjacente à afirmação feita está a consideração, que pode ser já enunciada, de se entender que o Provedor de Justiça é um *órgão administrativo independente*, embora com um espectro competencial de acção não

Ainda a título de considerações preliminares, importa também salientar que a abordagem que se segue, nomeadamente na parte em que, após a compreensão global do que está denotado na discricionariedade administrativa, se aborda a situação das competências do Provedor de Justiça relativamente àquela, é apenas relativa ao dever ser (ao direito posto) e não aos factos. Ou seja, não está em causa analisar como tem o Provedor de Justiça lidado com as queixas (ou tem agido por sua iniciativa) relativas à gestão da discricionariedade, fazendo o estudo sobre a forma como interfere ou não nas escolhas efectuadas, mas antes, diferentemente, saber qual é a situação jurídica em que se encontra relativamente ao exercício administrativo da discricionariedade. Assim, do que se trata, e partindo da sua competência e das normas de conduta que regulam o respectivo exercício, é de saber, em rigor, como deve agir o Provedor de Justiça quando confrontado com situações administrativas provenientes dessa zona de acção administrativa: pretende-se, portanto, apurar qual a margem de acção (e respectivos limites) que, nesse domínio, lhe assiste⁹.

exclusivamente limitado à função administrativa (tal como João Caupers, *A Pretexo do Dever de Sigilo do Provedor de Justiça*, in *O Provedor de Justiça, Estudos*, Lisboa, 2006, p. 88). A questão é polémica, dado que, se não há dúvidas quanto ao segundo predicado, o de se tratar de um órgão independente, tem sido pouco pacífica a qualificação como órgão administrativo (ou que exerce a função administrativa do Estado). No entanto, partindo do princípio (absolutamente incontornável) de não haver órgãos num *vácuo funcional* (como parece sustentar Vital Moreira, *As Entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça*, in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, pp. 112 e 113), não resta outra alternativa que não essa: trata-se de um órgão administrativo, pois, definitivamente, não é um órgão da função política, nem da legislativa, nem, obviamente, da jurisdicional. Em rigor, trata-se de um órgão (politicamente relevante e, por isso, constitucionalmente deslocado de qualquer conexão com a função administrativa do Estado) que exerce essencialmente competências de avaliação do exercício da função administrativa (numa perspectiva subjectiva de protecção das posições jurídicas dos particulares) e que, não obstante as competências adicionais cujo objecto extravasa aquela função (como as de suscitar a fiscalização da constitucionalidade ou as de dirigir recomendações aos órgãos legislativos), se posiciona, globalmente, como um órgão de defesa dos particulares relativamente aos órgãos públicos. Sendo o Provedor de Justiça um órgão secundário (tem por objecto a actividade de outros órgãos), a textura mista das suas competências não esconde que é a função-administrativa o centro da sua actividade e é aí, com a qualidade de órgão secundário, que se deve integrar.

⁹ O enunciado do propósito do presente estudo remete, por conseguinte, para a necessidade de uma elaboração teórica global sobre a discricionariedade administrativa, que se apresenta, portanto, como um pressuposto da resposta ao problema, tal como colocado. É esta, assim, a justificação de se fazer aqui um enquadramento genérico da discricionariedade e de, por isso, se demarcar com a maior precisão possível *aquilo de que se fala quando se fala de discricionariedade administrativa*.

1: A discricionariedade administrativa: o quadro de categorias

Aceitando como válida a premissa segundo a qual a discricionariedade administrativa é o resultado normativo em que se atribui a um órgão administrativo alternativas conducentes a uma escolha, daí resulta que não é difícil conceber que são várias as formas (as técnicas normativas, em rigor) através das quais esse resultado normativo se expressa e é materializado. A categorização dessas formas apresenta-se, por isso, como um instrumento essencial para a compreensão global do fenómeno normativo em causa, devendo iniciar-se logo pela distinção entre *enunciado normativo* e *norma*, ou seja, e para o que aqui releva, pela distinção dos casos em que a discricionariedade administrativa resulta da norma, propriamente dita, relativamente aos que resulta do seu texto. A distinção é essencial e revela duas formas diferentes de se chegar ao resultado normativo de atribuição de discricionariedade: no primeiro caso, esta provém de alternativas previstas na norma, já interpretada e despida da roupagem da linguagem, no segundo, a discricionariedade está na própria linguagem e materializa-se em alternativas que decorrem dos termos em que esta se apresenta¹⁰.

A discricionariedade administrativa proveniente das normas, na sua condição ontológica de significados de um enunciado normativo, é, desde logo, mais intuitivamente apreensível, pois é aquela em que é o próprio direito que aparece a estabelecer, explicitamente, e de forma mais ou menos directa, o quadro de alternativas que geram a situação administrativa de escolha. É a discricionariedade que se encontra, e por exemplo, nos casos correntes de exercício da função administrativa em que uma norma apresenta efeitos alternativos na sua estatuição, estabelecendo dessa forma, quando verificadas as condições das quais depende a sua aplicação, que um desses efeitos deve ser escolhido para constituir o direito a aplicar ao caso concreto. Em situações normativas como esta, agora descrita, é a própria norma que, directamente, apresenta alternativas e remete o órgão administrativo para o cenário (normativamente, um dever) de escolha: a solução do problema jurídico que convoca a aplicação da norma pressupõe a realização, por parte do órgão administrativo, da opção por um dos efeitos alternativos (disjuntivos) que são normativamente apresentados¹¹.

¹⁰ Quanto à distinção entre enunciado normativo e norma, entre tantas referências, Eugenio Bulygin, *Normas Proposiciones Normativas y Enunciados Jurídicos*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 170; e Riccardo Guastini, *Production of Rules by Means of Rules*, in *RTh*, 1986, p. 298. Especificamente no capítulo da discricionariedade, David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 473 e ss.

¹¹ Cfr., por exemplo, Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ª ed., München, 2004, p. 135; e Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 105.

A discricionariedade administrativa proveniente da linguagem das normas, diferentemente, é menos evidente, em razão de resultar de incertezas de linguagem, e está (ou tem estado) dominada pelo problema cientificamente limitador, e algo exagerado, acrescentando-se, de se encontrar na fase de determinação do direito aplicável correntemente designada como *interpretação*. É, não obstante, uma categoria clara de discricionariedade, em razão de constituir uma forma através da qual o direito apresenta alternativas (geradoras de uma escolha), o que faz quando, e por exemplo, utiliza no texto da norma uma palavra cuja incerteza semântica convoca o órgão administrativo para o leque de alternativas compreendido no âmbito dessa incerteza. A origem linguística desta discricionariedade não preclui que se trate efectivamente de um resultado normativo desse tipo: as incertezas linguísticas criam um espaço de alternativas (de linguagem) que se projectam (e se repercutem) como alternativas no próprio conteúdo da norma que aí consta, configurando um espaço em que, necessariamente, o órgão administrativo deve realizar uma escolha¹².

As duas categorias de discricionariedade administrativas que assim se divisam, sustentadas no critério, heurísticamente funcional, do momento aplicativo do direito em que se detectam, conduzem, todavia, ao mesmo resultado: quer de uma forma, quer da outra, em ambos os casos há alternativas e a resolução do problema jurídico depende de uma opção administrativa. A qualidade de ambas as categorias como espécies do mesmo género é irrecusável, como se entende, quer por compreenderem ambas a invariante identificativa da discricionariedade administrativa, quer por, em rigor, constituírem, num certo sentido, um resultado de uma mera opção técnica inerente à formulação linguística das normas no momento em são concebidas e inseridas no direito. A configuração de uma norma com alternativas pode ser substituída por um enunciado em que as mesmas provenham da incerteza de uma palavra e vice-versa: em rigor, é apenas de uma opção técnica que se trata, realizada de acordo com o âmbito normativo que se pretende abarcar e com as possibilidades linguísticas permitidas pela língua natural com que se redige o enunciado normativo¹³.

¹² Cfr., genericamente, Riccardo Guastini, *Principi di Diritto e Discrezionalità Giudiziale*, in DP, 1998, pp. 641 e ss.; e Aulis Aarnio, *La Tesis de la Unica Respuesta Correcta y el Principio Regulatorio del Razonamiento Jurídico*, in Dx, 1995, pp. 23 e ss.

¹³ Naturalmente, não se descarta que outros factores sejam relevantes nesta opção, e mesmo que não haja nenhuma opção técnica, no sentido de não haver uma vontade normativa que intencionalmente queira produzir uma ou outra. O que há, certamente, é uma marcada reversibilidade entre uma e outra técnicas (como se pode ver em Markku Helin, *Sobre la Semántica de las Oraciones Interpretativas en la Dogmática Jurídica*, in *La Normatividad del Derecho*, Barcelona, 1997, pp. 191 e ss.), não obstante dificultada pelas possibilidades linguísticas da língua natural em causa, pois para reverter um leque de alternativas normativas em alternativas de linguagem é necessário que a língua em causa compreenda uma palavra que as descreva de forma fechada, tal como, ao contrário, também é necessário que a língua compreenda os artificios necessários para

As duas categorias de discricionariedade apresentadas são, se assim se pode afirmar, categorias globais, embora pensadas a partir do cenário em que há um acto expressivo da função administrativa, com eficácia jurídica externa, que ponha termo (ou faça algo de similar) a um procedimento administrativo, nada tendo a ver com a preparação da decisão administrativa. A circunstância de serem pensadas nesse cenário, aqui e na tradição da ciência jurídico-administrativa, não preclude, no entanto, que sejam aplicáveis aos momentos prévios de exercício da função, como são aqueles que ocorrem no interior do procedimento e que compõem a designada discricionariedade instrutória, relativa à margem de acção administrativa que aí se encontra. A discricionariedade instrutória, por isso, e como já houve oportunidade de referir noutra circunstância, não é mais do que uma discricionariedade relativa ao momentos de preparação de uma decisão, mas derivada, nos mesmos termos, das mesmas categorias vistas, apesar de o ser no âmbito de normas (e enunciados) que especificamente são relativos aos momentos anteriores à decisão administrativa¹⁴.

A discricionariedade instrutória está intimamente ligada, contudo, a potenciais formas de discricionariedade que, de alguma forma, poderiam ser concebidas como categorias autónomas e que, assim, potencialmente com elas correriam lado a lado: em causa estão, principalmente, as designadas (i) liberdade avaliativa e (ii) discricionariedade probatória. Estas potenciais espécies de discricionariedade apresentar-se-iam como categorias autónomas em razão de traduzirem manifestações de liberdade administrativa não reconduzíveis aos casos vistos, a primeira, por reunir os casos de autonomia na qualificação dos factos (se algo é *bom* ou *mau* ou se é *integrável numa qualidade*), a segunda, por dizer respeito à margem de apreciação da própria prova produzida. A respectiva autonomia categorial é, no entanto, bastante discutível, parecendo que, não obstante fazerem menção a situações em que pode haver incerteza (e, portanto, alternativas), não deixam de ser casos de discricionariedade administrativa integráveis nas categorias já enunciadas, podendo aí ser integralmente explicadas quando feita a devida análise das suas condições normativas¹⁵.

que o leque de alternativas que existe numa palavra vaga possa ser redigido num elenco, regra geral incommensurável, de alternativas normativas. O que releva é que, independentemente das dificuldades práticas (e linguísticas) inerentes a essa reversibilidade, teoricamente é do mesmo que se trata.

¹⁴ Sobre a questão, com a tentativa de demonstração de se tratar do mesmo tipo de fenómenos, embora com uma localização funcional distinta, David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental*, cit., pp. 540 e ss.

¹⁵ Pois o que se entende, quer num caso, quer noutro, é que o seu estudo nunca procurou definir quais as normas que lhes servem de base, sendo tratadas quase como figuras *anormativas*. A partir do momento em que se avalia as suas *normas habilitantes* (de onde provêm), todo o seu enquadramento explicativo se altera radicalmente.

A liberdade avaliativa, reportando-se, em rigor, às situações em que se encontra o órgão administrativo quando valora a realidade, como acontece em exames escolares ou júris de concursos, parece ser não mais do que o espaço de escolha entre alternativas que, de uma forma ou de outra, estão normativamente previstas, suscitando a adopção de um critério de escolha. A avaliação que se realiza é uma acção administrativa normativamente habilitada, compreendendo as alternativas de decisão possíveis, e do que se trata é de uma decisão que, pressupondo uma recolha de factos, conduzirá à escolha de um dos efeitos pré-estabelecidos sob um critério: a valoração dos factos e a escolha do critério são, em rigor, a mesma coisa e situam-se no mesmo plano. A liberdade avaliativa, por isso, parece diluir-se num caso corrente de discricionariedade de alternativas normativas, mais ou menos explicitamente previstas, com a especificidade de pressupor um conjunto de factos que limitam consideravelmente o leque normativo (o que não lhe é exclusivo, não obstante), e onde, como acontece correntemente, do que se trata é da opção por um critério de decisão¹⁶.

A discricionariedade probatória, e quanto à sua recondutibilidade normativa, não difere muito, em rigor, da própria liberdade avaliativa, pois aqui também se reconhece uma habilitação normativa (de natureza instrutória), que impõe a apreciação da prova recolhida e, deste modo, a avaliação por parte do órgão administrativo do correlativo valor probatório. A diferença está apenas, no entanto, na circunstância de aqui se tratar de uma indefinição linguística, presente no conceito de prova (constante do enunciado), quando reportado ao valor de verdade do que é provado, em que a avaliação desse valor, compreendendo certezas positivas e negativas, compreende incertezas que conferem uma zona de escolha quanto à atribuição desse mesmo valor. O órgão administrativo, por conseguinte, tem de fazer o que faz, exactamente, quando se confronta com uma incerteza linguística no enunciado normativo, embora aqui apenas com duas alternativas (atribuir ou não esse valor): aprecia a consistência proba-

¹⁶ A situação em que se encontra o órgão administrativo que procede a uma avaliação de conhecimentos, por exemplo, não difere muito, em termos normativos, da que se encontra um órgão que tem de aplicar uma norma cuja estatuição seja *tomar as medidas adequadas*. Se, aqui, é preciso valorar as condições do terreno para eleger alternativas e escolher a (ou as) que é (são) adequada(s), no caso em análise, concebendo que a conduta administrativa parte de uma estatuição como *deve a prova ser avaliada*, e que esse segmento normativo convive com outra norma que estabelece que *a avaliação se expressa numa pontuação de zero a vinte*, daí decorre que neste caso também há uma aquisição da realidade que, sob um critério, leva à escolha de uma. Tanto num caso, como noutro, há uma baliza normativa de efeitos possíveis (no primeiro, todas as medidas adequadas, no segundo, as classificações permitidas na escala), e há, depois, uma limitação das alternativas elegíveis de acordo com a realidade (no primeiro caso, as que são potencialmente adequadas àquela realidade, no segundo, as classificações que aproximadamente a prova pode efectivamente merecer). Por fim, há a adopção de um critério que faz a escolha. Diferentemente, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., p. 191.

tória da prova produzida e, mesmo tratando-se de um meio de prova juridicamente legítimo, decide sobre a sua recondução ao valor de verdade da prova¹⁷.

1.1: A discricionariedade de alternativas normativas

A consideração de uma das categorias da discricionariedade ser, exactamente, a que resulta da existência de alternativas normativas remete para as necessidades de compreender e de avaliar como podem essas alternativas ser normativamente estabelecidas e de como, consequentemente, podem as normas conferir ao órgão administrativo, por esta via, discricionariedade. A necessidade de organizar sistematicamente as várias modalidades da discricionariedade de alternativas normativas remete, então, para a própria organização sistemática das normas, sendo aquelas ilustradas à luz das classificações (e sob os critérios) destas que melhor servem o propósito de evidenciar as semelhanças e as diferenças, permitindo a composição de um quadro global de modalidades. A partir deste pressuposto metodológico, evidente se torna que qualquer ilustração das modalidades de discricionariedade de alternativas normativas tem de iniciar-se no âmbito da distinção entre normas primárias (ou de conduta) e secundárias (especificamente de competência), distinção esta que é hoje absolutamente prioritária em qualquer abordagem feita a partir de normas¹⁸.

As normas de conduta, especificamente, podem dividir-se de acordo com o modo deôntico nelas inserido, distinção esta que se apresenta como *quase inerente* à repartição de normas de conduta, em razão de as separar com base no sentido de ordenação da conduta regulada: estas normas, assim, podem ser (i) permissivas, (ii) impositivas ou (iii) proibitivas. A diferença resulta, precisamente, do sentido ordenador inscrito no elemento normativo (o operador deôntico) em que se assume a regulação da conduta sob uma das três modalidades possíveis: (i) a modalidade de permissão, geradora de normas permissivas, (ii) a modalidade de imposição, geradora de normas impositivas, e (iii) a modalidade de proibição, geradora de normas proibitivas. À parte não se conhecerem outros modos deônticos, importa referir que

¹⁷ Pelo que, na discricionariedade probatória, em causa está, portanto, o peso probatório de uma prova (na apreciação de testemunhos ou na interpretação de documentos, por exemplo) e não a opção sobre qual o meio de prova, como parece evidente. E, assim sendo, tudo se resume à recondução da prova produzida ao valor de verdade, em que a margem de apreciação administrativa deriva da *zona de penumbra* da palavra *prova*, quando a mesma representa a *reprodução da verdade* e não *o meio de a reproduzir*. Diferentemente, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., pp. 192 e 193.

¹⁸ Distinção que, como é sabido, foi concebida por Herbert Hart (cfr., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, 1994, pp. 94 e 95), e cuja importância é hoje globalmente reconhecida, como se pode ver em Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 17ª ed., Cambridge, 1999, p. 19.

as espécies de normas que cada um cria são relativas a todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, são também as que se encontram nas normas de conduta reguladoras da actividade administrativa: são estas, também, as três categorias de normas primárias, quanto ao sentido da ordenação, existentes no direito administrativo¹⁹.

figura 1

<i>operador deôntico: modo</i>	<i>norma de conduta</i>
permite = <i>P</i>	permissiva = <i>a P b</i>
proíbe = <i>Pr</i>	proibitiva = <i>a Pr b</i>
impõe = <i>I</i>	impositiva = <i>a I b</i>

O exercício da função administrativa pode ser regulado, por isso, e desde logo, por normas permissivas, normas que, se assim se pode dizer, são normas particularmente vocacionadas para atribuir discricionariedade: *peritem* imediatamente (logo no operador deôntico) a opção entre a realização ou a não realização do efeito constante da estatuição. As normas permissivas, assim, conferem sempre duas alternativas, no mínimo (exactamente as de realizar e não realizar o efeito), embora possam conferir mais quando haja efeitos disjuntivos na estatuição, caso em que, se os contrários não forem iguais, a norma atribui ao órgão competente as alternativas expressas mais as soluções inerentes à não realização de cada uma delas. As normas permissivas, nestes termos, são sempre habilitações para um espaço de decisão administrativa autónoma, dado que, ao contrário do que acontece em todos os restantes casos (de normas impositivas e proibitivas), a sede da discricionariedade está no próprio operador deôntico: para conferir discricionariedade, a norma não depende do conteúdo da estatuição (ou seja, e por exemplo, de efeitos disjuntivos)²⁰.

¹⁹ As afirmações em texto partem da consideração de as normas compreenderem três elementos (previsão, operador deôntico e estatuição) e de ser o conteúdo do elemento central, o operador deôntico, o que define a natureza da norma, sob este critério do sentido da ordenação da conduta. É exactamente isso que se ilustra na figura 1, indicando-se quais os modos deônticos e como fica a estrutura da norma com os mesmos, com base em previsões e estatuições iguais (*a* e *b*, respectivamente). Sobre esta matéria, David Duarte, *Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross*, in RFDUL, 2002, pp. 260 e ss. Quanto à exaustividade destes modos deônticos, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, México, 1997, pp. 54 e ss.

²⁰ A figura 2 ilustra, exactamente, o que se disse em texto, mostrando como uma norma com um operador no modo de permissão, mesmo que apenas com um efeito na estatuição, concede logo discricionariedade. Isso permite também ver que, com mais alternativas disjuntivas na estatuição (*b* \vee *c*), a norma ainda alargaria o seu espectro de discricionariedade: o órgão pode fazer *b* ou *c* e, não sendo entre si o mesmo, $\sim b$ ou $\sim c$.

figura 2

exemplo de enunciado normativo ¹ : cumpridos os requisitos (<i>a</i>), a licença pode (<i>P</i>) ser concedida (<i>b</i>)
norma ¹ : $\rightarrow a P b$
discricionariedade da norma ¹ : opção entre <i>b</i> e $\sim b$ (conceder ou não a licença)

As normas impositivas, na medida em que obrigam à realização de uma conduta, são menos aptas a conferir discricionariedade do que as permissivas, mas são também normas habilitantes para uma acção autónoma nos casos em que a estatuição: ou (i) contenha efeitos disjuntivos, ou (ii) compreenda um conceito que remeta para a criação própria de alternativas. O primeiro caso é o que se verifica nas situações correntes em que a norma impõe a escolha de um efeito, de entre dois ou mais que a estatuição apresenta, colocando o órgão administrativo numa situação de opção: a discricionariedade está, exactamente, no espaço de realização da escolha entre os efeitos apresentados, constituindo estes o quadro delimitador desse espaço. O segundo caso é o que ocorre quando a norma tem uma estatuição aberta, a preencher pelo órgão competente através da criação de alternativas (por exemplo, *deve tomar as medidas adequadas*), estando a discricionariedade na seguinte sequência de dois momentos: (i) a eleição das alternativas dentro do âmbito e (ii) a escolha daquela que enformará o conteúdo da decisão administrativa (*discricionariedade criativa*)²¹.

figura 3

exemplo de enunciado normativo ¹ : cumpridos os requisitos (<i>a</i>), a licença deve (<i>I</i>) ser concedida por 2 (<i>b</i>) ou 4 anos (<i>c</i>)
norma ¹ $\rightarrow a I b \vee c$
discricionariedade da norma ¹ : opção entre <i>b</i> ou <i>c</i> (conceder a licença por 2 ou 4 anos)
exemplo de enunciado normativo ² : verificada a situação de perigo (<i>a</i>), devem adoptar-se (<i>I</i>) as medidas adequadas (<i>b</i>)
norma ² : $a I b$ (sendo $b = b^1 \vee b^2 \vee b^3 a b^n$)
discricionariedade da norma ² : escolher e optar entre b^1 ou b^2 ou $b^3 \dots$ (eleger e adoptar a medida adequada 1 ou a 2 ou a 3...)

As normas proibitivas, estatisticamente menos frequentes como normas atributivas de discricionariedade administrativa (por apreciação meramente intuitiva), constituem habilitações para um espaço de autonomia administrativa nos casos seguintes: (i) quando há uma proibição de alternativas disjuntivas, ou (ii) quando o efeito proibido tem vários contrários

²¹ A figura 3 ilustra o que se disse em texto, exemplificando a norma¹ o caso de discricionariedade de norma impositiva com alternativas disjuntivas na estatuição e a norma² o caso de discricionariedade de norma impositiva com alternativas a definir e a seleccionar pelo órgão competente. É a este último caso que a doutrina tem frequentemente chamado *discricionariedade criativa*. Por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., p. 184; e Matthias Herdegen, *Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich*, in JZ, 1991, p. 749.

elegíveis. O primeiro caso é o que ocorre quando a norma proibitiva estabelece que os efeitos da estatuição, embora de forma alternativa, são vedados, decorrendo daí que o órgão administrativo não pode optar por um ou por outro: será, certamente, um caso raro, mas não deixa de ser, evidentemente, um caso em que a norma confere discricionariedade no espaço de opção entre os efeitos proibidos. O segundo caso é o que se verifica quando a norma proíbe o órgão administrativo de produzir um efeito, mas o mesmo, pelo recorte efectuado pela natureza do próprio efeito proibido, compreende alternativas contrárias que geram uma situação de escolha: é o que se verifica, por exemplo, quando se proíbe conceder uma licença por um período superior a dez anos (permitindo outros prazos inferiores)²².

figura 4

exemplo de enunciado normativo ¹ : verificada a situação (a), é vedado (Pr) multar o interessado (b) ou apreender os respectivos bens (c)
norma ¹ → a Pr b ∨ c
discricionariedade da norma ¹ : opção entre b ou c (pode multar o interessado ou apreender os respectivos bens [pois não pode um ou outro])
exemplo de enunciado normativo ² : verificada a situação (a), a licença não pode ser (Pr) concedida por prazo superior a 10 anos (b)
norma ² → a Pr b (sendo ~b = ~b ¹ ∨ ~b ² ∨ ~b ³ a ~b ⁿ)
discricionariedade da norma ² : opção entre ~b ¹ ou ~b ² ou ~b ³ ... (conceder a licença por um prazo de 4 ou de 5 ou de 6 anos...)

As normas de conduta não são, todavia, as únicas que conferem ou podem conferir discricionariedade administrativa, dado que, dentro das normas secundárias, o mesmo resultado normativo de autonomia pode provir de normas de competência, quando, sobre determinada matéria, o exercício da competência não é regulado por quaisquer normas de conduta. As condições de discricionariedade proveniente de normas de competência estão, no entanto, bastante limitadas pelas exigências de legalidade aplicáveis, dado que, em áreas de função administrativas dominadas pela *legalidade de conformidade* (sujeitas a reserva de lei, por conseguinte), a norma de competência não é habilitação bastante e, por isso, não pode constituir, por si só, suporte de acção. A discricionariedade proveniente de normas de competência, nestes termos, apenas pode legitimamente operar nas áreas de exercício da função administrativa em que vigoram exigências de *legalidade de mera compatibilidade* (pois aí não é

²² A figura 4 ilustra a discricionariedade que pode resultar de normas proibitivas, mostrando, desde logo, como pouco sentido ordenador faz, apesar de efectivamente conferir discricionariedade, a norma de proibição com efeitos disjuntivos na estatuição (caso da norma¹). A norma², por sua vez, descreve a discricionariedade mencionada no termo deste parágrafo, e com o exemplo aí referido.

necessária uma norma de conduta habilitante), o que, em termos práticos, as legitima apenas quanto a áreas muito específicas da actividade administrativa²³.

Apesar de limitadas aos casos em que são suficientes como normas de habilitação para o exercício da função administrativa, as normas de competência conferem uma discricionariedade particularmente alargada (uma maximização da *discricionariedade criativa*), dado que, em rigor, habilitam à criação de um acto jurídico com quaisquer efeitos sobre a matéria. A norma de competência, à luz da sua estrutura, apenas relaciona uma determinada matéria com a correlativa atribuição do poder para praticar actos jurídicos sobre a mesma e, não havendo normas de conduta a disciplinar o exercício dessa competência, a norma habilita a criar todos e quaisquer efeitos que se possam conceber sobre a matéria que delimita essa mesma competência. A extensão da discricionariedade adveniente de normas de competência é, no entanto, mais teórica do que efectiva, dado que grande parte dos efeitos concebíveis no âmbito da matéria em causa são afastados por normas de sinal contrário (todo o ordenamento funciona como parâmetro), constituindo essa habilitação apenas o suporte da criação dos efeitos jurídicos que assim são configuráveis²⁴.

figura 5

exemplo de enunciado normativo ¹ : sobre a concessão de licenças o órgão X (a), deve (I) adoptar normas ou decisões (b)
norma ¹ → a I b (sendo $b = b^1 \vee b^2 \vee b^3$ a b^n)
discricionariedade da norma ¹ : opção entre $\sim b^1$ ou $\sim b^2$ ou $\sim b^3$... (sobre a concessão de licenças pode estabelecer quaisquer efeitos)

²³ A questão que subjaz ao texto é a de nem todas as áreas da função administrativa estarem sujeitas ao princípio da legalidade nas vertentes de preferência de lei e de reserva de lei (utilizando-se a célebre terminologia, respectivamente *compatibilidade* e *conformidade*, de Charles Eisenmann [*Le Droit Administratif et le Principe de Légalité*, in ED/CE, 1957, pp. 25 e ss.]), pois em algumas (na actividade procedimental, por exemplo) apenas vigora a primeira: quando assim é, a norma de competência basta como habilitação de conduta, não sucedendo o mesmo nas áreas sujeitas a reserva de lei (actos administrativos, por exemplo), em que a norma de competência não reúne, por natureza, os requisitos da legalidade substancial (sobre estes, paradigmaticamente, Sêrvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 309 e ss). Assim, quando um órgão administrativo pode agir (na perspectiva da legalidade administrativa) ao abrigo de norma de competência (e não há normas de conduta sobre a matéria), esta é, desde logo, a sede da discricionariedade presente.

²⁴ A figura 5 ilustra como pode a norma de competência constituir uma habilitação conferidora de discricionariedade, com todas as salvaguardas já referidas: a norma de competência, mesmo que assim não seja escrita, relaciona uma matéria com o poder (dever) de emanar normas ou decisões sobre ela e, quando e enquanto não haja normas de sinal contrário, permite a criação de quaisquer efeitos jurídicos. Muitos problemas se colocam a propósito das normas de competência, nomeadamente quanto ao modo deontico que contêm, mas, para isso, remete-se para David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 115 e ss.

1.2: A discricionariedade proveniente de alternativas linguísticas

Os casos agora vistos de discricionariedade proveniente de alternativas normativas representam as atribuições desse espaço de autonomia em que é a própria norma a conferir alternativas e a remeter para a escolha de um efeito, mas, precisamente, quando a norma já está despida de quaisquer problemas de linguagem e, por isso, já após a interpretação do seu enunciado. Ao lado dessa modalidade de discricionariedade há, também, e como já foi referido, a discricionariedade decorrente das próprias indefinições da linguagem (comunicativa da norma), que se encontra, por conseguinte, no leque da escolha apresentado pelas diferentes alternativas que as incertezas linguísticas, de uma forma ou de outra, acabam sempre por conferir ao órgão administrativo. A discricionariedade agora em causa, noutra terminologia e com um alcance mais vasto, é, em rigor, a que se analisa sob a designação de *margem de livre apreciação* e, correntemente, estudada no domínio dos impropriamente chamados conceitos indeterminados: globalmente, trata-se da discricionariedade relativa ao manuseamento das frases e das palavras adoptadas para expressar a norma²⁵.

As incertezas linguísticas em causa, quanto às suas grandes divisões internas, tanto podem ser sintácticas, como semânticas, embora, em rigor, as primeiras acabem por ser praticamente insignificantes, não só por serem de manifestação rara, mas também em razão de as próprias regras da língua conterem soluções aptas a desfazer a indeterminação que daí possa decorrer. A incerteza sintáctica é a que se verifica quando a combinação das palavras geradoras da oração expressiva da norma é realizada de modo a criar uma indefinição quanto ao sentido da frase, colocando dúvidas ao órgão administrativo, em razão das relações entre as palavras: a incerteza assim criada gera alternativas e cria um cenário de discricionariedade no âmbito dessas alternativas. Apesar de esta indefinição linguística ser praticamente residual e ocupar um espaço classificatório essencialmente teórico, como já se disse, é relevante ter em conta que a incerteza sintáctica pode cumprir uma função de fonte de discricionariedade como qualquer outra incerteza linguística: é que, efectivamente, da mesma pode resultar, nos mesmos termos, o cenário aí típico de escolha de alternativas²⁶.

²⁵ Quanto à margem de livre apreciação, e por exemplo, Winfried Brohm, *Ermessen un Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich*, in JZ, 1995, pp. 369 e ss. Na doutrina portuguesa mais recente, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., pp. 187 e ss. Quanto à impropriedade do conceito de *conceito indeterminado*, adiante precisar-se-á a razão da qualificação. E, por fim, no que concerne à linguagem como fonte de alternativas na aplicação do direito, paradigmaticamente, Markku Helin, *Sobre la Semantica de las Oraciones Interpretativas en la Dogmática Jurídica*, cit., pp. 191 e ss.

²⁶ A incerteza sintáctica é a que se verifica, por exemplo, quando há um enunciado normativo (imaginário, claro) como *verificado o facto, o órgão administrativo pode aplicar uma sanção e uma penalidade pecuniária*. A indefinição sintáctica, aqui, está na eventual indefinição sobre se o adjectivo *pecuniária* qualifica apenas a penalidade ou, também, a sanção (caso em que, de acordo com as regras de concordância de número, deveria o enunciado conter o plural *pecuniárias*). De qualquer forma, o exemplo mostra a dificuldade de ocorrência

O cerne (em rigor, o grosso) das incertezas linguísticas é composto, assim sendo, pelas incertezas de natureza semântica, ou seja, as incertezas do enunciado normativo relativas ao significado das palavras que aí se usam: aqui, ao contrário do caso anterior, o que gera indefinição não é a relação entre as palavras, mas, antes, a determinação do próprio significado destas. As incertezas semânticas, por conseguinte, compreendem as indefinições resultantes da relação de significação que é inerente a cada palavra de uma língua natural (como o português ou o inglês), das quais podem decorrer, por diversas razões, e como se verá adiante, situações normativas totalmente equivalentes a um leque normativo de alternativas, como é típico da discricionariedade. As incertezas semânticas, como é várias vezes referido na teoria e na filosofia da linguagem, podem ser diferenciadas em três categorias de acordo com a especificidade da incerteza linguística que criam: (i) a vagueza, incerteza da denotação da palavra, (ii) a polissemia, incerteza na selecção do significado da palavra, e (iii) a textura aberta, incerteza quanto a um significado imprevisível da palavra²⁷.

1.2.1: A vagueza

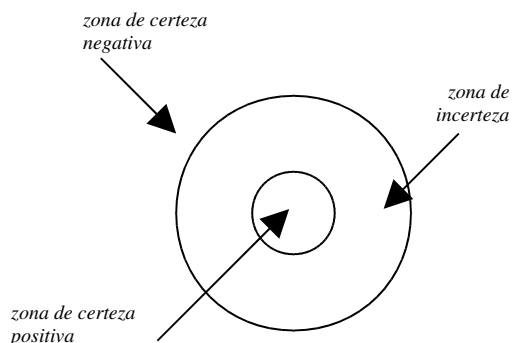
A vagueza é a incerteza semântica mais significativa, no sentido em que é a mais frequente, a que confere um âmbito de discricionariedade mais evidente e a que mais tem ocupado a literatura da ciência jurídico-administrativa, especificamente em razão, neste caso, de ser a figura linguística que sempre esteve subjacente ao discurso sobre conceitos indeterminados. A vagueza é a incerteza semântica relativa à palavra que não tem definidas de forma precisa as fronteiras da sua denotação, o que é o mesmo do que dizer que é a incerteza conexa à palavra que apenas delimita de forma espúria o seu âmbito de representação: é o que se verifica, por exemplo, com palavras como *longe* (vagueza quantitativa) ou como *bom* (vagueza qualitativa). Ao não ter definida essa fronteira do seu âmbito de denotação, a palavra vaga cria, na sua relação de correspondência com a realidade, três áreas (tal como ilustrado na *figura 6*): (i) uma zona de certeza positiva, em que é objectivo que há correspondência, (ii) uma zona de certeza negativa, em que é objectivo que não há correspondência, e (iii) uma zona de incerteza, onde é indefinida a sua aplicabilidade²⁸.

de indefinições sintácticas e, também, o modo como as mesmas se resolvem através das regras gramaticais, o que corrobora a afirmação de serem pouco relevantes. Com menção às indefinições sintácticas, Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 8ª ed., Barcelona, 1997, pp. 260 e ss.

²⁷ Quanto à distinção entre sintaxe e semântica, por exemplo, Ana Wierzbicka, *Semantics: Primes and Universals*, Oxford, 1996, pp. 270 e ss. Sobre os referidos tipos de incerteza semântica, entre tantas referências, e já no domínio do direito, Felix Oppenheim, *The Judge as Legislator*, in *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, pp. 289 e ss.; e Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., pp. 262 e ss.

²⁸ Específico da vagueza é, por conseguinte, a existência de uma zona de incerteza alargada, com a qual se representam todos os factos (ou coisas) eventualmente reconduzíveis à palavra, mas que se encontram sob uma área de dúvida quanto a essa integração (cfr., Roy Sorensen, *Vagueness Has no Function in Law*, in *LTh*, 2001, pp. 387 e ss.; Mark Sainsbury, *Concepts Without Boundaries*, in *Vagueness: a Reader*, London, 1996, pp. 251 e ss.).

figura 6



A circunstância de um enunciado normativo compreender uma palavra vaga tem o significado de a palavra apenas ser certa nas zonas em que é objectivo (para os falantes e no seio da comunidade relativa a essa língua natural) que a palavra abarca e não abarca a realidade que eventualmente se lhe pode reconduzir, zonas em que a palavra é igual a todas as outras. A partir daí, essa circunstância, a de o enunciado normativo compreender uma palavra vaga, significa que a recondutibilidade da realidade à palavra é incerta e, por isso, ao órgão administrativo apresenta-se uma margem de dúvida, ou seja, uma margem de autonomia decisória, naturalmente, relativa a saber se há ou não uma subsunção ao texto da norma da realidade que aí incide. A zona de incerteza das palavras vagas é, portanto, uma zona em que o texto da norma confere, pelo menos, duas alternativas claras, geradoras de discricionariedade administrativa: dessa zona resulta, estando em causa apenas a subsunção ao seu âmbito de denotação, as alternativas de a norma (por via do seu texto, como se duas hipóteses de normas se tratasse) abranger ou não o que aí se reconduz²⁹.

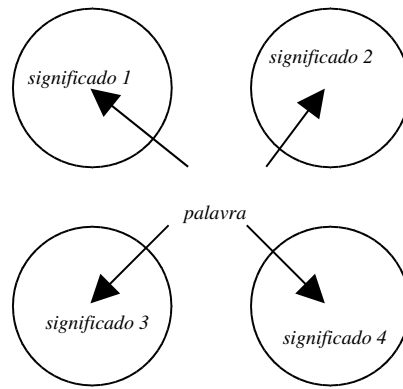
1.2.2: A polissemia

A polissemia é uma incerteza semântica de menor relevo quanto à sua capacidade em constituir uma fonte de discricionariedade (especialmente quando comparada com a vagueza), dado que, tendo em conta a sua estrutura, se trata de uma incerteza semântica que, regra geral, é resolvida por conotação, ou seja, e juridicamente, por interpretação sistemática. A incerteza semântica agora em causa é a que ocorre, precisamente, quando uma palavra tem mais do que um significado, gerando a dúvida sobre qual o significado inscrito no enunciado

²⁹ E de onde resulta que a norma que efectivamente consta do enunciado é a que resulta dessa alternatividade. Quanto à vagueza como causa de discricionariedade, por exemplo, Edward Rubin, *Law and Legislation in the Administrative State*, in ColumLR, 1989, vol. 89, p. 407.

normativo, de entre os que a palavra, na sua vida linguística corrente, compreende: assim, e ao contrário da vagueza, não é uma incerteza relativa à fronteira da significação, mas antes relativa ao significado utilizado. A dúvida gerada pela polissemia, por conseguinte, não diz respeito à recondutibilidade da realidade ao âmbito de denotação da palavra. Ao gerar a dúvida sobre qual é o significado da palavra (figura 7) no contexto do enunciado normativo em que se encontra, a polissemia vai implicar necessariamente um processo de escolha na fase em que se passa do texto para a norma que dele consta³⁰.

figura 7



A polissemia constitui uma incerteza linguística de menor relevo em virtude de a palavra polissémica estar necessariamente inserida numa frase (o enunciado da norma) e de essa frase, conjuntamente com os enunciados normativos materialmente conexos (onde a palavra pode também estar presente), ter a capacidade, amiúde, de desfazer a indefinição assim criada. A indefinição adveniente da palavra polissémica, por isso, acaba por ser desfeita pelo apuramento do sentido da frase (e, genericamente, das frases onde é utilizada), dado que essa avaliação global da utilização da palavra fornece argumentos (eliminados significados imperinentes, por exemplo) para definir qual dos seus significados é o que se utiliza no enunciado

³⁰ A figura 7 ilustra, precisamente, a estrutura da polissemia, mostrando como a mesma palavra (por exemplo, banco) pode ter vários significados (aqui, exemplificativamente, quatro [por exemplo, banco de hospital, banco instituição financeira, banco de dados ou banco como assento]). Sobre a polissemia, entre tantas referências possíveis, Ann Copestake, *Semi-Productive Polysemy and Sense Extension*, in *Lexical Semantics: the Problem of Polysemy*, Oxford, 1996, pp. 15 e ss.; e John Lyons, *Language and Linguistics*, 2ª ed., Cambridge, 1984, pp. 146 e ss.

normativo em questão. A circunstância descrita não pode obscurecer, todavia, que a polissemia tem ínsita a capacidade de conferir discricionariedade, como toda a incerteza linguística: é que, em rigor, não só teoricamente podem ocorrer situações em que a palavra não é definida na frase e não se repete no mesmo acto jurídico, como também é concebível que, mesmo com a sua adopção reiterada, a indefinição se mantenha³¹.

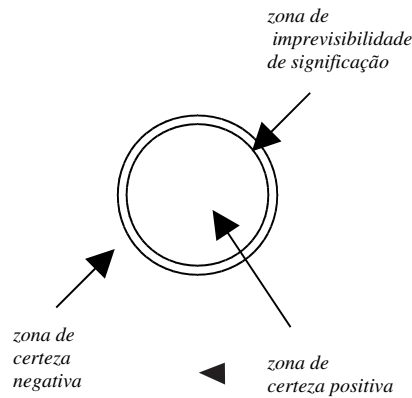
1.2.3: A textura aberta

A textura aberta é uma incerteza semântica próxima da vagueza, quanto à sua forma de manifestação, mas diferenciada em razão de não dizer respeito a palavras que são estruturalmente vagas: a textura aberta é uma incerteza de linguagem relativa a qualquer palavra de uma língua natural, especificamente, em rigor, das que não têm indefinições manifestas do seu âmbito de denotação. O que caracteriza a textura aberta, estando em causa palavras sem uma evidente margem de incerteza denotativa, é a circunstância de se reportar a uma zona de imprevisibilidade de significado que pode ocorrer em qualquer palavra, exactamente em razão, primeiro, da evolução do seu campo de significação, e, segundo, da própria evolução da realidade que com ela se relaciona. A textura aberta descreve, nestes termos, a circunstância de todas as palavras admitirem uma pequena zona de imprevisibilidade extensional: não obstante poder tratar-se de uma palavra de *fronteiras certas*, nunca é certo que não se confronte com uma realidade que desafie essa certeza, capaz de fazer, desse modo, com que uma palavra estruturalmente não vaga se comporte como se o fosse³².

³¹ Tal como aconteceu no célebre caso *Chevron* (cfr., Ronald Levin, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in ChiKentLR, 1997, pp. 1253 e ss.; e Cynthia Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, in ColumLR, 1989, pp. 452 e ss.), em que os tribunais norte-americanos reconheceram uma margem de autonomia administrativa na definição da palavra *source* (sob um problema de polissemia) em matéria de emissões poluentes.

³² A figura 8 ilustra, exactamente, a estrutura da textura aberta, similar à da vagueza, mas com a diferença, decisiva, de se tratar de uma palavra sem área abstracta de incerteza: diferentemente, tem uma área de imprevisibilidade de significação, que é comum a qualquer palavra (cfr., Herbert Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 125), bastando pensar, e por exemplo, num *carro de brinquedo eléctrico* (para condução por crianças) relativamente a uma proibição de trânsito de *veículos motorizados*. Ainda sobre a textura aberta, David Lyons, *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*, in LPh, 1999, pp. 297 e ss.

figura 8



A textura aberta constitui uma incerteza linguística, dada a similar forma de manifestação que tem com a vagueza, que remete para uma apreciação em tudo equivalente: compreende também zonas de certeza e ganha relevo como fonte de indefinição na determinação da norma constante do enunciado nas incidências na sua zona de imprevisibilidade. A textura aberta é evidentemente limitada, quanto à potência em gerar situações de autonomia na determinação do âmbito da norma e, por isso, na delimitação do seu âmbito, em razão do diminuto espaço de significação que está coberto pela zona de imprevisibilidade: a palavra (não vaga) apenas adquire incerteza nos casos (raros) em que se confronta com um significado imprevisível. A presente incerteza é, no entanto, cientificamente decisiva para o estudo da discricionariedade proveniente do *speech act*, especialmente em virtude de se tratar de uma vicissitude aplicável a qualquer palavra, remetendo para uma permanente incerteza na linguagem: num certo sentido, e como se avançará adiante, a textura aberta implica a reconfiguração total das teorias correntes sobre conceitos indeterminados.

1.2.4: As incertezas semânticas e a discricionariedade administrativa

A compreensão da forma como as incertezas semânticas constituem casos de discricionariedade deve iniciar-se pela aferição de ser totalmente distinto que elas se encontrem na parte do enunciado normativo em que se expressa a previsão da norma ou na parte em que esse texto descreve a respectiva estatuição (não sendo aqui relevante, claro, o operador deôntico). É que, se a incerteza se encontra na estatuição ou, rigorosamente, na parte do texto normativo à mesma relativa, essa incerteza não é mais do que a habilitação para uma discricionariedade de alternativas normativas (discricionariedade criativa), no sentido em que confere ao órgão

administrativo, dentro do espectro de alternativas da palavra, a habilitação para determinar os efeitos aplicáveis. As incertezas semânticas reportadas à estatuição da norma, nestes termos, confundem-se com as próprias alternativas de efeitos jurídicos que a norma comporta, constituindo, assim, um expediente técnico diferenciado para as criar: em rigor, é apenas um mecanismo distinto de criar efeitos alternativos³³.

figura 9

exemplo de enunciado normativo ¹ : verificada a situação de perigo (<i>a</i>), devem adoptar-se (<i>I</i>) as medidas adequadas (<i>b</i>)
norma ² : $a I b$ (sendo $b = b^1 \vee b^2 \vee b^3 a b^n$)
discricionariedade da norma ¹ : escolher e optar entre b^1 ou b^2 ou $b^3 \dots$ (eleger e adoptar a medida adequada 1 ou a 2 ou a 3...)

A autonomia das incertezas semânticas como categoria própria de discricionariedade apenas aparece, por isso, nos casos em que a incerteza semântica está inserida no segmento do texto da norma que relata a respectiva previsão, pois é apenas aqui que a linguagem cria uma forma de incerteza materialmente diferenciada das alternativas normativas. A inserção de uma incerteza semântica no texto normativo relativo à previsão, não criando alternativas de efeitos a produzir, gera uma incerteza quanto à aplicabilidade da própria norma ao caso concreto, o que ocorre, na vagueza e na textura aberta, em razão da dúvida sobre a reconduzibilidade da realidade à palavra e, na polissemia, em virtude da incerteza sobre o significado utilizado. A discricionariedade que assim se cria para o órgão administrativo está, então, na opção, que nasce sempre e tão só quando a realidade incide sobre a indefinição semântica presente, entre a norma ser e não ser aplicável: aqui, independentemente de a estatuição compreender alternativas quanto aos efeitos a produzir, a discricionariedade está, exactamente, em saber se os efeitos se aplicam ou não³⁴.

³³ No mesmo sentido, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., p. 193; e Fritz Ossenbühl, *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12^a ed., Berlin, 2002, p. 215. E, para o constatar, veja-se a figura 9, que reproduz o exemplo dado de discricionariedade criativa (o segundo caso de discricionariedade em norma impositiva), em que a discricionariedade resulta de um caso de vagueza na parte do texto da norma relativa à estatuição.

³⁴ Em resultado, claro, da própria dúvida sobre a aplicabilidade da norma, tal como ilustrado na figura 10: a opção entre conceder ou não a licença é uma opção que se verifica apenas (até porque no exemplo dado não há nenhuma outra causa de discricionariedade) em razão da incerteza da qualificação do requerente como pessoa *idónea* e, por isso, em razão da dúvida sobre a aplicabilidade da norma.

figura 10

exemplo de enunciado normativo ¹ : verificada a <i>idoneidade</i> do requerente (<i>a</i>), deve (<i>I</i>) a licença ser concedida (<i>b</i>)
norma ¹ → <i>a I b</i>
discricionariedade da norma ¹ : opção entre <i>b</i> ou $\sim b$ (opção entre aplicar ou não a norma ¹ nos casos de incerteza quanto à <i>idoneidade</i>)

1.2.5: As incertezas semânticas e a teoria dos conceitos indeterminados

As incertezas semânticas descritas revelam, quanto à compreensão do que do seu alcance se retira para o estudo da discricionariedade administrativa, que a estratégia tradicional de abordagem da matéria, correntemente efectuada sob o prisma dos conceitos indeterminados, compreende uma deficiência que se pode entender como inultrapassável. A questão liga-se, evidentemente, à tradicional estratégia de abordagem da matéria com base na procura de um critério que permita separar, dentro dos conceitos que são utilizados nos enunciados normativos, os que se podem qualificar como indeterminados e os que não merecem tal qualificação, sendo que seria a partir dos primeiros que se reconheceria algo de similar à discricionariedade. A avaliação realizada sobre as incertezas semânticas mostra, como se entende, que é logo a esse nível (de estratégia científica de abordagem) que se colocam obstáculos decisivos: a procura de um critério de demarcação de conceitos indeterminados aparenta ser inútil, pela exacta razão de todos os conceitos poderem apresentar-se como indeterminados (tal como é ilustrado com a textura aberta)³⁵.

A tradicional elaboração sobre os conceitos indeterminados também declina, como se entende, quanto à pretensão, inerente à divisão dicotómica entre conceitos determinados e

³⁵ Como exemplos dessa estratégia aqui sob a mira da crítica, entre tantos, a distinção entre conceitos que implicam juízos de prognose (indeterminados) e os demais, de que fala Walter Schmidt (cfr., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, cit., p. 62) ou a distinção entre os conceitos imprecisos tipo (indeterminados) e os conceitos classificatórios, apresentada por Rogério Soares (cfr., *Direito Administrativo*, Porto, 1951, p. 62). Todavia, e reforçando o que se disse em texto, cumpre dizer que se entende serem estes as tentativas científicas de procurar na linguagem a categoria dos conceitos indeterminados (os que têm capacidade de funcionar como uma zona de livre apreciação administrativa). A discricionariedade é uma zona de autonomia administrativa em que se realiza uma escolha baseada em alternativas e, como visto, todos os conceitos, pelo menos potencialmente, são aptos a gerar esse resultado normativo de discricionariedade: todos podem conter a indefinição semântica que cria a alternatividade pressuposta na escolha a efectuar pelo órgão administrativo competente. É isso, como se entende, que é dado claramente pela textura aberta: qualquer conceito de um enunciado normativo (incluindo, naturalmente, os que se definem por argumentos teórico-discursivos ou os conceitos classificatórios) pode ser confrontado com uma realidade incidente sobre uma imprevisível zona de incerteza da palavra, no momento de aplicação da norma aí contida, sendo a situação applicativa decorrente igual à que se verifica nos casos correntes de vagueza.

indeterminados, de os mesmos serem definidos em abstracto e de, por isso, poder a discricionariedade adveniente da linguagem ser determinada sem relação com a aplicação da norma. Ao contrário, e descontando as particularidades da polissemia, a estrutura das incertezas semânticas mostra que a linguagem só confere alternativas quando a relação da palavra com a realidade tem a especificidade de a ligar a uma zona de incerteza (ou de imprevisibilidade de significação), não havendo incertezas (nem alternativas, por conseguinte) nos casos em que assim não ocorre. A discricionariedade proveniente da linguagem, nestes termos, só pode reconhecer-se quando o enunciado normativo e a norma que dele consta são confrontados com a realidade e esta confronta zonas não denotativamente certas das palavras daquele, consistindo (ou, melhor dizendo, partindo) de uma dúvida que apenas tem lugar nesse confronto: antes disso não se pode afirmar que haja discricionariedade³⁶.

A discricionariedade administrativa de alternativas linguísticas, geradora do referido fenómeno disjuntivo entre a aplicação ou não da norma ao caso (a partir da dúvida sobre a sua recondutibilidade à previsão da norma), não existe, assim, sempre que não haja essa *incidência de incerteza* no confronto entre a palavra e a realidade em causa. A inexistência de discricionariedade, nesta vertente de raiz linguística, ocorre, conseqüentemente, em toda e qualquer relação de significação em que especificamente se criem certezas semânticas, revelando que há *conceitos indeterminados* que não conferem discricionariedade porque não se portam como tal³⁷. As afirmações anteriores visam demonstrar, então, e continuando a utilizar a terminologia tradicional, que os conceitos são determinados ou indeterminados, não em razão de uma propriedade que assim os possa qualificar (e distinguir), mas, diferentemente, em razão do ponto em que a realidade neles incide, conferindo discricionariedade (sempre e apenas) em zonas de incerteza.

³⁶ Ou, diferentemente, como poderá até parecer mais certo, que há uma discricionariedade apenas *prima facie* (ou meramente potencial), que se tornará ou não definitiva consoante a palavra seja contraposta na sua zona de incerteza (imprevisibilidade) ou nas zonas de certeza. Com considerações interessantes sobre a questão, Juan Igartua Salaverria, *El Indeterminado Concepto de “los Conceptos Indeterminados”*, in RVAP, 2000, pp. 145 e ss.

³⁷ Imagine-se, por exemplo, a aplicação de uma norma cujo enunciado normativo contém a palavra *idóneo* (típico *conceito indeterminado*, no sentido clássico do termo), e imagine-se, ainda, que com essa palavra se confronta uma realidade que é manifesta e marcadamente *inidónea*: ora, daqui não decorre qualquer dúvida sobre a não recondutibilidade da realidade à palavra e, por isso, não há qualquer alternatividade quanto à aplicação da norma ao caso concreto. Não há, por isso, discricionariedade.

2: O exercício da discricionariedade administrativa e os seus limites

A descrição das distintas modalidades de discricionariedade administrativa serviu, essencialmente, para estabelecer teoricamente a demarcação, através desse quadro das categorias em que se pode apresentar como resultado normativo, do que pode como tal ser qualificado e, por isso, representar uma zona em que é o órgão administrativo que determina o conteúdo da acção. A premissa básica que se pode retirar dessa categorização, conseqüentemente, é a de que, sempre que se verifica uma situação de habilitação normativa reconduzível a essas categorias, daí decorre que o órgão que exerce a competência se encontra perante um cenário de alternativas conferidas pelo direito (directamente ou através da sua linguagem) que implica a realização de uma escolha. A conformação do acto jurídico que vier a ser praticado vem a consubstanciar, assim sendo, o exercício de uma opção juridicamente legítima, quanto às alternativas presentes, por ser, exactamente, uma operação atribuída e determinada pelo próprio direito: à partida, qualquer uma das alternativas é legítima e, portanto, a alternativa escolhida é tão legítima como qualquer uma das restantes³⁸.

A afirmação do parágrafo anterior poderia conduzir à ideia, correcta se nada mais houvesse, de dentro do cenário de alternativas apresentado (ou autonomamente criado: na discricionariedade criativa) não haver fundamento para diferenciar entre as alternativas que o direito apresenta, não sendo a escolha passível de qualquer tipo de censura juridicamente sustentada. Acontece, porém, que essa derivação não é aceitável: a existência de um cenário normativo de alternativas, não obstante, como ponto de partida, significar que todas são elegíveis, não significa, contudo, e à luz do contexto em que a norma é aplicada, que qualquer uma possa ser escolhida. É que, em rigor, entre um ponto e o outro (ou seja, entre as alternativas em abstracto e as alternativas na aplicação da norma) pode haver uma *alteração da elegibilidade das alternativas*: as propriedades do caso que suscita a aplicação da norma podem convocar normas terceiras, fazendo com que um ou vários dos efeitos deixem de ser adoptáveis ou, positivamente, que algum deles tenha de ser escolhido³⁹.

³⁸ O que parece relativamente claro, mas, obviamente, num enquadramento de conformidade jurídica da norma habilitante (com as normas hierarquicamente superiores com as quais se relaciona): não se consideram aqui os casos em que essa norma é juridicamente ilegítima, por se tratar de outro problema, radicalmente distinto.

³⁹ Estes são, como se entende, os efeitos possíveis dessas normas terceiras: negativamente, a eliminação de alternativas e, positivamente, a sustentação de uma ou várias das que normativamente se apresentam. Cfr., David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 479 e ss.

A referência que assim se faz é, precisamente, à circunstância de o exercício da discricionariedade administrativa estar limitado pelas normas (regra geral, normas de princípio) que o caso concreto também pode tornar aplicáveis, e que criam um cenário de discricionariedade administrativa distinto no momento em que efectivamente se realiza a escolha em causa. A análise do próprio exercício da discricionariedade administrativa impõe, portanto, a realização de uma distinção relevante: a que concerne à diferenciação entre a discricionariedade abstracta e a discricionariedade concreta, e que traduz a diferença entre as alternativas elegíveis no momento de aferição da norma e no momento da sua aplicação, após a incidência das normas limitadoras. O primeiro termo representa o leque de alternativas presente, decorrente da forma como o direito confere discricionariedade (através de qualquer uma das modalidades já vistas), o segundo concerne, especificamente, à ou às alternativa(s) remanescente(s), que se mantêm como adoptáveis após a aplicabilidade ao caso, e na norma (ou enunciado) habilitante, das normas limitadoras da discricionariedade⁴⁰.

2.1: A aplicação de normas limitadoras: a determinação da discricionariedade concreta

A aplicação de normas limitadoras da discricionariedade administrativa e a determinação da discricionariedade que o órgão administrativo efectivamente detém no momento em que aplica a norma ao caso concreto é, evidentemente, uma etapa significativamente relevante para a compreensão de todo o mecanismo da discricionariedade e do seu exercício. A compreensão dessa sequência não é, todavia, particularmente complexa, pois tudo se resume à adição de dois factores ao cenário normativo de alternativas já apresentado: (i) o caso que suscita a aplicação da norma e, portanto, o exercício da discricionariedade, e (ii) as normas que esse caso pode eventualmente convocar (e tornar aplicáveis) e que, efectivamente, vêm limitar a discricionariedade. A junção dos dois factores é plena de consequências e a vários níveis:

⁴⁰ Claro que, no extremo, a discricionariedade em concreto pode até não existir: é isso que se verifica quando, através dessa incidência de normas limitadoras, apenas uma alternativa se torna elegível e, por isso, ao órgão administrativo nada mais cabe do que aplicá-la. É a este fenómeno (com ou sem interferência de mecanismos de autovinculação) que, em rigor, se designa de *redução da discricionariedade a zero*, traduzindo a situação de, havendo duas ou mais alternativas normativas (em abstracto) apenas uma (em concreto) ficar para o acto jurídico a praticar pelo órgão administrativo (cfr., por exemplo, Fritz Ossenbühl, *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 213; e, na ciência jurídico-administrativa portuguesa, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., p. 201). Por outro lado, importa referir que, por *normas limitadoras*, aqui, se referencia o que tradicionalmente tem sido designado por *limites internos* da discricionariedade (por exemplo, Bernardo Ayala, *O Déficit de Controlo da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, p. 253), ou por *limites imanentes* da discricionariedade (Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, cit., pp. 205 e ss.).

por exemplo, não só determina o quadro efectivo de alternativas para a decisão a tomar, como também elenca as normas especificamente incidentes nessa discricionariedade e que constituem a base (e a delimitação do âmbito) do controlo de legalidade passível de se efectuar sobre a decisão administrativa em causa⁴¹.

O caso que suscita a aplicação da norma é formado por um conjunto de características, compreendendo um leque de propriedades evidentemente infinito, sendo algumas delas, naturalmente, as que preenchem a previsão da norma conferidora de discricionariedade (e ou, também, as que incidem na incerteza de uma palavra do enunciado e geram discricionariedade). Ao lado das propriedades que são relevantes para a aplicação da norma que confere discricionariedade (e que suscitam, portanto, o correlativo exercício), há outras que podem eventualmente preencher a previsão de normas terceiras, gerando simultaneamente a aplicação destas: quando assim é, daí resulta que essas normas concorrem também na definição do direito aplicável ao caso. A condição necessária para que a discricionariedade possa ser limitada por normas terceiras está, por conseguinte, nessa específica relação facto norma que paralelamente pode ocorrer: a limitação é uma consequência de as propriedades do caso serem simultaneamente a realização efectiva da hipótese de uma ou mais normas, cujos efeitos, de alguma forma, se projectam nas alternativas abstractas iniciais.

As normas terceiras potencialmente limitadoras da discricionariedade inicialmente conferida podem ser, em rigor, quaisquer normas do ordenamento jurídico, dado que pode até dar-se o caso de existir uma norma especial (ou uma excepcional) que, para uma situação de âmbito mais restrito, venha reconfigurar normativamente o quadro inicial de alternativas. A limitação por normas terceiras ocorre essencialmente, no entanto, e em razão da específica configuração da sua previsão (particularmente alargada, como é sabido), através de normas de princípio (em especial, as relativas ao exercício da função administrativa), sendo estes, os princípios jurídicos, por via dos efeitos jurídicos que contêm, os protagonistas normativos principais dessa limitação⁴². A intervenção das normas limitadoras, sobre o caso e sobre a

⁴¹ Cfr., David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 479 e ss.

⁴² Contudo, convém dizer que as normas limitadoras, mesmo dentro deste grupo de maior operatividade limitativa, não são apenas as normas de princípio relativas à actividade administrativa (ou seja, as que constam do n.º 2 do artigo 266º da Constituição portuguesa: também há a ter em conta, neste domínio, as normas de direitos fundamentais e, dentro destas, muito em particular, as que compreendem direitos de liberdade, que, por serem também, regra geral, princípios, também têm as condições normativas propícias (alargamento da previsão) para realizar a função de normas limitadoras (para além, claro está, de serem potencialmente postas em causa através do exercício da função administrativa). Sobre esta função destas normas, paradigmaticamente, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 858 e ss.

habilitação de discricionariedade, permite configurar seguidamente, portanto, o âmbito singular da discricionariedade concreta, estabelecendo-se, assim, a determinação do que pode ou não ser o conteúdo do acto a praticar: e, a partir daí, a escolha a efectuar, caso ainda haja, é uma escolha administrativa a fazer com *critérios estritamente subjectivos*⁴³.

2.2: Inventário (sumário) das normas limitadoras

A afirmação anterior de serem as normas de princípio (e, dentro destas, as que regulam genericamente o exercício da função administrativa) as que constituem o núcleo de normas mais apto (e mais operativo) para realizar o processo de limitação da discricionariedade implica que a sua inventariação tenha necessariamente de se centrar na descrição das mesmas. A afirmação em causa, claro está, não esquece que, em teoria, qualquer norma pode cumprir essa função, mas serve para realçar o papel aqui desempenhado pelos referidos princípios, ilustrando, ao mesmo tempo, que a limitação realizada por outras normas é ocasional e que ocorre apenas quando tenhamos regras de âmbito similar ao da norma que confere discricionariedade. Ao lado dos princípios reguladores do exercício da função administrativa, e como já se disse, há ainda a ter em conta as normas de direitos fundamentais (regra geral, também normas de princípio), e especificamente, as que compreendem direitos de liberdade, que são normas que, contendo também uma previsão alargada, igualmente se apresentam como vocacionadas para estabelecer limites à escolha administrativa⁴⁴.

A primeira das normas de princípio reguladoras da actividade administrativa que se deve trazer à colação é a norma impositiva de igualdade (princípio da igualdade), que constitui um

⁴³ E que são critérios, tradicionalmente designados como de mérito, de oportunidade ou de conveniência, mas que, em rigor, são critérios de eficiência, eficácia e de racionalidade (e até mesmo de conveniência política) na prossecução do interesse público presente. O que importa salientar a este propósito, e por isso se deixou a questão sublinhada em texto, é que são critérios subjectivos, já sem parâmetros de legalidade que os possam reger (e apoiar o correlativo controlo), que apenas cabem ao órgão administrativo, sendo totalmente intangíveis.

⁴⁴ A presente inventariação, contrariando até um pouco o significado do substantivo, é, no entanto, significativamente sumária. Dados os propósitos exclusivamente vocacionados para a explicação do mecanismo (e do funcionamento) do processo de limitação, apenas se fará referência aos princípios mais clássicos (igualdade, imparcialidade e proporcionalidade) e a um caso de uma norma de princípio de direitos fundamentais com um direito de liberdade. A isso acresce, por razões da sua específica importância no quadro jurídico regulador da actividade do Provedor de Justiça, uma menção mais desenvolvida ao princípio da justiça, como adiante se poderá ver. Por outro lado, a mesma razão (a de os propósitos presentes serem meramente explicativos do mecanismo do processo de limitação) justifica também que a descrição das normas de princípio referenciadas seja, igualmente, bastante sumária.

princípio geral de todo o direito, mas que, no caso específico do exercício da função administrativa, estabelece que nesta se devem produzir efeitos iguais quando as situações sejam iguais. A sua funcionalidade limitadora, e tal como ocorre com todas as normas, está dependente, no entanto, do preenchimento da respectiva previsão (meramente implícita no enunciado), cuja determinação aponta, como se entende, para a compreensão dos seguintes pressupostos: mais do que uma situação (facto ou coisa) passíveis de gerar uma comparação e um juízo de analogia entre elas. A limitação decorrente do princípio da igualdade só ocorre, por isso, quando as propriedades do caso compreendam as propriedades aqui descritas como fazendo parte da previsão do princípio da igualdade: quando assim acontece (o caso ter um comparável e ser-lhe igual), daí decorre que a imposição de criar direito igual (efeito da norma) afasta as alternativas que conduzam à consequência contrária⁴⁵.

figura 11

premissa ¹ : a norma ¹ é $a \wedge b \vee c \vee d$ e, portanto, confere discricionariedade na escolha entre b ou c ou d
premissa ² : o caso ¹ tem as propriedades $\{X\}$ e o caso ² também tem as propriedades $\{X\} \rightarrow$ (são, por isso, iguais)
premissa ³ : se o órgão administrativo é confrontado com o caso ² , sob a norma ¹ , e se decidiu c no caso ¹ , então:
conclusão: o princípio da igualdade ($\text{caso}^1 = \text{caso}^2$) afasta, em concreto, a elegibilidade dos efeitos b e d (obriga à repetição do efeito c)

A segunda norma de princípio a ter em conta é a que correntemente se referencia como princípio da imparcialidade, norma esta que, ao contrário do que parece resultar do significado corrente da palavra, não é uma mera imposição de isenção ou neutralidade, mas antes, uma imposição de consideração de todos e apenas os factos e interesses relevantes para a decisão. A previsão da norma de princípio em causa, meramente implícita no enunciado e subjacente ao conceito normativo de imparcialidade, revela, portanto, o que é necessário para que aquele efeito possa ser imposto: e, assim, daí decorre que as condições da sua aplicação são uma evidente referência ao que, no domínio de uma decisão administrativa, deve ser tido em conta ou ponderado. A capacidade de limitação deste princípio é, por isso, e quanto à sua aplicabilidade, distinta do anterior, dado que a ocorrência de uma ponderação é inerente a qualquer processo de decisão: pode afirmar-se, por isso, que este princípio, censurando as alternativas escolhidas com base em interesses irrelevantes ou com a falta de relevantes, interfere em qualquer exercício de discricionariedade administrativa⁴⁶.

⁴⁵ A figura 11 pretende ilustrar, exactamente, a configuração da limitação operada pelo princípio da igualdade: como o caso² preenche a previsão dessa norma e dela decorre a imposição de tratar juridicamente da mesma forma o que é igual, daí resultando que, embora a discricionariedade abstracta compreenda três alternativas, em concreto apenas uma é adoptável.

⁴⁶ A figura 12 ilustra a limitação pelo princípio da imparcialidade, num caso em está em causa a sua vertente positiva (de consideração de todos os interesses relevantes [cfr., David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 648 e ss.]), mostrando como se trata de um princípio, que, por incidir sobre

figura 12

premissa ¹ : a norma ¹ é $a \vee b \vee c \vee d$ e, portanto, confere discricionariedade na escolha entre b ou c ou d
premissa ² : o caso ¹ tem os factos e interesses relevantes $\{X\}$ e o órgão administrativo desconhece X^5 e X^6
conclusão: o princípio da imparcialidade pressupõe o conhecimento de X^5 e X^6 e afasta, em concreto, a elegibilidade de b, c e d

A terceira norma aqui referenciada é a norma de princípio da proporcionalidade, norma que expressa a proibição do excesso através da determinação de o exercício da função administrativa dever ser proporcional, significando isso, tal como se entende quanto ao conceito normativo em causa, uma imposição conjunta de adequação, de necessidade e de razoabilidade. A previsão do princípio da proporcionalidade, em razão da circunstância de os seus juízos (adequação, necessidade ou razoabilidade) pressuporem a relação meio \rightarrow fim, é uma referência ao confronto de alternativas que compreendem essa relação: a adequação é de um meio para um fim, a necessidade é do meio em razão do fim e a razoabilidade é do critério de escolha do meio para o fim. A limitação realizada pelo princípio da proporcionalidade é, por isso, a que se verifica sempre que as propriedades do caso, conjuntamente com as alternativas que o direito apresenta em abstracto, conduzam a um cenário em que uma alternativa (ou mais) seja desadequada, desnecessária ou desrazoável, casos estes em que, naturalmente, essa alternativa não é elegível como conteúdo decisório⁴⁷.

figura 13

premissa ¹ : a norma ¹ é $a \vee b \vee c \vee d$ e, portanto, confere discricionariedade na escolha entre b ou c ou d
premissa ² : perante o caso ¹ , e quanto aos seus custos e vantagens, a alternativa b tem 10 e 5, a c tem 10 e 7 e a d tem 11 e 8
conclusão: o princípio da proporcionalidade afasta, em concreto, a elegibilidade de b , deixando a escolha entre c ou d (= equilíbrio)

As normas de direitos fundamentais que compreendem direitos de liberdade são, também, particularmente operativas como normas limitadoras da discricionariedade, na medida em que salvaguardam espaços de liberdade individual que podem ser mais ou menos afectados de acordo com os diferentes efeitos jurídicos que cada alternativa consubstancia previamente. A limitação operada por este tipo de normas realiza-se, no entanto, à luz da conduta

a ponderação subjacente à escolha, afecta todas as alternativas, vedando-as como alternativas juridicamente legítimas.

⁴⁷ A figura 13 ilustra, exactamente, um caso de operatividade limitativa do princípio da proporcionalidade, onde através de um balanço custos-vantagens, operação típica da terceira vertente do referido princípio, se pode ver que a aplicação deste, à luz do significado de cada alternativa perante o caso concreto, conduz à eliminação de uma alternativa e à permanência da elegibilidade das duas remanescentes.

de liberdade que a norma de direito fundamental protege (em graus de realização, pois trata-se de princípios, regra geral), sendo o pressuposto da aplicação de uma dessas normas a ocorrência de um caso em que esteja presente, precisamente, o exercício dessa conduta (de liberdade) fundamentalmente protegida. A funcionalidade limitativa das normas com direitos de liberdade, assim sendo, está preferencialmente nos casos em que as alternativas abstractas têm diferentes graus de colisão com o exercício da conduta em causa (onde o princípio da proporcionalidade também interfere, naturalmente) ou, mais visivelmente ainda, quando as alternativas afectam e não afectam essa mesma conduta⁴⁸.

figura 14

premissa ¹ : a norma é $a \wedge b \vee c \vee d$ e, portanto, confere discricionariedade na escolha entre b ou c ou d
premissa ² : no caso ¹ , a alternativa b afecta o direito de propriedade de Z , o que não acontece com as alternativas c e d
conclusão: a aplicação da norma do direito de propriedade, e em concreto, afasta a elegibilidade do efeito b

2.3: O *hard case* do princípio da justiça

A norma de princípio com o conceito normativo de justiça é, indistintamente, a que mais problemas de definição normativa traz à ciência jurídico-administrativa, o que, em rigor, é um resultado de fenómenos bem precisos: (i) o vazio interno em razão do conteúdo de outros princípios e (ii) o facto de ser a possível entrada jurídica de aporções extra-jurídicas⁴⁹. Os dois fenómenos elencados têm, no entanto, distinto relevo, dado que, se o primeiro remete para uma tarefa quase filigrânica de composição do interior da norma de princípio da justiça, também constitucionalmente previsto como um dos princípios reguladores da actividade administrativa, o segundo não é mais do que um falso problema, apenas gerador de equívocos sem fundamento. É que, na sua qualidade de princípio do direito, o princípio da justiça tem um conteúdo normativo como qualquer outra norma, e impõe apenas, por isso, efeitos jurídicos relativos a esse conteúdo: não sendo nenhuma abertura do direito para valo-

⁴⁸ A figura 14 ilustra a situação descrita, mostrando como, com três alternativas abstractas, e estando uma directamente implicada na limitação de um direito de liberdade, a norma de princípio que o protege tem a capacidade de reduzir a duas as alternativas elegíveis.

⁴⁹ Aspectos estes que não são únicos, naturalmente, mas que, para além disso, justificam, desde logo, a autonomização do tratamento desta norma limitadora da discricionariedade. Há, no entanto, outra razão de peso para esta autonomização: é que, como é sabido, a Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual (dada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, e pela Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro), compreende múltiplas referências à justiça (e, portanto, ao que este conceito significa como conteúdo de um princípio jurídico: artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, por exemplo), gerando a necessidade de definir o que, de alguma forma, aí está subjacente.

rações morais (ou outras) que aí não se encontrem, o princípio é apenas o seu conteúdo, e a *justiça* é só a justiça do direito como este a apresenta nas suas normas⁵⁰.

Apresentado assim o cenário em que se move o princípio da justiça, com relevo para o afastamento de qualquer dimensão extra-jurídica nas utilizações normativas do conceito de justiça, o que importa, por conseguinte, é a tarefa (uma responsabilidade da ciência jurídica) de determinar qual o conteúdo normativo que lhe assiste, como norma do direito. A questão é relevante no presente contexto, porque o conceito normativo de justiça, passível de definir o conteúdo da norma, remete, como é frequentemente assinalado, para os significados de razoabilidade, de igualdade de tratamento, de isenção, entre outras ideias-chave, que, como visto no número anterior, são conteúdos típicos de princípios distintos, totalmente autonomizados deste⁵¹. A apreciação que daqui se retira, desde logo, é, e como consequência directa, a de se tratar de um princípio vazio de conteúdo autónomo (e, portanto, de conteúdo significativamente limitado), cuja função não pode ser mais, nem mais operativa, do que a de constituir um princípio de representação extensiva de outros, no sentido em que se limita a aglutinar conteúdos específicos de outras normas.

O pessimismo científico subjacente à hipótese teórica anterior deve decair, no entanto, com a consideração relativa ao facto de as ideias-base inerentes ao conceito de justiça não se encontrarem todas no âmbito das normas de princípio que, separadamente, aparecem a regular o exercício da função administrativa e, em especial, a limitar a discricionariedade. O conceito de justiça é também um conceito que extensionalmente abarca componentes não substantivas dos conteúdos decisórios (não sendo, por isso, apenas relativo à limitação do excesso, à igualdade, ou à boa-fé desses e nesses conteúdos), integrando elementos relativos ao processo decisório que são, inegavelmente, *conditio sine qua non* da justiça de uma norma ou de uma decisão. A integração conceptual que aqui se traz à colação diz respeito, assim, a aspectos inerentes à (ou pressupostos na) zona de certeza positiva do conceito e que, de alguma forma, escapam às zonas substantivas normativamente já separadas: a referência é,

⁵⁰ Naturalmente, não é este o local próprio para discutir a multiplicidade de problemas que aqui se encontram presentes, afirmando-se, apenas, que se entende ser claro que, se estão em causa princípios jurídicos, dos mesmos só podem resultar efeitos (e conteúdos) jurídicos. Nestes termos, entre tantas referências, Jorge Rodriguez, *Derrotabilidad de Las Normas Jurídicas*, in Iso, 1997, p. 153.

⁵¹ Sendo que os aspectos referidos em texto apenas abarcam algumas das dimensões do conceito de justiça que frequentemente se lhe reconduzem (cfr., Freitas do Amaral, *O Princípio da Justiça no Artigo 266.º da Constituição*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, pp. 695 e ss.), pois mais seriam elencáveis: por exemplo, no domínio da boa-fé, a primazia da materialidade subjacente e a tutela da confiança, aspectos claramente integráveis numa ideia consensual de justiça.

então, a todo o âmbito relativo à *racionalidade do processo de decisão*, que não sendo incidente no conteúdo desta, é um factor irrecusavelmente pressuposto no resultado de uma norma ou de uma decisão que possa ser predicada como justa.

A vertente do conceito normativo de justiça que aqui está em causa e, subsequentemente, da norma de princípio da justiça, não cobre, portanto, a questão de saber se um conteúdo é justo ou não, dado que isso, como visto, é feito separadamente por outros princípios (proporcionalidade, igualdade, boa-fé, por exemplo), mas antes a de saber se foi justamente formulado. Ou seja, em causa está saber, independentemente do conteúdo que se confronta com o princípio da justiça, se as suas condições de formulação foram as necessárias para que a eventual justiça que aí se encontre (na prática, esgotada na avaliação de compatibilidade com os tais princípios) não seja meramente accidental e, assim, o resultado de um mero acaso decisório. A justiça de um conteúdo jurídico, nestes termos, não deriva apenas de o mesmo ser justo, mas também de ter sido justamente obtido: a justiça aleatória não é juridicamente admissível, pois o direito exige que um conteúdo jurídico justo seja racionalmente formulado, ou não estabelecerá várias regras procedimentais e formais nesse sentido, determinando que haja racionalidade na forma da sua configuração⁵².

A zona de autonomia normativa que aqui se reconhece ao princípio da justiça, onde o mesmo, por conseguinte, não compreende uma dimensão normativa de mera cobertura compreensiva de outros princípios, é a que impõe que o exercício da função administrativa se realize através de processos decisórios racionais, aptos à obtenção de conteúdos sustentáveis. A norma de princípio em causa veda, então, nesta sua zona autónoma, os meios de obtenção de conteúdos jurídicos na função administrativa que sejam irracionais, como pode acontecer, em órgãos singulares ou colectivos, em formas de decisão ou de deliberação aleatórias, não baseadas em operações intelectuais esclarecidas e consistentes por parte dos respectivos titulares. A irracionalidade e ou a aleatoriedade do processo de decisão nos órgãos administrativos é, por isso, também uma ilegalidade, censurada directamente pelo princípio da justiça nos casos em que o direito administrativo, através de regras formais e procedimentais, não tenha regras específicas a determinar as exigências que possam conduzir a que o resultado seja obtido através de uma forma qualificável como justa⁵³.

⁵² Pelo que, nesta perspectiva, o princípio da justiça constitui a norma de princípio que é concretizada pelas inúmeras normas procedimentais (sobre órgãos colegiais, sobre formas de deliberação, por exemplo) que viabilizam a tomada de decisões racionais, numa relação equivalente à que se vê, e também por exemplo, entre o princípio da imparcialidade e as chamadas garantias de imparcialidade (artigos 44º e 48º do Código do Procedimento Administrativo), que, preventivamente, servem para impedir a violação da vertente negativa desse princípio.

⁵³ Um bom exemplo do que aqui está representado são as decisões tomadas através de *mecanismos de acaso*, como pode acontecer com uma tómbola ou com a tradicional moeda ao ar. É certo que a racionalidade do

O princípio da justiça, como norma de princípio reguladora do exercício da função administrativa e que, como as demais, cumpre um importante papel na limitação da discricionariedade administrativa, é, efectivamente, uma norma de espectro compreensivo, cuja operatividade está bastante limitada pela autonomia normativa da quase totalidade do seu conteúdo. A circunstância de assim ser não preclui, no entanto, o reconhecimento da existência de uma vertente autónoma, como se descreveu, em que, e apesar das várias regras do direito concretizadoras que também contribuem para a sua menor operatividade singular, o referido princípio regula directamente o exercício da função administrativa, impondo formas de agir específicas. É certo que, como princípio jurídico limitador da discricionariedade administrativa, do princípio da justiça pouco decorre de forma autónoma, tratando-se até de uma norma que encerra a curiosa ironia de, apresentando-se tão abrangente, apenas ser operativo no aspecto formal da racionalidade decisória. Isso não invalida, contudo, que para a discricionariedade, quando aplicável, seja uma efectiva norma limitadora⁵⁴.

A presente configuração do princípio da justiça, como norma com um conteúdo (como todas), e com este conteúdo (regra geral, compreensivo, e limitadamente autónomo) tem também a consequência relevante de se poder afirmar que, de nenhuma forma, se trata de um princípio em que se podem pendurar as correntes exigências de boa administração. O direito administrativo português não compreende nenhum princípio de boa administração e a boa administração, em sentido técnico, e no âmbito do exercício da discricionariedade administrativa, é algo que ocorre, apenas e tão só, quando nesse exercício se cumprem todas as normas limitadoras, nada havendo para além destas que possa disso constituir um padrão normativo. O princípio da justiça não é, nestes termos, arrimo para censurar (sob uma eventual cobertura de legalidade) as opções administrativas que se tomam dentro das alternativas que,

processo de decisão está, em grande parte, dominada também pelo princípio da imparcialidade, ao exigir ponderações que integrem todos e apenas os factos e os interesses que sejam relevantes. Todavia, não o está na totalidade, como se entende que pode ser afirmado. Imagine-se, por exemplo, que no exercício de uma discricionariedade de escolha ($a \vee b \vee c \vee d$), ponderados todos os interesses relevantes, sobejam, por efeito de um qualquer outro princípio, duas alternativas elegíveis como conteúdo de um acto administrativo a praticar ($b \vee c$). E, imagine-se ainda, que o órgão administrativo escolhe ao acaso o conteúdo do acto (b). Dificilmente aqui poderá haver uma violação do princípio da imparcialidade, pois todos os factos e todos os interesses relevantes foram ponderados, mas há, certamente, uma violação do princípio da justiça.

⁵⁴ E que se encontra do lado de cá da legalidade, sustentando juízos de compatibilidade (a partir do acto jurídico-administrativo em causa) que são ainda juízos de legalidade e não, como parece claro, de mérito (tal como defende Freitas do Amaral, *O Princípio da Justiça no Artigo 266º da Constituição*, cit., p. 701). A não ser assim, ter-se-ia de admitir que todas as normas limitadoras (colocadas normativamente no mesmo plano, sublinhe-se) também estariam (e também realizariam uma tarefa) *para além da legalidade* (como ali se diz), o que se entende ser insustentável.

na passagem da discricionariedade abstracta para a discricionariedade concreta, se mantêm válidas: o mais longe que esse princípio vai, aí, é estabelecer que a escolha deve ser realizada de forma racional e com base em critérios racionais⁵⁵.

3: A(s) competência(s) do Provedor de Justiça relativa(s) à função administrativa

A intervenção do Provedor de Justiça no exercício da função administrativa é, como acontece com a acção de qualquer órgão jurídico-público, o resultado adveniente do exercício das competências que legalmente lhe são atribuídas, e especificamente, neste contexto, evidentemente, das que lhe são legalmente conferidas para esse preciso âmbito de actuação. A análise do elenco dessas competências permite ver, desde logo, e no que toca a essa intervenção, que o Provedor de Justiça está competencialmente habilitado a dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção dos actos ilegais ou injustos (e à melhoria dos respectivos serviços), sendo esta, em rigor, a única competência que sustenta a intervenção aqui em causa⁵⁶. A norma de competência em causa é, no contexto do elenco de competências do Provedor de Justiça, e para além disso, a que mais significativamente representa a sua actividade nesse âmbito, dado que é a única que explicitamente define a expressão exterior que lhe corresponde (e o acto e a vinculatividade em que se manifesta: recomendações), caracterizando e permitindo apreender o perfil dessa intervenção⁵⁷.

⁵⁵ Discorda-se, por conseguinte, das afirmações de Mário Aroso de Almeida (cfr., *O Provedor de Justiça Como Garante da Boa Administração*, in *O Provedor de Justiça*, Estudos, cit., pp. 24 e ss.), segundo as quais, não só há uma sujeição a uma norma de princípio com esse conteúdo, como esse conteúdo não deve ser concebido como estritamente jurídico. Como se entende, nada do que é extra-jurídico (a não ser que o direito o recepcione) pode valer no direito como tal, pois esta é a mais básica consequência de o direito ser recortado (delimitado) por regras de reconhecimento, como já falava Herbert Hart (cfr., *The Concept of Law*, cit., pp. 100 e ss.). E, mesmo que esse princípio se afirme a partir da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, o respectivo texto (artigo 41º) mostra como em causa estão apenas conteúdos de outras *normas jurídicas* (imparcialidade, participação, por exemplo).

⁵⁶ A referência é, naturalmente, à alínea a) do n.º 1 do artigo 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual, sendo relevante dizer, todavia, que se entende serem as recomendações dirigidas à *melhoria dos serviços* o exercício de uma competência integrada na competência referida em texto (e não diferenciada), dado que deve ser exercida nos mesmos termos e apenas a partir da ocorrência de actos ilegais (injustos). Assim, não parece que caiba ao Provedor de Justiça *melhorar em geral a administração*, mas tão só fazê-lo na estrita medida em que os actos ilegais (injustos) o sejam em resultado de deficiências que podem ser corrigidas. Trata-se, por isso, de uma única competência, constituindo o segundo segmento um corolário do primeiro, sem prejuízo da possibilidade de iniciativa oficiosa, claro.

⁵⁷ A afirmação de essa ser a única competência que se manifesta ou pode incidir no exercício da função administrativa deve ser entendida, no entanto, com algumas cautelas, dado que, ao lado dessa, temos várias com-

A avaliação dessa norma de competência e, muito particularmente, do âmbito da competência que assim se confere, tem de ser feita, no entanto, e para além do seu próprio conteúdo, através das variadas normas de conduta que, de uma forma ou de outra, vêm precisar a delimitação do que está competencialmente habilitado (e com reflexos relevantes sob várias ópticas). A primeira questão é, exactamente, a que resulta de a norma atributiva dessa competência a recortar, quanto aos destinatários, como relativa aos *poderes públicos*, o que, dada a extensão jurídico-pública do que assim se representa, suscita a dificuldade relativa a saber se essa competência inclui e extravasa o exercício da função estadual administrativa ou se apenas se confina ao âmbito desta. A dificuldade é, todavia, apenas aparente, dado que, a refinar a norma de competência, há depois uma norma de conduta a estabelecer que a acção suportada nessa habilitação exclui os órgãos de outras funções (política, legislativa e jurisdicional), salvaguardando, todavia, os que também exercem a função administrativa (os Governos) e os actos em matéria administrativa de todos⁵⁸.

A definição do âmbito de actuação relativo à habilitação competencial para emitir recomendações serve também, por outro lado, para compreender a extensão do espectro de destinatários da actividade do Provedor de Justiça aí sustentada, especificamente no que concerne à definição inicial do seu âmbito de actuação, subjectivamente elencada de forma exemplificativa⁵⁹. A conjugação de normas que daqui resulta aponta, então, para considerar (o que se entende ser efectivamente pacífico) que a acção do Provedor de Justiça incidente sobre a fun-

petências com o mesmo âmbito, mas que têm a característica aqui excludente de serem competências meramente procedimentais ou instrutórias: a menção é, evidentemente, às distintas competências previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 21º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual, que são competências incidentes na actividade administrativa, mas apenas no contexto da própria instrução dos procedimentos internos do Provedor de Justiça. São, assim, competências instrutórias, funcionalmente vocacionadas para preparar a competência referida em texto. Para além disso, há apenas a menção à competência para a tutela de interesses difusos (alínea e) do n.º 1 do artigo 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual), mas que, como se entende, habilita à defesa dos mesmos nos procedimentos administrativos que lhes são relativos na qualidade instrutória de interessado ou, quando assim não é, apenas se expressa na competência prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 20 da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual, ou seja, através da permissão para a emissão de uma recomendação.

⁵⁸ Aspecto este que é da maior relevância, na análise da incidência do artigo 22º na alínea a) do n.º 1 do artigo 20º (todos da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual), dado que mostra que, como é corrente na actividade de avaliação da função administrativa (e até na regulação do seu exercício, como se pode ver no artigo 2º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), também no domínio da actividade do Provedor de Justiça o exercício das suas funções abrange a actividade materialmente administrativa que se exerce em órgãos do Estado que não exercem, constitucional e legalmente, a função administrativa. É, por isso, um dado relevante de coerência de todo o sistema jurídico-público de interligação entre funções estaduais.

⁵⁹ A referência é, evidentemente, ao n.º 1 do artigo 2º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual, que define o âmbito de actuação do Provedor de Justiça com referência a *algumas categorias de administrações públicas*.

ção administrativa é relativa a todos os órgãos (e serviços conexos) que exerçam essa função estadual, não havendo, por isso, qualquer razão para excluir categorias de administrações não mencionadas expressamente. É que, a soma do conceito *poderes públicos* com a diminuição dos que não exercem a função administrativa, e apenas quando não a exercem, tem como resultado *todo o espectro de sujeitos que exercem essa função estadual*, podendo acrescentar-se, ainda, dado que não há qualquer distinção, que é relativamente a quaisquer condições desse exercício (de direito público ou direito privado)⁶⁰.

A segunda questão relativa à definição dos termos do exercício da competência para emitir recomendações, e que decorre de normas de conduta sobre a actividade do Provedor de Justiça (com incidência directa na norma de competência em causa), é a que diz respeito à iniciativa conducente a esse exercício ou, dito de outro modo, à propulsão do procedimento interno⁶¹. E, aqui, a regulação dessa actividade claramente estabelece que o exercício da competência para emitir recomendações tanto pode ser de iniciativa oficiosa como resultar de uma queixa (caso de iniciativa particular do procedimento), evidenciando que se trata de uma acção incidente sobre a função administrativa que compreende qualquer forma de propulsão procedimental⁶². O relevo deste aspecto para a definição dos termos de exercício da competência em análise é relativamente diminuto, mas a previsão de iniciativa oficiosa confere dados de caracterização importantes: (i) aproxima a acção do Provedor de Justiça ao perfil de um *órgão secundário activo*, com (ii) a muito singular posição de, tendo esse perfil, o ter relativamente a todo o exercício da função administrativa⁶³.

⁶⁰ E ainda, evidentemente, quer se trate, subjectivamente, de pessoas colectivas públicas ou privadas. O que é decisivo na determinação deste espectro de destinatários (âmbito de actuação relativo à competência prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual) é, exactamente, que exerçam a função administrativa, sendo este o resultado a partir do qual se deve delimitar a fronteira desse espectro. Um caso claro de uma categoria de administração pública que não vem expressamente referida no n.º 1 do artigo 2º, mas que entra através da conjugação entre a alínea a) do n.º 1 do artigo 20º e o n.º 2 do artigo 22º (todos da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual) é o da administração independente, dado que se trata de uma categoria que compreende órgãos que são poderes públicos e que não estão subjectiva e funcionalmente excluídos no segundo dos preceitos agora mencionados, tal como, aliás, tem sido defendido (cfr., Vital Moreira, *As Entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça*, cit., pp. 113 e ss.).

⁶¹ É que convém não esquecer que o exercício da competência em análise é realizado sob uma base procedimental, na qual se reconhecem as tradicionais fases do procedimento administrativo de natureza formal: uma iniciativa, uma instrução, uma fase decisória (a da recomendação, propriamente dita), e uma fase complementar, com os actos que se lhe seguem, tal como descrito nos n.º 4, n.º 5, e n.º 6 do artigo 38º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual.

⁶² Dado que, havendo iniciativa oficiosa autónoma (pelo próprio Provedor de Justiça), nada impede que também haja iniciativa oficiosa heterónoma (por parte de outros órgãos administrativos), neste caso, especificamente, como uma iniciativa do Provedor de Justiça *sob sugestão administrativa*.

⁶³ E tanto na perspectiva substantiva, relativa a qualquer matéria do exercício da função administrativa, como

A terceira questão, igualmente sob a mesma perspectiva de análise de definição da competência em causa através das normas de conduta que a regulam, é a que diz respeito ao *estado do assunto* em relação com outros meios de controlo e de fiscalização, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional, que possam eventualmente ocorrer em paralelo. A competência em causa, como decorre da norma de conduta que regula a matéria, não tem, no entanto, qualquer limitação adveniente de *concursos de avaliação e ou de controlo*, dado que é independente do decurso de impugnações administrativas ou de acções jurisdicionais, seja qual for o estado de evolução (ou de localização procedimental ou processual) em que se encontrem. A questão é relevante, ao nível da resposta normativa dada, porque mostra que a competência em análise funciona em paralelo com todas as competências, administrativas (e, dentro destas, de acção ou de controlo) e jurisdicionais que, de alguma forma, se reportam a esta função do Estado: trata-se de uma competência que se exerce, por isso, independentemente do exercício de todas as demais⁶⁴.

A quarta questão é a que concerne ao próprio conteúdo jurídico em que se expressa a competência, pelo que é a que diz respeito à definição do significado jurídico da recomendação, tratando-se, no entanto, de aspecto que não é directamente regulado por quaisquer normas de conduta, excluindo saber-se que é um conteúdo jurídico não destrutivo de efeitos⁶⁵. A recomendação aqui prevista é, assim, um conteúdo jurídico que, deonticamente, não é prescritivo (não permite, impõe ou proíbe), constituindo apenas uma asserção atendível (a atender) sobre um estado de coisas (a correcção ou incorrecção jurídica da solução de um problema jurídico). Ao ser assim, e adicionando que se trata de uma competência relativa a todo o exercício da função administrativa, daí resulta que é praticamente uma competência sobre todas as competências da função administrativa, limitada consideravelmente, e como não poderia deixar de ser, pelo

subjectiva, relativa a qualquer órgão, como já foi visto, o que, também por aqui, faz do Provedor de Justiça um órgão totalmente sem paralelo na organização jurídico-pública portuguesa, como já foi várias vezes referido. Importa referir, no entanto, que essa qualificação de o Provedor de Justiça se aproximar de um órgão administrativo secundário activo (ou seja, de órgão de avaliação de legalidade com iniciativa autónoma) está sempre limitada pela circunstância de ser um órgão administrativo sem interesse público secundário próprio, para além daquele que concerne ao da correcta aplicação do direito, o que, não obstante, faz toda a diferença.

⁶⁴ Repare-se que a competência em causa pode até exercer-se já depois do termo de procedimentos ou processos concluídos: nada impede uma recomendação dirigida à revisão de um acto administrativo já praticado, naturalmente, decorrendo ou não em paralelo uma impugnação administrativa, tal como nada impede que essa competência se exerça relativamente a um assunto em que haja caso julgado, desde que a recomendação seja convergente com o mesmo (e respeite a separação de funções [cfr., Maria Lúcia Amaral, *O Provedor de justiça e o Poder Judicial*, in *O Provedor de Justiça, Estudos*, cit., p. 44]).

⁶⁵ Tal como resulta do n.º 1 do artigo 22º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual.

facto de não criar, naturalmente, qualquer estado de dever ser (prescritivo) para os problemas jurídicos em que se manifesta⁶⁶.

A competência nuclear do Provedor de Justiça relativa ao exercício da função administrativa agora vista, tendo em conta os aspectos focados, quer através das normas de conduta que esclarecem os termos do seu exercício, quer através do próprio conceito normativo de recomendação, é, apesar de não prescritiva, e como visto, uma competência de largo espectro. Ao abrigo dessa competência, a mais com as variadas competências instrutórias que lhe estão conexas, o Provedor de Justiça pode intervir em qualquer área da função administrativa e relativamente a qualquer matéria, não tendo, praticamente, qualquer tipo de limitação, sendo ilustrativo disso o facto de a exercer independentemente do exercício de qualquer outra competência. A questão que seguidamente se torna pertinente, por isso, é a de saber se o exercício dessa competência (sobre as competências da função administrativa) passa ou não também pelas partes discricionárias, o que, em rigor, é o mesmo do que confrontar a definição dos seus termos sob a perspectiva de a mesma estar ou não limitada nas zonas de actuação autónoma dos órgãos que exercem a função administrativa.

3.1: A competência do Provedor de Justiça em confronto com a discricionariedade

As zonas de discricionariedade que o direito confere para o exercício da função administrativa, seja qual for a modalidade em que o faz, estão, como se entende, fora do âmbito da competência do Provedor de Justiça, dado que se encontram normas de conduta sobre a matéria em que se determina que a sua acção visa assegurar a justiça e a legalidade. A determinação de o exercício das suas funções (e, por isso, da competência nuclear de emissão de recomendações aí incluída) estar subordinado à prossecução dos objectivos de justiça e legalidade é, como se entende, uma indicação normativa clara de as áreas de acção administrativa na mira do exercício dessa competência serem apenas as que têm um padrão normativo de aferição. A afirmação é pacífica no que concerne ao crivo da legalidade (só pode ser aferido e avaliado o que aí tenha um parâmetro), sendo-o também, como se entende, quanto ao crivo da justiça: aqui, a actividade do Provedor de Justiça está subordinada à justiça do direito, genericamente,

⁶⁶ Pelo que a sua limitação, como se entende, tem a ver com a sua natureza não deontica e não com a localização (ou incidência) procedimental ou final da recomendação. Diferentemente, Rui Machete, *As Funções do Provedor de Justiça e os Limites Jurídicos da sua Intervenção*, in *O Provedor de Justiça, Estudos*, cit., p. 105.

e em especial através do princípio da justiça e dos restantes que o concretizam, cessando aí o seu suporte de intervenção⁶⁷.

A actividade do Provedor de Justiça relativamente ao exercício da discricionariedade administrativa está assim centrada, primeiro, e a montante da mesma, na avaliação do cumprimento das zonas de vinculação dos actos jurídicos, e segundo, no seu interior, na gestão administrativa das alternativas, apenas sob a égide de normas limitadoras e só quanto a estas. A intervenção do Provedor de Justiça relativamente à discricionariedade, por conseguinte, tem como campo exclusivo de actuação a avaliação das alternativas elegíveis, no estrito contexto da relação entre estas e as normas limitadoras aplicáveis, podendo recomendar as que se considerarem compatíveis com essas normas e aconselhar o afastamento das qualificáveis como incompatíveis. A partir daí, consequentemente, o exercício da competência recomendatória em causa deixa de ter suporte normativo: a actividade do Provedor de Justiça não tem habilitação para poder afirmar, recomendando, que, entre duas alternativas não colidentes com normas limitadoras da discricionariedade, uma é melhor do que outra e que, por isso, deve uma delas ser adoptada pelo órgão competente⁶⁸.

À luz das considerações anteriores sobre as normas limitadoras da discricionariedade administrativa, a competência do Provedor de Justiça relativamente ao exercício da função administrativa, e no que à discricionariedade concerne, está essencialmente vocacionada, assim sendo, para o manuseamento dos princípios jurídicos e para a aferição da sua aplicabilidade. A tarefa de avaliação (da legalidade) do exercício alheio de zonas de discricionariedade

⁶⁷ A referência é, nomeadamente, ao n.º 1 do artigo 1º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção actual, e é o referido em texto, efectivamente, o único sentido que se pode atribuir aos segmentos normativos daquela Lei em que se refere que o Provedor de Justiça aprecia a legalidade e a justiça: a acção do Provedor de Justiça cessa ou deve cessar, portanto, quando não se possa afirmar que o exercício das competências administrativas em análise estão ainda sujeitas a normas jurídicas, quer se trate de regras ou de princípios jurídicos, o que significa, recuperando a terminologia utilizada, que essa intervenção não pode incidir sobre a discricionariedade concreta. A fundamentação dessa afirmação é inevitável à luz do direito aplicável: dado que realiza uma avaliação da compatibilidade dos actos jurídicos administrativos com o direito, o Provedor de Justiça não pode intervir a partir do ponto em que, para as concretas decisões administrativas, deixa de haver norma aferidora e apenas há critérios subjectivos, administrativamente autónomos. A não ser assim, ter-se-ia de admitir que o exercício da mencionada competência do Provedor de Justiça seria, efectivamente, *uma competência sobreposta à administrativa*, sem carácter secundário (ou de avaliação paralela), com o detalhe diferenciador de a sua gestão dessa discricionariedade ser apenas assertiva. Como é sabido, não é disso que se trata e não é esse o perfil da competência que exerce.

⁶⁸ Embora com outra terminologia, mas no mesmo sentido, Rui Machete, *As Funções do Provedor de Justiça e os Limites Jurídicos da sua Intervenção*, cit., p. 105; e Freitas do Amaral, *Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do “Ombudsman”*, in *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Lisboa, 2003, p. 29.

expressa-se, portanto, na avaliação do caso concreto à luz das normas aplicáveis e na aferição relativa à compatibilidade das alternativas presentes com as normas limitadoras, partindo da determinação do conteúdo da norma limitadora e terminando com o apuramento das alternativas que, no caso, lhe sobrevivem. É uma tarefa de estrita legalidade e que apenas pode desembocar numa recomendação que se mova nesse âmbito, correspondente à definição da discricionariedade que em concreto existe e com as particularidades que no caso ocorram: por exemplo, sugerir a adopção de uma alternativa em vez de outra ou enunciar as que são elegíveis, mas apenas com base em normas limitadoras.

As afirmações anteriores, recuperando o carácter geral das modalidades de discricionariedade vistas, valem para qualquer manifestação de discricionariedade administrativa, o que significa que, como se entende, o quadro geral aqui traçado não conhece excepções, no sentido em que não há áreas sectoriais de actividade administrativa excluídas. Assim, não havendo fundamento algum para diferenciar, a abordagem é ou deve ser a mesma, sob o mesmo cenário de zonas de interferência (discricionariedade sob princípios) e de zonas de contenção (discricionariedade concreta), seja qual for o tipo ou conteúdo do acto jurídico objecto de análise. A circunstância de se tratar de uma licença de obras particulares ou de uma avaliação concursal, de uma classificação escolar ou de uma atribuição de um subsídio é irrelevante para o efeito: em qualquer caso, há discricionariedade abstracta, limitada no caso por normas de princípio, e ao Provedor de Justiça o que deve importar aferir é, só, se o conteúdo do acto em causa afecta (ou vai afectar) aquelas normas limitadoras.

O mesmo se diga, também, para os casos da correntemente designada (e hoje em dia algo decadente) discricionariedade técnica, em que, supostamente em razão de especificidades de natureza científica ou de natureza técnica, não se poderia, em caso algum, fazer uma avaliação da gestão de discricionariedade sob limites qualificáveis como de estrita legalidade. Aqui, a susceptibilidade ou insusceptibilidade dessa avaliação depende também, como em todos os casos, do apuramento da aplicabilidade de normas limitadoras, havendo ilegalidade, de igual forma, quando a autonomia presente (acentuadamente técnica, se assim se pode dizer) é exercida de forma a produzir um resultado jurídico que manifestamente colide com uma norma daquele tipo. A mera existência de discricionariedade administrativa que implique ou pressuponha juízos técnicos ou científicos não significa, portanto, que não haja aí, ainda, uma legalidade aplicável: pode sempre ocorrer uma limitação jurídica, em concreto, de alternativas, pois o carácter técnico da escolha administrativa não é fundamento, evidentemente, para a inaplicabilidade de normas genericamente aplicáveis⁶⁹.

⁶⁹ Como o são, e paradigmaticamente, as normas de princípio gerais da actividade administrativa, nomeadamente as constantes do artigo 266º, n.º 2, da Constituição, e que podem limitar a escolha administrativa, quer a mesma se faça sob critérios de senso comum, quer se faça sob critérios de elevada cientificidade.

A relação que assim se estabelece entre a competência do Provedor de Justiça e a discricionariedade tem, no entanto, uma diferente perspectiva de observação, que deve ser mencionada: é que, como a competência é exercitável antes ou depois dos actos procedimentalmente conclusivos, a intervenção pode ser anterior ou posterior ao exercício da discricionariedade. O distinto ponto (procedimental) de observação não altera, contudo, as afirmações anteriores, alterando, apenas, o ângulo de abordagem: se em causa estiver uma discricionariedade exercida, a recomendação dirige-se à escolha sob os princípios aplicáveis, se for uma discricionariedade a exercer (e o caso já tiver traços definidos), a recomendação deve enunciar as alternativas elegíveis. A intervenção do Provedor de Justiça, neste caso, pode ser até bastante efectiva: sempre que já haja condições de definição das propriedades do caso (e se possa saber que limites nele incidem), a recomendação pode já incluir ou indicar quais as alternativas que podem ser escolhidas ou, diferentemente, quais as que não o devem ser, funcionado desta forma a actividade preventiva que se lhe reconhece⁷⁰.

A partir do quadro traçado, e recuperando a definição da legalidade avaliável no exercício da discricionariedade administrativa, uma última questão fica pendente: saber se a existência de discricionariedade no conteúdo de uma decisão administrativa é, desde logo, e pelas razões de contenção de legalidade expressas, causa de indeferimento liminar de uma queixa. A questão, postas as considerações anteriores, está, todavia, praticamente respondida: o indeferimento liminar, valendo para afastar queixas sem fundamento, é válido apenas para os casos em que a discricionariedade exercida não é passível de qualquer limitação normativa e em que, portanto, não há, sequer, competência para apreciar a escolha de alternativas feita pelo órgão administrativo. A ausência de controlabilidade normativa da acção administrativa em causa, constituindo uma insusceptibilidade competencial de intervenção do Provedor de Justiça, é, por isso, uma situação em que não deve prosseguir o procedimento interno: pressupõe, evidentemente, um juízo prévio sobre os limites de legalidade aplicáveis, mas deve conduzir, em caso negativo, ao indeferimento da queixa.

3.2: O problema dos limites das normas limitadoras

A partir da premissa, atrás expressa, de a intervenção do Provedor de Justiça no domínio da discricionariedade administrativa estar limitada à avaliação da legalidade das escolhas

⁷⁰ Cfr., e por exemplo, Vieira de Andrade, *O Provedor de Justiça e a Protecção Efectiva dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos*, in Provedor de Justiça, Estudos, cit., p. 59.

administrativas, ou seja, portanto, à compatibilidade das alternativas elegíveis com as normas limitadoras, daí decorre, e como já se disse, que estas normas são o seu campo de acção principal. A circunstância de assim ser implica que se deva salientar, acrescidamente, que as normas de princípio que, correntemente, cumprem a função de normas limitadoras estabelecem uma legalidade compreendida por *zonas de penumbra*, onde não se pode afirmar que haja certeza científica sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, sobre a efectiva operatividade limitadora *in casu*. Isso significa que cada um desses princípios contém (ele-próprio) uma área de aplicabilidade indefinida, ao abrigo da qual não é certo cientificamente que o controlo que com ele se realiza seja efectivamente um controlo de legalidade: quando assim seja, a avaliação de conformidade ao direito que tem o princípio como protagonista pode eventualmente até nem ser uma efectiva avaliação de legalidade.

A questão pode ser exemplificada, desde logo, com a norma de princípio da imparcialidade, cujo conteúdo, como visto, estabelece que o exercício das competências administrativas deve realizar-se com base numa ponderação que compreenda todos e apenas os factos e interesses relevantes, vedando as ponderações parciais e as que integram elementos alienígenas. A indefinição que o princípio tem na sua aplicabilidade ao caso está, exactamente, na qualificação do que possa ou não ser qualificado como *factos e interesses relevantes*, valendo aqui as considerações anteriores sobre as incertezas: por exemplo, se há factos e interesses que são manifestamente relevantes e outros que o não são, é certo que pode haver factos e interesses de relevância duvidosa. A definição de, em determinado objecto procedimental administrativo, certos factos ou interesses serem relevantes (ou irrelevantes), especificamente quando não seja manifesto que assim é, pode conduzir a um efectivo juízo de mérito sobre a composição da ponderação, feito, a mais, sob uma aparente cobertura de legalidade (ou seja, uma norma de princípio dubitativamente aplicável).

A demonstrar que o problema é, efectivamente, genérico, pode também pensar-se no princípio da igualdade, em que a determinação de tratamento jurídico igual pressupõe a comparabilidade das situações, factos ou coisas, bem como o juízo de analogia entre as mesmas, que depende também de operações intelectuais compreendidas por eventuais incertezas. A realização do juízo de analogia que subjaz à aplicação deste princípio, ancorado na selecção de critérios de comparação e na consequente escolha das vertentes dos termos a comparar e que são contrapostos, pode compreender situações de fronteira em que, num qualquer desses passos, não se possa afirmar como manifestamente certo que os objectos, factos ou coisas são para o efeito iguais. A ocorrência dessas situações de fronteira, tal como ocorre com o prin-

cípio da imparcialidade, conduz igualmente a um cenário de incerteza na aplicabilidade do princípio, passível também de fazer suportar nessa norma um juízo de legalidade que, dada a incerteza, é bastante questionável: em última instância, é um juízo de mérito, por exemplo, quando haja critérios de comparação claramente discutíveis.

A realização de uma avaliação de legalidade ao abrigo de princípios jurídicos pode gerar, por conseguinte, nas suas *zonas de penumbra* com relação ao caso concreto, situações em que já é significativamente discutível (sendo subjectivo, portanto) que essa avaliação esteja dentro do estrito domínio da apreciação da compatibilidade com o direito e as suas normas. A sinalização desta questão, ilustrada nos parágrafos anteriores, pretende mostrar, então, que as próprias normas limitadoras têm limites quanto à sua operatividade limitativa e que esses limites, acrescidamente, não só podem ser difíceis de determinar no caso concreto, como também podem abranger um espectro alargado, entre o que manifestamente cabe e não cabe no seu domínio. A existência de limites nestas normas, a mais com as constatações de os mesmos serem relativamente extensos (a tal *zona de penumbra*) e de pressuporem sempre uma contraposição ao caso concreto, é cientificamente relevante: evidencia que os princípios podem constituir a base de uma avaliação de legalidade que efectivamente não o é, mostrando quão cuidadoso dever ser o seu manuseamento⁷¹.

A utilização das normas limitadoras da discricionariedade administrativa por parte do Provedor de Justiça, e no que concerne ao problema dos seus limites, não deve conduzir, no entanto, a graus de autocontenção tão intensos como os que, no mesmo âmbito e em avaliações paralelas, se devem assinalar aos tribunais no exercício das suas funções jurisdicionais. Se bem que não esteja em causa que a competência recomendatória do Provedor de Justiça possa não se circunscrever ao estrito domínio da legalidade, é um facto que na sua actividade ao abrigo dessa competência não há um limite de separação de funções que remeta, tal como ocorre com os tribunais, para o dever de respeito rigoroso do *core* de autonomia da função administrativa. O manuseamento das normas limitadoras da discricionariedade administrativa por parte do Provedor de Justiça, e tal como se entende, não deve considerar-se jurídica-

⁷¹ Um caso claro (e ilustrativo) de como se podem fazer avaliações que não são de legalidade, mas que são realizadas sob a aparente cobertura de legalidade fornecida por um princípio é o que relata Jeanne Lemasurier (cfr., *Vers un Nouveau Principe Général du Droit? Le Principe "Bilan Cout-Avantages"*, in *Mélanges Marcel Waline*, Paris, 1974, principalmente pp. 569 e ss.), quando descreve como, ao abrigo do princípio da proporcionalidade, e através de balanços custos-vantagens significativamente subjectivos (com objectivização de elementos não mensuráveis), os tribunais franceses chegaram a interferir na discricionariedade administrativa de forma significativamente questionável, à luz da norma de princípio de separação de funções.

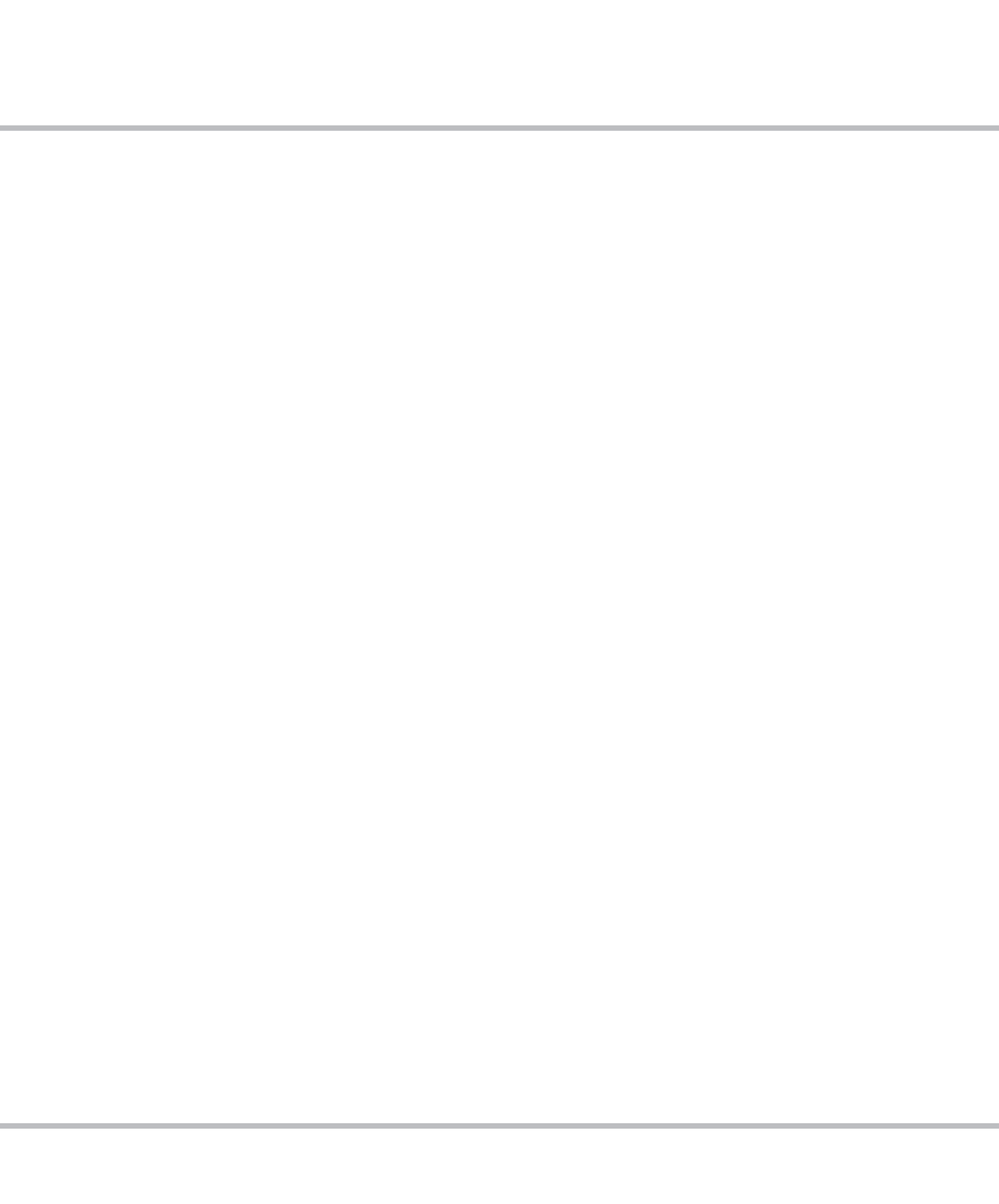
mente censurável, assim sendo, quando a sua intervenção se aventura no dealbar das *zonas de penumbra* dos princípios, quanto mais não seja por se tratar, em última instância, de uma avaliação que também é funcionalmente administrativa.



Tiago Duarte

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa





O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado

I – O tema que dá título ao presente texto aparenta ser, numa primeira impressão, destituído de grande relevância dogmática, o que, naturalmente, gerando uma maior dose de inquietude para quem é desafiado a escrever sobre o mesmo, poderá gerar, porventura, igual dose de curiosidade para aqueles que se disponham a ler estas linhas.

Com efeito, analisado o texto da Constituição da República Portuguesa verifica-se que, nos termos do art. 142.º, o Conselho de Estado é presidido pelo Presidente da República e é composto, entre outros membros, pelo Provedor de Justiça.

A este propósito, importa recordar que, para além do Provedor de Justiça, fazem ainda parte do Conselho de Estado, nos termos do referido art. 142.º da Constituição, (i) o Presidente da Assembleia da República, (ii) o Primeiro-Ministro, (iii) o Presidente do Tribunal Constitucional, (iv) os Presidentes dos Governos Regionais, (v) os antigos Presidentes da República eleitos na vigência da Constituição que não hajam sido destituídos do cargo, (vi) cinco cidadãos designados pelo Presidente da República pelo período correspondente à duração do seu mandato e (vii) cinco cidadãos eleitos pela Assembleia da República, de harmonia com o princípio da representação proporcional, pelo período correspondente à duração da legislatura.

Ora, neste contexto, tendo em consideração a importância que a Constituição atribui ao Provedor de Justiça, bem como o relevante papel de que o Conselho de Estado, enquanto órgão de consulta do Presidente da República, se encontra investido, poder-se-ia ser levado a concluir, sem mais, que a presença do Provedor de Justiça no Conselho de Estado dignifica, ao mesmo tempo, ambos os órgãos, razão pela qual nenhuma reflexão mais aprofundada careceria de ser feita.

A sugestão do tema deste Estudo por parte do Senhor Provedor de Justiça é, no entanto, só por si, um sinal claro de que a presença do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, a

par de outras ausências no referido órgão consultivo do Presidente da República, não pode ser vista como indiferente ou isenta de uma leitura constitucional, cujos contornos importa assim apurar.

Aceita-se, deste modo, decididamente, o repto lançado, elegendo-se os debates parlamentares ocorridos nas diversas revisões constitucionais, como elemento historiográfico privilegiado, de modo a tentar melhor compreender as razões que estiveram por detrás da inclusão (e da manutenção) do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, tendo em conta a natureza e as funções constitucionais de cada um dos referidos órgãos.

II – As origens históricas do *Ombudsman*, criado na Suécia em 1809, e a sua exportação, com sucesso, para diversos sistemas constitucionais encontram-se hoje em dia já suficientemente documentadas, o mesmo se podendo dizer dos antecedentes do Provedor de Justiça entre nós, nomeadamente as diversas «súplicas» pela consagração deste Instituto, ainda antes da Constituição de 1976 ¹.

Estando intimamente ligado à protecção dos direitos dos cidadãos, não é de admirar, assim, a inclusão do Provedor de Justiça logo na versão inicial da Constituição, sendo, de resto, de salientar o facto de, desde então, e não obstante as diversas revisões constitucionais ocorridas, o regime jurídico do Provedor de Justiça ² ter permanecido praticamente inalterado, o que atesta bem a coincidência feliz entre o que se esperava daquele órgão no momento da sua consagração constitucional e o que tem vindo a ser a actuação do mesmo ao longo dos diversos anos e através dos diferentes Provedores de Justiça.

¹ A este propósito, veja-se, por exemplo, Alves Correia, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1979; Luís Lignau da Silveira, «O Provedor de Justiça», *Portugal – O sistema político e constitucional 1974-1987*, 1989, pág. 701 e segs., José Menéres Pimentel, «Provedor de Justiça», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, pág. 653 e segs e Catarina Sampaio Ventura, *Direitos Humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, 2007, pág. 119 e segs.. Em termos muito sucintos, ainda assim com algumas referências bibliográficas, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2005, pág. 217 e segs. e Gomes Canotilho de Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2007, pág. 439 e segs.

² Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., 2002, pág. 646 qualifica-o como *órgão constitucional auxiliar*. O regime legal do Provedor de Justiça vem previsto na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto e pela Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro, estando a estrutura orgânica da Provedoria de Justiça prevista e regulada no Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 15/98, de 29 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 195/2001, de 27 de Junho.

Assim, a figura do Provedor de Justiça vinha prevista, ainda que com designações e contornos diferentes, nos projectos de Constituição do Partido Socialista (PS), do Partido Popular Democrático (PPD) e do Centro Democrático Social (CDS). Com efeito, no projecto do PS previa-se, no art. 29.º (inserido sistematicamente no título destinado aos «direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão»), a existência de «dois provedores de justiça, um para o sector da Administração a cargo do Governo e outro para as Forças Armadas», sendo o primeiro «designado pela Assembleia Legislativa Popular e o segundo designado pelo Conselho da Revolução.»

Prevía-se ainda que, embora não tendo poderes decisórios, ambos os provedores teriam «por função receber as queixas dos cidadãos relativamente à Administração e aos poderes públicos e de, depois de as apreciarem, apresentarem as recomendações para as reparar e prevenir no futuro.»

Diferentemente, no projecto do PPD previa-se, no art. 114.º (inserido sistematicamente no título relativo à «Câmara dos Deputados»), que, «junto da Câmara dos Deputados funcionarão o Comissário Parlamentar dos Interesses dos Cidadãos e o Conselho da Comunicação Social.» Ainda de acordo com o referido artigo, «ao Comissário Parlamentar dos Interesses dos Cidadãos, eleito por três anos pela Câmara dos Deputados, competirá indagar das queixas dos cidadãos contra actos ilegais ou injustos da Administração e propor à Câmara e ao Governo as providências necessárias.»

Finalmente, no projecto do CDS, previa-se, no art. 102.º (inserido sistematicamente no título relativo à Assembleia Legislativa), que,

«junto da Assembleia Legislativa existirá um Defensor do Cidadão, órgão independente e imparcial incumbido de receber, apreciar e decidir as reclamações ou queixas apresentadas pelos cidadãos contra quaisquer acções ou omissões do Governo ou da administração pública arguidas de injustiça, imoralidade ou ilegalidade grosseira.»

Ainda de acordo com o referido projecto, que era o mais completo nesta matéria, estabelecia-se que, «o funcionamento do Defensor do Cidadão é independente dos mecanismos gratuitos e contenciosos da justiça administrativa.»³

³ No projecto de Constituição do CDS previa-se, igualmente, que, «o Defensor do Cidadão será eleito no início de cada legislatura e pelo período desta, não podendo ser reeleito e que o Defensor do Cidadão poderá, no exercício das suas funções proceder ou mandar proceder a todas as investigações que reputar necessárias, cabendo-lhe participar aos legítimos superiores hierárquicos as infracções disciplinares que detectar e aos

O facto de os três maiores partidos terem consagrado, independentemente da terminologia adoptada, a figura do Provedor de Justiça nos respectivos projectos de Constituição, terá levado, porventura, a que não tenha sido profundo nem alargado o debate na Assembleia Constituinte em torno desta novidade constitucional, não tendo sequer sido discutidos em pormenor os poderes que o referido órgão haveria de possuir.

A propósito da consagração do Provedor de Justiça no texto constitucional, veja-se, ainda assim, a declaração proferida, durante o debate, pelo deputado constituinte Vasco da Gama Fernandes, quando afirma:

«suponho que alguns dos presentes têm conhecimento de que fui eu talvez a pessoa que trouxe aos portugueses o conhecimento desta instituição que estamos a discutir – o Provedor de Justiça, mais conhecido por Ombudsman, que se encontra em vigor em alguns países e particularmente em alguns países do norte da Europa. Essa minha decisão foi concretizada depois por mim na tese que apresentei ao Congresso Republicano de Aveiro e mais tarde, meses depois, numa tese aprovada, por unanimidade, no Congresso Nacional dos Advogados.»

O mesmo Deputado constituinte viria a concluir, depois de fazer um resumo da origem e da função do *Ombudsman*, que,

«fácil é, portanto, entender a relevância desta saudável instituição, que nada tem de agressiva ou sequer perturbadora do equilíbrio da função dos poderes, pois é mais uma prevenção do que uma intervenção. A tendência humana para a negligência ou para a prevaricação encontra nela uma barreira difícil de transpor e basta a sua existência para que a Administração se rodeie de todas as cautelas no exercício das suas funções»⁴.

Salientando igualmente a importância da figura do Provedor de Justiça, veja-se a declaração do então Deputado constituinte Freitas do Amaral, quando refere ser a figura do Provedor de Justiça, «património adquirido em todos os países da Europa Ocidental», referindo igualmente ser necessário criar um sistema de protecção dos particulares não apenas contra comportamentos ilegais da Administração mas «que possa defender os cidadãos contra com-

tribunais competentes os actos civil ou criminalmente ilícitos que averiguar». Estabelecia-se ainda que, «o Defensor do Cidadão apresentará anualmente à Assembleia e por intermédio do Presidente desta, ao Governo um relatório discriminado das reclamações e queixas recebidas, das diligências feitas e dos resultados obtidos.» Finalmente, determinava-se que, «haverá na Assembleia Legislativa uma Comissão do Defensor do Cidadão incumbida de averiguar da eficácia das decisões ou recomendações do Defensor do Cidadão junto das autoridades por ele mencionadas ou postas em causa.»

⁴ *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 37, 27 de Agosto de 1975, pág. 1006.

portamentos que, não sendo necessariamente ilegais da Administração Pública, são, todavia, fonte de injustiça, de arbítrio ou de imoralidade»⁵.

O Provedor de Justiça é, assim, desde a sua criação, constitucionalmente, um órgão do Estado colocado ao serviço dos cidadãos «contra» as injustiças criadas pela actuação dos poderes públicos, tendo por missão tentar, sem poder decisório, evitar que sejam praticadas injustiças ou, pelo menos, levar a que sejam reparadas as injustiças cometidas, por qualquer forma, por qualquer poder público.

Assim, se por um lado o Provedor de Justiça se relaciona com os cidadãos, com quaisquer cidadãos, por outro lado terá de se relacionar com os poderes públicos, com quaisquer poderes públicos, convencendo-os, pela força das suas recomendações, a evitar a prática de injustiças (conceito bem mais amplo do que o de ilegalidade) ou a promover a sua reparação, caso estas já tenham sido cometidas.

Ora, tendo em consideração, não só o facto de o Provedor de Justiça se poder dirigir, para o exercício das suas funções, a qualquer poder público, como também o facto de o sucesso da sua actuação depender sempre da actuação desse mesmo poder público, torna-se absolutamente necessário que o Provedor de Justiça seja independente perante todos os poderes públicos, algo que foi, de resto, expressamente previsto na Constituição, a partir da revisão constitucional de 1989, tendo o n.º 3 do art. 23.º passado a afirmar que, «o Provedor de Justiça é um órgão independente (...)»⁶

Aqui chegados, e em abstracto, poderia dizer-se que a sua independência (e assim a eficácia da sua actuação) poderia objectivamente ser posta em causa, (i) seja pelo facto de o Provedor de Justiça ser designado pela Assembleia da República, (ii) seja pelo facto de o Provedor de Justiça pertencer ao Conselho de Estado, que é o órgão político de consulta do Presidente da República.

Em relação ao primeiro caso, importa dizer, no entanto, que, nos termos da alínea h) do art. 163.º da Constituição, o Provedor de Justiça, tal como outros titulares de órgãos cuja independência se deseja acentuar, como sejam os juízes do Tribunal Constitucional, é eleito

⁵ *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 37, 27 de Agosto de 1975, pág. 1009.

⁶ A consagração constitucional da independência do Provedor de Justiça teve na sua origem uma proposta do PS, tendo o Deputado Almeida Santos, *Diário da Assembleia da República*, 22 de Abril de 1988, pág. 174, defendido a referida proposta dizendo simplesmente o seguinte: «É evidente que nos pareceu que enriqueceria a figura do Provedor de Justiça a afirmação constitucional da sua independência.»

por uma maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções.

Assim, através desta eleição por maioria qualificada impõe-se a escolha de uma personalidade que permita obter um consenso alargado no Parlamento, sendo necessário, em regra, obter o voto favorável de Deputados de dois ou três partidos políticos diferentes, o que impedirá a escolha de alguém que esteja muito próximo da maioria parlamentar ou, pelo contrário, de alguém que, gerando o apoio dos diversos partidos da oposição, possa assumir o cargo apostado em fazer oposição política à maioria parlamentar ou ao Governo.

Por outro lado, sendo que a actuação do Provedor de Justiça incidirá, naturalmente, na maioria das vezes, sobre actos da responsabilidade directa ou indirecta do Governo/Administração, parece ser claramente preferível a sua eleição por parte da Assembleia da República⁷, através de uma maioria muito qualificada, do que a sua designação por parte do Governo ou até do Presidente da República, implicando a eleição pelo Parlamento, não somente um maior consenso e transparência, como evitando que o Provedor de Justiça se pudesse transformar num emissário do Presidente da República destinado a criticar o Governo.

Em relação ao segundo caso, ou seja, em relação à integração do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, importa, antes de mais, analisar melhor a natureza e a função do Conselho de Estado, para então se poder concluir se a presença do Provedor de Justiça nesse órgão de consulta, mas também de condicionamento de alguns dos poderes do Presidente, podendo ser considerada uma honra e um sinal de distinção, não poderá também trazer, como reverso da medalha, uma diminuição da independência do Provedor de Justiça face ao Presidente e até (quando tiver de se pronunciar sobre a continuidade ou não desses órgãos) face ao Parlamento e ao Governo.

Com efeito, do art. 141.º da Constituição pode ler-se que, «o Conselho de Estado é o órgão político de consulta do Presidente da República», devendo pronunciar-se, nos termos do art. 145.º, entre outras matérias, sobre a dissolução da Assembleia da República e sobre a demissão do Governo.

Ora, não sendo o Provedor de Justiça um órgão político, e tendo, no decurso da sua actividade, de dirigir recomendações, seja ao Parlamento, seja ao Governo, solicitando a estes órgãos a reparação de injustiças que tenha detectado, importa ponderar sobre as vantagens e as desvantagens da presença do Provedor de Justiça num órgão político de aconselhamento

⁷ Seria, no entanto, preferível que o mandato não fosse renovável, de modo a acentuar a sua independência objectiva, como de resto acontece, por exemplo, com os juizes do Tribunal Constitucional. Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2007, pág. 444.

do Presidente da República, onde terá de se pronunciar, designadamente, sobre a apreciação política que faz dos referidos órgãos (Parlamento e Governo).

Para responder a esta questão, importa então analisar, ainda que sucintamente, a génese do Conselho de Estado, usando, mais uma vez, como material bibliográfico, os projectos e os debates parlamentares, desta vez da revisão constitucional de 1982, momento em que foi criado, no âmbito da Constituição de 1976, o Conselho de Estado, em moldes que ainda hoje vigoram.

III – O Conselho de Estado, tendo grandes tradições na história constitucional portuguesa⁸, é, tal como se encontra hoje consagrado na Constituição, uma criação da revisão constitucional de 1982. Com efeito, com a extinção anunciada do Conselho da Revolução, era preciso distribuir os diversos poderes que este órgão congregava, por outros órgãos constitucionais, já existentes ou a criar.

Foi assim que, quanto aos poderes de consulta do Presidente da República que eram desempenhados pelo Conselho da Revolução, à falta de qualquer órgão constitucional que pudesse «herdar» esses mesmos poderes, se optou por criar aquele que viria a ser apelidado (não sem prévia e longa discussão) de Conselho de Estado.

Com efeito, não só pelo facto de existir a tradição de existência de um órgão colegial de consulta dos chefes de Estado, como pelo facto da opção global da revisão constitucional de 1982 caminhar (tendo em conta a conjuntura política) no sentido da limitação dos poderes presidenciais, também aqui se chegou rapidamente a um consenso quanto à circunstância de o

⁸ Veja-se um breve resumo das origens históricas do Conselho de Estado, entre nós, em *Diário da Assembleia da República*, 16 de Julho de 1982, pág. 4991. De acordo com o Deputado António Taborda, «sob a forma já institucionalizada, sabe-se que no reinado de D. Sebastião foi feito um primeiro regimento, por alvará de 8 de Setembro de 1569. A Constituição de 1822 manteve-o, mas deu-lhe um carácter de quase embrião de segunda Câmara e foi a Carta Constitucional que, no seu art. 107.º, constituiu “um Conselho de Estado, composto de conselheiros vitalícios, nomeados pelo Rei, para ser ouvido em todos os negócios graves e medidas gerais da pública Administração”. A Constituição de 1911 não previa originariamente este órgão mas o Congresso em 1919, acabou por criar o Conselho Parlamentar com a função estrita de aconselhar o Presidente da República sobre a dissolução das Câmaras. A Constituição de 1933 manteve o Conselho de Estado, constituído por 5 membros natos e 10 membros vitalícios nomeados pelo Presidente da República.» Na doutrina, veja-se, Jorge Miranda, «Conselho de Estado, 1970», e, posteriormente, «Conselho de Estado», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º sup., 1998, pág. 75 e segs.. Com um bom resumo do Conselho de Estado na História portuguesa, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed. tomo I, 1973, pág. 285 e segs. e Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 3.ª ed. vol. I, 2006, pág. 289 e segs.

Presidente da República dever continuar a ser aconselhado, mas também condicionado, sobretudo quando estivessem em causa decisões de grande relevância política e institucional.

Na verdade, da leitura dos projectos de revisão constitucional da Aliança Democrática (AD)⁹ e da Frente Republicana Socialista (FRS)¹⁰, bem como dos debates da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, verifica-se a existência de um consenso quanto à existência do referido órgão, bem como quanto às funções essenciais que o mesmo deveria desempenhar¹¹.

Ainda antes de se analisarem as diferenças entre o projecto de revisão constitucional da AD e o da FRS, importa referir que foi o CDS que, logo no seu projecto de Constituição, previa – *avant la lettre* – a existência de um Conselho de Estado, em moldes que viriam depois genericamente a ser acolhidos pela AD e pela FRS, na revisão constitucional de 1982.

Assim, no projecto de Constituição apresentado pelo CDS, previa-se, no art. 72.º (inserido sistematicamente no título destinado ao Presidente da República), que,

«junto do Presidente da República, e sob a sua presidência, funciona o Conselho de Estado, com a composição seguinte: a) O Presidente da Assembleia Legislativa; b) O Primeiro-Ministro; c) O Presidente do Tribunal Constitucional; d) Um delegado de cada partido político representado na Assembleia Legislativa; e) cinco individualidades de reconhecido mérito.»¹²

De acordo com o art. 73.º do mesmo projecto, competia ao Conselho de Estado, (i) assistir ao Presidente da República sempre que este tivesse de exercer algumas das suas competências (convocar extraordinariamente a Assembleia Legislativa, dissolver a Assembleia Legislativa, nomear ou exonerar o Primeiro-Ministro ou indultar e comutar penas), (ii) contribuir para a cooperação e bom entendimento entre os partidos políticos representados na Assembleia Legislativa e (iii) pronunciar-se em todos os momentos de crise constitucional e, de um modo geral, sempre que o Presidente da República o julgasse conveniente.

⁹ Coligação entre o PPD, o CDS e o PPM.

¹⁰ Coligação entre o PS, a ASDI e a UEDS.

¹¹ Para um comentário global ao sentido e conteúdo das diversas normas constitucionais relativas ao Conselho de Estado, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, 2006, pág. 421 e segs. e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. 1993, pág. 609 e segs.

¹² As cinco individualidades de reconhecido mérito eram nomeadas por livre escolha do Presidente da República, nos termos do n.º 2 do art. 72.º do projecto de Constituição.

Verifica-se, assim, que se previa então para o Conselho de Estado, genericamente, o mesmo tipo de competências que hoje em dia lhe estão atribuídas, não estando prevista, porém, à data, a presença do Defensor do Cidadão no referido Conselho de Estado.

Refira-se que, também no projecto de Constituição do PS se previa, no art. 69.º, a figura de um órgão semelhante a um Conselho de Estado. Assim, estabelecia-se que,

«junto do Presidente da República funcionará o Conselho de Defesa das Liberdades e de Garantia Constitucional, presidido pelo Presidente da República e constituído por oito vogais, dos quais quatro serão designados pelo Conselho da Revolução e quatro pela Assembleia Legislativa Popular».

De acordo com o previsto no art. 70.º, competiria ao referido Conselho,

«a) dar conselho ao Presidente da República em todos os assuntos em que este lho solicitar; b) dar parecer sobre o pedido de dissolução da Assembleia Legislativa Popular, solicitado pelo Presidente da República; c) dar parecer, segundo lei a publicar, sobre a constitucionalidade de qualquer projecto de lei ou decreto-lei a publicar.»

Não obstante estes antecedentes, foi apenas em 1982, com a extinção do Conselho da Revolução, que a criação de um órgão de consulta do Presidente da República se tornou mais premente.

Assim, no projecto de revisão constitucional apresentado pela AD, previa-se, no art. 143.º, que, «junto do Presidente da República, como seu órgão consultivo, funciona o Conselho de Estado.»

Quanto à composição deste órgão, previa-se que,

«compõem o Conselho de Estado: a) o Presidente da Assembleia da República; b) o Primeiro-Ministro; c) os Presidentes do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Militar; d) o Provedor de Justiça e o Procurador-Geral da República; e) os Presidentes dos Governos Regionais das Regiões Autónomas; f) cinco Deputados designados pelos cinco maiores partidos representados na Assembleia da República.»

Diferentemente, no projecto de revisão constitucional da FRS, previa-se, no art. 141.º, que, «o Conselho da República é o órgão político de consulta do Presidente da República.» Quanto à sua composição, estabelecia-se que,

«o Conselho da República é presidido pelo Presidente da República e composto pelos seguintes membros: a) o Presidente da Assembleia da República; b) o Primeiro-Ministro; c) o Presidente do Tribunal Constitucional; d) o Provedor de Justiça; e) o Presidente do Conselho Nacional do Plano; f) os Presidentes das Assembleias Regionais das Regiões Autónomas; g) o Presidente da Assembleia Constituinte e os antigos Presidentes da República eleitos na vigência da Constituição; h) cinco cidadãos de reconhecido mérito designados pelo Presidente da República pelo período correspondente à duração do seu mandato; i) cinco cidadãos de reconhecido mérito eleitos pela Assembleia da República, pelo período correspondente à duração da legislatura.»

Da comparação entre ambos os projectos ressalta uma identidade genérica relativamente a quem deveria pertencer ao Conselho de Estado, bem como relativamente às competências do mesmo, o que levou a que o debate parlamentar se tenha acabado por centrar em aspectos de menor importância, como seja, por exemplo, a denominação do órgão (tendo sido mantida em aberto, até à última hora, a opção entre *Conselho de Estado* ou *Conselho da República*)^{13 14}.

Para além da questão da denominação, os maiores debates centraram-se em torno da presença do Presidente do Supremo Tribunal Militar e da opção sobre quais os representantes das Regiões Autónomas que deveriam ter assento no Conselho de Estado (presidentes dos governos ou das assembleias regionais), bem como em torno da questão de saber se os pareceres do Conselho de Estado deveriam ser publicados e sendo-o se deveriam ser publicados antes ou depois da decisão do Presidente¹⁵.

¹³ Em defesa da designação *Conselho da República* bateu-se sobretudo Jorge Miranda (ASDI) e em defesa da designação *Conselho de Estado* bateu-se sobretudo Sousa Tavares (PSD). Podem ver-se os argumentos para cada lado em *Diário da Assembleia da República*, 6 de Janeiro de 1982, pág. 12 e segs. Jorge Miranda considerava que o nome Conselho de Estado, apesar de ter tradição na história constitucional portuguesa, estava associado ao Conselho de Estado da Constituição de 1933, enquanto Sousa Tavares considerava que deveria ser mantida a designação precisamente atenta a sua tradição, em detrimento de uma designação nova sem qualquer tradição entre nós. A discussão voltaria a repetir-se em *Diário da Assembleia da República*, 15 de Julho de 1982, pág. 4983 e segs.

¹⁴ Mário Raposo, *Diário da Assembleia da República*, 29 de Julho de 1982, pág. 5513, em declaração de voto, viria a referir que a discussão em torno do nome do órgão de consulta «ingressou em pleno no mundo das querelas bizantinas.»

¹⁵ A questão prendia-se com o facto de se julgar que a publicação dos Pareceres previamente à decisão do Presidente poderia ser (nos casos em que o sentido do Parecer e da decisão não coincidissem) uma forma de criar maiores dificuldades à aceitação social da decisão do Presidente. Como solução de compromisso acabou por se estabelecer, tal como ainda hoje se prevê no art. 146.º da Constituição, que os Pareceres são tornados públicos simultaneamente com a decisão do Presidente.

A presença do Provedor de Justiça no Conselho de Estado não foi assim considerada problemática, nem tão pouco objecto de discussão, desde logo por constar dos projectos da AD e da FRS ¹⁶. Assim, em momento algum se levantou a questão da eventual perda objectiva de independência do Provedor de Justiça pelo facto de pertencer ao Conselho de Estado, tendo sido reafirmado que a sua presença era, aliás, a confirmação de que o Conselho de Estado não estava alinhado com a maioria parlamentar, já que o Provedor de Justiça passou, nessa mesma revisão constitucional, a ter de ser eleito por uma maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, o que garantia a sua independência e evitava o seu alinhamento com a maioria parlamentar.

Quanto à composição do Conselho de Estado, chegou-se, de resto, logo no início dos debates, a um acordo de princípio, obtido na subcomissão competente, no sentido de que, «o PS não faria questão de manter a referência ao presidente do Conselho Nacional do Plano, e mostrou uma certa abertura à inclusão do Supremo Tribunal Militar. A AD deixaria cair a referência à inclusão do Procurador-Geral da República ¹⁷.»

Quanto à inclusão no Conselho de Estado de representantes do poder judicial, não obstante tenha sido inicialmente equacionada, pelo Deputado Sousa Tavares, referindo-se à inclusão do presidente do Supremo Tribunal Administrativo (STA), juntamente com o presidente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), do presidente do Tribunal Constitucional (TC) e do presidente do Supremo Tribunal Militar (STM), acabaria por ser abandonada pelo próprio, ao afirmar que essa inclusão levaria a uma «multiplicação de membros», tendo acabado por defender apenas a inclusão do presidente do STJ e do TC ¹⁸, no que seria secundado pelo

¹⁶ O próprio MDP/CDE viria a mudar a sua posição quanto a esta questão. Assim, em *Diário da Assembleia da República*, 6 de Janeiro de 1982, referia que, «este Conselho da República não deve ser, na sua composição, um reflexo dos outros órgãos de soberania, nem deve entrelaçar dentro dele órgãos de soberania. (...) Por isso não temos na sua composição, por exemplo, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, nem o Provedor de Justiça.» Mais tarde, porém, haveria de propor a inclusão do Provedor de Justiça no referido Conselho de Estado. Assim, em *Diário da Assembleia da República*, 16 de Julho de 1982, pág. 4991 acaba por defender a presença do Provedor de Justiça, incluindo-o num grupo de «3 personalidades, vindas, todas elas, da área jurídica, isto é, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o Provedor de Justiça e o Presidente do Tribunal Constitucional.»

¹⁷ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 15.

¹⁸ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 16. Sousa Tavares, mais adiante (pág. 17) ainda referirá que talvez se devesse chegar à conclusão de inserir no Conselho de Estado apenas o presidente do Tribunal Constitucional e mais nenhum presidente de Tribunais Superiores.

Deputado Nunes de Almeida (PS), ao afirmar que, «não faz sentido que este órgão seja um órgão cheio de juízes.»¹⁹

Seria, de resto o Deputado Nunes de Almeida quem, após um primeiro debate em que foi visível a ausência de ideias fixas sobre quem deveria integrar, por inerência, o Conselho de Estado, viria a apresentar uma proposta-resumo quanto à composição deste órgão que, no fundo, acabou por balizar a discussão daí em diante.

Assim, o referido Deputado propunha

«que assentássemos para já, numa composição deste órgão que incluísse o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, 2 elementos das regiões autónomas (já lá iríamos depois), 5 membros designados pelo Presidente da República e cinco eleitos pela Assembleia da República, segundo o sistema proporcional. Penso que, para um órgão deste tipo, diminuí o seu estatuto se fossem os partidos directamente a fazer a indicação. Estes elementos devem ser eleitos pela Assembleia da República: e é por serem eleitos e por sufrágio proporcional por que se quer dar representação aos diversos partidos que entendemos que devem ser 5. 5 e não 4 porque de acordo com o sistema proporcional se forem 4 não se assegura a representação aos 4 maiores partidos. Se forem 5 essa representação fica assegurada, razão pela qual nós entendemos que devem ser 5.»²⁰

Diferentemente, quanto aos objectivos do Conselho de Estado, que, naturalmente, condicionam quem devem ser os membros do referido conselho, foi Jorge Miranda quem marcou a discussão, ao fixar os seguintes objectivos, que não viriam a ser contraditados:

«Em primeiro lugar, um objectivo que chamaria de proveniência plural. Quer dizer: o Conselho da República ou o Conselho de Estado deve ter uma composição que atenda às diferentes origens dos seus membros, de tal sorte que, por um lado, haja uma possibilidade de representação existencial ou representação institucional de vários sectores da sociedade portuguesa e de várias entidades públicas

¹⁹ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 17. Para o referido Deputado Nunes de Almeida, «é delicado excluir uns e pôr outros. Suponho que, nesta matéria, o presidente do Tribunal Constitucional é aquele que tem que cá estar necessariamente. Os outros parecem-me desnecessários.» Jorge Miranda haveria de considerar (pág. 19) que, «a presença de presidentes destes supremos tribunais (STJ e STA) não se justifica, uma vez que o Conselho de Estado ou da República será um órgão de consulta política, sem intervenção no domínio jurisdicional. Nem se invoque o paralelo com o presidente do Tribunal Constitucional. Aí trata-se de um órgão com uma específica função na avaliação jurídica do político.»

²⁰ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 18.

dentro da comunidade política portuguesa e de tal sorte, por outro lado, que se evite que uma determinada composição favoreça ou não, em determinado momento, determinada força política.

Em segundo lugar, e como corolário deste objectivo ou deste princípio, o Conselho de Estado ou o Conselho da República deve ser entendido como uma instância de integração. A função política directa do Conselho de Estado ou da República, é uma função de consulta do Presidente da República, mas, para além disso, e tendo em conta o estado da democracia portuguesa, o Conselho de Estado ou o Conselho da República deve proporcionar uma possibilidade de integração, de coexistência, de solidariedade entre os vários órgãos e as várias instituições portuguesas.

Em terceiro lugar, o Conselho de Estado ou da República deve ser constituído de tal maneira que seja operacional, que possa reunir-se rapidamente, que possa estar constantemente predisposto para atender às consultas que o Presidente da República lhe venha a formular.»²¹

Especificamente quanto à presença do Provedor de Justiça, que, como se viu, foi objecto de enorme consenso parlamentar, a única voz contra que (inicialmente) se levantou foi a do Deputado Monteiro Taborda (MDP/CDE), tendo o mesmo considerado que a presença do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro e do Provedor de Justiça desequilibrariam o órgão a favor da maioria parlamentar²².

Em resposta, Jorge Miranda refere-se ao Provedor de Justiça, deixando claro que,

«a nossa proposta de inclusão do Provedor de Justiça no Conselho de Estado ou da República está dependente da aprovação de uma outra nossa proposta, no sentido de o Provedor de Justiça ser eleito, por maioria de dois terços, pela Assembleia da República. Somente na pressuposição de que assim será é que preconizamos que o Provedor de Justiça faça parte do Conselho de Estado ou do Conselho da República.»²³

Ainda relativamente à presença do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, refere o Deputado José Luís Nunes (FRS), numa espécie de balanço explicativo da presença no referido Conselho das diversas personalidades previstas, que, «o Provedor de Justiça é um homem que dá conselhos à Administração, dizendo como é que as coisas vão mal e como é que devem ir bem. Portanto é natural que o Presidente da República conte com a opinião do Provedor de Justiça.»²⁴

²¹ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 18 e segs.

²² *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 23.

²³ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 25.

²⁴ *Diário da Assembleia da República* de 6 de Janeiro de 1982, pág. 28.

Da leitura dos debates parlamentares relativos à composição do Conselho de Estado resalta a ideia de que este órgão, sendo um órgão político, não tinha forçosamente de ser composto apenas por políticos, nem de ser uma espécie de mini-câmara representativa das diversas Instituições e poderes constitucionais, o que se torna claro pela ausência de representantes do poder judicial ou do poder local, por exemplo.

Assim, no final, o que parece ter presidido à decisão de incluir o Provedor de Justiça no elenco de membros por inerência do Conselho de Estado terá sido, por um lado, o reconhecimento da importância do referido órgão no contexto da Constituição e, por outro, a percepção de que o Provedor de Justiça deverá ter, a cada momento, por virtude das suas funções, um conhecimento muito profundo do funcionamento do poder legislativo e do poder executivo, na perspectiva da prevenção e da reparação de injustiças face aos cidadãos, não sendo por isso mesmo dispensável o conselho (independente) que poderá dar ao Presidente da República ²⁵.

A verdade é que, mais do que representantes de órgãos, o Conselho de Estado é composto de personalidades relevantes da sociedade portuguesa, que, tirando porventura o caso do Primeiro-Ministro e dos presidentes dos Governos Regionais, que representarão os respectivos Governos, não representam sequer os órgãos colegiais a que presidem. Assim, o Presidente da Assembleia da República não representa a Assembleia da República, como o Presidente do Tribunal Constitucional não representa o respectivo Tribunal, o mesmo se podendo dizer dos representantes eleitos pela Assembleia da República, que não representam os partidos políticos, nem o Parlamento, não sendo forçoso que sejam Deputados, nem membros dos partidos políticos que os elegeram, já para não falar dos membros designados pelo Presidente da República, que poderão estar ou não ligados à vida política.

IV – Se a inclusão do Provedor de Justiça como membro do Conselho de Estado foi pacífica na sua génese, tendo sido consensualmente considerado que seriam úteis ao Presidente da República os conselhos e recomendações de quem tem como ocupação profissional dar conselhos e recomendações, já a sua manutenção no Conselho de Estado não tem sido isenta de reparos, tendo já sido discutida (ainda que de modo não completamente ponderado) em duas revisões constitucionais (1989 e 1997) a sua saída do elenco de membros que compõem o referido Conselho.

²⁵ Recorde-se que o Provedor de Justiça não depende do Presidente da República para a sua nomeação, não podendo igualmente ser destituído pelo Presidente, o que reforça naturalmente a sua independência objetiva no momento de emitir a sua opinião no Conselho de Estado. O mesmo não se poderá dizer, por exemplo, do Procurador-Geral da República, pelo facto de o respectivo titular ser, nos termos da alínea m) do art. 133.º da Constituição, nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo.

Com efeito, na revisão constitucional de 1989, o CDS propôs, durante os debates, (a proposta não se encontrava prevista no projecto de revisão constitucional daquele partido) a eliminação do Provedor de Justiça da composição do Conselho de Estado ²⁶, o que mereceu a oposição do então Deputado Rui Machete, à data presidente da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (CERC).

Assim, para Rui Machete,

«no que diz respeito ao Provedor de Justiça, não creio que se justifique a eliminação, muito embora, se a Constituição tivesse sido escrita de raiz tenha algumas dúvidas que se justificasse a inclusão, visto que as funções e a natureza do cargo não o vocacionaram para uma função claramente política como é a do Conselho de Estado, mas enfim também não me parece uma questão essencial. Mas neste momento está lá e isso teria um significado relativamente menos agradável, o que poderia repercutir-se no prestígio do cargo (...)» ²⁷

Posteriormente, na revisão constitucional de 1997, voltaria a questão da permanência do Provedor de Justiça no Conselho de Estado a ser questionada, sem, no entanto, ter sido concretizada. Assim, no projecto de revisão constitucional apresentado por Cláudio Monteiro, Manuel Jorge Goes e Maria do Rosário Carneiro (independentes eleitos pelo PS) ²⁸ propunha-se a inclusão no Conselho de Estado do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, bem como do Procurador-Geral da República.

Para o então Deputado Cláudio Monteiro ²⁹,

«sendo os tribunais órgãos de soberania e estando todos os demais órgãos de soberania representados, duplamente nalguns casos, no Conselho de Estado, pareceu-me razoável que também nele tivessem assento os presidentes dos dois tribunais superiores. (...) Por outro lado, o Procurador-Geral

²⁶ Não existe qualquer explicação para esse facto, como se verifica em *Diário da Assembleia da República* de 3 de Outubro de 1988, pág. 1247. Também o Deputado Sottomayor Cardia haveria de sugerir, sem chegar a fazer uma proposta formal nesse sentido, a possibilidade de o Provedor de Justiça e o Presidente do Tribunal Constitucional não terem direito de voto no Conselho de Estado, tendo em conta o facto de não serem políticos e este órgão ser um órgão de consulta política. Neste sentido, veja-se *Diário da Assembleia da República* de 3 de Outubro de 1988, pág. 1251. A proposta do CDS haveria de ser rejeitada (sem chegar a ser defendida por ninguém) com os votos contra do PSD, PS, PCP e ID.

²⁷ *Diário da Assembleia da República* de 3 de Outubro de 1988, pág. 1247.

²⁸ Projecto de revisão constitucional n.º 8/VII, *Diário da Assembleia da República* II série A, n.º 27/VII/1 suplemento 1996.03.07, pág. 484-73 e segs.

²⁹ *Diário da Assembleia da República* de 19 de Outubro de 1996, pág. 1256.

da República, pelas funções que desempenha, assume um papel de relevância especial numa série de matérias, que podem inclusive ser objecto de apreciação pelo Conselho de Estado por isso, à semelhança do que já acontece com o Provedor de Justiça, parece-me razoável que ele também tenha assento no Conselho de Estado.»³⁰

A propósito da proposta de Cláudio Monteiro (que mantinha o Provedor de Justiça como membro do Conselho de Estado), o Deputado Marques Guedes (PSD) viria a criticar a inclusão de representantes do poder judicial no Conselho de Estado, atendendo à sua natureza política.

Assim, para Marques Guedes, diferentemente,

«a presença do Presidente do Tribunal Constitucional neste órgão é encarada pelo PSD numa perspectiva adequada, que é uma perspectiva que foge à lógica política. Se analisarmos as competências do Conselho de Estado, facilmente verificamos que o Presidente da República utiliza este órgão político de sua consulta para decisões que têm a ver, muitas das vezes e em muitos casos, com questões essenciais do próprio sistema normal de funcionamento do Estado, onde nos parece perfeitamente conveniente e até aconselhável que haja a participação do presidente do Tribunal Constitucional, dentro das funções que lhe cabem no contexto da nossa Constituição e da nossa ordem jurídica, enquanto zelador e também, de algum modo, guardião da correcta utilização de determinados tipos de mecanismos, nomeadamente os mecanismos de natureza excepcional, a que o Presidente da República pode pretender deitar mão e para os quais precisa de ouvir previamente o Conselho de Estado (...).»

No seguimento destas considerações, veio o referido Deputado afirmar que, relativamente ao Provedor de Justiça, (cuja permanência no cargo não estava em causa)

«o PSD ponderou e foi uma questão bastante discutida nos trabalhos preparatórios da elaboração desse projecto, a retirada do Provedor de Justiça, exactamente pela mesma ordem de razões que, com toda a abertura, aqui explicito para manifestar a oposição do PSD à lógica de acrescento dos presidentes do STJ e do STA, bem como do Procurador-Geral da República (...).»³¹

Assim, para o PSD (que não havia proposto a exclusão do Provedor de Justiça do Conselho de Estado no seu projecto de revisão),

³⁰ A proposta de Cláudio Monteiro (eleito pelo PS) foi criticada por José Magalhães (PS), considerando que a lógica originária que presidiu à criação do Conselho de Estado, «não é a de que ele constitua uma espécie de espelho integral da orgânica da República e de cada um dos seus poderes.»

³¹ *Diário da Assembleia da República* de 19 de Outubro de 1996, pág. 1257.

«no que se refere ao caso do Provedor de Justiça e não sendo ele o titular de um órgão jurisdicional propriamente dito, também não entendemos bem como é que ele se encaixa nesta lógica ou pode questionar-se como é que ele encaixa nesta lógica de órgão estritamente político, embora sabendo-se claramente que aqui existe uma diferença qualitativa significativa relativamente a órgãos jurisdicionais puros. O Provedor de Justiça tem uma natureza diversa, que a própria Constituição também define e é por essa diferença que o PSD optou por não fazer qualquer proposta (...). Pessoalmente, confesso, inclinar-me-ia mais para considerar que, na pureza da qualificação de órgão político de consulta do Presidente da República que o Conselho de Estado assume, não vejo bem a lógica da participação do Provedor de Justiça.»³²

Ainda nessa mesma revisão constitucional se voltaria ao tema da manutenção do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, tendo em conta a proposta de *recomposição global* do Conselho de Estado apresentada por Mota Amaral. Assim, é o próprio Mota Amaral quem reconhece que a proposta que apresenta, «tem alguns dados que parecem chocantes, relativamente à praxe actualmente existente, mas estamos numa fase de reconsideração das nossas instituições e podemos, com certeza, trabalhar no seu aperfeiçoamento.»³³

Neste contexto, o Deputado Mota Amaral, propunha que o Conselho de Estado deveria passar a ser composto pelo Presidente da Assembleia da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça³⁴, pelos Presidentes dos Governos das Regiões Autónomas, por cidadãos nomeados pelo Presidente da República, pelos Presidentes dos quatro maiores partidos políticos parlamentares, pelos antigos Presidentes da Assembleia da República, que tivessem exercido o cargo por um mandato completo, e pelos antigos Primeiros-Ministros e antigos Presidentes de Governos Regionais que tivessem exercido o cargo por duas legislaturas completas³⁵.

A proposta de Mota Amaral viria a merecer críticas do PS, tendo José Magalhães referido que esta pressupunha uma outra filosofia sobre as atribuições e competências do Conselho

³² *Diário da Assembleia da República* de 19 de Outubro de 1996, pág. 1257. Marques Guedes, em *Diário da Assembleia da República* de 19 de Outubro de 1996, pág. 1266 haveria de perguntar pela sensibilidade do PS relativamente à sua sugestão de se ponderar a retirada do Provedor de Justiça do Conselho de Estado, tendo José Magalhães respondido que não tinha sido fornecida uma razão consistente para se ponderar essa alteração. A questão ficou em aberto para voltar a ser apreciada em segunda leitura, o que não chegou a acontecer.

³³ *Diário da Assembleia da República* de 18 de Junho de 1997, pág. 3041.

³⁴ Mota Amaral propunha igualmente que o Presidente do STJ fosse por inerência Presidente do TC.

³⁵ *Diário da Assembleia da República* de 19 de Outubro de 1996, pág. 3041. Da análise da proposta de Mota Amaral verifica-se que o mesmo propunha, indirectamente, a exclusão do Provedor de Justiça, porventura permitindo assim que, como afirmou, com a entrada dos novos membros propostos a dimensão do Conselho de Estado não aumentasse desmesuradamente.

de Estado, salientando que, «a rácio entre o presente e o passado, neste cenário, seria intencionalmente dominada pela presença do passado», o que não foi considerado adequado nem de apoiar. Ainda de acordo com José Magalhães, «nem as entradas nos merecem aplauso, nem as saídas, tanto do Provedor de Justiça como do Presidente do Tribunal Constitucional (...)»³⁶

Finalmente, também na doutrina se encontram vozes autorizadas sugerindo a exclusão do Provedor de Justiça do Conselho de Estado, antes defendendo uma concentração da actividade e da natureza do Provedor de Justiça naquilo que seria o seu *core business*, ou seja a protecção dos particulares contra as injustiças dos poderes públicos, *maxime* da Administração, em sentido amplo.

Assim, logo em 1989, Luís Lignau da Silveira escrevia que o Provedor de Justiça não é um órgão político, razão pela qual,

«não é sem mais indiscutível o acerto da integração do PJ no Conselho de Estado, operada pela Revisão Constitucional de 1982. Trata-se, com efeito, dum órgão de natureza política, consultivo do Presidente da República. Os PJ têm, de qualquer forma, seguido o critério, ajustado à índole própria da Instituição, de procurar exprimir no Conselho de Estado o que pensam corresponder aos interesses e opiniões das pessoas, como tais consideradas.»³⁷

Posteriormente, mais de 15 anos volvidos, também Vieira de Andrade veio considerar que, da leitura da Constituição, ressalta a figura do Provedor de Justiça «como órgão de controlo e de recomendação», sendo assim concebido como «uma instituição individual de “contra-poder” comunitário, uma espécie de “instituição de resistência” ou, quando muito uma “consciência administrativa crítica” (...)». Acontece que, segundo o mesmo autor, «outras disposições constitucionais parecem apontar para dimensões diferentes da nova figura, designadamente no sentido de constituir um órgão do poder político, que opera no equilíbrio das competências estaduais.»³⁸

Esta componente de órgão político seria-lhe transmitida, segundo Vieira de Andrade, através das

«normas que lhe conferem assento no Conselho de Estado e lhe atribuem poderes de iniciativa (nessa medida decisórios, ainda que preliminares e não definitivos) em matéria de fiscalização

³⁶ *Diário da Assembleia da República* de 17 de Junho de 1997, pág. 3041.

³⁷ Luís Lignau da Silveira, *O Provedor de Justiça*, «Portugal – O sistema político e constitucional 1974-1987», 1989, pág. 722.

³⁸ Vieira de Andrade, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos», em *O Provedor de Justiça – Estudos, Vol. Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, 2006, pág. 58.

abstracta da constitucionalidade das leis e demais normas jurídicas. De facto, o Conselho de Estado é um órgão de consulta política do Presidente da República, que, além disso, intervém obrigatoriamente quando este pretenda decretar a dissolução da Assembleia da República ou das assembleias legislativas regionais, ou a demissão do Governo – de modo que aos seus membros, e, portanto, ao Provedor, se exige uma pronúncia sobre questões fundamentais do exercício do poder político, mormente sobre as suas vicissitudes mais graves, em momentos sensíveis da vida nacional.»³⁹

Assim, Vieira de Andrade, perante esta dupla natureza do Provedor de Justiça acaba por referir que, «continuamos a considerar conveniente uma certa “despolitização” do nosso Provedor de Justiça, no contexto de uma democracia avançada, típica das sociedades europeias». Neste contexto, entende que, «seria porventura preferível que o Provedor, para além de não ser obrigado a intervir na consulta pública do Presidente, se abstivesse, por exemplo, de analisar sistematicamente as políticas públicas», assim acentuando a sua faceta de órgão de «fiscalização da actividade da Administração Pública para defesa dos direitos dos cidadãos, designadamente dos seus direitos fundamentais.»⁴⁰

Das palavras de Vieira de Andrade resulta assim a ideia de que a participação do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, sendo um direito e porventura uma honra, acaba por ser também algo que o condiciona, obrigando-o a ter de tomar posição sobre questões políticas que não se prendem directamente com a tarefa para a qual este órgão estaria mais vocacionado.

V – Aqui chegados, e tendo em consideração que qualquer modificação da composição ou das competências do Conselho de Estado implicará sempre uma revisão do texto constitucional, importa reflectir, não só sobre o significado dessa eventual revisão, em termos objectivos, mas também na «leitura» que essa revisão teria na percepção que os cidadãos e mesmo os poderes públicos fariam de uma modificação do Conselho de Estado que levasse à exclusão do Provedor de Justiça.

Com efeito, crê-se que, por mais que se explicasse a «saída» do Provedor de Justiça do Conselho de Estado com base na vontade de eliminar o carácter dualista da sua natureza (órgão político/órgão não político) e como modo de sublinhar o seu papel exclusivamente centrado

³⁹ Segundo Vieira de Andrade, «para além de aconselhamento do Presidente, a composição do Conselho de Estado mostra uma específica adequação funcional aos objectivos de condicionamento do poder presidencial e, em função das inerências, até de concertação institucional ao mais alto nível.»

⁴⁰ Vieira de Andrade, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos», em *O Provedor de Justiça – Estudos, Vol. Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, 2006, pág. 62 e 63. Note-se, relativamente à participação do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, que Vieira de Andrade, juntamente com Barbosa de Melo e Cardoso da Costa, em *Estudo e projecto de revisão constitucional*, 1981, pág. 293, não haviam proposto a inclusão do Provedor de Justiça no Conselho de Estado.

na protecção dos cidadãos face aos abusos dos poderes públicos, a verdade é que seria inevitável uma certa sensação de «despromoção» do estatuto constitucional do Provedor de Justiça, o que, *in casu*, teria uma gravidade acrescida por se estar perante um órgão cuja importância depende, em larga medida, da importância que os outros órgãos e poderes públicos lhe reconhecem.

A esta conclusão acresce o facto de, mesmo para a protecção dos cidadãos face aos «desmandos das autoridades administrativas»⁴¹ e demais poderes públicos, parecer ser útil a presença do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, aproveitando a situação única de aí se encontrarem simultaneamente presentes o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro.

Finalmente, quanto ao facto de o Provedor de Justiça ter de ter uma palavra a dizer sobre matérias de enorme melindre político, como sejam a dissolução da Assembleia da República ou a demissão do Governo, crê-se que a apreciação que o mesmo faça, tendo em conta a sua experiência enquanto Provedor de Justiça, para além de não o desviar do seu suposto *core business* (até pela excepcionalidade destas situações) pode ser muito útil ao Presidente da República, que só terá a ganhar ao ouvir personalidades independentes e com capacidade de emitir opiniões avisadas e não pré-determinadas politicamente⁴².

Com efeito, não será despiciendo para o Presidente da República o conselho do Provedor de Justiça, atendendo ao seu conhecimento, não só da actuação do Parlamento e do Governo-legislador, no que se prende por exemplo com a qualidade e a justiça das leis aprovadas ou com o empenho em eliminar omissões legislativas detectadas⁴³, como do Governo-Administração, relativamente ao funcionamento geral dos diversos órgãos e serviços administrativos, desde logo no que respeita à prevenção e à reparação de injustiças e abusos identificados⁴⁴.

⁴¹ A expressão é de Maria Lúcia Amaral, «O Provedor de Justiça e o Poder Judicial», em *O Provedor de Justiça – Estudos, Vol. Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, 2006, pág. 43.

⁴² De acordo com Menéres Pimentel, «O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, n.º 3, Dezembro 1999, pág. 1045, «ao Provedor assiste o poder de influenciar o comportamento dos restantes poderes públicos, não pela razão da autoridade, nem por qualquer prerrogativa semelhante ao privilégio de execução prévia, mas pela autoridade da razão. O distanciamento em relação aos diversos interesses públicos que movem a actuação dos outros órgãos do Poder constituem o sustentáculo deste privilégio: a autoridade da razão.»

⁴³ Sobre o poder do Provedor de Justiça relativamente à fiscalização da constitucionalidade por omissão, veja-se, especificamente a intervenção de Jorge Miranda na *Sessão Comemorativa na Assembleia da República*, 30 de Novembro de 1995 em *Provedor de Justiça, 20.º aniversário, 1975-1995*, 1996.

⁴⁴ A este propósito refere Jorge Miranda, *Sessão Comemorativa na Assembleia da República*, 30 de Novembro de 1995 em *Provedor de Justiça, 20.º aniversário, 1975-1995* que «o Provedor de Justiça configura-se primordialmente como órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídicas subjectivas dos cidadãos

É-se assim, em suma, de opinião de que a participação do Provedor de Justiça no Conselho de Estado, não só empresta ao Provedor uma dignidade, uma importância e uma visibilidade que este pode aproveitar em benefício da sua actividade principal, colocando-a ao serviço dos particulares, como é benéfica para o próprio Conselho de Estado e para o Presidente da República, fazendo com que neste Conselho não se ouçam apenas (ou predominantemente) as opiniões ou recomendações dos poderes públicos mas também as daqueles que lidam mais proximamente com os «governados» por esses mesmos poderes públicos ⁴⁵.

Questão diferente seria a de saber se se justifica, hoje em dia, a continuidade do Conselho de Estado, sobretudo como órgão de condicionamento do poder do Presidente da República. Com efeito, uma coisa é a possibilidade de o Presidente se aconselhar antes de tomar decisões, sendo naturalmente livre de convocar (até numa lógica de geometria variável, consoante os temas) as mais diversas personalidades, onde se poderão incluir, naturalmente, todas as que actualmente compõem o Conselho de Estado.

Coisa bem diversa é, no entanto, a determinação constitucional de que um órgão eleito directamente pelo povo e, como tal, com uma legitimidade democrática directa como é Presidente da República, tenha de estar condicionado, no momento de tomar algumas decisões inseridas no âmbito das suas competências, à convocação e obtenção de parecer (obrigatório ainda que não vinculativo) de um órgão que não é, no seu conjunto, responsável politicamente perante nenhum outro, nem tão pouco perante o povo.

Este seria, no entanto, tema para outro Estudo, que não este.

(...) e a sua presença no Conselho de Estado justifica-se em virtude dessa sua razão de ser, não em virtude de qualquer autónoma ou diferente função política.»

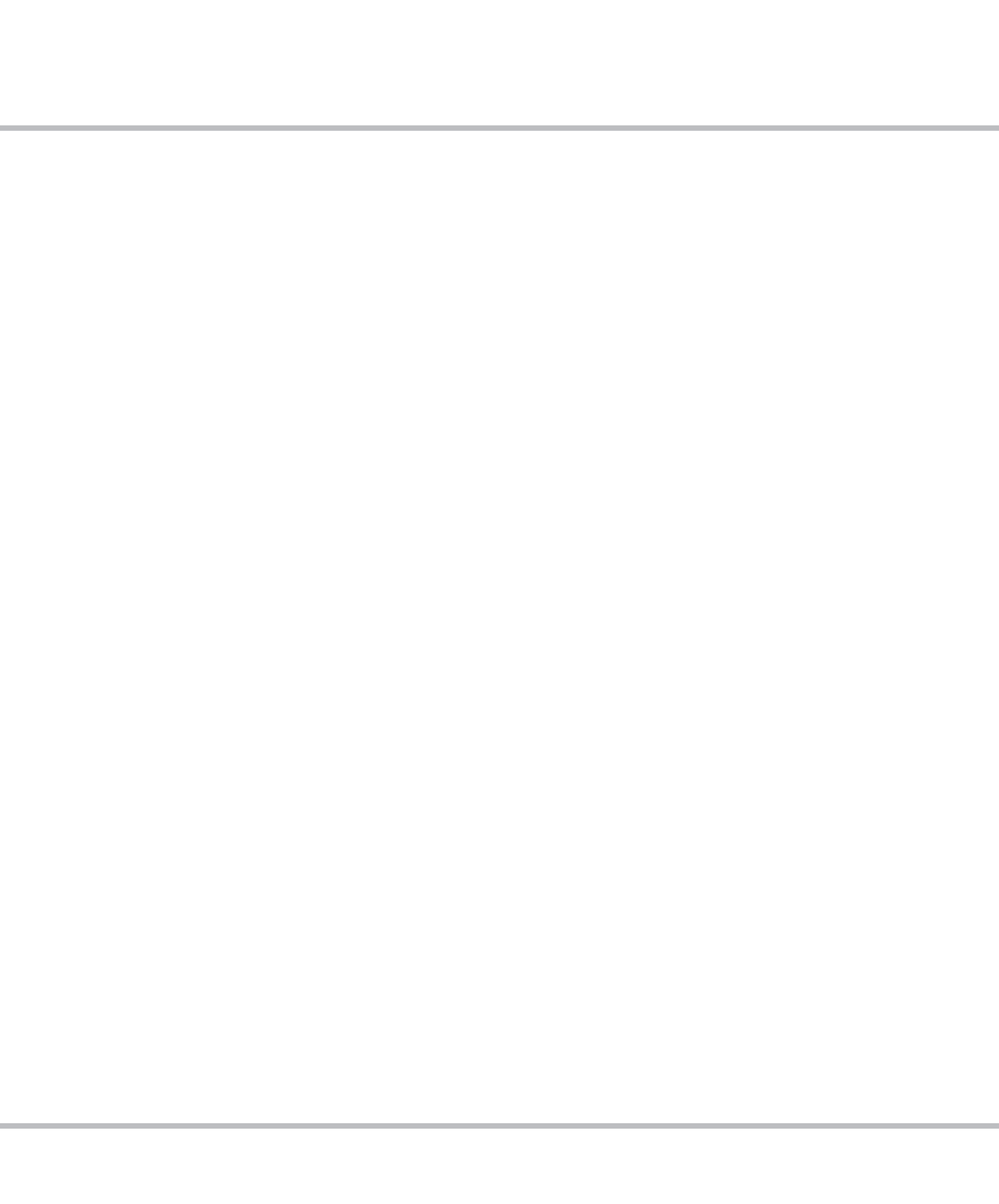
⁴⁵ Note-se que nos Pareceres obrigatórios não é divulgado quem é que votou a favor e contra, apenas se referindo se o Parecer foi aprovado por maioria ou por unanimidade. Mesmo aí, se no Parecer do Conselho de Estado n.º 1-A/97 e 1-B/97, publicados no *DR* I.ª série de 7 de Outubro de 1997 (relativamente à nomeação de novos ministros da República) ainda se indicou que tinha havido 14 votos a favor e 1 contra, já no Parecer (sem número) publicado no *DR*, I.ª série de 19 de Abril de 1991 (sobre a mesma matéria) ou no Parecer n.º 1-A/2004 (relativo à dissolução da AR), publicado no *DR*, I.ª série de 22 de Dezembro de 2004, apenas se refere que os respectivos Pareceres foram aprovados por maioria. Quanto à publicação das actas das reuniões, veja-se o Parecer de Jorge Miranda, «Sobre a publicidade das actas do Conselho de Estado», *O Direito*, ano 133.º, III, 2001, pág. 751 e segs., que porventura terá estado na base da alteração ao Regimento do Conselho de Estado n.º 1/2001, de 26 de Abril de 2001. Assim, actualmente, nos termos do n.º 4 do art. 13.º, «as actas do Conselho de Estado não podem ser consultadas nem divulgadas, durante um período de 30 anos a contar do final do mandato presidencial em que se realizaram as reuniões a que respeitam. Nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, ficam ressalvadas a consulta e divulgação das actas, no todo ou em parte, em casos excepcionais por decisão do Presidente da República.»



Carla Amado Gomes

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos

0. Do Provedor dos direitos do cidadão ao Provedor dos interesses da comunidade; 1. Conceito e natureza dos «interesses difusos»; 1.1. Os interesses difusos na Constituição e na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto; 2. Os titulares do direito de queixa ao Provedor de Justiça com vista à tutela de bens de fruição colectiva; 3. A competência funcional do Provedor de Justiça com vista à tutela de interesses difusos: em especial, os limites; 4. A actividade da Provedoria de Justiça no domínio dos interesses difusos: uma selecção de casos

Toda a actividade do Ombudsman exige tacto, tempêro, coidado nos detalhes e boa vontade¹

0. Do Provedor dos direitos do cidadão ao Provedor dos interesses da comunidade

Instituição plurifacetada, pode dizer-se que o Provedor de Justiça é um género com muitas espécies. *Defensor del Pueblo, Médiateur de la République, Parliamentary Commissioner for Administration, Difensore Civico, Valedor do Povo, Protécteur des citoyens*, a instituição *Provedor de Justiça* corresponde, no seu mínimo denominador, a uma lógica de democratização do controlo da Administração pelos seus mais directos interlocutores: os cidadãos que com ela estabelecem relações jurídicas, de prestação, de sujeição, de incentivo. Terminologias à parte, é conhecida a filiação do Provedor de Justiça no *Ombudsman* sueco criado pela Lei de 1809: a necessidade de o Parlamento se dotar de um fiscal que «vigiasse a observância das leis e dos

¹ B. CORES TRANSMONTE, «O Valedor do Povo e a internacionalização dos direitos fundamentais», in *SI*, n.ºs 211/216, 1988, pp. 54 segs., 60.

regulamentos» pelo Executivo². Qual «moderno Robin Hood»³, proliferou quer em regimes democráticos, como suplemento de voz do cidadão em face do abuso e entorpecimento administrativos⁴, quer em cenários de vazio de poder, como última instância de apelo dos mais desfavorecidos e das minorias (lembre-se o *Provedor de crise* do Kosovo, nomeado pela ONU⁵). Vítima do sucesso, a instituição do Provedor tem até sofrido uma certa descaracterização por força do aproveitamento da lógica de aproximação ao público que lhe subjaz, gerando a criação de *múltiplos* de Provedor⁶, *maxime* em empresas privadas⁷⁻⁸.

² Sobre as origens do Provedor de Justiça e a difusão do modelo sueco pela Europa e pelo mundo, vejam-se G. TREVES, «La diffusione dell’Ombudsman nel mondo», in *L’Ombudsman (Il Difensore civico). Studi di Diritto Pubblico comparato*, a cura di C. Mortati, Turim, 1974, pp. 115 segs.; F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Separata do n.º especial do BFDUC - *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979, pp. 28 segs. (a citação é da p. 29); C. GINER DE GRADO, *Los Ombudsmen europeos*, Barcelona, 1986, pp. 33 segs.; J. MENÉRES PIMENTEL, «Provedor de Justiça», in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 653 segs., 653 segs.; J. CARLOS FONSECA, «Estado de Direito democrático, direitos fundamentais e o instituto do Ombudsman. Uma introdução ao tema: “Ombudsman: quadro normativo e experiência institucional”», in *D&C*, n.º 8, 1999, pp. 109 segs., 112 segs.; G. FERRANTI, «I Difensori civici nelle esperienze europee e nel Trattato di Maastricht», in *RDE*, 1995/2, pp. 293 segs., 294 segs.

Um estudo comparativo ao nível europeu foi realizado pela Universidade de Viena, em 2006: *First results of the scientific project on the comparison of European Ombudsman-Institutions and their legal basis* (gentilmente cedido pelo Dr. André Folque).

³ F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman... cit.*, p. 28.

⁴ Uma «espécie de instituição da resistência», na expressão de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos», in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 57 segs., 58.

⁵ Cfr. A. GIL ROBLES, Intervenção no Colóquio subordinado ao tema *O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, pp. 31 segs., 35.

⁶ Como o Provedor do Ouvinte e o Provedor do Telespectador nos serviços públicos de rádio e de televisão, criados pela Lei n.º 2/2006, de 14 de Fevereiro.

⁷ Num sentido muito crítico desta multiplicação, J. MENÉRES PIMENTEL, «O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)», in *ROA*, 1999/III, pp. 1035 segs., 1057, 1058; *idem*, «A pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública», in *O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, pp. 77 segs.; e A. GIL ROBLES, «Intervenção...», *cit.*, pp. 36 segs.

J. CAUPERS, equacionando a questão, admite que poderia haver vantagens no desdobramento funcional do Provedor em vários Provedores sectoriais especializados, desde que isso não importasse em diminuição de garantias para os cidadãos. Todavia, acaba por concluir que idêntico desígnio se alcança com a dotação dos serviços da Provedoria de meios, humanos e técnicos (recorrendo, inclusive, a peritos) que apoiem o tratamento especializado das várias áreas de intervenção do Provedor — «A pluralidade do Ombudsman: vantagens e inconvenientes para a Administração Pública», in *O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, pp. 83 segs., *max* 87 segs.

Já J. L. PÉREZ FRANCESCH («El Defensor del Pueblo en España: Balance de veinticinco años de experiencia constitucional», in *REP*, n.º 128, 2005, pp. 59 segs., 86) saúda a «ombudsmania» que se vive em Espanha, com a proliferação de Provedores sectoriais e locais.

⁸ Em termos de conformidade constitucional, é mesmo vedado o despojamento, total ou parcial, do Provedor de Justiça dos seus poderes a favor de quaisquer outras entidades — cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEI-

Em Portugal, a criação de um Provedor de Justiça terá sido pela primeira vez sugerida ainda antes da Revolução de Abril de 1974, num Congresso da Oposição Democrática, em Aveiro⁹. Um diploma do período revolucionário – o DL n.º 212/75, de 21 de Abril – introduziu a instituição na nossa ordem jurídica, a qual mereceu imediato acolhimento no artigo 24.º (actual 23.º) da Constituição da República Portuguesa (=CRP)¹⁰. O primeiro Estatuto do Provedor de Justiça corporizou-se na Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro, que veio a ser revogada pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a qual constitui, actualmente, o Estatuto do Provedor de Justiça (= EPJ, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, e sujeito, no que tange ao direito de queixa por parte de militares ou agentes militarizados das Forças Armadas, à articulação com a Lei n.º 19/95, de 13 de Julho).

Em Portugal cumpre à Assembleia da República eleger, por maioria qualificada [artigos 23.º/3 e 163.º/h) da CRP], apenas *um* Provedor de Justiça (ao contrário de Estados como a Suécia, o Reino Unido ou a França, em que existem vários provedores «sectoriais»¹¹), *órgão singular*¹², *de carácter «generalista»*¹³ (diferentemente de Estados como a Alemanha, em que o *Wehrbeauftragte des Bundestages* se ocupa exclusivamente de questões relativas ao mau funcio-

ROS, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 220; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 444.

⁹ Assim informa MANUEL ALEGRE — «Palavras de boas-vindas» na Sessão inaugural do VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman, in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman - Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 35 segs., 36.

¹⁰ Sobre a introdução da figura no nosso ordenamento jurídico, v. ANA NEVES, «O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Lisboa, 2005, pp. 51 segs., 54 segs.

¹¹ Cfr. F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, cit., pp. 28 segs. V. também a notícia do debate que precedeu, em França, a criação do *Défenseur des enfants* (Lei 2000-196, de 6 de Março), entre os que preconizavam a afectação das competências de vigilância de menores em risco ao *Médiateur de la République* e os que defendiam a sua autonomização — M.-JOSÉ GUÉDON, «Le Défenseur des enfants: une nouvelle autorité indépendante», in *AJDA*, 2000/5, pp. 424 segs.

¹² A singularidade do órgão é a regra. No México, no entanto, a *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* funciona como Provedor nacional, articulando-se, ao nível dos Estados federados, com 32 entidades locais, constituindo, nas palavras de V. BULLE GOYRI, «*un verdadero sistema de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*» — «A mediação do Ombudsman nos conflitos entre a Administração e os cidadãos», in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman - Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 65 segs., 66. V. também J. CARPIZO, «*Principales diferencias entre el Ombudsman español y el mexicano*», in *Cuestiones Constitucionales*, n.º 10, 2004, pp. 3 segs., 8, 9.

¹³ Na expressão de FILIPE BAPTISTA — *O Provedor de Justiça. A actividade e o seu fundamento*, dissertação de mestrado (em dois volumes) em Ciências Jurídico-Políticas apresentada na Faculdade de Direito de Lis-

namento das Forças Armadas¹⁴). Com efeito, o Provedor de Justiça tem, nos termos da Constituição, competência para emitir recomendações dirigidas aos «poderes públicos» em virtude de «queixas por acções ou omissões destes» que lhe sejam endereçadas por particulares com vista a «prevenir e reparar injustiças» (artigo 23.º/1 da CRP).

Esta cláusula geral de controlo da «boa administração»¹⁵ – demasiado ampla, na opinião de ALVES CORREIA¹⁶ –, a que acrescem as competências em sede de fiscalização da constitucionalidade [atribuídas pelos artigos 281.º/2/d) e 283.º/1 da CRP], foi depois delimitada pela Lei n.º 81/77, nos artigos 1.º/1 e 18.º, em termos que se traduzem na atribuição ao Provedor de Justiça de competências no domínio da defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos contra actos administrativos ilegais ou injustos, e no âmbito da promoção do bom funcionamento dos serviços administrativos. A Lei n.º 9/91 manteve estas fórmulas, com duas inovações, a saber: em primeiro lugar, *o alargamento da competência subjectiva*, atribuindo ao Provedor poderes de intervenção no plano das «relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias» (artigo 2.º/2 do EPJ, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto)¹⁷; e,

boa, em 1997, inédita, p. 208. «Plurifuncional» chamam-lhe J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 442.

¹⁴ Sobre as razões que historicamente determinaram a adopção desta solução, R. KRAEHE, «Les origines du Délégué parlementaire à la defense», in *RDPSP*, 1966/3, pp. 546 segs.

¹⁵ Sobre o conceito de «boa administração» como objecto dos poderes de fiscalização do Provedor, M. AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 13 segs.

¹⁶ F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, cit., pp. 51 segs.

¹⁷ Esta extensão não é pacífica. Ainda sob a égide do EPJ de 1977, F. ALVES CORREIA (*Do Ombudsman...*, cit., p. 55) afirmava ser «óbvio» que o Provedor de Justiça se limitasse a intervir em controvérsias entre privados e a Administração, «devido à necessidade de garantir a esfera de liberdade dos sujeitos de direito privado, em especial dos cidadãos, mas também por razões institucionais do Ombudsman, já que este instituto foi pensado para controlar exclusivamente os actos da Administração Pública».

D. FREITAS DO AMARAL, por seu turno, hesita mesmo quanto à constitucionalidade da extensão promovida pelo artigo 2.º/2 do EPJ, não só por exceder a letra do preceito constitucional, como por ser atribuição típica dos juízos de paz e dos centros de mediação e arbitragem — «Pressupostos éticos, políticos e jurídicos na acção do Ombudsman», in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman - Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 225 segs., 227. Manifestando igualmente dúvidas sobre esta extensão, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 442.

Já J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*O Provedor de Justiça...*, cit., pp. 65 segs.), entende que este alargamento da intervenção do Provedor a relações de poder social pode justificar-se em nome de «um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a necessidade dessa intervenção». Para este Autor, «o Provedor de Justiça não deve tornar-se num mediador de conflitos entre privados — para o que não dispõe,

em segundo lugar, o *alargamento da competência objectiva*, abrindo caminho à intervenção com vista à «tutela dos interesses colectivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas» [artigo 20.º/1/e) do EPJ].

Esta abertura aos «interesses difusos», em 1991, prende-se directamente com a revisão constitucional de 1989, que refundou a «acção popular». No âmbito do processo de revisão constitucional, houve mesmo uma proposta do Partido Ecologista *Os Verdes* – que não passou da Comissão Eventual – no sentido da criação de um *Promotor Ecológico*, que visaria a defesa do «direito ao ambiente», tal como se encontra consagrado no artigo 66.º/1 da CRP (passaria a constar do artigo 23.ºA)¹⁸. O órgão receberia queixas dos cidadãos por acções e omissões de pessoas ou entidades que atentassem contra o equilíbrio ecológico, seria independente e exerceria a sua competência «sem prejuízo das atribuições do Provedor de Justiça e dos meios gratuitos e contenciosos legalmente previstos»¹⁹. A proposta foi genericamente mal acolhida, na medida em que poderia contribuir para uma desqualificação da figura do Provedor em virtude do efeito «multiplicador» (Deputada Assunção Esteves), sobretudo se permitisse a intervenção do Promotor em sede de relações puramente privadas (Deputado Alberto Martins)²⁰. O argumento mais curioso, todavia, foi aduzido pelo Deputado Almeida Santos que, cotejando a alteração proposta pelo PEV com a revalorização do instituto da acção popular que o PS viria a fazer vingar com a nova redacção do artigo 52.º/3 (anterior artigo 49.º), afirmou que a proposta socialista se revelaria muito mais eficaz. Isto porque – e vale a pena dar-lhe a palavra –,

«...propomos dez milhões de promotores ecológicos, na medida em que prevemos uma acção popular para defesa dos valores ecológicos. Pensamos que isto tem mais sentido pois este é um sector, um domínio em que me parece que se justifica a figura da acção popular e em relação ao qual os fiscais, os provedores e os promotores seremos todos nós»²¹.

Ora, se é certo que a figura do Promotor Ecológico não vingou, e tão pouco se aditou qualquer competência específica em sede de tutela de interesses difusos por parte do Provedor de

nem de habilitação constitucional, nem de meios adequados —, devendo a sua actuação limitar-se às *situações semelhantes* às que constituem o seu núcleo de atribuições». Mais generosa na aceitação da legitimidade da extensão, ANA NEVES (*O Provedor...*, *cit.*, p. 73) obtempera que não só ela não é vedada pela Lei Fundamental, como é reforçada pela vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º/1, 2.ª parte da CRP.

¹⁸ Cfr. o DAR, II, 8-RC, de 22 de Abril de 1988 (Acta n.º 6 - Reunião do dia 7 de Abril de 1988), pp. 166 segs.

¹⁹ Intervenção do Deputado do PEV Herculano Pombo — *DAR cit.*, p. 167.

²⁰ *DAR, cit.*, pp. 167 e 168.

²¹ Intervenção do Deputado do PS António Almeida Santos — *DAR cit.*, p. 167.

Justiça ao (então) artigo 23.º da CRP²², não é menos verdade que o novo Estatuto do Provedor veio a acolher tal competência, frisando a sua circunscrição à actividade de entidades públicas, como se viu. Esta consagração veio explicitar o alargamento objectivo das competências de controlo do Provedor, contra a opinião de Autores como RUI MACHETE, que considerava desnecessário – e mesmo contrário à lógica da instituição – cometer ao Provedor tais funções, na medida em que os interesses difusos, dada a sua natureza, deveriam ser defendidos primordialmente por entidades constituídas com vista a esse fim²³. Na mesma linha se posicionava FILIPE BAPTISTA, afirmando que o Provedor de Justiça se não deve substituir à sociedade civil para suprir défices de protecção de interesses difusos, cumprindo-lhe apenas intervir se e enquanto houver falta de estruturas dinamizadoras de uma participação cívica esclarecida e comprometida com a utilização racional e solidária dos bens de fruição colectiva²⁴.

Sem embargo de reconhecermos acerto nestas opiniões, pensamos que, num país de baixa sensibilidade comunitária como Portugal, em que matérias como a educação ambiental, a educação para o consumo, ou o apego a valores de ordem cultural, não constituem prioridades para uma larga faixa da população, com o *suplemento de voz* traduzido na intervenção do Provedor de Justiça, aliado à dimensão dialógica da sua actuação na gestão de interesses (públicos e privados) conflituantes, não se corre o risco de a instituição «abafar» as iniciativas da sociedade civil. Pelo contrário, pode até ter uma vertente pedagógica, de divulgação e mobilização cívica dos cidadãos para uma atitude de assunção de deveres, de partilha de responsabilidades em torno da preservação e promoção de *valores comunitários* e não apenas da garantia comodista de *direitos individuais*.

Cumprе sublinhar, de resto, que a actuação do Provedor nesta área, como noutras, se divide em modalidades várias, algumas das quais (nomeadamente, a observação legislativa) revestindo uma componente técnica não negligenciável, pouco acessível ao cidadão médio. Num contexto de algum desinteresse e pouca disponibilidade para lutar por causas que não

²² Como é o caso da Namíbia, em cujo artigo 91.º da Constituição de 1990 se insere uma alínea expressamente destinada a acolher esta competência sectorial: «*The functions of the Ombudsman shall be defined and prescribed by an Act of Parliament and shall include the following: (...) c) the duty to investigate complaints concerning the over-utilization of living natural resources, the irrational exploitation of non-renewable resources, the degradation and destruction of ecosystems and failure to protect the beauty and character of Namibia*».

Segundo J. HATCHARD («The Ombudsman in Africa revisited», in *ICLQ*, 1991, Vol. 40/4, pp. 937 segs., 943, 944), o facto de o Ombudsman namibiano ser dotado de vastos poderes de investigação nesta área deve constituir um exemplo para os restantes Estados africanos.

²³ Intervenção do Presidente da Subcomissão de revisão constitucional, Deputado Rui Machete — *DAR, cit.*, p. 179.

²⁴ FILIPE BAPTISTA, *O Provedor de Justiça...*, *cit.*, pp. 286 segs.

são meramente individuais ou grupais, em que os valores em jogo transcendem espaço e tempo geracionais, «o Provedor de Justiça pode oferecer um contributo importante para a sua tutela através da *ilustração do público*»²⁵. Não só através dos relatórios anuais à Assembleia da República (artigo 23.º/1 do EPJ), mas sobretudo por vias mais acessíveis ao cidadão comum, mais sectorialmente focalizadas e facilmente inteligíveis. A publicação, no ano 2000, do livro *O Provedor de Justiça – Defensor do Ambiente*, com uma recolha de casos analisados pelo Provedor, constitui um bom exemplo da dinamização que a instituição pode promover. Outro exemplo da mais-valia da inclusão do Provedor de Justiça no universo de defensor dos interesses comunitários revelou-se logo, aliás, no contributo decisivo com vista à exequibilidade do artigo 52.º/3 da CRP: com efeito, foi o Provedor o responsável pelo (tardio) surgimento da lei sobre o exercício da acção popular, para cuja omissão alertou, em 1993, o Tribunal Constitucional, no que constituiu um impulso determinante da sua aprovação parlamentar²⁶.

Enfim, julgamos que a fórmula ampla inscrita na Constituição legitima o acolhimento da tutela dos interesses difusos no lote de competências do Provedor. Ao apontar para «acções ou omissões dos poderes públicos», o preceito constitucional permite a cobertura de um largo espectro de actuações, independentemente da sua inserção sectorial. Sendo certo que, antes de 1989, resultava já cristalino da Lei Fundamental que às entidades públicas – e aos cidadãos, numa atitude de participação cívica e solidária – estavam cometidas tarefas de protecção e promoção de certos bens como o ambiente, o património cultural, a saúde pública, que se reflectem na comunidade como um todo e cuja não prossecução redundava pelo menos em ilegalidade; não é menos verdade, contudo, que aos cidadãos não era reconhecida qualquer posição jurídica de dimensão procedimental e/ou processual que propiciasse o envolvimento das pessoas na tarefa de cuidar e melhorar a qualidade de bens de fruição comum, que contribuisse para a criação de uma consciência de responsabilidade partilhada pela integridade de bens cuja utilidade para todos reverte. Ora, é precisamente este aspecto pedagógico e mobilizador que o novo artigo 18.º/1/e) do EPJ parece representar.

Na realidade, a despontarem dúvidas sobre esta nova competência do Provedor, diríamos que elas resultam mais da *necessidade* de inscrição do tema dos interesses difusos no EPJ do que da *possibilidade* desta. É que, por um lado, do artigo 22.º/2 da Lei n.º 81/77 (actualmente 24.º/2 do EPJ) já decorria que a legitimidade de apresentação de queixa ao Provedor é

²⁵ L. F. COLAÇO ANTUNES, «O Provedor de Justiça, ilustração e crise da legalidade especial», in *O Provedor de Justiça - Estudos comemorativos do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 71 segs., 76.

²⁶ Cfr. o requerimento de fiscalização no *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1993*, pp. 30 segs. V. também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 638/95, no qual não deu por verificada a omissão, em virtude de, entretanto, a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, já ter sido aprovada...

independente da demonstração de qualquer interesse directo e pessoal do queixoso/denunciante/peticionante – facto que veicularia a apreciação de casos de lesão de interesses difusos trazidos por iniciativa externa. Por outro lado, a competência para avaliar da ilegalidade de quaisquer situações activas e omissivas imputáveis aos poderes públicos, *maxime* a entidades que desenvolvam funções materialmente administrativas²⁷, confere desde logo ao Provedor a competência de iniciativa oficiosa²⁸ para se debruçar sobre a actividade de concretização de qualquer tarefa estadual, conforme decorra de normas constitucionais como o artigo 9.º e/ou de outras disposições autónomas (60.º, 64.º, 65.º, 66.º, 78.º da CRP). Finalmente, no que tange à competência funcional em sede de fiscalização da constitucionalidade, por acção ou omissão, a explicitação do domínio dos «interesses difusos» revela-se desnecessária.

Ao cabo e ao resto, insistimos, julgamos que a inscrição dos interesses difusos no âmbito de competências do Provedor constante do EPJ se deve mais a propósitos de clareza e pedagogia do que a uma necessidade real de «legitimação» do órgão para intervir neste campo, pelo menos sempre que se trate de ofensas perpetradas por entidades públicas. Cumpre, no entanto, demonstrar a veracidade destas afirmações.

²⁷ O EPJ inclui na esfera de intervenção do Provedor de Justiça as entidades do sector público empresarial (artigo 2.º). J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, *cit.*, p. 442) questionam a legitimidade deste alargamento. ANA NEVES, em contrapartida, entende que a extensão vale mesmo para as parcerias público-privadas (*O Provedor...*, *cit.*, p. 72).

Julgamos que a intervenção do Provedor de Justiça junto de entidades sob forma privada que colaborem com a Administração Pública, praticando actos de autoridade, é justificável, na medida em que estas entidades agirem na prossecução da função administrativa e poderem, com a sua actuação, causar lesão aos privados que com elas se relacionem. Aliás, admitindo como legítima a extensão do artigo 2.º/2 do EPJ, por maioria de razão este entendimento ficaria justificado.

²⁸ É certo que a Constituição refere apenas a competência de apreciação de queixas apresentadas por cidadãos. Mas não faria sentido que o Provedor de Justiça, um órgão constitucional com o relevo que a designação parlamentar lhe confere, estivesse limitado às iniciativas externas. Por isso o EPJ lhe reconheceu, logo em 1977 (artigo 22.º/1), competência de iniciativa oficiosa – que se manifesta, quer de forma originária, quer substitutivamente, em caso de desistência do queixoso (um pouco à semelhança do que sucede com o Ministério Público no contencioso administrativo e na LAP – cfr. os artigos 62.º/1 do CPTA, e 16.º/3 da LAP).

A competência oficiosa (aliada à competência de intervenção na sequência de queixa) é a regra no Direito comparado – cfr. F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *cit.*, pp. 74, 75.

Além disso, o Provedor, explica J. MENÉRES PIMENTEL («Provedor de Justiça...», *cit.*, p. 1042), «não está vinculado ao objecto definido pelo queixoso, podendo, inclusivamente averiguar factos e recomendar medidas contrárias ao próprio reclamante. O Provedor não é um advogado e a relação que estabelece com o reclamante, embora também protegida por um dever de sigilo, não é a relação com um cliente».

Para tanto, cremos dever proceder à delimitação dos contornos da figura dos «interesses difusos» e à sua diferenciação de realidades conexas (1.). Das qualificações doutrinárias passaremos para a análise da sua recepção pela Lei Fundamental e pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, para concluirmos que é tudo menos clara a noção de «interesses difusos» (1.1.). Um aspecto especialmente importante é o da avaliação da correspondência entre legitimidade procedimental e processual popular e legitimidade para suscitar a intervenção do Provedor neste domínio – a ela procedermos em (2.). De seguida, teceremos algumas considerações, em abstracto, sobre aspectos da intervenção do Provedor no âmbito da tutela de interesses difusos, nos termos do EPJ, dando especial atenção aos limites desta (3.). Não poderíamos terminar sem ilustrar esta exposição com alguns casos especialmente representativos da actuação da Provedor nesta área (4.).

1. Conceito e natureza dos interesses difusos

A noção de interesse difuso é de importação italiana. Os *interessi diffusi* surgiram em Itália por iniciativa jurisprudencial, com o objectivo de resolver situações de ausência de preenchimento do pressuposto processual da legitimidade em acções intentadas com a finalidade de prevenir ou fazer cessar atentados a bens de fruição colectiva como os bens ambientais, os bens classificados como património cultural, a correcta gestão urbanística, a qualidade dos bens de consumo²⁹. Verificada a ausência de lesão (ou ameaça dela) na esfera jurídica individual do autor da acção, falhava o «interesse directo e pessoal» que caracteriza a *senha de entrada em juízo* (ou em procedimento) para tutela das tradicionais posições jurídicas subjectivas. Com efeito, o autor não peticiona a protecção de um interesse próprio, mas partilhado; não defende a afectação pessoal de um bem, mas a qualidade da sua fruição pela comunidade; não requer a reconstituição da integridade de uma situação jurídica subjectiva, antes a reintegração possível do estado de uma realidade de vivência difusa.

COLAÇO ANTUNES dedicou uma monografia ao estudo da noção *interesses difusos*. A abordagem que apresenta é a seguinte:

²⁹ Cfr. F. GAETANO SCOCA, «Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile», in *D&S*, 1985/4, pp. 637 segs., 648 segs.; R. FERRARA, «Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Turim, 1993, pp. 481 segs.; F. CHIAREGATO, «Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa», in *NGCC*, 1994, Parte seconda, pp. 355 segs., *passim*.

«(...) o interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a todos e cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo facto de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão. Tão pouco é o interesse próprio de uma comunidade organizada, constituída pela soma dos interesses (ou de alguns deles) dos indivíduos concretos que a compõem e, portanto, exclusivo. O conteúdo ou a consequência jurídica de um interesse difuso é o reconhecimento de uma pluralidade de situações objectivas a sujeitos individuais ou a entes associativos. Nisto se diferencia do interesse público clássico, mais ou menos geral, inclusive quando a pluralidade em que se reconhece o interesse seja tendencialmente coincidente com a totalidade dos cidadãos. Quer dizer, o interesse difuso supõe um *plus* de protecção ou uma protecção diversificada de um bem jurídico; pública, por um lado, e dos cidadãos, por outro (...) Assim, podemos dizer que o interesse difuso é um interesse híbrido, que possui uma alma pública e um corpo privado, que transcende o direito subjectivo privado e se estende pelo público. É um interesse colectivo-público, um interesse pluriindividual de relevância pública, cuja forma mais natural de agregação é a forma associativa. Um interesse comunitário de natureza cultural, não corporativo»³⁰.

Para JORGE MIRANDA, os interesses difusos traduzem uma «manifestação da existência ou do alargamento de “necessidades colectivas individualmente sentidas”», correspondendo a

«necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária. Nem são interesses públicos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projectar-se, de modo específico, directa ou indirectamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas»³¹.

Numa abordagem tipicamente processual, e com vista a distinguir interesses difusos de realidades conexas [se bem que algo condicionado pela (a)sistemática da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto], TEIXEIRA DE SOUSA avança com as seguintes noções, assentes no critério da natureza do bem objecto da posição jurídica:

«os interesses difusos *stricto sensu* incidem sobre bens públicos (no sentido económico da expressão) e, por isso, possuem necessariamente uma pluralidade de titulares; – em contrapartida, os interesses colectivos correspondem aos interesses difusos que *J. C. Barbosa Moreira* designou por “acidentalmente colectivos”, ou seja, são os interesses que incidem sobre bens privados de uma pluralidade de sujeitos»³².

³⁰ L. F. COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental*, Coimbra, 1989, pp. 22, 23.

³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, p. 69.

³² M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela de interesses difusos*, Lisboa, 2003, p. 49.

«O que é relevante para os distinguir é o respectivo objecto: enquanto os interesses difusos *stricto sensu* incidem sobre bens indivisíveis e, por isso, não podem ser divididos por cada um dos seus titulares, os interesses colectivos integram uma pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos, sendo, por isso, repartidos por cada um dos respectivos titulares»³³.

Quanto aos interesses individuais homogéneos, o Autor considera que eles «podem ser definidos como os interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de um interesse colectivo». Isto porque «todos os referidos interesses – os difusos *stricto sensu* e os colectivos, por um lado, e os individuais homogéneos por outro – correspondem a uma mesma realidade que é perspectivada por dois distintos ângulos de análise, um supra-individual e outro individual»³⁴.

A formulação que nos parece mais conseguida é a de SÉRVULO CORREIA³⁵. O insigne Professor afirma que os *interesses difusos em sentido estrito* são «situações materiais insusceptíveis de uma apropriação individual. A sua titularidade revela-se indivisível. A sua dimensão é irreduzivelmente supra-individual». Por seu turno, os *interesses colectivos* são «interesses categoriais ou interesses de classe, isto é, um conjunto de interesses individuais dos membros de uma categoria enquanto tal» que são prosseguidos e tutelados através de «um *ente esponenziale* sem cuja intervenção tais interesses não podem ser defendidos na sua dimensão grupal»³⁶. Finalmente, *interesses individuais homogéneos* «são interesses passíveis de individualização autónoma, mas que surgem em situações de massa e em termos de perfeita identidade de natureza.»

Trata-se assim, em rigor, de uma noção puramente adjectiva, na sua intenção e no seu resultado. O interesse difuso é o suporte procedimental/processual de um *interesse de facto*, realidade insuficientemente subjectivável para alcançar o patamar de direito subjectivo – que pressupõe a apropriabilidade individual de um bem –, mas suficientemente tutelada pelo Direito e relevante para a comunidade para lhe ser veiculada uma *armadura* procedimental e processual que não deixa a sua tutela exclusivamente entregue às entidades com atribuições na matéria, e ao Ministério Público enquanto defensor da legalidade objectiva. Os interesses de facto subjacentes ao interesse difuso incidem sobre bens imateriais – conquanto possam

³³ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade...*, cit., p. 51.

³⁴ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade...*, cit., p. 53.

³⁵ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005, pp. 651, 652 e 653.

³⁶ J. M. SÉRVULO CORREIA precisa ainda melhor esta noção, aditando que «Os interesses colectivos não são, porém, apropriados pela pessoa colectiva. A conexão desta com tais situações subjectivas não é de titularidade, mas funcional: ela encontra-se submetida ao escopo institucional da respectiva defesa» — *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., p. 652.

revestir uma dimensão corpórea³⁷ –, que geram utilidades indivisíveis – não é possível aferir universalmente o *quantum* fruível por cada sujeito –, e inapropriáveis – na sua dimensão imaterial, os bens colectivamente fruíveis são estruturalmente insusceptíveis de apropriação individual.

Falar em *interesses difusos* significa, portanto, enunciar uma *fórmula de consequências puramente adjectivas*, filiada numa *realidade substantiva* que corresponde a *interesses de facto*, e materializada num *mecanismo de extensão da legitimidade processual* que equivale à *legitimidade popular*. Por outras palavras, e *pela negativa*, o recurso à construção teórica do interesse difuso só ganha relevo perante a impossibilidade de, através da figura da legitimidade individual para defesa de direitos subjectivos, almejar a tutela de uma situação que transborda o limiar da protecção subjectiva directa e pessoal. Em contrapartida, e *pela positiva*, o interesse difuso corresponde a uma realidade estruturalmente distinta – porque incidente sobre bens imateriais, de utilidades indivisíveis e inapropriáveis –, quer do interesse clássico tipicamente individualizado; quer do interesse individualizado mas cuja tutela se vê reforçada se e quando promovida em conjunto, institucionalizadamente, com interesses do mesmo tipo por entidades especialmente constituídas para esse efeito; quer, ainda, do interesse individualizado cuja tutela pode ser, por razões práticas e circunstanciadas, prosseguida através de mecanismos de representação atípicos. Referimo-nos aos interesses colectivos e aos interesses individuais homogéneos, respectivamente.

Se os interesses difusos podem ser prosseguidos por qualquer membro da colectividade, por qualquer entidade privada cujo fim estatutário preveja a actuação no sentido da sua promoção e protecção, e mesmo por qualquer entidade pública de base territorial em cujas atribuições não caiba a tutela directa do interesse lesado mas tal lesão se reflecta negativamente sobre as populações que congrega na sua circunscrição; já os interesses colectivos, dada a sua natureza de interesses individuais colectivizáveis (exemplo paradigmático são os direitos dos trabalhadores), tanto podem merecer tutela individual como colectiva, sendo certo que esta última só poderá ser prosseguida por associações especificamente destinadas a tal fim. E os interesses individuais homogéneos são interesses pontualmente, circunstancialmente similares (uma espécie de interesses individuais clonados, passe a imagem), na medida em que se

³⁷ Por exemplo, um bosque – seja de propriedade pública ou privada – tem uma indiscutível dimensão corpórea, apropriável, individualmente fruível do ponto de vista económico. No entanto, enquanto integrante do ecossistema, como componente ambiental natural – flora –, da sua existência e integridade natural exsudam utilidades indivisíveis e não economicamente computáveis. Para mais desenvolvimentos, veja-se C. AMADO GOMES, *Risco e modificação dos actos autorizativos ambientais concretizadores de deveres de protecção do ambiente*, dissertação de doutoramento, no prelo, Parte I, Cap. II., 2.1., ii.).

prendem com lesões individualizadas mas cuja origem se encontra na mesma fonte de risco (v.g., contaminação de água potável por descargas poluentes de uma refinaria que afecta todos os habitantes de uma vila).

Não é impossível a sobreposição entre interesses difusos e interesses individuais homogéneos – nem tão-pouco entre interesses difusos e interesses individuais *stricto sensu*. Pense-se em situações como a actuação no sentido de pôr termo à emissão de gases tóxicos que afecta a saúde dos residentes na proximidade da fábrica emitente: o objectivo primacial é o de tutelar a integridade física dos residentes; no entanto, o sucesso da actuação inibitória terá reflexos também, quer ao nível da saúde pública em geral – melhorando a qualidade do ar para todos os que circulam nas imediações –, quer ao nível da integridade dos componentes ambientais naturais – fauna e flora locais.

Realce-se, todavia que, em bom rigor, a diferenciação clara dos títulos de legitimidade só relevará, em regra, quando a intervenção – *maxime*, processual – visar não apenas a cessação da actividade lesiva do interesse, individual e paralelamente geral, mas também a obtenção de um ressarcimento. É que, caso se peticione a indemnização dos danos, fará toda a diferença caracterizar o objecto da acção como reportado à reconstituição/reparação de interesses individuais (homogéneos, no exemplo dado) ou de interesses difusos: no primeiro caso, o dano é sentido individualmente e a reparação deve ser individualmente computada e arbitrada; no segundo, o dano é colectivo, de aferição complexa (sobretudo se o bem não tiver qualquer utilidade economicamente exprimível) e o seu ressarcimento, a não poder traduzir-se na reconstituição *in natura* (cfr. o artigo 566.º/1, 2.ª parte, do Código Civil, e o artigo 48.º da Lei de Bases do Ambiente – Lei n.º 11/87, de 7 de Abril = LBA), terá forçosamente que reverter para um fundo comum³⁸.

Uma vez tecidas estas breves considerações, cumpre averiguar como abordaram, legislador constituinte (derivado, na revisão constitucional de 1989) e legislador ordinário (na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto – Lei da participação procedimental e da acção popular = LAP), tais noções. Adianta-se desde já que, lamentavelmente, o resultado não é animador, constatando-se uma grande confusão de conceitos.

1.1. Convém começar por contar uma pequena história, que se prende com a evolução do conceito de acção popular no Direito português. Na verdade, aquilo a que hoje chamamos acção popular é um misto de realidades de cariz processual reunidas sob a égide de um

³⁸ Veja-se C. AMADO GOMES, «O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português», in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 271 segs., pp. 287, 288.

mesmo regime mas referentes a situações de diversa estrutura e natureza³⁹. Explicitemos um pouco melhor este pensamento.

Quando, em 1976, o legislador constituinte introduziu o artigo 49.º no elenco de direitos de participação política, dotando-o da epígrafe «Direito de acção popular» estava a conferir sede constitucional a um instituto legal acolhido pelo Código Administrativo de 1936/40, no artigo 822.º. Este preceito disciplinava a chamada «acção popular correctiva», mecanismo de dinamização da participação política em sede autárquica e que permitia aos eleitores de uma determinada circunscrição administrativa requerer em juízo a anulação de decisões administrativas que reputassem ilegais, invocando o mero facto da ilegalidade. Na verdade, tratava-se de uma espécie de acção pública para defesa da legalidade objectiva protagonizada, não pelo Ministério Público, mas por particulares⁴⁰. O facto de se traduzir num alargamento da legitimidade processual levou a que fosse cognominada de «acção popular» para a distinguir da acção destinada à tutela de «interesses directos, pessoais e legítimos» (cfr. o artigo 46.º/1 do Regulamento do STA).

Apesar de, desde 1976, a Constituição enunciar um conjunto de valores relativos a bens de fruição colectiva susceptíveis de ser tutelados pela comunidade (saúde pública, ambiente, património cultural), não indicava quaisquer instrumentos que veiculassem essa protecção alargada, nem a entidades colectivas, nem a pessoas singulares, com finalidade altruísta⁴¹. Ou seja, até 1989, a «acção popular» a que a Constituição se reportava era à modalidade consignada no Código Administrativo. A partir de 1989, tornou-se claro que a noção sofreria uma «refundação», na medida em que o artigo 52.º/3 (anterior 49.º) passou a reportar-se a duas modalidades totalmente diversas da enunciada no Código Administrativo (a qual subsistia em virtude de não revogação, expressa ou tácita – ou mesmo caducidade face à norma constitucional que, em rigor, não obstava à sua manutenção, embora pudesse desde aí questionar-se

³⁹ Cfr. C. AMADO GOMES, «D. Quixote, cidadão do mundo: da *apoliticidade* da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais, Anotação ao Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005», in *CJA*, n.º 53, 2005, pp. 46 segs.

⁴⁰ O mecanismo traduzia-se, segundo MARCELLO CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed., Lisboa, 1972, p. 1338) numa «larguíssima faculdade de fiscalização cívica dada aos cidadãos para defesa dos interesses das colectividades locais».

⁴¹ Anote-se, no entanto, a alteração (de pouca dura...) sofrida pelo n.º 3 do artigo 66.º na revisão constitucional de 1982, que passou a distinguir a lesão de bens naturais da «lesão directa» na esfera pessoal (na lógica da assimilação entre direito ao ambiente e direitos de personalidade), para efeitos de indemnização. Permitimo-nos pensar que terá sido um assomo de lucidez do legislador no sentido da autonomização entre dano ecológico, infligido a bens ambientais e dano pessoal (ambiental): o primeiro, ressarcível a favor da comunidade; o segundo, ressarcível a favor do sujeito individualmente lesado.

a sua garantia constitucional). Com efeito, as alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 52.º da CRP traduzem fenómenos de alargamento da legitimidade, procedimental e processual, claramente de outro matiz: tutela de interesses difusos *stricto sensu*, na al. a); tutela de interesses públicos na vertente de bens do domínio público, na al. b). Incompreensível é, do nosso ponto de vista, a referência, no corpo do preceito, à possibilidade de «requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização»⁴² em virtude da ofensa àqueles bens.

Com a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo (=CPA), em 1992 – que só parcialmente deu exequibilidade ao artigo 52.º/3 da CRP –, a estas duas modalidades juntou-se uma terceira (ou quarta, se contarmos com a transitada do Código Administrativo). Para além da dimensão procedimental da legitimidade popular acolhida no artigo 53.º/2 e 3 do CPA, visando as duas categorias constitucionais, o artigo 14.º/4 do CPA veio, por influência da lei procedimental espanhola, aditar um novo tipo de controlo da legalidade objectiva, desta vez promovido pelos presidentes dos órgãos colegiais – uma espécie de acção pública interna, orgânica. Num outro plano, como vimos, a revisão constitucional teve eco também no âmbito de competência objectiva do Provedor de Justiça, explicitando, no artigo 18.º do EPJ de 1991, a possibilidade de intervenção do órgão em sede de tutela dos interesses difusos.

Persistia, no entanto, a omissão constitucional quanto à *regulação processual* do exercício do direito de acção para defesa de interesses difusos e do domínio público – e já vimos que o Provedor chegou mesmo a requerer, em 1993, a declaração de inconstitucionalidade por omissão ao Tribunal Constitucional. Com um atraso de seis anos, a LAP foi aprovada em 1995 e não veio, como já adiantámos, contribuir para a clarificação da noção de interesses difusos e realidades conexas. Vejamos porquê.

A LAP tem uma dupla incidência, procedimental e processual. No plano procedimental, desenvolve a regulação dos artigos 53.º/2 e 3, 117.º e 118.º, e 100.º e segs. do CPA, particularizando um determinado tipo de actuação da Administração: a elaboração e aprovação de decisões de localização de investimentos públicos e planos urbanísticos (artigos 4.º e segs.). O que releva nesta disciplina é a co-essencialidade da participação pública como elemento de validade da decisão administrativa. O *supra-conceito* da prossecução do interesse público

⁴² A nossa perplexidade prende-se, naturalmente, com a incompatibilidade entre a estrutura dos interesses difusos e a natureza dos bens do domínio público e a ressarcibilidade individual de um prejuízo. Se a Constituição utilizasse «pelo autor» em vez de «para o lesado...», a fórmula já seria admissível – o autor seria um instrumento da reconstituição natural do bem lesado ou um promotor do arbitramento de uma indemnização que reverteria para um fundo comum; assim, não faz qualquer sentido e induz efeitos perversos, como denota o artigo 22.º da LAP.

como justificação da existência de uma função administrativa (incontornável, desde logo, por injunção constitucional – artigos 266.º/1 e 199.º/g) da CRP) ganha, com o Estado Social, uma miríade de concretizações. Os múltiplos interesses públicos que constituem hoje a missão do poder administrativo merecem consideração atenta e compatibilização cuidada. A *ponderação de interesses* é, destarte, uma dimensão imprescindível do exercício da função administrativa e a sua importância avulta no contexto das decisões que contendem com a gestão/utilização/ aproveitamento de bens de fruição colectiva, os quais, em razão da sua estrutura, provocam uma refração de utilidades por universos tendencialmente amplos. Bom exemplo da apreensão desta fenomenologia é o artigo 65.º/5 da CRP (introduzido na revisão constitucional de 1997), ao garantir a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico.

No plano processual, a LAP dispõe sobre as especificidades processuais do instituto da legitimidade popular, quer seja actuado no contencioso cível, quer no contencioso administrativo (cfr. o artigo 12.º). De entre estas especificidades destacaríamos quatro: o regime especial de indeferimento da petição inicial, que visa desincentivar litigância não séria (artigo 13.º); o reforço dos poderes inquisitórios do julgador (artigo 17.º); o regime especial de eficácia dos recursos jurisdicionais, que privilegia o efeito suspensivo sempre que outro efeito pudesse redundar num prejuízo de difícil reparação para o bem objecto do processo (artigo 18.º); e o regime especial de preparos – isenção – e custas – isenção, salvo decaimento total (neste caso, custas entre um décimo e metade das custas normalmente devidas), conforme o estabelecido no artigo 20.º.

A «acção popular» não é um tipo de acção; é um mecanismo de extensão da legitimidade, procedimental e processual. Mas para defender o quê e a quem? O *âmbito objectivo* decorre do artigo 1.º/2 da LAP, que fixa os interesses tutelados pela Lei: saúde pública, ambiente, qualidade de vida, protecção do consumo de bens e serviços, património cultural e o domínio público. O preceito segue de perto ambas as alíneas do n.º 3 do artigo 52.º da CRP, indiciando uma enumeração exemplificativa⁴³. O *âmbito subjectivo*, por seu turno, resulta do artigo 2.º/1

⁴³ Repare-se na utilização de dois advérbios de modo pelo legislador: «nomeadamente», na Constituição; «designadamente», na LAP. Este argumento não colhe, no entanto, para J. M. SÉRVULO CORREIA, que defende serem as enunciações taxativas, constituindo o elenco de interesses enunciados «um processo de filtragem» destinado a prevenir «a absoluta generalização da *actio popularis*» (*Direito do Contencioso Administrativo, cit.*, p. 666).

Salvo o devido respeito, parece-nos não ter sido essa a intenção do legislador em virtude da utilização dos advérbios referidos. Todavia, mesmo que esta opção não se verificasse, a inclusão da «qualidade de vida» sempre seria conceito indeterminado bastante para promover a abertura a outros interesses não nomeados. De

e 2 da LAP, que distribui a legitimidade popular por quaisquer cidadãos no gozo dos direitos civis e políticos – numa aproximação ao clássico direito de acção popular do Código Administrativo, mas sem justificação relativamente aos interesses difusos *stricto sensu* e dubitativamente no que concerne aos bens do domínio público –, a associações e fundações defensoras dos interesses indicados no artigo 1.º/2, e a autarquias locais, em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição. A referência do artigo 2.º/1 *in fine* à legitimação das mencionadas entidades «independentemente de terem ou não interesse directo na demanda» é, à semelhança da menção da indemnização no n.º 3 do artigo 52.º da CRP, geradora de perplexidade.

Ou talvez não..., porque a leitura de alguns preceitos da LAP depressa nos alerta para que o seu regime não visa apenas interesses difusos e interesses de fruição de bens do domínio público, mas antes se estende a realidades como os interesses individuais, na circunstanciada configuração de interesses individuais homogêneos. Com efeito, só a essa luz são compreensíveis normas como as dos artigos 15.º/1 (direito de exclusão), 19.º/1 (restrição da eficácia *erga omnes* do caso julgado aos que não exerceram o direito de exclusão), e 22.º, *maxime* o n.º 2 (fixação global da indemnização). Ou seja, parte das especificidades processuais que a lei contempla não se aplica aos interesses difusos – enquanto realidades indivisíveis e inapropriáveis –, mas apenas a situações de dano massificado (de posições jurídicas individuais) com origem na mesma fonte de risco (é nítida a influência do instituto das *class actions* neste ponto). Por outras palavras ainda: a estrutura dos bens geradores dos interesses de facto de fruição, que correspondem à noção adjectiva de interesses difusos, é incompatível com a susceptibilidade de exclusão que subjaz ao artigo 15.º – e, por reflexo, ao artigo 17.º –, na medida em que uma sentença favorável numa acção intentada por entidades investidas em legitimidade popular aproveita à comunidade em geral, sem determinação de parte e revestirá sempre efeitos *erga omnes*.

Ausência inexplicável do leque de entidades do artigo 2.º é a do Ministério Público. Com efeito, e sem embargo de no conjunto de interesses coberto pelo n.º 2 do artigo 1.º da LAP se integrar o domínio público – realidade correspondente a um interesse público por excelência –, o legislador não atribuiu ao defensor da legalidade objectiva iniciativa procedimental ou processual em sede de tutela de interesses difusos e públicos, mas tão só legitimidade subs-

resto, a história das acções para defesa de interesses difusos em Portugal nos últimos anos tem sido construída sobretudo a partir de intervenções de associações ambientalistas e de defesa do consumidor, e do Ministério Público, com pontuais (e militantes) casos de intervenções de actores individuais.

Apelando a uma enumeração exemplificativa por apelo à cláusula aberta de direitos fundamentais, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VII, Coimbra, 2007, p. 118.

titutiva, em caso de desistência do autor, nos termos do artigo 16.º/3 da LAP⁴⁴. Esta lacuna foi rapidamente suprida pelo artigo 26.ºA do Código do Processo Civil, na revisão a que este Código foi sujeito em 1995⁴⁵, solução que veio a ser reforçada pela nova alínea e) do artigo 3.º/1/e) [bem como pelo artigo 5.º/1/e)] do Estatuto do Ministério Público (sobre o âmbito competencial em sede de interesses difusos e iniciativa principal processual na matéria, respectivamente), na redacção dada pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto⁴⁶. Já no contencioso administrativo, a rectificação (formal) foi mais tardia, só tendo vindo a ocorrer com a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (em Janeiro de 2004) que, no seu artigo 9.º/2, expressamente defere ao Ministério Público (a par das restantes entidades a que a LAP alude) a competência funcional para intentar acções com vista à prevenção, cessação e reparação de ofensas em bens de fruição colectiva.

Do CPTA, além de resultar uma clarificação das situações de alargamento da legitimidade processual (*i.*), decorrem ainda dois mecanismos que intersectam com realidades conexas com os interesses difusos *stricto sensu*: referimo-nos, por um lado, à possibilidade de seleccionar um processo para julgamento sempre que existirem mais de vinte que impliquem a aplicação das mesmas normas ou a resolução da mesma questão de direito, operando, em condições determinadas, a extensão dos efeitos do caso julgado – nos termos do artigo 48.º (cuja epígrafe é «Processos em massa») (*ii.*); por outro lado, o Código prevê a obrigatoriedade, para a Administração, de revogar actos que padeçam do mesmo vício que outros cuja invalidade tenha sido judicialmente decretada, uma vez a isso instada pelos interessados, obedecendo aos pressupostos estabelecidos no artigo 161.º (*iii.*). Testemos, ainda que sumariamente, a veracidade destas afirmações.

i.) Do artigo 9.º do CPTA decorre a existência de dois tipos de legitimidade: a legitimidade para tutela de interesses individuais – n.º 1; a legitimidade para tutela de interesses transindividuais ou metaindividuais – n.º 2. No n.º 1 falamos da legitimidade «clássica»; no n.º 2,

⁴⁴ A norma faz alusão a outros casos de substituição processual: transacção e comportamentos lesivos dos interesses em causa. Mas não compreendemos o alcance destas referências: quererá o legislador afirmar que o Ministério Público pode obrigar o autor a desfazer a transacção ou «apeá-lo» do processo em caso de «comportamentos desviantes»? Julgamos que se a transacção não servir o interesse colectivo e público objecto da acção, caberá ao juiz recusar a sua homologação. Já no caso de o autor popular adoptar comportamentos lesivos dos interesses difusos que pretende defender, o juiz deverá condenar por litigância de má fé, apelando ao conceito inscrito no artigo 456.º do CPC, e absolver o réu do pedido.

⁴⁵ Reforma propulsionada pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

⁴⁶ O Estatuto do Ministério Público consta da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro (posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 2/90, de 20 de Janeiro; 23/92, de 20 de Agosto; 10/94, de 5 de Maio), tendo sido republicado pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, em razão da magnitude das alterações que sofreu.

da «legitimidade popular». Todavia, nem o n.º 2 dispõe apenas sobre interesses difusos *stricto sensu*, uma vez que inclui a tutela de bens do domínio público que, se bem que partilhem da característica da indivisibilidade de utilidades fruíveis, não comungam, em contrapartida, da inapropriabilidade – uma vez que são grandezas corpóreas e (só) publicamente apropriáveis⁴⁷; nem, do mesmo passo, esgota os «desdobramentos» possíveis do fenómeno do alargamento de legitimidade para além da esfera estritamente individual, devendo ser completado com as formas de legitimidade pública a que alude o artigo 55.º do CPTA: na alínea b) – legitimidade pública do Ministério Público para defesa da legalidade objectiva⁴⁸; na alínea e) – legitimidade orgânica dos presidentes dos órgãos colegiais para impugnar actos adoptados pelo órgão a que presidem que reputem ilegais; no n.º 2 – legitimidade particular para defesa da legalidade objectiva atribuída aos eleitores de uma determinada circunscrição territorial para controlo da validade dos actos emanados dos órgãos da pessoa colectiva cujas atribuições prosseguem.

Sublinhe-se que o regime da LAP – para o qual, de resto, o artigo 9.º/2 remete – só se aplica às hipóteses de tutela de interesses difusos em sentido estrito, nomeadamente as especialidades processuais inscritas nos artigos 13.º, 17.º, 18.º e 20.º, descritas *supra*. As acções exclusivamente reportadas ao interesse de reposição da legalidade não revestem quaisquer particularidades de tramitação. Nem tão pouco as acções (administrativas especiais de impugnação da validade de actos administrativos) prosseguidas por entidades associativas destinadas à defesa de interesses colectivos (que, como vimos, não são senão interesses individuais colectivamente tuteláveis – o paradigma desta realidade é a defesa dos interesses dos filiados pelas associações sindicais: cfr. o artigo 55.º/1/c) do CPTA) se traduzem em especialidades processuais – apesar de a sua existência induzir agilização processual, na medida em que agrupa numa única acção um conjunto de questões relativas a uma mesma categoria de pessoas que, por força do

⁴⁷ O que implica que o mecanismo previsto no n.º 2, do artigo 1.º, da LAP, quando incidente sobre bens do domínio público, a ser reconduzido à noção de acção popular, deverá qualificar-se como acção popular *excepcional* — neste sentido, J. ROBIN DE ANDRADE, *A acção popular no Direito Administrativo português*, Coimbra, 1967, pp. 139, 140; NUNO MARQUES ANTUNES, *O direito de acção popular no contencioso administrativo português*, Lisboa, 1997, pp. 56, 57 — e *subsidiária* (neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, considerando esta forma de tutela só actuável perante uma inércia demonstrada da pessoa colectiva pública a cujo cargo se encontra a tutela do bem — *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2005, p. 545). O particular age movido por propósitos altruístas o que aponta para a acção popular, mas o facto de o bem integrar o domínio público faz com que o interesse que suporta essa intervenção processual se identifique, não como correspondente à figura do interesse difuso, mas antes se assimile à noção de interesse público.

⁴⁸ A que acrescem os títulos de legitimidade inscritos nos artigos 40.º/1/b), 68.º/1/c) e 76.º/3, e ainda 112.º, todos do CPTA.

mecanismo de representação processual protagonizado pelo ente associativo, será resolvido através de uma única decisão.

ii.) O artigo 48.º do CPTA constitui uma forma de agilização processual – pelo menos para o(s) processo(s) seleccionado(s)⁴⁹ – especialmente útil no âmbito da tutela de interesses individuais homogêneos. Isto porque, na ausência de uma iniciativa processual baseada numa representação sem mandato, nos termos do artigo 15.º da LAP, a multiplicação de acções cuja resolução implica a aplicação das mesmas normas ou a dilucidação da mesma questão de direito, é susceptível de uma *reductio ad unum* através do mecanismo de selecção do artigo 48.º. Tal como o artigo 17.º da LAP veicula a auto-exclusão de sujeitos que desejem prosseguir uma diferente estratégia processual e, em consequência, ficar imunes aos efeitos do caso julgado, também o CPTA oferece aos vários autores, quer a possibilidade de requerer a extensão de efeitos da decisão ao seu caso [artigo 48.º/5/b)], quer a prossecução autónoma da acção [artigo 48.º/5/c)].

No âmbito da tutela dos interesses difusos, o artigo 48.º não representa qualquer maior valia, na medida em que o caso julgado em acções promovidas por autores populares para tutela daqueles interesses produz, forçosamente, efeitos *erga omnes* – em virtude da natureza dos bens que suscitam os interesses (de facto) de fruição colectiva. Dir-se-ia que poderia sempre ser útil com vista à selecção de um processo, cuja decisão tornaria supervenientemente inúteis todos os restantes⁵⁰. Parece-nos, todavia, que a propositura de várias acções com o mesmo pedido e causa de pedir (relativas, portanto, à ofensa do mesmo bem pela mesma causa, material e/ou jurídica), embora promovida por autores populares diferentes, deve gerar um fenómeno de litispendência material⁵¹, nos termos do artigo 498.º do CPC, devendo o juiz⁵² conhecer apenas do mérito da acção intentada em primeiro lugar, absolvendo da instância os réus das acções litispendentes.

⁴⁹ Sobre as perplexidades suscitadas por este mecanismo, v. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos, Anotado*, I, Coimbra, 2004, pp. 317 segs.

⁵⁰ Repare-se que um dos pressupostos do artigo 48.º/1 é a existência de mais de vinte processos no mesmo tribunal, facto que deve ser articulado, para as acções da competência dos tribunais de círculo (cfr. o artigo 44.º/1 do ETAF), com as regras de competência territorial estabelecidas nos artigos 16.º e segs. do CPTA. Basta que a residência/sede dos autores seja diversa para que a multiplicação das acções ocorra – salvo prevalência de outro critério – em tribunais distintos, neutralizando a utilidade do artigo 48.º.

⁵¹ Por força do «branqueamento» de sujeitos induzida pela legitimidade popular.

⁵² Recorde-se que a litispendência é uma excepção dilatória de conhecimento officioso (artigos 494.º/i) e 495.º do CPC).

iii.) O artigo 161.º do CPTA propicia a extensão de efeitos invalidatórios de decisões judiciais a actos cujos destinatários não tenham recorrido à via judicial com vista à sua anulação (ou, tendo-o feito, não tenham ainda obtido sentença transitada em julgado), encontrando-se em situação jurídica «perfeitamente idêntica» à dos autores das acções anulatórias que mereceram provimento (nas condições impostas pelos vários números do preceito). O n.º 2 refere os domínios do funcionalismo público e contratos como exemplos da utilidade de aplicação do artigo, mas não veda o seu préstimo em hipóteses suscitadas em diferentes contextos (desde que preenchidos os pressupostos enunciados). Esta solução, clara homenagem ao princípio da legalidade, promove a equiparação de situações de sujeitos em condições «perfeitamente idênticas», alvos de ofensas com a mesma origem (um acto administrativo emanado com base nas mesmas normas), facto que a torna relevante, tanto em sede de tutela de interesses individuais homogêneos que não tenham obtido protecção nem através dos artigos 15.º e 17.º da LAP, nem do mecanismo do artigo 48.º do CPTA; como no plano da protecção de situações jurídicas reproduzidas por um colectivo categorial, que não tenham merecido defesa conduzida por uma associação (cfr. o artigo 55.º/1/c) do CPTA), nem tenham sofrido a selecção admitida nos termos do artigo 48.º.

Em suma: a Constituição introduziu a figura adjectiva dos interesses difusos na revisão constitucional de 1989, colocando-a sob a égide procedimental e processual da já consagrada «acção popular». O artigo 52.º/3/a) da CRP teve concretização no artigo 53.º/2/a) do CPA, e nos artigos 1.º/2 e 2.º/1 da LAP, e não perdeu a ligação «umbilical» ao artigo 822.º do Código Administrativo de 1936/40, laços de origem do primitivo artigo 49.º da CRP (versão de 1976). Ao multiplicar, na LAP, as possibilidades conteudísticas da «acção popular», o legislador – desde logo, o constituinte de revisão, ao aludir à «indemnização dos lesados» no corpo do artigo 52.º/3 – acabou por semear equívocos no plano da diferenciação entre interesses de facto, interesses individuais homogêneos e interesses públicos⁵³.

Isto porque, por um lado, as especialidades processuais que a LAP contempla, ora se aplicam às acções promovidas por autores populares *stricto sensu* (defensores de interesses difusos) – artigos 13.º, 17.º, 18.º e 20.º da LAP –, ora se aplicam às acções com vista à tutela de interesses individuais homogêneos – artigos 15.º, 19.º e 20.º/2 e 3 da LAP –, sendo que a lei deixa ao intérprete/aplicador essa escolha (sempre dependente da conformação do objecto do pedido). Por outro lado, a equiparação entre os interesses difusos e individuais homogê-

⁵³ Já MÁRIO RAPOSO notava que «poderá captar-se daquele n.º 3 do art.º 52.º uma declarada intencionalidade de inscrever no quadro constitucional a tutela dos direitos colectivos, fragmentados ou difusos, embora numa formulação que não primará pela limpidez e conclusência» – «O Direito do Ambiente como direito fundamental», in *Os direitos das pessoas e o interesse geral*, Lisboa, 1991, pp. 23 segs., 37.

neos ao interesse essencialmente público de defesa dos bens do domínio público induz em equívocos no plano da legitimidade, uma vez que enquanto a defesa dos primeiros pressupõe a prova da lesão ou ameaça de lesão, a tutela do segundo parece poder assentar, ora na prossecução da legalidade estrita – relativamente ao Ministério Público –, ora na alegação de uma ofensa ao interesse de fruição colectiva do bem em causa – relativamente aos particulares e só a estes, uma vez que é juridicamente impossível a constituição de associações ou fundações que tenham como fins estatutários a defesa de bens do domínio público...

Mau grado esta «miscigenação das acções populares»⁵⁴, com relevo para o tema do âmbito objectivo de intervenção do Provedor de Justiça em sede de interesses difusos cumpre, pois, afirmar que *o sentido do artigo 18.º/1/e) do EPJ se circunscreve às realidades inscritas no artigo 52.º/3 da CRP e todas as que com elas partilharem as características da imaterialidade, inapropriabilidade e indivisibilidade de utilidades*. Sublinhe-se que, ao mencionar «interesses difusos ou colectivos», o EPJ cedeu à confusão terminológica que reina na matéria, mas não deixa de se cingir aos interesses de facto de fruição de bens colectivos. Não há, por isso, qualquer intenção de abranger na alínea e) realidades como as dos interesses individuais colectivamente prosseguidos por entidades especialmente dedicadas à sua prossecução. A utilização da conjunção adversativa «ou» atesta, de resto, a equiparação de conceitos que o EPJ pressupõe.

2. Os titulares do direito de queixa ao Provedor de Justiça com vista à tutela dos bens de fruição colectiva

A inserção deste ponto pode parecer supérflua, dado que já se referenciam as entidades a quem a LAP reconhece legitimidade, procedimental e processual, para promover a tutela dos interesses difusos. No entanto, essa referência não nos exime de compulsar os títulos de legitimidade especificamente atribuídos pelo EPJ, a fim de verificar correspondências, identificar eventuais lacunas e atestar incompatibilidades. Desenvolveremos essas tarefas a partir do confronto entre as normas dos artigos 24.º/1 do EPJ e 2.º/1 e 2 da LAP – a que se junta, por força dos artigos 3.º e 4.º do Estatuto do Ministério Público, o Ministério Público –, autonomizando cada categoria de entidades: *i.)* particulares, isoladamente ou em grupo; *ii.)* associações e fundações constituídas com vista à defesa de tais interesses; *iii.)* autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes da área da respectiva circunscrição; e *iv.)* o Ministério Público.

⁵⁴ MÁRIO RAPOSO, «O Direito do Ambiente...», *cit.*, p. 42.

Antes de prosseguir, cumpre tecer duas observações prévias:

- Relativamente à forma de apresentação da queixa perante o Provedor.

A queixa pode ser apresentada por escrito ou oralmente, devendo nesse caso ser reduzida a escrito. Deve conter a identificação do queixoso, indicação de local de residência e assinatura, sempre que possível, além de uma sumária descrição dos factos e fundamentos da queixa, sob pena de convite à substituição⁵⁵ – artigo 25.º do EPJ. Queixas manifestamente infundadas ou de má fé são inadmissíveis⁵⁶, independentemente da aferição positiva do título de legitimidade – artigo 27.º/2 do EPJ.

A queixa é, em regra, dirigida directamente ao Provedor. Todavia, pode-lhe ser veiculada pelo Ministério Público (artigo 25.º/3 do EPJ) – desde que não seja endereçada a este último –, ou pelo Parlamento, comissões parlamentares e deputados (artigo 26.º do EPJ) – sempre que se trate de uma petição ou queixa relativa ao âmbito de actividade do Provedor. A «transmissão indirecta» não supre, todavia, os requisitos de legitimidade previstos no artigo 24.º/1 do EPJ;

- Relativamente aos efeitos da eventual ilegitimidade do queixoso quanto à admissibilidade do procedimento da queixa.

O EPJ contém uma norma sobre admissibilidade das queixas, a que acabámos de aludir, no tocante a queixas manifestamente infundadas – artigo 27.º/2⁵⁷. O que sucede, no entanto, a queixas apresentadas por entidades sem legitimidade, em face do artigo 24.º/1 do EPJ?

⁵⁵ Embora o artigo 27.º/2 do EPJ só determine o indeferimento liminar das queixas «manifestamente apresentadas de má fé ou desprovidas de fundamento», julgamos que, uma vez pedida a substituição da queixa escrita em virtude da necessidade de identificação do queixoso, esta só deva ser admitida se tal omissão for justificada (por exemplo, receio de represálias). Cfr., aliás, o artigo 12.º/2/a) da Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto (alterada pelas Leis n.ºs 6/93, de 1 de Março, 15/2003, de 4 de Junho e 45/2007, de 24 de Agosto), que determina o indeferimento liminar de petições apresentadas a coberto de anonimato.

⁵⁶ E são susceptíveis de procedimento criminal, após comunicação ao Ministério Público – cfr. o artigo 37.º do EPJ.

⁵⁷ Seria, porventura, de introduzir benfeitorias neste artigo 27.º (estabelecendo um paralelo com o artigo 12.º/1 da Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto), alargando os casos de inadmissibilidade:

- Por um lado, a queixas relativas a casos já objecto de apreciação pelo Provedor, arquivadas ou desatendidas, salvo alteração de circunstâncias;
- Por outro lado, a queixas solicitando a reapreciação de casos objecto de pronúncia judicial, sempre que o fundamento extravase a avaliação da justiça da decisão.

O artigo 27.º/1 cria um «filtro» de admissibilidade, prevendo uma apreciação preliminar. Parece, portanto, que a falta de legitimidade poderá ser óbice do desenvolvimento do procedimento de queixa, levando ao seu arquivamento, nos termos do artigo 31.º do EPJ. Contudo, este preceito identifica apenas, como causas de arquivamento: a incompetência do Provedor quanto à matéria da queixa; a ausência de fundamentos, de facto e de direito, que justifiquem a adopção de quaisquer diligências; a inutilidade superveniente, em virtude de a reparação da ilegalidade ou da injustiça já ter sido promovida pelo órgão competente. Julgamos que seria de inserir no elenco do artigo 31.º, por uma questão de clarificação, uma alínea relativa ao pressuposto da legitimidade – isto sem embargo de a conjugação entre os artigos 24.º/1 e 27.º/1 poder sustentar a inadmissibilidade da queixa e, conseqüentemente (salvo se houver manifesta infundamentação), o seu arquivamento.

i.) Quando o artigo 24.º/1 do EPJ reconhece legitimidade aos «cidadãos, individual ou colectivamente», admite que a queixa seja apresentada por qualquer cidadão que entre em relação com a Administração portuguesa – ou com órgãos de outra qualquer função do Estado, com as ressalvas contidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 22.º do EPJ –, seja português ou estrangeiro, residente ou turista: – desde que se veja ofendido num direito fundamental cujo exercício não lhe seja vedado; – pretenda denunciar uma situação de «má administração»; ou ainda, – solicite a intervenção do Provedor com vista à tutela de interesses difusos [artigo 20.º/1/a) e e) do EPJ]. Ora, concentrando-nos apenas neste último segmento, constatamos uma dissonância relativamente ao artigo 2.º/1 da LAP, que restringe a legitimidade para defesa de interesses difusos a «cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos», o que, à primeira vista, excluiria todos os estrangeiros que, nos termos do artigo 15.º/2 da CRP (e não abrangidos pelas excepções dos números seguintes), não gozam de direitos políticos em Portugal.

Este entendimento deve, no entanto, ser rejeitado. Com efeito, apesar de o artigo 52.º da CRP se incluir na «gaveta» dos direitos, liberdades e garantias de participação política, vários Autores se pronunciam no sentido de «branquear» esta qualificação – imputável à filiação originária do «direito de acção popular» presente no artigo 49.º da versão original da CRP na «acção popular» do Código Administrativo de 1936/40, que pressupunha a capacidade eleitoral activa do autor –, apelando à estrutura dos bens que geram os interesses de fruição acolhidos sob o abrigo da categoria adjectiva de interesse difuso. Na verdade, estes bens, na sua dimensão imaterial, são indiferenciadamente fruíveis por qualquer pessoa, independentemente de ligação política à comunidade nacional⁵⁸. Mesmo no tocante aos bens culturais

⁵⁸ Neste sentido, JORGE MIRANDA, no seu «Ideias para uma revisão constitucional em 1996» (in *Constituição e Cidadania*, Coimbra, 2003, pp. 101 segs.) defendia a recondução das hipóteses de «prevenção, cessação ou

classificados como monumentos nacionais ou tesouros nacionais (cfr. o artigo 15.º/3 da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro – Lei do Património Cultural), é a própria Lei do Património Cultural que reconhece legitimidade aos estrangeiros para requerer a classificação (cfr. o artigo 25.º/1 da Lei n.º 107/2001), o que afasta qualquer dúvida quanto à legitimidade para intervir em sua defesa, em caso de ameaça de lesão.

Ou seja, não existem restrições quanto à nacionalidade dos queixosos no direito de acesso ao Provedor em matéria de interesses difusos. Mesmo que procedesse o condicionamento do 2.º/1 da LAP, sempre seria de observar, de resto, que as queixas poderiam entrar pelo artigo 24.º/1 do EPJ, tendo como fundamento a ilegalidade da conduta, activa ou omissiva, das autoridades públicas com competência na matéria. Esta ressalva vale, do mesmo passo, para contrariar uma outra tentativa de condicionamento da legitimidade de particulares a partir do critério do «universo» (qualidade comum, área de residência) a que alude o artigo 15.º/3 da LAP. Já vimos que este preceito não se aplica a interesses difusos, mas apenas a interesses individuais homogéneos. Os interesses difusos são susceptíveis de fruição universal, podendo ser defendidos por cidadãos que não tenham contacto directo com a fonte de lesão mas que, ainda assim, têm um interesse de facto na preservação da integridade e da qualidade do bem em causa⁵⁹.

ii.) No que tange à legitimidade de associações e fundações perante o Provedor, ela enfrenta dois obstáculos: a restrição da iniciativa do procedimento de queixa a «cidadãos», nos termos do artigo 24.º/1 do EPJ; o princípio da especialidade, nos termos gerais e especialmente por referência ao disposto no artigo 3.º da LAP⁶⁰.

Quanto ao primeiro entrave, ele parece decorrer de um lapso legislativo. Recorde-se que a possibilidade de intervenção do Provedor em sede de interesses difusos foi introduzida no EPJ de 1991, não se encontrando presente no Estatuto de 1977. Ora, inexistindo a referência a realidades de fruição colectiva do antecedente, não faria muito sentido estender-se a legitimidade a pessoas colectivas – embora já então a Constituição consagrasse uma norma de

perseguição» judiciais de bens de fruição colectiva ao artigo 20.º da CRP (p. 116). V. também C. AMADO GOMES, «D. Quixote...», *cit.* Contra, entendendo ser a utilização da legitimidade popular sempre dependente de um vínculo político à comunidade, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo, cit.*, pp. 660, 661.

⁵⁹ Demonstrativa desta compreensão alargada é a alteração sofrida pelo DL n.º 69/2000, de 3 de Março, por força do DL n.º 197/2005, de 8 de Novembro (disciplina o procedimento de avaliação de impacto ambiental), no tocante à definição de «público interessado» (cfr. o artigo 2.º/r) – prescindiu-se do critério da residência presente na versão inicial. Idêntica correcção sofrera o conceito no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, pela via do DL n.º 130/2005, de 16 de Agosto (que altera o DL n.º 194/2000, de 21 de Agosto).

⁶⁰ Cfr. também as alíneas c) e f) do artigo 55.º/1 do CPTA.

extensão da titularidade de direitos fundamentais a pessoas colectivas, desde que compatíveis com a sua natureza, no artigo 12.º/2⁶¹. Na verdade, pese a possibilidade de comissão de ilegalidades e injustiças poder ter por alvo empresas – pense-se desde logo na recusa de concessão de autorizações de funcionamento de estabelecimentos –, sempre a queixa poderia ser apresentada pelos proprietários/sócios, invocando lesão dos seus direitos de propriedade ou de iniciativa económica. Podemos alvitrar que este «esquecimento» terá sobretudo a ver com o facto de o Provedor ser classicamente encarado como um *amplificador da voz* dos cidadãos, tendendo realidades como as associações sindicais ou as empresas privadas a ser excluídas deste elenco⁶².

Certo é que, com a introdução da alínea e) no n.º 1 do artigo 20.º do EPJ, cumpria coadunar o preceito relativo à legitimidade com a extensão da competência objectiva do Provedor a domínios que, em virtude da fraca sensibilização cívica dos portugueses, são sobretudo prosseguidos por associações constituídas especificamente com vista à sua defesa. Digamos que, no limite, a legitimidade destas associações ainda decorre do artigo 24.º/1 – uma vez que elas têm substrato pessoal e o preceito fala em colectivos de cidadãos (embora nos pareça que terá aqui sobretudo em vista fenómenos como as associações de moradores, ou movimentos de cidadãos). Mas a legitimidade das fundações só poderá assentar, na falta de mínima expressão no artigo 24.º/1, na própria alínea e) do artigo 20.º/1, quando equipara interesses colectivos a difusos, devendo a expressão *interesses colectivos* ser entendida, neste contexto, como interesses (difusos) defensáveis por uma pessoa colectiva constituída especificamente para esse fim sem que tais interesses correspondam a direitos individuais dos seus associados.

Ou seja: com alguma generosidade interpretativa, as associações e fundações constituídas com vista à defesa de interesses difusos detêm legitimidade para apresentação de queixas ao Provedor neste âmbito. Conviria, no entanto, numa futura alteração do Estatuto, tornar a base de legitimidade inequívoca – sobretudo porque a expressão «interesses colectivos» ganha um sentido técnico preciso (*vide supra*, 1.) não coincidente com a de interesses difusos.

Vencido este obstáculo, resta ainda aferir se os interesses cuja tutela se almeja através da intervenção do Provedor cabem no âmbito estatutário da associação ou fundação, uma vez que o artigo 3.º/b) da LAP impõe a inclusão expressa «nas suas atribuições ou nos seus objec-

⁶¹ Julgamos ser da conjugação entre este preceito e o artigo 23.º da CRP que J. MENÉRES PIMENTEL («O Provedor de Justiça...», *cit.*, p. 1039) retira a extensão universal do direito de queixa a pessoas colectivas.

⁶² Também J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*O Provedor de Justiça...*, *cit.*, p. 65), apelando a um argumento de desnecessidade de duplicação de tarefas, exclui a intervenção do Provedor nos casos que caíam no âmbito específico das atribuições dos sindicatos da função pública.

tivos estatutários [d]a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate». Por outras palavras e concretizando, uma associação de defesa do ambiente poderá, em razão da extensão do conceito de ambiente presente na CRP (artigo 66.º/2) e na LBA (cfr. os artigos 5.º/2/a), 6.º e 17.º)⁶³, propor-se defender um bem cultural ameaçado de demolição ilegal; já uma associação de defesa do património cultural não terá legitimidade para denunciar emissões gasosas tóxicas toleradas pelos órgãos com competência de fiscalização. Ou, apelando agora a uma ainda maior circunscrição em razão do critério geográfico, a *Associação de defesa dos sobreiros do Ribatejo* não poderá agir em defesa de um conjunto de sobreiros sito no Algarve...

Observe-se, em jeito de conclusão, que qualquer uma das restrições indicadas sempre poderia ser superada através da apresentação da denúncia por um associado ou grupo de associados, observando-se dessa forma sem hesitações a letra da norma do artigo 24.º/1 do EPJ.

iii.) O EPJ, já se disse, não contempla a atribuição de legitimidade a pessoas colectivas, pelas razões sobre as quais já se especulou. No entanto, a abertura que se sugeriu no sentido da admissão de queixas apresentadas por pessoas colectivas privadas não implica, de modo algum, a admissibilidade de queixas de pessoas colectivas públicas. Tal hipótese não merece acolhimento, uma vez que desvirtuaria totalmente a instituição *Provedor de Justiça* a possibilidade de entidades públicas, clássicas vilãs destinatárias das suas recomendações, se apresentarem como vítimas...

Ainda que a tendência actual seja para aceitar a litigância interorgânica (cfr. o artigo 55.º/1/d) do CPTA), a lógica de existência de uma autoridade como o Provedor reside na instauração de uma instância de oposição informal e gratuita do cidadão ao poder público (administrativo)⁶⁴. Tal abertura degeneraria certamente na intromissão do Provedor de Justiça em conflitos institucionais e não resultaria da necessidade de suprimento de qualquer défice de tutela, uma vez que tais situações gozam de vias próprias de resolução, administrativas, jurisdicionais e políticas⁶⁵.

⁶³ Conceito demasiado amplo, que deverá ser restringido por razões de operatividade – cfr. C. AMADO GOMES, «O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente», in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 9 segs., 17 segs.

⁶⁴ No mesmo sentido, apelando ao «próprio sentido dos direitos fundamentais», JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 218.

⁶⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, «Sobre o âmbito de intervenção do Provedor de Justiça», in *O Provedor de Justiça - Estudos comemorativos do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 111 segs., 112; J. J. GOMES CANO-TILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 441. Em sentido oposto, admitindo, em certas situações, a intervenção do Provedor de Justiça em litígios interorgânicos, D. FREITAS DO AMARAL, «Pressupostos

Daí que não consideremos admissíveis queixas com vista à defesa de interesses difusos apresentadas por autarquias ⁶⁶, embora tal legitimidade lhes seja reconhecida nos termos do artigo 2.º/2 da LAP ⁶⁷.

iv.) Finalmente, a hipótese de apresentação de queixas ao Provedor pelo Ministério Público deve ser identicamente descartada. O artigo 25.º/3 do EPJ refere o dever de comunicação do Ministério Público ao Provedor de queixas que lhe tenham sido incorrectamente dirigidas. Mas isso não significa, obviamente, que o título de legitimidade se altera. Para além de ilógica, a prossecução da tutela de interesses difusos, que a lei processual entrega expressamente ao Ministério Público nos termos dos artigos 3.º/1/e) e 4.º do seu Estatuto, é indelegável e irrenunciável. O seu deferimento ao Provedor de Justiça consubstanciaria mesmo, no limite, uma inconstitucionalidade, pelo menos sempre que a tutela dos interesses difusos correspondesse à tutela da legalidade objectiva, por afronta do artigo 219.º/1 da CRP.

Sublinhe-se, todavia, a estreita articulação entre a actuação do Provedor e do Ministério Público, esteada nos artigos 28.º/2 e 35.º/1 do EPJ. Estes preceitos reflectem, respectivamente, um princípio de colaboração entre o Ministério Público e o Provedor no âmbito da realização de diligências instrutórias, sempre que requeridas e eventualmente com carácter prioritário,

éticos, políticos e jurídicos na acção do Ombudsman», in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman - Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 225 segs., 232.

⁶⁶ A alteração da técnica de enunciação das atribuições autárquicas, promovida pela Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, poderá ter algum efeito multiplicador nesta sede (Sobre este ponto, veja-se D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 513, 514). Do antecedente, as hipóteses não seriam muitas, na medida em que municípios e freguesias partilhavam atribuições; daí que, sempre que tivessem a seu cargo a tutela do bem de fruição colectiva ameaçado ou lesado, tenderiam a usar as suas competências de autotutela declarativa e executiva (se a lei lha reconhecesse) e, apresentando-se como litigantes em juízo, fá-lo-iam com base na legitimidade orgânica sediada no artigo 55.º/1/c) do CPTA. Actualmente, não é impossível que uma freguesia invoque a legitimidade popular para defesa de um imóvel de interesse municipal ou a correcta gestão urbanística, uma vez que a prossecução destas atribuições foi entregue aos municípios – cfr. os artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 159/99. Um curioso caso de sobreposição entre legitimidade para defesa de atribuições próprias e legitimidade popular foi apreciado pelo STA no Acórdão de 30 de Setembro de 1999, que tivemos oportunidade de anotar sob o título «Um por todos e todos pela protecção ambiental» (um lapso impediu que o título correcto – que deveria mencionar «protecção do património cultural» – constasse do texto impresso), in *CJA*, n.º 31, 2002, pp. 10 segs.

⁶⁷ Em sentido contrário, RUI MACHETE, «As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção», in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 99 segs., 106.

e um princípio de respeito pela reserva de acção pública do Ministério Público no tocante à perseguição de infracções penais [v. *infra*, 3.iii.)].

3. A competência funcional do Provedor de Justiça com vista à tutela de interesses difusos: em especial, os limites

As modalidades de controlo exercidas pelo Provedor no contexto dos interesses difusos não diferem *formalmente* das que lhe são atribuídas noutros domínios. Há, contudo, alguns pontos que justificam uma menção especial.

- Um aspecto que merece realce prende-se com o âmbito de competência subjectiva do Provedor, na medida em que o artigo 20.º/1/e) do EPJ circunscreve a sua actuação às relações estabelecidas entre os queixosos e entidades públicas. Esta restrição – a qual, de resto e para alguns, é a que mais fielmente traduz o espírito do instituto do *Ombudsman* e a letra do artigo 23.º/1 da CRP – deve ser articulada com o artigo 2.º/2 do EPJ (versão de 1996), no sentido de esclarecer que, no âmbito dos interesses difusos, o alargamento a que este preceito procedeu não se verifica. De resto, não configurando os interesses difusos direitos subjectivos e subjectiváveis como direitos, liberdades e garantias⁶⁸ – uma vez que estes pressupõem posições jurídicas individualizadas, de carácter pessoal ou patrimonial, com um conteúdo determinado ou determinável – mas antes interesses de facto de fruição de bens de utilidades indivisíveis, a cláusula do artigo 2.º/2 sempre seria irrelevante.

Sem embargo da identificação de algumas iniciativas da Provedoria em matéria de tutela de interesses difusos em 4., gostaríamos de chamar desde já a atenção para que a delimitação subjectiva a que procede o artigo 20.º/1/e) do EPJ tem consequências no objecto da queixa. Por outras palavras, porque a queixa tem que ser deduzida contra entidades públicas, será sempre necessário demonstrar, ou uma situação de lesão de bens de fruição colectiva provocada pela prática de um acto administrativo, pela adopção de um regulamento, pela realização de operações materiais, ou pela celebração de um contrato entre a Administração e os particulares; ou a omissão de medidas administrativas de prevenção, proibição ou sancionamento de práticas

⁶⁸ Isto apesar das fórmulas enganosas utilizadas pelo legislador constitucional, que mais não são do que colagens acrílicas à divisão dual realizada no plano dos instrumentos de Direitos de Direito Internacional (paradigmáticos são os Pactos Internacionais: dos Direitos, Civis e Políticos; e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, sob a égide da Organização das Nações Unidas), e que não revestem conteúdo jurídico útil. Para uma demonstração desta afirmação a partir do «direito ao ambiente», vejam-se os nossos «O direito ao ambiente no Brasil...», *cit.*, pp. 282 segs.; «Constituição e Ambiente: errância e simbolismo», in *RDAOT*, n.º 13, 2006, pp. 39 segs.

lesivas de tais bens levadas a cabo por entidades privadas. A *imediação administrativa*, através da prática ou omissão de actos concretizadores das tarefas públicas de protecção e promoção de interesses difusos, é pressuposto imprescindível da possibilidade de intervenção do Provedor – à semelhança do que sucede no âmbito do reconhecimento de jurisdição aos tribunais administrativos para dirimir litígios entre privados, nos termos do artigo 37.º/3 do CPTA.

• Uma outra nota nos sugere a redacção da alínea e) do artigo 20.º/1 do EPJ, no confronto com a formulação da alínea a). Pode tratar-se de um mero desacerto provocado pela introdução de uma nova competência num contexto que transitou do Estatuto de 1977 praticamente intocado. No entanto, cremos que a natureza das posições jurídicas em jogo justifica a intensificação do poder de controlo do Provedor – a alínea e) utiliza o verbo «intervir», enquanto a alínea a) se reporta a «emitir recomendações»⁶⁹. Não podendo, sem alteração constitucional, traduzir-se a «intervenção» em actuação jurisdicional, parece-nos que o legislador pretendeu acentuar o papel de mediação do Provedor, contribuindo para a sua emergência neste domínio como um verdadeiro *indutor do diálogo* entre os titulares dos interesses em presença – normalmente no seio de relações multipolares⁷⁰. Face a realidades cuja gestão envolve uma delicada composição de interesses – que muitas vezes obriga a juízos de prognose projectados num horizonte muito superior à duração das vidas dos intervenientes –, o Provedor surge como uma hipótese de «minimização da conflitualidade»⁷¹, representando uma última instância informal de concertação a todos os títulos relevante, quer no tocante à redução da litigiosidade judicial, quer no que tange à pacificação social e à aceitabilidade das decisões.

⁶⁹ Sobre as modalidades de recomendações do Provedor de Justiça, validade jurídica e (in)impugnabilidade, v. S. LOPES LUÍS, *As recomendações do Provedor de Justiça*, Relatório de mestrado apresentado na disciplina de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano lectivo de 2003/2004, inédito, pp. 21 segs.

⁷⁰ Referindo-se à mediação do Provedor na resolução de queixas de dimensão colectiva como a contaminação electromagnética por antenas ou a poluição sonora, H. NASCIMENTO RODRIGUES acentuava esta faceta da instituição, que «implica não apenas o controlo da legalidade dos procedimentos administrativos de licenciamento ou de autorizações, como também pressupõe que seja assegurado às populações atingidas o direito a participar e a emitir opinião nos processos correspondentes e, sobretudo, o direito à transparência administrativa e ao rigor da decisão, como forma incontornável de superar medos e receios, porventura infundados» in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman - Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, «Palavras proferidas na sessão inaugural do VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman», in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman – Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 17 segs., 19.

⁷¹ G. MUNDARAÍN, «A mediação do Ombudsman nos conflitos entre a Administração e os cidadãos», in *VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman – Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 51 segs., 56.

• Uma terceira questão, para a qual gostaríamos de chamar a atenção, prende-se com a intervenção do Provedor junto do legislador alertando-o para a necessidade de corrigir deficiências ou mesmo lacunas legislativas, bem como para revogar normas cujo teor obste ou minimize o esforço de protecção da integridade e qualidade de bens de fruição colectiva – artigo 20.º/1/b) do EPJ. Como dissemos, esta competência não apresenta qualquer diferença formal no domínio da tutela dos interesses difusos, mas materialmente a sua inter-relação com o Direito Comunitário – em especial, nas áreas do ambiente e da protecção dos consumidores – incumbe o Provedor de tarefas de observação privilegiada e de auxiliar do legislador no desenvolvimento e aplicação uniforme do Direito Comunitário – *maxime*, em sede de transposição de directivas⁷².

• Finalmente, problema diverso, embora conexo com a interpenetração do Direito Nacional pelas normas eurocomunitárias, respeita à delimitação da competência subjectiva do Provedor de Justiça em face do Provedor Europeu (cfr. o artigo 195 do Tratado de Roma). Não nos reportamos, evidentemente, à simples distinção que decorre de a actuação sindicável junto de cada um destes órgãos ser, quanto ao primeiro, desenvolvida por entidades nacionais e, quanto ao segundo, por instituições comunitárias. A complexidade da questão pode advir do facto de as Administrações nacionais serem braços executivos da Comunidade⁷³, e nessa medida poderem, em execução de comandos comunitários pretensamente inválidos (constantes quer directamente de regulamentos, quer indirectamente de directivas transpostas para diplomas nacionais), perpetrar actuações ilegais. Nesta sede, é de realçar a proposta de CHITI, no sentido da criação de uma rede de Provedores europeus ao nível dos Estados-membros que, em articulação com o Provedor Europeu, se ocupasse das queixas dos cidadãos por má administração na execução do Direito Comunitário pelas Administrações nacionais⁷⁴.

Tal sistema envolveria, não somente a alteração do Tratado de Roma como, no caso português, uma revisão constitucional. Presentemente, o Provedor de Justiça ocupa-se dos casos de má-administração das autoridades nacionais, quer em execução de direito nacional, quer de Direito europeu. Neste último caso realce-se, todavia, que se é certo que a actuação do Provedor (nacional) pode revelar-se decisiva sempre que a via contenciosa comunitária se apresentar vedada pelo entendimento restrito que o Tribunal de Justiça tem adoptado em sede

⁷² Naturalmente que esta competência de «observatório legislativo» não exige o legislador da responsabilidade primária pela concretização dos deveres de lealdade e cooperação na aplicação do Direito Comunitário.

⁷³ V. PAULO OTERO, «A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros da União europeia», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, I, Coimbra, 2002, pp. 817 segs.

⁷⁴ M. CHITI, «Il Mediatore Europeo e la buona amministrazione comunitária», in *RIDPC*, 2000, pp. 303 segs., 326.

de preenchimento do pressuposto da legitimidade dos autores particulares em sede de acção de anulação (*vide* o artigo 230, §4.º do Tratado de Roma)⁷⁵, inquestionável se afigura que, não tendo sido a norma comunitária habilitante da actuação administrativa atempadamente atacada e erradicada do ordenamento, a «recomendação» da sua desaplicação pode ser vista como um «convite ao incumprimento» e uma violação do dever de solidariedade que decorre do artigo 10 do Tratado de Roma.

Feitas estas considerações gerais, debruçemo-nos sumariamente sobre os limites da competência de controlo do Provedor nesta sede.

Os limites da intervenção do Provedor decorrem desde logo do artigo 22.º do EPJ cuja epígrafe é, precisamente, «Limites de intervenção». No entanto, quer do artigo 21.º/2, quer do artigo 32.º, resultam igualmente condicionamentos ao controlo exercido pelo Provedor, que deverão ser objecto de análise. Assim, passaremos a averiguar :

i.) De que forma pode a *existência* de uma via graciosa e/ou contenciosa eximir o Provedor de exercer o seu papel de controlo;

ii.) De que forma pode a *utilização* de uma via graciosa e/ou contenciosa inibir o Provedor de exercer o seu controlo;

Teceremos ainda breves considerações sobre a proibição que impende sobre o Provedor de «anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos» cuja ilegalidade constata, bem assim como sobre o impedimento de acesso às instâncias jurisdicionais – salvo junto do Tribunal Constitucional, no âmbito dos processos de fiscalização da constitucionalidade abstracta por acção e por omissão – para defesa de interesses difusos (*iii.*).

i.) O artigo 32.º é uma disposição quase paradoxal, na medida em que, entendido à letra, poderia constituir uma verdadeira cláusula autorizativa de renúncia indiscriminada às competências de controlo da Administração que a Constituição e o próprio EPJ cometem ao Provedor (cfr. ainda o artigo 29.º do CPA). Ao admitir que o Provedor, reconhecendo a existência de um meio, gracioso ou contencioso, especialmente previsto na lei, que permita ao queixoso

⁷⁵ Sobre este problema, em geral, vejam-se RUI MOURA RAMOS, «*Locus standi* dos particulares no contencioso de anulação em Direito Comunitário, Anotação aos Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Maio de 2002, e do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 2002», in *RLJ*, n.º 3936, 2005, pp. 170 segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade*, Lisboa, 2006, pp. 382 segs. Em especial no domínio dos interesses difusos, *maxime* do ambiente, C. AMADO GOMES, «A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular», in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 293 segs., esp. pp. 307 segs.

contestar a ilegalidade de que entende estar a ser vítima e forçar a Administração a retractar-se, possa simplesmente encaminhá-lo para o uso desse meio, o EPJ correria o risco de esvaziar a parte mais significativa de actuação da instituição. Esta interpretação é inaceitável, não só por ilógica, como por perigosamente próxima de inconstitucional. Mas então, que sentido devemos atribuir ao artigo 32.º do EPJ?

Em nossa opinião, este preceito constitui um afloramento de um princípio de oportunidade que, por força da acessibilidade pública do Provedor, tem forçosamente de se admitir. Na verdade, sendo gratuita e isenta da necessidade de constituição de advogado, a apresentação de queixas ao Provedor denunciando situações de ofensa a direitos, liberdades e garantias, de má-administração e de lesão de interesses difusos, numa Administração de prestação, pode assumir um volume de tal forma avassalador que obrigue à selecção das situações mais graves (em obediência a critérios de carência do queixoso, de representatividade do caso, de exemplaridade do mau funcionamento dos serviços...) ⁷⁶. A previsão, no artigo seguinte (33.º), da figura dos «casos de pouca gravidade» («sem carácter continuado»), que podem resolver-se através de uma mera chamada de atenção do Provedor ao órgão ou serviço competente denotam esta preocupação do estabelecimento de filtros (de segunda linha, uma vez que aqui chegados, o limiar da admissibilidade já foi ultrapassado com êxito) que permitam gerir um afluxo inusitado de queixas. Caberá aos serviços da Provedoria usar de autocontenção na gestão desta faculdade de encaminhamento, justificando-a à luz da necessidade de garantir, com os meios disponíveis, uma «boa administração» do papel de mediação do Provedor ⁷⁷.

Cumprе sublinhar que, se anteriormente à reforma do contencioso administrativo, os meios jurisdicionais à disposição do particular com vista à contestação da legalidade da actuação administrativa revelavam um acentuado défice, actualmente, com a entrada em vigor do novo ETAF e do CPTA, em Janeiro de 2004, este quadro se alterou radicalmente. No que toca especificamente ao domínio da tutela dos interesses difusos, podem apontar-se, por exemplo, como novidades: a possibilidade de condenar a Administração à prática de actuações materiais (de medição; inspecção; pós-avaliação; de audiência dos interessados), através da acção administrativa comum (artigo 37.º/2/c) do CPTA); a possibilidade de pedir a condenação da Administração na adopção da decisão em falta (emissão de actos autorizativos), através da acção administrativa especial de condenação à prática de acto legalmente devido (artigo

⁷⁶ Bem assim como à preterição de casos em que a via jurisdicional já esteja a ser utilizada.

⁷⁷ Julgamos serem transponíveis para este contexto as considerações de J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*O Provedor de Justiça...*, cit., p. 67), quando apela à não dispersão de energias do Provedor e à não banalização da sua intervenção, factos que podem implicar «uma resposta selectiva às queixas, dando preferência à protecção dos indivíduos e grupos que têm maiores dificuldades de defesa numa sociedade desigual».

67.º do CPTA); a possibilidade de solicitar a intimação da Administração a fornecer documentos em que conste informação a cujo acesso o requerente tem direito (v.g., no âmbito de um procedimento de avaliação de impacto ambiental), nos termos da intimação para consulta de documentos inscrita nos artigos 104.º e segs. do CPTA; a possibilidade de requerer o decretamento, definitivo ou provisório, de providências cautelares tendentes à prevenção ou cessação de lesões em bens de fruição colectiva (artigos 112.º e 131.º do CPTA); a possibilidade de requerer a execução substitutiva, em caso de inexecução ilícita de sentença por parte da Administração, sempre que se estiver perante actos vinculados (artigo 167.º/6 do CPTA). Todos estes meios, como se sabe, podem ser accionados por autores investidos em legitimidade popular, ao abrigo do artigo 9.º/2 do CPTA.

Dir-se-á que não só à jurisdição administrativa caberá a apreciação de ofensas relativas a interesses difusos, uma vez que a prevenção, cessação e reparação de lesões provocadas por particulares seriam sindicáveis nos tribunais comuns. Não é isso, no entanto, que resulta da leitura do artigo 4.º/1/l) do ETAF, que afecta à jurisdição administrativa todos os litígios emergentes de «violações a valores e bens constitucionalmente protegidos», «quando cometidas por entidades públicas», desde que não constituam ilícito penal ou contra-ordenacional⁷⁸. Pese a aparente circunscrição a violações perpetradas por entidades públicas, desde que se demonstre a violação de um dever de fiscalização (e para isso bastará identificar o bem jurídico e a norma constitucional que incumbe a Administração da tarefa primacial da sua protecção, na ausência de acto autorizativo), estará configurada uma violação por omissão de tais deveres, ainda que o réu principal seja uma entidade privada (cfr. o artigo 10.º/7 do CPTA). Ou seja, há relação jurídica administrativa, senha de entrada no contencioso administrativo (artigo 1.º do ETAF) – e também no âmbito de sindicância do Provedor.

Esta superabundância de meios de controlo das acções e (sobretudo) omissões administrativas em sede de interesses difusos não deve, insistimos, compelir o Provedor a abdicar indiscriminadamente dos seus poderes de controlo, desde logo officioso⁷⁹. Recorde-se que o Provedor

⁷⁸ Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA, «Tutela jurisdicional em matéria ambiental», in *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, 2003, pp. 77 segs., 82; C. AMADO GOMES, «A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF», in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 23005, pp. 249 segs., esp. 261 segs.

⁷⁹ Estabelecendo uma comparação entre a eficácia dos meios contenciosos e o Ombudsman (em França e no Reino-Unido) – a partir de cinco critérios: independência; visibilidade; acessibilidade; âmbito de competência; poderes de investigação –, P. GIDDINGS, R. GREGORY, V. MOORE e J. PEARSON concluíram no sentido da bondade da solução da complementaridade – «Le contrôle des actes administratifs au Royaume-Uni: une comparaison entre les systèmes d'Ombudsman et le système judiciaire», in *RISA*, 1993/2, pp. 339 segs., *passim*.

tem importantes poderes de inspecção (*vide* o artigo 21.º/1/a) e b) do EPJ) e de averiguação (artigos 29.º e 30.º do EPJ), cuja utilização poderá redundar na constatação de infracções merecedoras de prossecução contra-ordenacional ou mesmo criminal, que deverão ser comunicadas ao Ministério Público (artigo 35.º/1 do EPJ)⁸⁰. E nos casos em que constatar apenas ameaça de violação, a denúncia da situação ao Ministério Público é de suma importância, uma vez que este pode propor o decretamento de providências cautelares com vista à evitação ou minimização do dano (o que, tratando-se de bens frágeis e cujas lesões podem revelar-se irreversíveis, como o ambiente, a saúde, o património cultural, é essencial). Diga-se, no entanto, que a complexidade de aferição técnica de muitas situações de infracção (limite de emissão de gases; medição do ruído) pode reduzir o alcance dos poderes inspectivos do Provedor.

O que pode suceder, na prática, é, se não a diminuição dos casos de recurso ao Provedor em virtude do incremento das vias de tutela jurisdicional *efectiva* no contencioso administrativo, a verificação de muitos casos de dupla tutela: graciosa (queixa ao Provedor) e contenciosa (acção judicial). Contrariamente a outros modelos (*v.g.*, o Provedor de Justiça Europeu), ao Provedor de Justiça português não é vedado intervir em situações que estejam sob escrutínio judicial à data da queixa, ou que o venham a estar posteriormente à apresentação desta. Mas esta possibilidade, que resulta do artigo 21.º/2 do EPJ, não é pacífica.

ii.) Reza o n.º 2 do artigo 21.º do EPJ: «A actuação e intervenção do Provedor de Justiça não é limitada pela utilização de meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis nem pela pendência desses meios (...)»

Esta norma deve ser lida articuladamente com o artigo 22.º (para o qual, aliás, remete), no qual se estabelecem limites à competência do Provedor que se prendem quer com a proibição de anular, revogar ou modificar actos dos poderes públicos, bem assim como com a não suspensão de prazos de recurso, hierárquico e contencioso, pelo facto da sua intervenção⁸¹; quer com a proibição de inspecção e fiscalização dos órgãos de soberania, das Assembleias

⁸⁰ Sobre este ponto, *v.* LUÍS SILVEIRA, «O Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, 2001, pp. 818 segs., 833 segs.

⁸¹ O artigo 22.º do EPJ sofre uma derrogação no caso dos militares e agentes militarizados, os quais, por força da inserção numa cadeia hierárquica especialmente intensa, devem esgotar previamente as vias administrativas de contestação da validade dos actos de que forem destinatários, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho (embora o n.º 4 do preceito não inviabilize a iniciativa oficiosa do Provedor). Esta restrição não se afigura incontroversa à luz do artigo 270.º da CRP – quer porque nele se não vislumbra referência ao uso de meios gratuitos ou contenciosos, quer porque as restrições hão-de surgir «na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções»...

legislativas regionais e dos Governos regionais, salvo no que respeite a matéria tipicamente administrativa; quer, enfim, com a proibição de apreciar queixas relativas à actividade judicial, que serão avaliadas pelos órgãos de controlo destas instâncias⁸². Ainda assim, todavia, fica a dúvida de saber se a sindicância paralela da legalidade administrativa pelo Provedor e pelos tribunais (administrativos) não constituirá uma violação dos princípios da independência dos tribunais (artigo 203.º da CRP) e, embora em menor grau (uma vez que o Provedor se limita a emitir recomendações, sem carácter vinculativo), da prevalência das suas decisões sobre as de quaisquer outras entidades (artigo 205.º/2 da CRP)⁸³.

Noutros sistemas, a opção legal no sentido de excluir a possibilidade de sobreposição foi inequívoca (cfr. os artigos 195.º/1, §1º, 1º segmento do Tratado de Roma; 17.1 da *Ley Organica del Defensor del pueblo* espanhola⁸⁴). Em Portugal, a resposta à questão passará, desde logo, por saber qual o objecto do processo judicial⁸⁵. Com efeito, dependendo das circunstâncias, o particular pode ver-se colocado perante a opção entre a jurisdição comum e a jurisdição administrativa. Tome-se o caso típico das *relações de vizinhança* entre privados, em que *só mediatamente* se defendem interesses difusos, pois o que se pretende, em primeira linha, é obstar à continuação de uma actividade lesiva para uma posição jurídica individual (normalmente, a integridade física e psíquica ou a propriedade): se o lesado avança com uma acção inibitória nos termos do CPC, para defesa do seu direito individual, os tribunais comuns serão competentes e a actuação da Administração não é apreciada em juízo; já se o lesado, porque denunciou previamente a situação às autoridades administrativas e estas, embora se trate de um caso de violação de normas jurídico-administrativas, se remeteram à inércia, decidir recorrer aos tribunais administrativos, através da acção administrativa comum, poderá fazê-lo nos termos do artigo 37.º/3 e 10.º/7 do CPTA, e a omissão administrativa constituirá forçosamente objecto de apreciação jurisdicional (a entidade administrativa será co-ré na acção).

⁸² Especialmente sobre este ponto, MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 43 segs. (vincando o facto de, no lote de direitos fundamentais abrangidos pela intervenção do Provedor se incluir o direito à tutela jurisdicional efectiva).

⁸³ Admitindo a intervenção do Provedor de Justiça simultaneamente à utilização de um meio contencioso, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 442.

⁸⁴ No entanto, o *Defensor* poderá prosseguir a investigação «sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas» e «velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados». Cfr. J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Defensor del Pueblo...*, cit., pp. 65, 66 e 75, 76.

⁸⁵ Apelando ao critério da identidade do objecto do processo e à verificação de «litispendência» como impedimento da actuação do Provedor, D. FREITAS DO AMARAL, «Pressupostos éticos...», cit., p. 231.

Ou seja, na segunda hipótese, a intervenção do Provedor, a não estar concluída até à propositura da acção, corre o risco de afrontar a decisão judicial – imagine-se que o Provedor conclui pela ilegalidade e o tribunal pela não ilegalidade⁸⁶. O facto de, nos termos do artigo 59.º/5 do CPTA, se admitir a impugnação simultânea de actos através da via hierárquica e contenciosa não resolve a questão, na medida em que o que releva em termos de salvaguarda da independência dos tribunais não é a possibilidade de a Administração exercer o poder de autocontrolo dos seus actos (quer em termos de legalidade, quer de mérito), mas sim a existência de uma instância de apreciação da legalidade da actuação administrativa⁸⁷ – ainda que limitada quanto aos efeitos das suas decisões – paralelamente posicionada à instância jurisdicional e que, sem embargo da informalidade que reveste (cfr. os artigos 28.º/1 e 39.º do EPJ), revela características quasi jurisdicionais⁸⁸. Por seu turno, a obrigatoriedade das decisões judiciais sempre determinaria a obrigação de arquivamento do processo de queixa perante uma decisão de absolvição da instância baseada em ilegitimidade do autor ou caducidade do direito de acção [cfr. o artigo 89.º/1/d) e h) do CPTA], sendo os pedidos idênticos. Do mesmo passo, a existência de caso julgado deve constituir fundamento de inadmissibilidade da queixa⁸⁹.

Naturalmente que, quer se trate de uma decisão unilateral, quer de uma operação material, a Administração poderá, na pendência do processo, vir corrigir a sua conduta. No caso dos actos, essa possibilidade, imperativa à luz do princípio da legalidade, parece decorrer hoje dos artigos 64.º e 65.º do CPTA, contrariando aqueles que advogavam, na vigência da LPTA, a imunização das decisões administrativas ao poder de supervisão após o decurso do prazo

⁸⁶ Claro que se, entretanto, a recomendação do Provedor levar a Administração a acatar a conduta em causa, o processo terminará por inutilidade superveniente – embora possa surgir um novo processo, desta feita desencadeado pelo particular vencido contra a Administração.

⁸⁷ Com isto não excluimos que o Provedor de Justiça possa controlar o mérito da actuação administrativa, a oportunidade e conveniência que reveste – importante é que não possa substituir-se a ela. No limite, poderia admitir-se a presença do Provedor de Justiça no processo nos casos de impugnação simultânea (administrativa e contenciosa), até à resposta do órgão *ad quem*, quando os motivos da contestação da actuação se prendem com o mérito desta.

Sobre as várias posições quanto à questão de saber se o Provedor de Justiça pode debruçar-se sobre o mérito da actividade administrativa – que, numa certa medida, se confunde com a «boa administração» e, num outro plano, revela afinidades com a razoabilidade/proporcionalidade, FILIPE BAPTISTA, *O Provedor de Justiça...*, *cit.*, pp. 280 segs.

⁸⁸ Como a consagração dos princípios do inquisitório (artigos 29.º e 30.º do EPJ) e do contraditório (artigo 34.º do EPJ) denota.

⁸⁹ Neste sentido, C. VIDETTA, «Difensore civico e giudice amministrativo», in *DPA*, 1997/2, pp. 263 segs., 269.

de resposta da entidade recorrida – hoje, do prazo de contestação da pessoa colectiva ré⁹⁰. O que significa que, na prática, a «pressão» do Provedor poderia manter a sua utilidade, contribuindo para a correcção da situação de ilegalidade⁹¹. Do ponto de vista estritamente jurídico, contudo, não deixará de se configurar uma sobreposição de avaliações e de existir mesmo o risco de emissão de juízos contraditórios. Julgamos, por isso, que o princípio da independência dos tribunais deverá conduzir o Provedor a suspender o procedimento de queixa *sempre que a prossecução implique a possibilidade de um duplo e contraditório juízo sobre a legalidade da actuação administrativa*⁹².

Esta afirmação não inviabiliza, todavia, a «recuperação» da competência uma vez findo o processo declarativo e condenada a Administração a repor a legalidade, no sentido de a levar a cumprir a decisão judicial no mais curto prazo⁹³. Ou mesmo, em caso de não verificação da ilegalidade, o Provedor de Justiça poderá ainda (voltar a) intervir em nome da justiça na

⁹⁰ Sobre esta solução, J. ROBIN DE ANDRADE, «Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *CJA*, n.º 28, 2001, pp. 37 segs., 48; PAULO OTERO, «Impugnações administrativas», in *CJA*, n.º 28, 2001, pp. 50 segs., 53; M. AROSO DE ALMEIDA, «Implicações de Direito substantivo da reforma do contencioso administrativo», in *CJA*, n.º 34, 2002, pp. 69 segs., 76, 77 (sublinhe-se, no entanto, que o Autor não considera que o artigo 64.º do CPTA tenha revogado o segmento final do artigo 141.º/1 do CPA, conforme esclarece na nota 24).

⁹¹ Como sublinha RUI MACHETE («As funções do Provedor»..., *cit.*, p. 106), uma vez proposta acção judicial, «o Provedor só poderá intervir no que, em princípio, seria o campo reservado à margem de livre apreciação da Administração, ou à opção das alternativas oferecidas pela estatuição da norma à entidade agente, se estiver em jogo uma questão de justiça comutativa, distributiva ou legal que afecte os destinatários em sentido amplo do acto, incluindo os contra-interessados. *Mas essa intervenção situa-se no âmbito da legalidade e não do mérito ou conveniência*» (itálico nosso).

⁹² Este entendimento convida à reformulação da redacção do artigo 21.º/2 do EPJ numa futura revisão, embora, no limite e atendendo a uma interpretação conforme à Constituição, a sua compatibilidade com a Lei Fundamental possa ainda afirmar-se (reduzindo o seu alcance aos processos em que a actividade da Administração não seja, pelo menos directamente, sindicável). Afirmando que «se uma questão estiver pendente num Tribunal, não pode o Provedor de Justiça intrometer-se no seu tratamento, nem apreciar a sentença que vier a ser proferida», F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *cit.*, p. 74.

⁹³ J. MENÉRES PIMENTEL («O Provedor de Justiça...», *cit.*, p. 1041) acentuava este aspecto em 1999, antes da entrada em vigor do CPTA, quando «os meios de coerção da execução das sentenças [eram] ainda imperfeitos». Actualmente, não só existe um processo executivo propriamente dito no CPTA (artigos 157.º a 172.º), como o juiz administrativo pode cominar sanções pecuniárias compulsórias que constroem a Administração a acatar as decisões jurisdicionais (cfr. o artigo 169.º do CPTA). Além disso, o juiz pode ainda, no âmbito de acções executivas para prestação de facto fungível, determinar a entrega da coisa devida ou mandar executar prestação por terceiro a custas da Administração (artigo 167.º/5 do CPTA); no âmbito das execuções de sentenças de condenação à emissão de acto devido, sendo o acto vinculado, uma vez expirado o prazo concedido

medida em que ela «transcenda» a legalidade⁹⁴, tentando levar a Administração a «suavizar» os termos da sua conduta, julgada conforme aos parâmetros legais mas passível de correcção em homenagem a critérios de equidade social (v.g., realojamento de famílias desfavorecidas despejadas de construções clandestinas)⁹⁵. É que «o Provedor não é o provedor da lei, é o Provedor da Justiça. Mas não é o da Justiça tomando esta como objecto de especulação filosófica. É Provedor da Justiça no concreto, no dia-a-dia da sociedade»⁹⁶.

iii.) O Provedor de Justiça português encontra-se impedido de anular, revogar ou modificar os actos dos poderes públicos, ou seja, da Administração – artigo 22.º/1 do EPJ. Esta proibição decorre desde logo do preceito constitucional (o artigo 23.º refere que o Provedor aprecia «sem poder decisório») e vai de encontro ao espírito da figura do *Ombudsman* enquanto mediador entre a Administração e os particulares com vista à correcção de situações de ilegalidade e injustiça. O Provedor não faz, recomenda que se faça, e conta com que o seu prestígio institucional e os relatórios que anualmente apresenta à Assembleia da República sobre a sua actividade impressionem as autoridades, constringendo-as a adoptar uma melhor postura funcional. Em Itália, todavia, os *Defensori civici* das Regiões⁹⁷ ganharam, em 1997, o poder de

pelo juiz para a sua adopção, o interessado pode requerer ao tribunal que emita sentença substitutiva dos efeitos do acto omitido (artigo 179.º/5 do CPTA).

Estes novos poderes dos tribunais administrativos no âmbito da execução de sentenças justificarão uma retracção do Provedor de Justiça? Pensamos que não, uma vez que, ainda que residualmente, haverá sempre uma margem de actuação eventual, nos casos em que a Administração se revele especialmente renitente a cumprir – sobretudo nos casos de prestações de facto infungíveis – e não alegue causa legítima de inexecução atendível.

⁹⁴ ANA NEVES, *O Provedor...*, cit., p. 76.

⁹⁵ Sobre o princípio da justiça, consagrado nos artigos 266.º/2 da CRP e 6.º do CPA (e as dificuldades de delimitação face a outros princípios que norteiam a actuação administrativa), M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, p. 106; D. FREITAS DO AMARAL, «O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 685 segs., 701 segs. (para este Autor, Justiça é «o conjunto de valores que impõem ao Estado e a todos os cidadãos a obrigação de dar a cada um o que lhe é devido, em função da dignidade da pessoa humana»).

Para FILIPE BAPTISTA, o critério de justiça que norteia uma das dimensões de actuação do Provedor afere-se, por um lado, por recurso a uma ideia de participação democrática na política dos direitos fundamentais e, por outro lado, a uma lógica de igualdade, ainda que não exista violação do conteúdo de um direito fundamental – «O Provedor de Justiça...», cit., pp. 251 segs.

⁹⁶ J. MENÉRES PIMENTEL, «O Provedor de Justiça...», cit., p. 1055.

⁹⁷ Em Itália, não existe Provedor nacional, mas apenas *Defensore* regionais. Nos Estados Unidos da América a lógica é idêntica, embora adaptada à forma de Estado: apenas existem Provedores nos Estados, não ao nível federal.

se substituir às autoridades locais quando estas não editem actos administrativos cuja emissão é estritamente vinculada⁹⁸. Seria possível conceber semelhante hipótese, em Portugal?

Sem uma revisão constitucional, seguramente que não. E mesmo que tal alteração fosse proposta, não nos parece que procedesse, quer em face do princípio da reserva material da jurisdição administrativa (artigo 212.º/3 da CRP), quer em nome do princípio da responsabilização democrática da Administração por actos integrados na função administrativa (artigos 22.º, 266.º/1, 199.º/e) da CRP), quer, enfim, à luz do princípio da reserva de competência de tutela (substitutiva, neste caso) ao Governo (artigo 199.º/d) da CRP). É certo que, presentemente, o CPTA admite, em determinadas situações e observado o *princípio do respeito pelas competências administrativas*⁹⁹ (no sentido da prioridade de conformação da relação jurídica administrativa caber à Administração¹⁰⁰ e não aos tribunais), que o julgador emita uma sentença/acórdão com efeitos substitutivos, no âmbito do exercício de poderes vinculados – artigo 167.º/6 do CPTA. Mas esse poder é uma decorrência do poder soberano que a Constituição reserva aos tribunais administrativos, enquanto instâncias de controlo da legalidade da actuação da Administração (artigo 212.º/3 da CRP), e não é partilhável com nenhum outro órgão (nem mesmo um tribunal arbitral – cfr. o artigo 180.º do CPTA¹⁰¹)¹⁰².

Mais discutível será a circunscrição da legitimidade processual activa do Provedor de Justiça aos processos de fiscalização da constitucionalidade, nos termos dos artigos 281.º/2/d) e

⁹⁸ Sobre esta original competência dos *Defensore* italianos e dos problemas de constitucionalidade que vem levantando, V. DE FALCO, «Il potere sostitutivo del difensore civico regionale nell'assetto costituzionale moderno», in *DPCE*, 2006/1, pp. 131 segs.

⁹⁹ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo...*, cit., pp. 771, 772.

¹⁰⁰ R. FERRARA («Il Difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine ad un dibattito in corso», in *DPA*, 1997/2, pp. 231 segs., 260) argumenta que, quando o *Defensore* age em «suplência» da Administração fá-lo a favor do particular, mas não contra a Administração, que optou pela inércia. No entanto, esse factor não constitui, no nosso sistema, razão suficiente para conceder ao Provedor, um órgão que não integra, nem a Administração, nem o poder judicial, competência para exercer tutela substitutiva.

¹⁰¹ Por isso hesitamos em considerar a viabilidade da sugestão de MÁRIO RAPOSO quando propõe a extensão da intervenção do Provedor de Justiça à composição de conflitos no domínio do ambiente, emitindo decisões vinculantes para as partes (*O Direito do Ambiente...*, cit., p. 50). Na verdade, o problema não reside tanto na atribuição de poderes decisórios ao Provedor (já de si difícil, em face do artigo 23.º/1 da CRP), mas sobretudo na indisponibilidade de uma grande parte dos objectos de litigiosidade no domínio jurídico-administrativo – nomeadamente, dos que envolverem a anulação/declaração de nulidade de actos de autoridade.

¹⁰² Defendendo a possibilidade (e utilidade) de o *Defensore* continuar a intervir no âmbito do procedimento de queixa ainda que seja proposta acção judicial contra a Administração, C. VIDETTA, *Difensore civico...*, cit., pp. 269 segs.

283.º/1 da CRP. É certo que nestes casos a iniciativa processual do Provedor tem a virtualidade de promover o acesso – indirecto – dos particulares a juízo, suprimindo a inexistência de legitimidade popular no contencioso constitucional¹⁰³. Mas a sua vocação de defensor dos cidadãos contra «acções e omissões dos poderes públicos», fundada no artigo 23.º/1 da CRP, reclama, porventura, a atribuição de legitimidade no plano contencioso ordinário¹⁰⁴. Esta possibilidade adquire superior relevância no domínio dos interesses difusos, na medida em que a tutela destes, quando não é reflexo da acção em defesa de direitos subjectivos, fica fundamentalmente confinada ao Ministério Público, às associações e a uns poucos cidadãos de índole particularmente militante na defesa dos interesses da comunidade.

Estabelecendo um paralelo com a intervenção do Ministério Público¹⁰⁵ – cujas vastas competências de defesa da legalidade objectiva, de tutela dos direitos fundamentais e dos interesses difusos, parecem constituir o grande argumento contrário ao alargamento da legitimidade processual do Provedor nesses domínios¹⁰⁶⁻¹⁰⁷ –, julgamos que se justificaria atribuir ao Provedor de Justiça legitimidade processual, ainda que numa *relação de supletividade* face ao Ministério Público¹⁰⁸, nos seguintes casos:

¹⁰³ Diferentemente, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*Constituição...*, *cit.*, p. 218) consideram a possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça um sucedâneo da acção de amparo, inexistente em Portugal.

¹⁰⁴ Em França, o recém-criado *Défenseur des enfants* não só pode, como deve recorrer aos tribunais com vista a promover a defesa de menores em risco — M.-JOSÉ GUÉDON, *Le Défenseur des enfants...*, *cit.*, p. 426.

¹⁰⁵ Sobre este ponto, ver LUÍS SILVEIRA, *O Procurador-Geral...*, *cit.*, pp. 831 segs. (no plano do contencioso constitucional).

¹⁰⁶ É o caso do Brasil, onde a magnitude dos poderes do Ministério Público tem sido o grande argumento para caracterizar como supérflua a introdução do Provedor de Justiça. Cfr. LUÍS SILVEIRA, *O Procurador-Geral...*, *cit.*, pp. 819-822.

¹⁰⁷ O facto de, na lei, o Ministério Público se encontrar investido de poderes de intervenção processual neste domínio, não significa que, na prática, os actue – não por incúria, mas por falta de meios humanos. Como informa MARIA ISABEL COSTA («O Ministério Público no contencioso administrativo. Memória e “Razão de Ser», in *RMP*, n.º 110, 2007, pp. 5 segs., 32), a polifuncionalidade do Ministério Público, tal como está actualmente configurado, «vem gerando, em tribunais com elevada pendência processual, como é o caso de Lisboa, uma intervenção inexpressiva no domínio do exercício da acção pública para defesa da legalidade administrativa e dos chamados interesses difusos, designadamente no domínio do urbanismo».

¹⁰⁸ Que poderia passar por um convite à actuação processual do Ministério Público num determinado prazo, o qual, uma vez esgotado, justificaria a intervenção do Provedor. O prazo de acesso a juízo do Provedor de Justiça seria o mesmo do Ministério Público – um ano, nos termos do artigo 69.º, conjugado (no n.º 2), com o artigo 58.º/2/a) do CPTA, para a acção administrativa especial de condenação à prática de acto; sem prazo, no tocante ao contencioso de normas (artigo 74.º) –, o que permitiria que o prazo de resposta do Ministério Público ao «convite a actuar» endereçado pelo Provedor de Justiça pudesse ser, em regra, de três meses, ressalvados os casos de urgência, em que poderia ser reduzido para um mês.

a) *No contencioso cível*, inclui-lo no lote de entidades referenciadas no artigo 26.ºA do CPC – embora, como já afirmámos, a tendência seja para reconduzir a apreciação de situações de prevenção, cessação e reparação de danos causados a bens de fruição colectiva aos tribunais administrativos – salvo matérias criminais e contra-ordenacionais, por força do artigo 4.º/1/l) do ETAF. O reconhecimento ao Provedor de Justiça de legitimidade para prosseguir a *acção penal* está vedado pela atribuição exclusiva dessa competência funcional ao Ministério Público pelo artigo 219.º/1 da CRP (v. também o artigo 48.º do Código do Processo Penal), que tem reflexo no artigo 35.º/1 do EPJ – embora pudesse conceber-se, à semelhança do exemplo espanhol, a atribuição de legitimidade ao Provedor para interpor pedidos de *habeas corpus*. Quanto à legitimidade para desencadear *procedimentos disciplinares e contra-ordenacionais*, o facto de o Provedor ser um órgão externo à Administração¹⁰⁹ não parece constituir impedimento bastante, de *jure constituendo* pelo menos¹¹⁰, para lhe negar a faculdade de impulso. Neste âmbito, como no penal, o Provedor está dependente da actuação de terceiros, limitando-se a poder dar publicidade às conclusões dos processos de queixa, através de comunicados à imprensa, ou de notas officiosas nos meios de comunicação públicos (artigo 35.º/2 do EPJ)¹¹¹, facto que pode amputar a eficácia da sua actuação num domínio como o dos interesses difusos, amplamente apoiado no sancionamento contra-ordenacional;

¹⁰⁹ Descartada a questão de saber se constitui uma entidade administrativa independente (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 218), um órgão do Estado independente (J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 440), um órgão constitucionalizado (F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, cit., p. 84), uma autoridade constitucional independente (D. FREITAS DO AMARAL, «Presupostos...», cit., p. 239), um «órgão constitucional independente e *sui generis*» (S. LOPES LUÍS, *As recomendações...*, cit., p. 20), ou «um órgão constitucional do Estado» (ANA NEVES, *O Provedor...*, cit., p. 91).

¹¹⁰ Repare-se que, quanto às contra-ordenações, nem o próprio Ministério Público pode iniciar o procedimento com vista à sua aplicação, devendo remeter o processo às autoridades administrativas (cfr. os artigos 38.º/3 e 40.º/2 do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro). Só assim não será caso a conduta ilícita integre simultaneamente tipos penais e contra-ordenacionais, caso em que a acusação pode ser deduzida conjuntamente, uma vez que caberá ao tribunal instruir ambos os processos, conforme resulta do artigo 38.º/1 do DL n.º 433/82.

¹¹¹ Na Suécia, na Finlândia e na França, informa F. ALVES CORREIA (*Do Ombudsman...*, cit., p. 63), o Provedor dispõe de poderes acusatórios, quer em procedimento disciplinar, quer em processo-crime, funcionando como uma espécie de Ministério Público. Também em Espanha tem legitimidade para desencadear procedimento disciplinar embora, pelo menos até 2005, nunca se tenha valido dessa prerrogativa – J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Defensor del Pueblo...*, cit., p. 80.

b) *No contencioso administrativo*, para além da inserção do Provedor de Justiça no elenco do artigo 9.º/2 do CPTA¹¹², reconhecer-lhe ainda legitimidade para intervir em sede de acções administrativas especiais e de providências cautelares delas acessórias:

- de impugnação da validade de actos e regulamentos lesivos de direitos, liberdades e garantias, a par do Ministério Público – cfr. os artigos 55.º/1/b) e 73.º/3 do CPTA;
- de condenação à prática de acto legalmente devido, em caso de lesão de direitos fundamentais ou de interesses difusos, a par do Ministério Público – cfr. o artigo 68.º/1/c) do CPTA;
- de condenação à emissão de normas cuja adopção «seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação» – cfr. o artigo 77.º/1 do CPTA, bem como o paralelo do pedido de fiscalização da constitucionalidade por omissão¹¹³;
- de intimação da Administração à prática de acto devido, nos termos do artigo 112.º/1 e 2/f) do CPTA¹¹⁴.

Algumas destas sugestões não são novas. MENÉRES PIMENTEL, em artigo no *Dicionário Jurídico da Administração Pública* dedicado ao Provedor de Justiça, propunha já o alargamento

¹¹² Que lhe traria automaticamente legitimidade para impugnar actos e regulamentos inválidos lesivos de interesses difusos, por força da remissão dos artigos 55.º/1/f) e 73.º/2 do CPTA. Em sede de tutela de direitos, liberdades e garantias, teria que se inserir tal referência.

¹¹³ Já a possibilidade de o dotar de legitimidade para prevenir a emissão de normas ou actos manifestamente ilegais estará vedada em razão dos estritos termos utilizados no artigo 39.º do CPTA – a conjugar com o artigo 37.º/2/c), 2.ª parte do mesmo Código –, que obriga à verificação de uma utilidade imediata no uso do meio directamente na esfera jurídica do autor. Diga-se, de resto, que ao Ministério Público é igualmente impossível intervir nestas acções.

¹¹⁴ Duas notas a propósito de dois processos urgentes:

1) Poderíamos ser tentados a aceitar a possibilidade de o Provedor de Justiça lançar mão de intimações para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, hoje reguladas no CPTA nos artigos 104.º segs. No entanto, o dever de cooperação que onera as entidades públicas, civis e militares para com o Provedor torna dispensável esta previsão (cfr. o artigo 29.º/2 do EPJ);

2) Um outro meio, em razão da sua especial ligação aos direitos fundamentais (mais especificamente, aos direitos, liberdades e garantias), é susceptível de aliciar a inclusão do Provedor no lote de entidades com legitimidade activa para o seu uso. Todavia, pensamos que a natureza tipicamente subjectivista da intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias consagrada no artigo 109.º e segs. do CPTA, afasta – salvo, porventura, quanto à condenação à prática de actos vinculados cuja ausência cause lesão a tais direitos – extensões de legitimidade a entidades que não os directamente lesados. Vejam-se os nossos «Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 541 segs., 562 e 563, e a correcção que fizemos em «Contra uma interpretação demasiado conforme à Constituição do artigo 109.º/1 do CPTA», in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp. 391 segs., 399.

da legitimidade do Provedor de Justiça à impugnação de regulamentos¹¹⁵ – proposta subscrita por FILIPE BAPTISTA¹¹⁶. O legislador nunca as ponderou, mas julgamos que elas seriam um complemento lógico do reconhecimento ao Provedor de Justiça da competência que o artigo 20.º/1/e) do EPJ lhe atribuiu, em 1991. E, uma vez que se trata da intervenção no contencioso ordinário, de fiscalização da legalidade da actuação administrativa sem envolver questões de constitucionalidade, cremos bem que tal alteração não pressupõe uma revisão constitucional do artigo 23.º ou de qualquer outro preceito – pelo menos desde que se estabeleça um nexo de supletividade com a acção do Ministério Público, para evitar alguma afronta ao disposto no artigo 219.º/1 da CRP.

4. A actividade da Provedoria de Justiça no domínio dos interesses difusos: uma selecção de casos¹¹⁷

A recensão de alguns dos casos mais representativos de intervenção do Provedor de Justiça em sede de interesses difusos obedecerá ao seguinte critério: em primeiro lugar, a uma divisão entre as recomendações normativas (A.) e as recomendações não normativas emanadas pelo Provedor (B.)¹¹⁸. Em segundo lugar, dentro das recomendações não normativas – ou seja, aquelas que dirige à Administração –, julgamos ser importante distinguir entre as recomendações destinadas à tutela de interesses difusos *stricto sensu* (i.), as recomendações que têm por objecto directo a defesa de interesses individuais homogéneos (ii.), e as recomendações que visam pôr termo à ofensa de uma situação jurídica individual, mas que reflexamente acabam por ter também incidência na tutela de interesses difusos (iii.).

A. De entre as recomendações normativas emanadas ao abrigo do artigo 20.º/1/b) do EPJ com vista à correcção de deficiências legislativas¹¹⁹, realçaríamos as seguintes:

¹¹⁵ J. MENÉRES PIMENTEL, «Provedor de Justiça», in *DJAP*, *cit.*, p. 661.

¹¹⁶ FILIPE BAPTISTA, *O Provedor de Justiça...*, *cit.*, p. 284.

¹¹⁷ A redacção deste ponto, para além da leitura do livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente* (Lisboa, 2000), contou com a informação providenciada pelos assessores da Provedoria, Dr. André Folque, Dr.ª Maria Ravara, Dr. Miguel Feldmann e Dr. José Luís Cunha. Deixo aqui o meu agradecimento pela simpatia e disponibilidade com que me receberam na Provedoria.

¹¹⁸ Classificação sugerida por J. MENÉRES PIMENTEL, «O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)», *cit.*, p. 1054.

¹¹⁹ Sobre este ponto, veja-se LUÍS SILVEIRA, «O Provedor de Justiça e a feitura das leis», in *CCL*, n.º 12, 1995, pp. 51 segs., 56 segs.

a) Recomendação com o objectivo de promover a alteração do Regulamento Geral do Ruído com vista a um maior condicionamento acústico do desenvolvimento de certas actividades, nomeadamente de construção civil; a possibilidade de adopção de medidas cautelares antes dos testes de medição acústica, com vista à salvaguarda da integridade dos vizinhos; bem assim como à articulação da legislação do ruído com a legislação sobre licenciamento industrial (1993)¹²⁰;

b) Recomendação sobre a necessidade de revisão do procedimento autorizativo relativo a actividades e estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos e tóxicos, plasmado numa regulamentação de 1929, no sentido de o tornar mais conforme às exigências, de facto e de direito, actuais – nomeadamente sanitárias e ambientais; bem assim como sobre a necessidade de articulação do licenciamento sanitário com o licenciamento de obras particulares e com o Regulamento Geral do Ruído (1995)¹²¹;

c) Recomendação tendente à fixação de parâmetros de condicionamento das bases aéreas por aeronaves militares, de modo a preservar a integridade física e psíquica dos residentes na sua vizinhança de níveis excessivos de ruído¹²² (1995);

d) Recomendação destinada à revisão da legislação sobre competências de autorização de arranque de certas espécies florestais, com vista ao incremento da protecção de bens ambientais e à redução da conflitualidade entre proprietários de terrenos contíguos, divididos entre o recurso aos júris avindor ou às câmaras municipais (1997)¹²³;

e) Recomendação com vista à integral transposição da 2ª Directiva sobre Impacto Ambiental (Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março), especialmente no tocante, entre outros: à melhor definição dos critérios de delimitação dos projectos submetíveis a AIA; ao incremento da participação pública e à articulação com a lei da acção popular; à atribuição de natureza vinculativa ao parecer (se desfavorável) da Comissão de Avaliação; à criação de um regime de pós-avaliação; ao aperfeiçoamento das normas sancionatórias (1999)¹²⁴;

B. De entre as recomendações não normativas emanadas ao abrigo do artigo 20.º/1/a) e e) do EPJ com vista à correcção de condutas ilegais, activas ou omissivas, da Administração, realçaríamos as seguintes:

¹²⁰ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 227 segs.

¹²¹ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 39 segs.

¹²² Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 305 segs.

¹²³ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 22 segs.

¹²⁴ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça - Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 91 segs.

i.) Em sede de tutela de interesses difusos *stricto sensu*:

a) Recomendação às autoridades municipais no sentido de promoverem a consulta pública dos munícipes sobre a decisão de localização de uma central incineradora de resíduos tóxicos em Sines, tendo especialmente em consideração a injunção decorrente do Direito Comunitário no sentido da realização de avaliações de impacto relativamente a projectos desse tipo, com a indispensável envolvência do público (1993);

b) Recomendação à Câmara Municipal da Horta para que providencie uma compensação ecológica em virtude do abate de uma *araucária excelsa R Br*, classificada, na sequência da construção do Arquivo Público e da Casa da Cultura da Horta, envolvendo a população na adopção da decisão de «reposição aproximada» da situação existente antes do abate (1998)¹²⁵;

c) Recomendação ao Presidente do Governo Regional dos Açores no sentido de este órgão promover a aprovação dos planos de ordenamento das bacias hidrográficas dos Açores, bem assim como adoptar medidas preventivas no sentido de obstar à degradação ambiental em redor das Lagoas dos Açores (desflorestação, arroteamento de terrenos para utilização pecuária das bacias, utilização excessiva de adubos) (1999)¹²⁶;

d) Recomendação às várias entidades públicas responsáveis pela fiscalização de actividades ambientalmente nocivas (CCDR; Direcção dos Serviços da Indústria e Recursos Geológicos; Director do Departamento do Urbanismo) com o objectivo de fazer cessar o lançamento de entulho não autorizado numa pedreira da Serra da Carregueira, em zona de REN, de tal forma grave que afectou a flora e a morfologia local – onde existia um vale passou a existir um monte... de entulho! (2006);

e) Ainda não objecto de recomendação é o caso dos plátanos arrancados na Praça do Campo Pequeno. A queixa, denunciando o abate de quase uma centena e meia de plátanos na

¹²⁵ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça – Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 201 segs. O parecer anexo a esta Recomendação é de extremo interesse para avaliar a dimensão pedagógica e de sensibilização ambiental da Provedoria na reconstituição possível ou compensação por dano ecológico. Sem ditar uma solução, sugeriu-se «a possibilidade do Arquivo público ou da Casa da Cultura dispor de espaço especialmente preparado para a educação ambiental ou para o estudo e divulgação das excepcionais características naturais da região Autónoma dos Açores. Outros exemplos podem ser apontados: a destruição de imóvel classificado conduzir à construção de um jardim público; a aprovação de itinerário de auto-estrada sobre zona de protecção especial implicar a criação de museu de história natural da área afectada e a construção da Ponte Vasco da Gama ser compensada com a recuperação das Salinas do Samouco, na margem sul do Tejo.» (p. 211).

¹²⁶ Caso descrito no livro *O Provedor de Justiça – Defensor do Ambiente, cit.*, pp. 153 segs.

Praça do Campo Pequeno, alegadamente em virtude da necessidade de assegurar a ventilação de ar condicionado do centro comercial ali erigido após a requalificação da zona, foi apresentada por uma Associação ambientalista e mereceu da Câmara de Lisboa uma resposta justificativa: as árvores encontravam-se doentes ou mortas... Aguarda-se o replantio, com eventual substituição das espécies.

ii.) Em sede de tutela de interesses individuais homogêneos:

a) Um caso particularmente interessante foi levado ao conhecimento do Provedor por uma associação de moradores que pretendia forçar o diálogo com as autoridades responsáveis pela construção de um sublanço de um itinerário rodoviário (IC17-IC16) com vista à sua localização alternativa. O Provedor empenhou-se na promoção de um clima de concertação entre as várias partes interessadas, que pretendiam assegurar uma melhoria das acessibilidades com o menor sacrifício da segurança da população residente. A actuação do Provedor passou, não só pela convocação de reuniões com os intervenientes, mas também pela visita ao local, compulsando a viabilidade da alternativa proposta pela associação de moradores (numa altura em que o projecto estava já em fase de execução). Permitimo-nos transcrever um passo da informação final do Provedor à associação em causa:

«Neste pressuposto [de que um projecto sem objecções é impossível numa sociedade aberta, livre e democraticamente participada], o nosso esforço centrou-se em zelar pela efectiva ponderação das objecções de que o Provedor de Justiça – cuja actuação tem a lei por fundamento e limite – não deve nem pode pronunciar-se acerca da qualidade das soluções encontradas nem das motivações técnicas e financeiras que inviabilizem, no terreno, alterações desejadas pelas populações ou por alguns sectores.»

Sem embargo da autocontenção revelada, a actuação do Provedor neste caso, não tendo almejado o resultado radical propugnado pela associação, levou à introdução de correcções sensíveis ao projecto, tendo contribuído para um incremento dos níveis de segurança e de acessibilidades;

b) Um outro caso que mereceu a atenção do Provedor – mas que, infelizmente não teve (ainda) o desfecho feliz do anterior – é o das queixas de vários moradores do Bairro Alto no sentido de a Câmara Municipal de Lisboa aprovar um regulamento sobre as condições de funcionamento e hora de encerramento dos bares e restaurantes da zona. Este caso arrasta-se há alguns anos entre a Provedoria e a Câmara de Lisboa, e envolve interesses individuais homo-

gêneos dos moradores – direitos de personalidade (ao repouso, à segurança) e de circulação, contundindo, naturalmente, com os interesses económicos dos donos dos estabelecimentos, que querem prolongar o horário de abertura o mais possível, perturbando a tranquilidade dos residentes;

c) Um terceiro caso cuja resolução já esteve ameaçada e parece comprometida é o dos camiões-cisterna em Porto Brandão. As queixas dos moradores no sentido de serem tomadas medidas para desviar das ruas os camiões cisterna que transportam o petróleo desde o terminal marítimo e que, com o seu peso e volume, provocam grande trepidação que causa estragos nas residências e no pavimento – destruindo, inclusivamente, passeios –, já levaram à celebração de um protocolo entre a Câmara Municipal de Almada, a Administração do Porto de Lisboa e as empresas gasoleiras. Como o Provedor de Justiça encontra limites ao seu poder de intervenção junto de particulares, a sua acção tem-se desenvolvido junto da Câmara Municipal, tentando sensibilizá-la para encetar esforços no sentido da construção de um acesso alternativo. Apesar das promessas, o assunto, que parecia bem encaminhado, terá que ser reapreciado, em face da manutenção do estado de insatisfação dos residentes, que se vêem lesados na sua propriedade e qualidade de vida.

iii) Em sede de interesses individuais:

a) A tutela reflexa de interesses difusos acontece, por exemplo, num caso como o da Quinta do Bulhaco, no qual se promovia a preservação de um imóvel de interesse cultural pelos seus proprietários da destruição causada, no âmbito da sua zona de protecção, pela projectada construção de um troço de auto-estrada (A-10). Em resposta à queixa do proprietário, a Provedoria qualificou a situação como de «dupla vinculação a razões de interesse público: a classificação do imóvel e a contiguidade com uma infra-estrutura de grande impacto ambiental». A sua intervenção traduziu-se na tentativa de persuasão da BRISA a fazer alterações ao traçado, sob supervisão do IPPAR. Contudo, a BRISA não cumpriu a promessa feita ao Provedor...

b) Uma outra situação de tutela reflexa envolveu a queixa, apresentada por uma empresa de cafés, no sentido do falseamento das condições de concorrência por outras empresas do ramo que não estariam a cumprir a legislação ambiental sobre monitorização de instalações de torrefacção de café. A queixosa, sendo uma empresa certificada, enfrentava condições de concorrência desleal por parte das concorrentes, que conseguem colocar o seu produto no mercado por preço inferior dado o valor que poupam em virtude do não incremento de

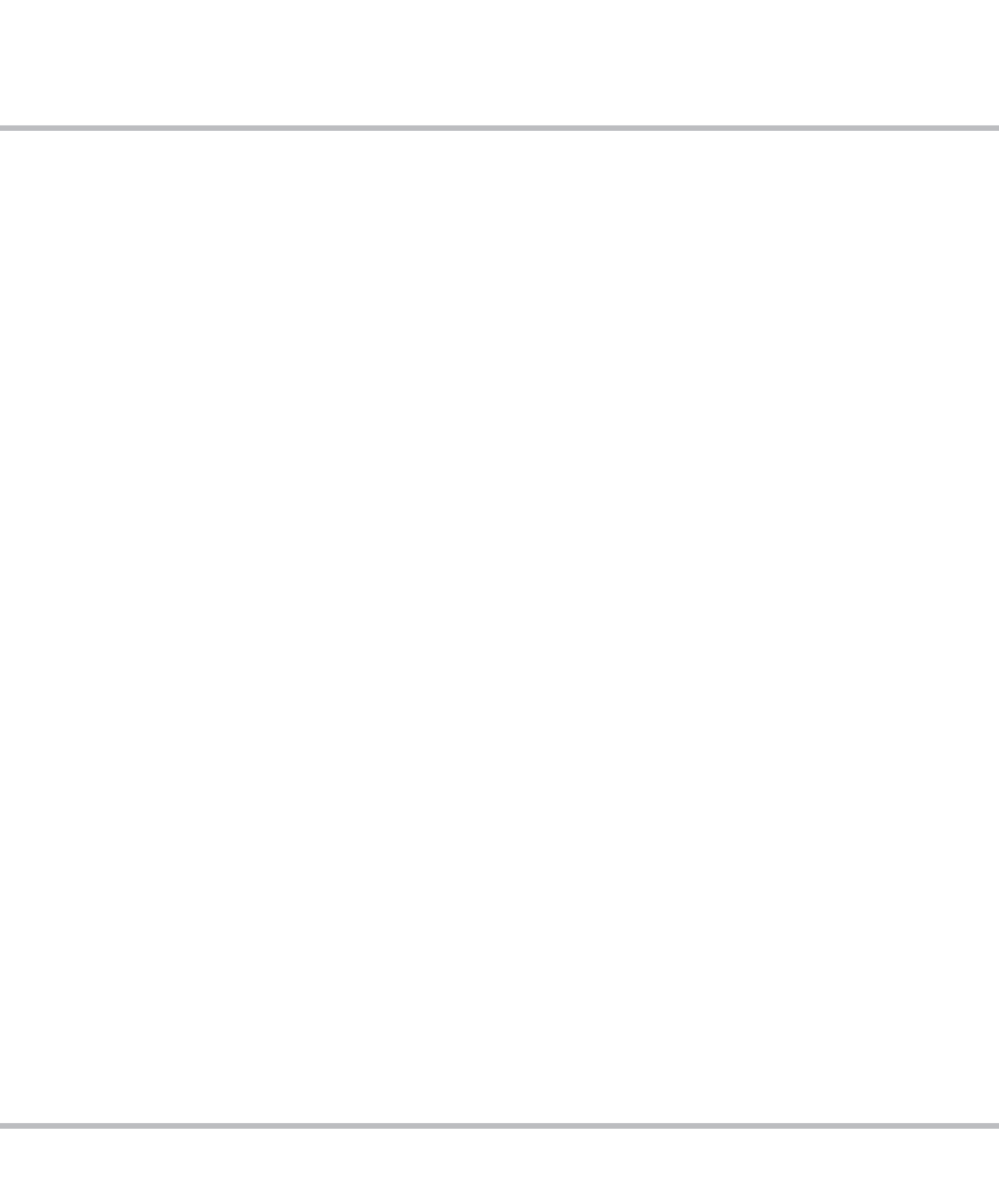
medidas de preservação da qualidade do ar. A investigação da Provedoria de Justiça revelou que as CCDR, entidades competentes para aplicar coimas na sequência das infracções cometidas, se eximem de o fazer, quer porque não dispõem de instrumentos de controlo do cumprimento das obrigações ambientais, quer porque são sensíveis aos expedientes dilatatórios de algumas empresas que se escudam no desconhecimento ou nas dificuldades financeiras.

A situação acabou por ser levada ao conhecimento do Ministério do Ambiente, cuja intervenção junto das CCDR conduziu a um aumento de fiscalização e a um endurecimento desta, com aplicação de sanções a várias empresas prevaricadoras.



André Salgado de Matos

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa

Sumário: 1. Aspectos gerais; 1.1. A queixa ao Provedor de Justiça como meio de controlo da actividade administrativa; 1.2. A queixa ao Provedor de Justiça no contexto do sistema de controlo da actividade administrativa: problemas de articulação. 2. Os *Ombudsmen* europeus perante os restantes meios de controlo da actividade administrativa; 2.1. Delimitação do campo de análise; 2.2. Soluções quanto à admissibilidade da intervenção do *Ombudsman* em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso; 2.2.1. Proibição da intervenção do *Ombudsman* em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso; 2.2.2. Proibição da intervenção do *Ombudsman* apenas em questões objecto de processos jurisdicionais em curso; 2.2.3. Proibição da intervenção do *Ombudsman* apenas em questões objecto de procedimentos administrativos em curso; 2.2.4. Discricionariedade do *Ombudsman* quanto à sua intervenção em questões objecto de processos jurisdicionais em curso; 2.2.5. Admissão e ausência de proibição da intervenção do *Ombudsman* em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso; 2.3. Soluções quanto à exigência ou não da exaustão dos meios administrativos e jurisdicionais como condição de acesso ao *Ombudsman*; 2.4. Soluções quanto à admissibilidade de pronúncia pelo *Ombudsman* sobre questões que tenham sido objecto de decisões jurisdicionais com força de caso julgado; 2.5. Balanço geral. 3. O regime português; 3.1. Os dados normativos constitucionais e legais; 3.2. O significado da independência do Provedor de Justiça relativamente aos restantes meios de controlo da actividade administrativa; 3.3. O art. 32.º, 1 EPJ; 3.3.1. A interpretação do preceito; 3.3.2. Questões de conformidade constitucional; a) O direito de queixa como direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição; b) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição

do direito de queixa ao Provedor de Justiça; c) A pretensa irrestringibilidade do direito de queixa ao Provedor de Justiça; d) A preservação da função intersticial do Provedor de Justiça e de um espaço de autonomia de actuação do Provedor de Justiça como interesses constitucionalmente protegidos passíveis de prossecução através do art. 32.º, 1 EPJ; e) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição adequada do direito de queixa; f) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição necessária do direito de queixa; g) O art. 32.º, 1 EPJ e o princípio da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais; h) O art. 32.º, 1 EPJ como chave do sistema de relação entre o Provedor de Justiça e os restantes meios de controlo da administração; 3.4. Problemas específicos da relação entre a queixa ao Provedor de Justiça e os meios jurisdicionais de controlo da administração; 3.4.1. A concorrência material entre a actividade do Provedor de Justiça e a actividade judicial; 3.4.2. Os limites materiais da intervenção do Provedor de Justiça em face do poder judicial. 4. Síntese conclusiva.

1. Aspectos gerais

1.1. A queixa ao Provedor de Justiça como meio de controlo da actividade administrativa

O Estado de Direito democrático reconhece necessariamente aos particulares a possibilidade de reacção contra as condutas, positivas ou negativas, da administração pública que lhes sejam prejudiciais. Através de tal reacção, tenha ela lugar perante órgãos administrativos ou jurisdicionais, o particular pretende tipicamente obter uma decisão que resolva com carácter vinculativo a pretensão por si apresentada. Mas não é necessariamente assim: a ordem jurídica pode prever outros mecanismos de controlo da actividade administrativa que não culminem com a emissão de uma decisão vinculativa, mas antes com uma pronúncia apenas assente na força persuasiva de quem a emite.

Abreviaturas utilizadas: CJA – *Cadernos de Justiça Administrativa*; CPA – Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro); CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro); CRP – Constituição da República Portuguesa (na versão da Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto); EPJ – Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto e pela Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro); EPJE – Estatuto do Provedor de Justiça Europeu [Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu, de 9 de Março de 1994 (JO L 113, 4/5/1994), alterada pela sua Decisão de 14 de Março de 2002 (JO L 92, 9/4/2002)]; JO – *Jornal Oficial da Comunidade Europeia*; LPTA – Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 229/96, de 29 de Novembro – revogada); OD – *O Direito*; RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, última alteração pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro).

A ordem jurídica portuguesa prevê um mecanismo desse tipo: a queixa dos particulares ao Provedor de Justiça¹. Introduzido em Portugal pela Lei n.º 212/75, de 21 de Abril e acolhido no art. 23.º (desde 1982; art. 24.º, na versão originária) da Constituição de 1976², o Provedor de Justiça é um órgão independente (art. 23.º, 3 CRP, art. 1.º, 2 do Estatuto do Provedor de Justiça) do Estado (art. 1.º, 1 EPJ) que, sem poder decisório, aprecia as acções ou omissões dos poderes públicos (art. 23.º, 1 CRP, art. 1.º, 1 EPJ) do ponto de vista da sua conformidade com as posições jurídicas subjectivas dos particulares (inserção sistemática do art. 23.º CRP no Título I da Parte I da CRP – «Princípios gerais» dos «Direitos e deveres fundamentais» – e art. 1.º, 1 EPJ) e com a justiça e a legalidade (art. 1.º, 1 EPJ), formulando recomendações (art. 23.º, 1 CRP, art. 3.º EPJ).

Não é neste momento relevante saber se o Provedor de Justiça constitui, ele próprio, um órgão da administração pública em sentido orgânico³, nem tão-pouco saber em que medida

¹ Caracterizando o Provedor de Justiça como «um órgão de controlo e de recomendação», embora lhe atribua também uma função mais vasta enquanto «órgão do poder político, que opera no equilíbrio das competências estaduais», J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º aniversário da instituição*, Lisboa, 2006, 57-67 (58, itálicos originais); também H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Democracia e direitos humanos no século XXI*, Lisboa, 2003, 71-85 (73).

² Sobre a história e os antecedentes da criação do Provedor de Justiça, L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in M. BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987*, Lisboa, [1989], 701-736 (701-705).

³ Neste sentido, qualificando-o como órgão administrativo independente, J. MIRANDA, *sub art. 23.º*, in J. MIRANDA/R. MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa anotada*, Coimbra, 2005, 218; M. REBELO DE SOUSA, *Lições de direito administrativo*, I, Lisboa, ³1999, 273; P. OTERO, *O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático e constitucional*, II, Lisboa, 1995, 577; C. BLANCO DE MORAIS, «As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa», ROA 61 (2001), 101-154 (129); A. SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração no Estado social de direito*, 350-351; defendendo que o Provedor de Justiça exerce a administração em sentido material e sustentando ser irrelevante a sua qualificação ou não como entidade administrativa em sentido orgânico, J. CAUPERS, «A pretexto do dever de sigilo do Provedor de Justiça», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça*, 81-95 (85-89). Contra a inserção do Provedor de Justiça na administração pública, expressamente, J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, Coimbra, ⁴2007, *sub art. 23.º*, 440; V. MOREIRA, «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa, 2002, 95-117 (106-113); M. AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça*, 13-39 (38); qualificando-o como «autoridade constituicional independente» e como «o quarto poder do Estado», D. FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos, políticos e éticos da intervenção do Ombudsman», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Democracia e direitos*

pode a sua actividade incidir sobre outras esferas de acção pública que não a da administração pública em sentido material⁴. Importa apenas reter como inquestionável que a actividade do Provedor de Justiça *pode* incidir sobre a administração; na verdade, a administração é, se não o objecto *natural*⁵, pelo menos o objecto *nuclear*⁶, *principal*⁷ ou *privilegiado*⁸ da actividade do Provedor de Justiça⁹.

1.2. A queixa ao Provedor de Justiça no contexto do sistema de controlo da actividade administrativa: problemas de articulação

No quadro traçado no ponto anterior, os procedimentos administrativos de (auto-) controlo da actividade administrativa, os processos jurisdicionais de (hetero-) controlo da actividade administrativa, em particular aqueles da competência dos tribunais administrativos, e a queixa ao Provedor de Justiça são passíveis de consideração conjunta num mesmo contexto¹⁰. Independentemente da sua diferente natureza, todos estes mecanismos partilham de uma mesma função, na medida em que a CRP os subordina à tutela dos direitos subjectivos e, em particular, dos direitos fundamentais (arts. 20.º, 23.º, 52.º, 1, 2, 268.º, 4, 5 CRP)¹¹. Em parti-

humanos, 23-51 (48-49, 50); aproximadamente no mesmo sentido, A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 62.

⁴ No sentido de que o Provedor de Justiça pode debruçar-se sobre a actividade de todos os poderes do Estado, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 59-60; M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça*, 43-53 (44); admitindo essa possibilidade constitucional mas afirmando inexplicavelmente que «não é esta, porém, a configuração do estatuto legal do Provedor», J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 441; restringindo o Provedor de Justiça ao controlo da actividade materialmente administrativa dos órgãos não administrativos, J. MIRANDA, sub art. 23.º, 219; C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos e Ombudsman. Paradigma para uma instituição secular*, Lisboa, [2007], 128.

⁵ D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 33; M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 43-44.

⁶ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 59-60 e, falando mesmo em «núcleo essencial», 65.

⁷ R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça*, 99-107 (101).

⁸ A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 69.

⁹ Também J. CAUPERS, «A pretexto», 85, afirma que «a esmagadora maioria da actividade quotidiana do Provedor tem por objecto actos e omissões ocorridos no exercício da actividade administrativa». Contra, L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 708, e C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos, passim*, por ex. 98-100, desvalorizam o controlo da administração em favor da garantia dos direitos fundamentais. Sem prejuízo disto, não parece que os dois aspectos sejam conflituantes: o primeiro respeita ao objecto da actividade e o segundo, ao qual de resto se dará o devido destaque, à função do Provedor de Justiça.

¹⁰ É esta a abordagem, por exemplo, de F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Coimbra, 1979, 3-28.

¹¹ A. SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa*, 351, 353. Uma outra questão é a de saber em que medida se dá essa funcionalização. No que respeita ao Provedor de Justiça, o art. 1.º, 1 EPJ, refere que aquele órgão

cular, não pode duvidar-se da função de garantia subjectiva do Provedor de Justiça¹²: prova-a desde logo a inserção sistemática do preceito que o consagra¹³ e confirma-o o art. 1.º, 1 EPJ, que inclusivamente ampliou o âmbito da garantia aos interesses legalmente protegidos (art. 1.º, 1 EPJ) e, implicitamente, por maioria de razão, a outros direitos subjectivos não fundamentais^{14/15}. Alguma doutrina estuda mesmo conjuntamente todos estes mecanismos sob a designação genérica de *garantias dos particulares*¹⁶.

Põe-se, portanto, o problema da articulação entre si dos meios referidos, no quadro do sistema constitucional de mecanismos de controlo da actividade administrativa.

A relação entre os processos jurisdicionais da competência dos tribunais administrativos (sobretudo os processos de impugnação de actos administrativos) e os procedimentos admi-

«tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos». Daqui parece decorrer que o Provedor de Justiça desempenha em primeira linha uma função subjectiva de defesa das posições jurídicas subjectivas e apenas acessória ou reflexamente uma função de defesa da legalidade. No mesmo sentido, R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 101; J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 440-441; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 59, afirma que ainda ao actuar oficiosamente, promovendo o bom andamento da administração pública, o Provedor de Justiça visa «[...] ainda a protecção dos particulares e dos seus direitos, na medida em que o bom funcionamento da Administração certamente favorece os administrados, senão na realização imediata dos seus direitos, ao menos como beneficiários gerais da regularidade e eficiência dos serviços, bem como da segurança que confere o cumprimento das regras estabelecidas [...]». Também A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça e a administração pública», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, 2005, 51-92 (58).

¹² Por exemplo, J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 440.

¹³ J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, *ibidem*.

¹⁴ Para uma demonstração dos pressupostos deste raciocínio a partir da caracterização de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos como posições jurídicas subjectivas com diferentes graus de protecção, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, I, Lisboa, 2006, 208-211.

¹⁵ Esta é uma solução à qual, tendo em conta a panjusfundamentalização que caracteriza a Constituição portuguesa e a conseqüente dificuldade em isolar posições jurídicas subjectivas insusceptíveis de recondução ao campo semântico de uma norma constitucional de direitos fundamentais (sobre este último aspecto, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 168), será muito difícil negar admissibilidade constitucional. Falando numa «panjusfundamentalização», que se trataria da «expressão mais importante da actual panconstitucionalização», criticamente, J. CASALTA NABAIS, «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», in AAVV, *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos Da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, 965-1004 (980, 980³¹). J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 61, associa este fenómeno à multiplicação das tarefas que visam assegurar a protecção, promoção e garantia dos direitos fundamentais.

¹⁶ Por todos, J. CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Lisboa, 2005, 260-261.

nistrativos de controlo (sobretudo o recurso hierárquico) já foi exaustivamente dissecada pela doutrina¹⁷. Ao invés, a relação entre a queixa ao Provedor de Justiça e aqueles processos jurisdicionais e procedimentos administrativos não foi ainda, ao que se sabe, objecto de atenção. É precisamente este o objecto do presente estudo.

Uma última prevenção introdutória: o art. 4.º, primeiro segmento, EPJ admite que o Provedor de Justiça possa actuar oficiosamente, possibilidade que a Constituição não prevê expressamente mas tão-pouco parece excluir¹⁸. Não sendo despoletada por uma solicitação externa que reclama resposta e estando naturalmente na margem de livre decisão do Provedor de Justiça, a sua intervenção oficiosa não suscita tanto problemas de articulação com os restantes meios de controlo da administração como a questão de saber quais são os seus limites funcionais. A análise a que se procederá não incide directamente sobre a actividade oficiosa do Provedor de Justiça, sem prejuízo de muitas das considerações que se seguem serem passíveis de aplicação para além do procedimento de queixa. Para mais, a intervenção do Provedor de Justiça não é materialmente diversa pelo facto de ser oficiosa ou provocada, pelo que as conclusões a que se chegue quanto ao seu âmbito possível em sede de procedimento de queixa poderão facilmente ser aplicadas aos procedimentos de iniciativa oficiosa.

2. Os *Ombudsmen* europeus perante os restantes meios de controlo da actividade administrativa

2.1. Delimitação do campo de análise

Para a análise do regime do Provedor de Justiça português reveste-se de algum interesse o conhecimento dos diversos modos como outras ordens jurídicas resolvem o problema da articulação entre os seus respectivos *Ombudsmen* e os restantes meios, administrativos e jurisdicionais, que colocam ao dispor dos particulares para a tutela dos seus direitos. Tendo em conta a contemporânea universalização da figura do *Ombudsman*¹⁹, um estudo exaustivo seria impraticável²⁰. A circunstância de, geneticamente, se tratar de uma instituição europeia

¹⁷ Por todos, veja-se a doutrina citada em A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário e regime material dos direitos liberdades e garantias», SI 289 (2001), 77-108, e em IDEM, «Perspectivas de reforma dos procedimentos administrativos revisivos após a reforma do contencioso administrativo», CJA 54 (2005), 44-53.

¹⁸ No sentido da admissibilidade constitucional da actuação oficiosa do Provedor de Justiça, J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 441.

¹⁹ Sobre isto, em geral, C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 42-56.

²⁰ Para uma abordagem comparativa recente, C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 59-82.

justifica a opção pela análise exclusivamente dos regimes dos *Ombudsmen* referenciados pelo *European Ombudsman Institute* (Albânia, Alemanha, Áustria, Azerbaijão, Bósnia-Herzegovina, Cazaquistão, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Federação Russa, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Macedónia, Moldávia, Noruega, Polónia, Quirguistão, Reino Unido, República Checa, Roménia, Suécia, Suíça, Ucrânia, União Europeia, Uzbequistão)²¹.

Dentro destes, analisar-se-ão apenas os de carácter nacional e geral, por isso semelhantes ao Provedor de Justiça português, e não os muitos *Ombudsmen* de alcance meramente regional, local ou sectorial que um pouco por toda a parte têm surgido nos últimos anos. A análise das diversas experiências nacionais revela uma grande heterogeneidade de soluções, em parte dependentes dos diferentes entendimentos, em cada uma delas, acerca das funções do *Ombudsman*.

2.2. Soluções quanto à admissibilidade da intervenção do Ombudsman em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso

2.2.1. Proibição da intervenção do Ombudsman em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso

É rara a proibição expressa e absoluta de os *Ombudsmen* intervirem em questões que constituam o objecto, quer de procedimentos administrativos, quer de processos jurisdicionais em curso; de entre os exemplos analisados, o único nestas circunstâncias é o da Estónia (§ 22, 2 da *Lei sobre o Chanceler Jurídico*, de 25 de Fevereiro de 1999); a mesma proibição deve, no entanto, ser implicitamente deduzida da exigência de prévia exaustão dos meios jurisdicionais e administrativos como pressuposto do acesso dos particulares ao *Ombudsman*, solução adoptada na Geórgia (art. 14, 1 da *Lei sobre o Defensor Público*, de 16 de Maio de 1996) e na Hungria [secção 16, 1) da *Lei LIX*, de 1 de Junho de 1993, *sobre o Comissário Parlamentar*

²¹ Em termos estritos, nem todos os Estados mencionados fazem parte do território geralmente considerado como europeu, mas a sua inclusão neste estudo justifica-se pela influência, formal se não substancial, dos modelos europeus, o que é patente sobretudo nos Estados resultantes da desagregação da antiga União Soviética. Consideraram-se os textos constitucionais, legais e regulamentares constantes do sítio Web do *European Ombudsman Institute* (<<http://www.omeurope.info/>>), nas línguas originais alemã, castelhana, francesa, inglesa e italiana, quando disponíveis, ou em tradução inglesa. Quando, no texto que se segue, não se refira um dos Estados antes mencionados a omissão significa que a respectiva ordem jurídica não toma posição acerca do assunto que concretamente esteja em análise; salvo referência expressa em contrário, consideraram-se as soluções tal como resultam dos textos normativos analisados, desconsiderando-se a prática dos diversos *Ombudsmen* e as posições assumidas pelas doutrinas nacionais.

para os Direitos Fundamentais] (sobre isto, veja-se *infra*, 2.3.). Noutros casos, mais mitigados, e ainda assim raros, a referida proibição é estabelecida como regra, admitindo-se contudo que o *Ombudsman* possa, a título excepcional, intervir em questões que sejam objecto de processo ou de procedimento pendentes: é o caso da Croácia (art. 6 da *Lei do Ombudsman*, de 25 de Setembro de 1992, que, no entanto, não explicita quais são tais situações, deixando a avaliação da situação na discricionariedade do próprio *Ombudsman*), e da Eslovénia (art. 24 da *Lei do Ombudsman dos Direitos Humanos*, de 20 de Dezembro de 1993, que permite a intervenção do *Ombudsman* quando haja atraso injustificado no processo ou procedimento, bem como em caso de manifesto abuso de autoridade).

2.2.2. Proibição da intervenção do Ombudsman apenas em questões objecto de processos jurisdicionais em curso

Mais frequente do que as soluções anteriormente referidas é a da proibição de intervenção do *Ombudsman* apenas em questões que constituam o objecto de processos jurisdicionais pendentes, sem que idêntica proibição seja estabelecida para os procedimentos administrativos. Tal como a proibição anteriormente analisada, também esta é nuns casos absoluta e noutros casos relativa, permitindo-se nestes últimos a intervenção do *Ombudsman* em situações excepcionais.

No primeiro grupo estão os casos da Espanha (art. 17, 2 da *Lei Orgânica sobre o Defensor del Pueblo*, de 6 de Abril de 1981, embora a mesma disposição esclareça que a proibição não impede o *Defensor del Pueblo* de investigar os problemas gerais suscitados), da França (secção 11 da Lei n.º 73-6, de 3 de Janeiro de 1973, que estabelece o *Médiateur de la République Française*, complementada pela Lei n.º 76-1211, de 24 de Dezembro de 1976, e pela Lei n.º 89-18, de 13 de Janeiro de 1989, e modificada pela Lei n.º 92-125, de 6 de Fevereiro de 1992), da Grécia (Lei n.º 3094/2003, de 22 de Janeiro), da Irlanda [§ 5, 1, (a), (i), (ii) do *Ombudsman Act* de 1980], da Lituânia (*Lei sobre os Seimas Ombudsmen*, de 11 de Janeiro de 1994), da Moldávia (art. 16 da *Lei sobre os Defensores Parlamentares*, de 17 de Outubro de 1997), do Quirguistão (art. 10, 4 da *Lei sobre o Akyikatchy*), da União Europeia (art. 1.º, 2 EPJE), do Reino Unido [§ 5, 2), b) do *Parliamentary Commissioner Act* de 1967)], da Roménia (art. 18 da Lei n.º 35, de 13 de Março de 1997, *sobre a organização e o funcionamento do Defensor do Povo*, que manda o *Ombudsman* submeter ao Conselho Superior da Magistratura as questões pendentes perante tribunais que lhe sejam apresentadas), da Ucrânia (art. 17, § 2 da *Lei sobre o Representante Autorizado dos Direitos Humanos*, de 23 de Dezembro de 1997), do Uzbequistão (art. 9, § 3 da *Lei sobre o Oliy Majlis para os direitos humanos*). No caso da Áustria, a proibição deduz-se da regra da exaustão prévia dos meios jurisdicionais como pressuposto do acesso ao *Volksanwaltschaft* (art. 148ª da Constituição).

No segundo grupo estão os casos da Alemanha (art. 5, § 5 dos *Grundsätze des Petitionsausschusses über die Behandlung von Bitten und Beschwerden*, segundo o qual a *Petitionsausschuß* só pode pronunciar-se sobre petições relativas a processos pendentes quando seja requerido que as autoridades competentes adoptem um determinado comportamento em determinado litígio, quando seja requerida uma regulação legal que torne impossível para o futuro uma jurisprudência criticada nas petições e quando seja requerido que as autoridades competentes não executem uma sentença que lhes seja favorável), da Eslováquia (§§ 14, 2 e 3, 2 da Lei de 4 de Dezembro de 2001, *sobre o Defensor Público dos Direitos*, que permitem ao *Ombudsman* analisar as questões objecto de processos pendentes quando esteja em causa uma situação que implique falta disciplinar do juiz) e da Macedónia (*Decreto que proclama a lei do Ombudsman*, de 10 de Setembro de 2003, segundo o qual o *Ombudsman* só pode pronunciar-se sobre questões relativas a processos pendentes, desde que no respeito da independência e autonomia do poder judicial, quando esteja em causa a protecção contra a demora injustificada daqueles processos, bem como a negligente ou irresponsável conduta dos serviços judiciais).

2.2.3. Proibição da intervenção do Ombudsman apenas em questões objecto de procedimentos administrativos em curso

Dos regimes analisados nenhum proíbe expressamente apenas a intervenção do *Ombudsman* em questões que sejam objecto de procedimentos administrativos em curso, mas essa proibição deve ser deduzida do estabelecimento da prévia exaustão dos meios administrativos como pressuposto de acesso ao *Ombudsman*, solução adoptada na Holanda (secção 12, 2 da *Lei do Ombudsman*, de 4 de Fevereiro de 1981, alterada em 23 de Dezembro de 1993 e em 26 de Abril de 1995) e na Noruega (§ 5 da *Directiva para o Ombudsman do Storting para a Administração Pública*, emitida pelo *Storting* em 19 de Fevereiro de 1980, que admite contudo que o *Ombudsman* se ocupe da questão em casos excepcionais). Sobre este último aspecto, veja-se *infra*, 2.3.

2.2.4. Discricionariedade do Ombudsman quanto à sua intervenção em questões objecto de processos jurisdicionais em curso

A meio caminho entre a proibição, absoluta ou relativa, e a permissão da intervenção do *Ombudsman* em questões objecto de processos jurisdicionais em curso estão os casos da Albânia (art. 14 da *Lei n.º 8454, de 4 de Fevereiro de 1999, sobre o Defensor do Povo*) e da República Checa (§ 12 da *Lei de 8 de Dezembro de 1999, sobre o Defensor Público dos Direitos*), em que a decisão de proceder ou não à análise de tais questões está na discricionariedade do próprio *Ombudsman*.

2.2.5. Admissão e ausência de proibição da intervenção do Ombudsman em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso

Não se encontra, nos exemplos analisados, qualquer caso em que a intervenção do *Ombudsman* em questões objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais em curso seja explicitamente admitida de forma irrestrita, mas essa permissão pode por vezes deduzir-se da adopção de outras soluções. Assim, no caso da Finlândia e da Suécia, a admissão parece poder deduzir-se da conjugação da ausência de qualquer norma proibitiva com a atribuição aos *Ombudsmän* do dever de fiscalizar a observância da lei e o cumprimento das obrigações pelos tribunais e pela administração (§ 3 das *JO-instruktionen*, no caso da Suécia; art. 49 da Constituição e § 1 do *Regulamento do Ombudsman Parlamentar*, de 10 de Janeiro de 1920, no caso da Finlândia), bem como pela atribuição ao *Ombudsman* do direito de estar presente nas reuniões dos tribunais e dos órgãos administrativos (art. 6 do *Regeringsformen* e § 3 das *JO-instruktionen*, no caso da Suécia; § 2 do *Regulamento do Ombudsman Parlamentar*, no caso da Finlândia); no caso da Holanda a permissão de intervenção em processos jurisdicionais em curso deduz-se da ausência de uma proibição expressa, que todavia decorre para os procedimentos administrativos da regra da exaustão dos meios administrativos, e do mero estabelecimento da suspensão dos prazos para acesso ao *Ombudsman* na eventualidade de um processo jurisdicional ter sido instaurado (secção 12, 1, § 2, 2 da *Lei do Ombudsman*); no caso da Noruega a permissão de intervenção em processos jurisdicionais em curso deduz-se da ausência de uma proibição expressa, que todavia decorre para os procedimentos administrativos da regra da exaustão dos meios administrativos (§ 5 da *Directiva para o Ombudsman do Storting para a Administração Pública*).

2.3. Soluções quanto à exigência ou não da exaustão dos meios administrativos e jurisdicionais como condição de acesso ao Ombudsman

Em algumas das ordens jurídicas analisadas exige-se a prévia exaustão dos meios administrativos e/ou jurisdicionais como condição de acesso ao *Ombudsman*.

Assim, exigem a prévia exaustão dos meios administrativos e jurisdicionais a Geórgia (art. 14, 1 da Lei sobre o Defensor Público, de 16 de Maio de 1996) e a Hungria [secção 16, 1) da Lei LIX de 1 de Junho de 1993 sobre o Comissário Parlamentar para os Direitos Fundamentais].

Exigem a prévia exaustão dos meios jurisdicionais a Áustria (art. 148 da Constituição) e o Reino Unido (§ 5, 2 do *Parliamentary Commissioner for Administration Parliamentary Commissioner Act* de 1967, que vai mesmo mais longe, ao excluir a intervenção do *Parliamen-*

tary Commissioner em todos os casos de mera susceptibilidade, ainda que não efectivada, de utilização de meios deduzidos perante *courts of law* ou *tribunals*, salvo, a título excepcional, quando aquele órgão entenda que, nas circunstâncias concretas, não era razoável esperar que o queixoso tivesse recorrido ou venha a recorrer àqueles meios).

Exigem a prévia exaustão dos meios administrativos a Holanda (secção 12, 2 da *Lei do Ombudsman*) e a Noruega (§ 5 da *Directiva para o Ombudsman do Storting para a Administração Pública*, que todavia admite que, tendo em vista as circunstâncias concretas, o *Ombudsman* decida excepcionalmente ocupar-se da questão).

2.4. Soluções quanto à admissibilidade de pronúncia pelo Ombudsman sobre questões que tenham sido objecto de decisões jurisdicionais com força de caso julgado

Algumas ordens jurídicas excluem expressamente a intervenção do *Ombudsman* em matérias que sejam objecto de decisões jurisdicionais transitadas em julgado: é o caso da Estónia (§ 22, 2 da *Lei sobre o Chanceler Jurídico*), da Letónia (artigo 5, 4 da Lei de 5 de Dezembro de 1996 sobre o *Gabinete dos Direitos Humanos da Lituânia*) e do Quirguistão (art. 10, 2 da *Lei sobre o Akyikatchy*). Em alguns casos essa proibição é indirecta e apenas relativa: assim, a lei irlandesa não admite a intervenção do *Ombudsman* em matérias sobre as quais tenha incidido um processo jurisdicional, a menos que aquele se tenha extinguido por não ter sido demonstrada a existência de uma causa para a acção ou de uma queixa exercitável perante o tribunal em causa [§ 5, 1, (a), (i), (ii) do *Ombudsman Act* de 1980]. Solução idêntica ou próxima deve entender-se que vigora também nas ordens jurídicas em que a intervenção do *Ombudsman* é proibida ou vista como excepcional nos casos em que a matéria em causa pode ser ou poderia ter sido submetida a um tribunal (caso do Reino Unido: *supra*, 2.3.).

A França (secção 11 da Lei que estabelece o *Médiateur de la République da República Francesa*, a Espanha (art. 17, 2 da *Lei Orgânica sobre o Defensor del Pueblo*)²² e a União Europeia (art. 1.º, 2 EPJE) apenas proíbem os respectivos *Ombudsmen* de questionar o bem-fundado das decisões jurisdicionais transitadas em julgado, sem no entanto proibirem em toda a linha a sua intervenção (assim, a secção 11 da Lei que estabelece o *Mediador da República Francesa* admite expressamente que o *Mediador* pode dirigir recomendações às entidades – depreende-se, administrativas – competentes, bem como intervir para assegurar a execução de uma decisão jurisdicional que não esteja a ser acatada). Na Alemanha, a *Petitionausschuß* está

²² Trata-se de uma interpretação da disposição citada que dela não decorre de forma imediata (a este propósito, <<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=todosobredefensorcompetencias.asp>>).

apenas impedida de intervir quando tal restringisse a independência judicial (art. 5, § 5 dos *Grundsätze des Petitionsausschusses über die Behandlung von Bitten und Beschwerden*). No mesmo sentido vão as ordens jurídicas que afastam a competência do *Ombudsman* sobre os tribunais, como a Dinamarca e a Noruega [respectivamente, Capítulo 2, 2 da *Lei do Folketingets Ombudsmand*, Lei n.º 473 de 12 de Junho de 1996, e § 4, c) da Lei sobre o *Ombudsman do Storting para a administração pública*, de 22 de Julho de 1962, alterada por Leis de 22 de Março de 1968, 8 de Fevereiro de 1980, 6 de Setembro de 1991, 11 de Junho de 1993 e 15 de Março de 1996] ou em que o *Ombudsman* está impedido de considerar queixas contra os tribunais, como o Cazaquistão, a Roménia e a Eslováquia (respectivamente, artigo 3, 18 do *Estatuto do Comissário para os Direitos Humanos*, artigo 15, 4 da *Lei sobre a organização e o funcionamento do Defensor do Povo*, e § 3, 2 da *Lei sobre o Defensor Público dos Direitos*).

Outras ordens jurídicas admitem expressamente a intervenção do *Ombudsman* após a emissão de uma decisão jurisdicional: é o caso da Holanda (secção 12, 2 da *Lei do Ombudsman*, de 4 de Fevereiro de 1981). A mesma solução decorre implicitamente da exigência da prévia exaustão dos meios jurisdicionais como condição de acesso ao *Ombudsman*, como sucede na Áustria (*supra*, 2.3.)²³.

2.5. Balanço geral

O breve excursus que antecede revela que a generalidade das ordens jurídicas analisadas manifesta a percepção de que as relações entre o *Ombudsman* e os restantes meios administrativos e jurisdicionais de controlo da administração levantam problemas delicados. Mas a diversidade, algo surpreendente, de soluções normativas encontradas revela divergências quanto à identificação e à seriação das prioridades na sua resolução.

Assim, a mera proibição de intervenção simultânea do *Ombudsman*, por um lado, e da administração e/ou dos tribunais, por outro, estabelece entre o primeiro e os últimos uma separação que pode considerar-se fraca, evidenciadora de uma certa desvalorização dos eventuais problemas entre eles e que tenderá a relegar a intervenção do *Ombudsman* a uma fase de pré-litígio, embora com a sua eventual generalização, por ser admitida em primeira linha.

A exigência da prévia exaustão dos meios administrativos e/ou jurisdicionais como condição de acesso ao *Ombudsman* corresponde a uma separação mais nítida entre os respectivos campos de intervenção e tenderá a reforçar o papel do *Ombudsman*, atribuindo-lhe uma fun-

²³ Em geral sobre os modelos internacionais de relação entre o *Ombudsman* e o poder judicial, C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 108-122.

ção de última instância no quadro do sistema de garantias, embora eventualmente reduzindo a sua esfera de actuação.

A proibição tendencial da intervenção do *Ombudsman* quando seja ou tenha sido abstractamente possível a utilização de outros meios equivale a uma separação forte entre estes e aquele e remete o primeiro para uma função residual e correctiva de disfunções apenas da estruturação, e já não do funcionamento, do sistema de garantias.

A proibição de controlo de decisões judiciais pelo *Ombudsman* traduz uma preocupação de assegurar a independência judicial e o papel central dos tribunais no sistema de garantias, subjectivas e objectivas, do Estado de direito. Neste sentido, os regimes sueco e finlandês, em que o controlo do poder judicial surge como uma função principal do *Ombudsman*, surgem como verdadeiras excepções.

3. O regime português

3.1. Os dados normativos constitucionais e legais

Como é sabido, a CRP não deu uma solução expressa ao problema da articulação dos procedimentos administrativos de controlo com os meios jurisdicionais, em particular os de carácter impugnatório. Com efeito, até 1989, a CRP limitava-se a garantir o direito de recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos «definitivos e executórios» (art. 269.º, 2 CRP, na versão originária; art. 268.º, 3 CRP, após a revisão constitucional de 1982); após 1989, a CRP passou a garantir o direito de recurso contencioso contra (e, a partir da revisão constitucional de 1997, a impugnação de) quaisquer actos administrativos que «lesem» os particulares (art. 268.º, 4 na versão das revisões constitucionais de 1989 e subsequentes). Se, até 1898, foi relativamente pacífico que os actos sujeitos a impugnação administrativa (reclamação ou recurso) necessária eram não definitivos e, conseqüentemente, insusceptíveis de recurso contencioso, a partir daquela data gerou-se um vivo debate no qual a doutrina maioritária, mas não sem significativa oposição, passou a entender que a garantia de impugnação de actos lesivos afasta, pelo menos em regra, o carácter necessário das impugnações administrativas²⁴.

²⁴ Sobre isto, por todos, A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», SI 289 (2001), 77-108; acerca da situação posterior ao CPTA, IDEM, «Perspectivas de reforma», CJA 54 (2005), 44-53.

Ao contrário, a CRP contém uma regra expressa sobre a relação entre a queixa ao Provedor de Justiça, por um lado, e os procedimentos administrativos e os processos jurisdicionais de controlo da actividade administrativa: com terminologia hoje obsoleta, o art. 23.º, 2 CRP determina que «[a] actividade do Provedor de Justiça é *independente* dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis». Entre estes meios não podem, naturalmente, deixar de contar-se os previstos nos arts. 52.º, 1, 2, 20.º e 268.º, 4, 5 CRP, com a configuração que lhes é dada pela sua disciplina legal específica constante dos arts. 158.º-177.º CPA. Como poderá comprovar-se (*infra*, 3.3.1.) a simplicidade aparente da disposição transcrita esconde uma significativa complexidade, não sendo fácil extrair dela um quadro completo da articulação entre a queixa ao Provedor de Justiça e os restantes meios de controlo da administração.

O art. 4.º EPJ (segundo segmento) retoma com identidade literal a disposição do art. 23.º, 2 CRP. Mas o EPJ contém outras disposições com interesse para esta matéria. Assim, o art. 21.º, 2 EPJ determina que «[a] actuação e intervenção do Provedor de Justiça não é limitada pela utilização de meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis nem pela pendência desses meios, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte». A última menção é desnecessária, uma vez que o teor do art. 22.º EPJ em nada conflitua com a disposição antes transcrita²⁵. Finalmente, nos termos do art. 32.º, 1 EPJ, «[q]uando o Provedor de Justiça reconheça que o queixoso tem ao seu alcance um meio gratuito ou contencioso, especialmente previsto na lei, pode limitar-se a encaminhá-lo para a entidade competente». Como se verá, esta disposição desempenha um papel verdadeiramente fundamental, mas os termos da sua harmonização com as anteriores e, sobretudo, com o art. 23.º, 2 CRP, estão longe de ser evidentes.

No seu conjunto, os normativos citados pintam um quadro à primeira vista pouco claro. Para começar a dissipar as dúvidas, o melhor é começar pelo início, ou seja, por apurar qual o alcance da independência da actividade do Provedor de Justiça relativamente aos restantes meios de controlo da actividade administrativa, estabelecida no art. 23.º, 2 CRP. É esse o objecto do ponto seguinte.

²⁵ Ao invés, o seu n.º 1 (segundo segmento) pressupõe a independência entre a queixa ao Provedor de Justiça em relação aos mecanismos de controlo intra-administrativo e jurisdicional da administração, ao estabelecer que a intervenção do Provedor «[...] não suspende o decurso de quaisquer prazos, designadamente os de recurso hierárquico e contencioso». No entanto, como veremos, este aspecto não se prende com a independência estabelecida pelo art. 23.º, 2 CRP (*infra*, 3.2.).

3.2. O significado da independência do Provedor de Justiça relativamente aos restantes meios de controlo da actividade administrativa

Como se viu, o art. 23.º, 2 CRP (secundado pelo segundo segmento do art. 4.º EPJ) determina que «[a] actividade do Provedor de Justiça é *independente* dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis»²⁶. Qual o exacto significado da formulação constitucional?

Jorge Miranda extrai dela quatro consequências, a saber: (a) a não dependência de interesses directos, pessoais e legítimos por parte de quem apresente a queixa; (b) a não dependência de prazos ou outros condicionamentos para a apresentação da queixa; (c) a possibilidade de o Provedor de Justiça apreciar a queixa, mesmo que tenha sido desencadeado um procedimento ou um processo relativo ao objecto da queixa; (d) a não suspensão, por força da queixa, de quaisquer prazos de procedimentos ou processos relativos ao seu objecto²⁷.

Não é possível concordar com Jorge Miranda quanto às duas primeiras e à quarta consequências que aponta. Com efeito, mesmo sem necessidade de mais desenvolvimentos parece dificilmente contestável que:

a) O vocábulo *independência* implica que o que está em causa é *a relação* entre a queixa ao Provedor de Justiça e os restantes meios de controlo da actividade administrativa.

b) O texto do art. 23.º, 2 CRP não se refere à independência da queixa ao Provedor de Justiça e dos restantes meios entre si; trata-se, isso sim, de uma independência unilateral. Por outro lado, tão-pouco o texto do art. 23.º, 2 CRP se refere à independência daqueles meios em relação à queixa, e sim à independência da queixa em relação àqueles meios. Ou seja, *é a primeira que não pode depender dos segundos e não o contrário*.

Ora, três dos aspectos apontados por Jorge Miranda em nada têm que ver com isto. Assim:

a) Os dois primeiros aspectos dizem respeito a eventuais requisitos procedimentais da queixa ao Provedor de Justiça (a legitimidade e a tempestividade) que nada têm que ver com

²⁶ Em rigor, esta independência é de toda a actividade do Provedor de Justiça e não apenas àquela desenvolvida na sequência de uma queixa; contudo, as considerações que se seguem têm em vista esta última alternativa. Importa não confundir a independência da actuação do Provedor de Justiça (art. 23.º, 2 CRP) com a independência do próprio órgão (art. 23.º, 3 CRP): sobre esta última, A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 60.

²⁷ J. MIRANDA, *sub* art. 23.º, 219. Os dois últimos aspectos são também referidos por L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 713.

a relação entre a dita queixa e aqueles meios. Ora, a *independência* da queixa, constitucionalmente imposta, não significa, por si só, que o legislador não possa estabelecer para a primeira pressupostos procedimentais característicos dos segundos. Por isso, podendo eventualmente aduzir-se outros argumentos em favor da proibição constitucional do estabelecimento legal de exigências específicas de legitimidade e de prazo para a queixa ao Provedor de Justiça²⁸, tal proibição não decorre da *independência* de meios estabelecida no art. 23.º, 2 CRP²⁹.

b) O quarto aspecto, consistente no eventual estabelecimento de um efeito suspensivo da formulação da queixa ao Provedor de Justiça sobre os restantes meios administrativos e jurisdicionais de controlo da administração, implicaria, quando muito, que fossem os segundos a ficar dependentes da primeira e não o inverso. A questão é colocada às avessas por Jorge Miranda logo quando fala na «independência dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e na lei», que como se viu a Constituição não refere; assim, ainda que possam aduzir-se bons argumentos em favor da proibição do estabelecimento do efeito suspensivo em causa, não parece que o art. 23.º, 2 CRP esteja entre eles.

Já quanto ao terceiro aspecto tem certamente razão Jorge Miranda. Caso a lei proibisse o Provedor de Justiça de apreciar queixas respeitantes ao objecto de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais pendentes estaria inequivocamente a tornar o exercício do direito de queixa *dependente* da não utilização daqueles meios.

Todavia, julga-se que esta situação não esgota as situações pensáveis de dependência constitucionalmente proibida; é, portanto, necessário subir um degrau em abstracção. Assim, deve entender-se que a independência da queixa ao Provedor de Justiça relativamente aos restantes meios de controlo da administração significa que *a instauração, a instrução e/ou a decisão de procedimentos da competência do Provedor de Justiça não pode ser condicionada por lei à possibilidade abstracta de utilização, às concretas utilização ou ausência de utilização, pendência ou não pendência de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais de controlo da actividade administrativa, nem, por outro lado, cada uma destas circunstâncias pode exercer qualquer influência ou implicar qualquer vicissitude sobre os procedimentos instaurados, pendentes ou a instaurar, ou sobre as recomendações, ou decisões da sua não emissão, que tenham sido proferidas.*

²⁸ Contra, aparentemente, R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 106, embora dispense a titularidade de um direito ou interesse legítimo, rejeita a admissibilidade de queixas fundadas em meros interesses de facto.

²⁹ Assim, C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 147-150, encontra o fundamento da proibição constitucional de imposição de prazos na necessidade de tutela dos direitos fundamentais à luz da função constitucional do Provedor de Justiça e no desvalor jurídico dos actos que violem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (embora com discutíveis considerações acerca da pretensa inexistência destes), parecendo subtrair a questão do eventual estabelecimento de requisitos de legitimidade ao domínio constitucional.

Assim preenchido o conceito de independência utilizado no art. 23.º, 2 CRP, podem extrair-se como seus corolários as proibições constitucionais de seis modelos de relacionamento entre a queixa ao Provedor de Justiça e os restantes meios de controlo da actividade administrativa, alguns deles adoptados em ordens jurídicas estrangeiras:

a) Restrição da intervenção do Provedor de Justiça às situações de insusceptibilidade abstracta de utilização de outros meios, administrativos ou jurisdicionais, de controlo da administração. O modelo português afasta-se, assim, daquele adoptado no Reino Unido (*supra*, 2.3.).

b) Exigência da prévia exaustão dos restantes meios, administrativos ou jurisdicionais, de controlo da administração como condição do exercício do direito de queixa³⁰. O modelo português afasta-se, assim, daqueles adoptados, com diversos matizes, na Geórgia, na Hungria, na Áustria, no Reino Unido, na Holanda e na Noruega (*supra*, 2.3.).

c) Exigência da não utilização prévia de outros meios de controlo da administração como condição do exercício do direito de queixa.

d) Suspensão ou extinção do procedimento de queixa em virtude da instauração e pendência de outro meio de controlo da administração com objecto total ou parcialmente coincidente com o primeiro. O modelo português afasta-se, assim, daqueles que são largamente maioritários, adoptados, com diversos matizes, em Espanha, em França, na Grécia, na Irlanda, na Lituânia, na Moldávia, no Quirguistão, no Reino Unido, na Roménia, na Ucrânia, no Uzbequistão, na Áustria, na Alemanha, na Eslováquia, na Macedónia, na Holanda e na Noruega (*supra*, 2.2.2.), aproximando-se, pelo contrário, neste aspecto, dos modelos da Finlândia e da Suécia (*supra*, 2.2.5.).

e) Modificação da tramitação do procedimento de queixa (por exemplo, supressão ou adiamento de etapas procedimentais, modificação de prazos) em virtude da instauração, pen-

³⁰ Inversamente, já não decorre do art. 23.º, 2 CRP a proibição do estabelecimento legal da regra da prévia exaustão do exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça como condição de acesso aos restantes meios administrativos ou jurisdicionais de controlo da administração, uma vez que, nesse caso, seria a independência destes últimos em relação ao primeiro a ser posta em causa e não o inverso. Não obstante, tal hipotética solução deveria sempre considerar-se inconstitucional, quer por constituir uma restrição desnecessária dos direitos de petição à administração para revisão das suas decisões (art. 52.º, 1 CRP) e dos direitos de acesso aos tribunais, de tutela jurisdicional efectiva (arts. 20.º, 1, 268.º, 4, primeiro segmento, CRP) e de acesso aos tribunais administrativos (art. 268.º, 4, 5), quer por transformar o Provedor de Justiça num meio necessário e por isso normal de controlo da actividade administrativa, pervertendo assim a natureza intersticial da sua função, subjacente ao art. 23.º CRP.

dência ou extinção de outro meio de controlo da administração, bem como de qualquer outra vicissitude neste ocorrida³¹.

f) Influência sobre a instrução ou decisão do procedimento de queixa de qualquer acto praticado pelos intervenientes (por exemplo, em sede de prova) noutros procedimentos ou processos de controlo da administração (salva, eventualmente, a emissão de uma sentença com efeito de caso julgado: *infra*, 3.4.2.).

g) Admissibilidade de controlo heterónimo, mediante impugnação ou outro meio administrativo ou jurisdicional de reacção, dos actos praticados pelo Provedor de Justiça no decurso ou em decisão dos procedimentos de queixa.

Assim, a Constituição portuguesa afastou-se decisivamente das ordens jurídicas estrangeiras referidas, antes optando por admitir uma sobreposição temporal e material dos âmbitos da actuação do Provedor de Justiça e dos mecanismos intra-administrativos e jurisdicionais de controlo da administração. O que, aliás, é coerente com a opção constitucional de delimitação muito fluida das fronteiras da actuação do Provedor de Justiça, quer aos níveis orgânico e funcional³², quer ao nível dos parâmetros do controlo por si exercido³³.

³¹ Inversamente, já não decorre do art. 23.º, 2 CRP a proibição do estabelecimento legal de quaisquer formas de influência do procedimento de queixa sobre os procedimentos ou processos administrativos com objecto total ou parcialmente idêntico [por exemplo, a suspensão ou modificação de prazos; contra, como se viu, J. MIRANDA, *sub* art. 23.º, 219]. Não obstante, tal hipotética solução deveria sempre considerar-se inconstitucional, quer por poder constituir uma restrição desnecessária dos direitos de petição à administração para revisão das suas decisões (art. 52.º, 1 CRP) e dos direitos de acesso aos tribunais, de tutela jurisdicional efectiva (arts. 20.º, 1, 268.º, 4, primeiro segmento, CRP) e de acesso aos tribunais administrativos (art. 268.º, 4, 5), quer poder, eventualmente, atentar contra a independência do poder judicial (art. 203, primeiro segmento, CRP), quer ainda por implicar um incentivo à utilização do Provedor de Justiça como meio de controlo da administração anterior aos meios administrativos e jurisdicionais normais, pondo em causa a natureza intersticial da sua função, subjacente ao art. 23.º CRP.

³² Sobre isto, J. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, IV, Coimbra, 3º2000, 285; IDEM, *sub* art. 23.º, 219; L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 711-712; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 59-62; M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 44-45; R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 101.

³³ Que, como bem refere J. MIRANDA, *sub* art. 23.º, 219, abrange, quer a legalidade, quer o mérito, da actuação administrativa. Também J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 5º2002, 506, afirma categoricamente que «[a] função do Provedor não se limita à defesa da legalidade, cabendo-lhe “providenciar [*sic*; provavelmente: *prevenir*] e reparar injustiças” praticadas quer por ilegalidade quer por “parcialidade” ou “má administração”»; no mesmo sentido, M. REBELO DE SOUSA, *Lições*, I, 273; M. AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça», 32-33; C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 127 (mais restritivamente), 156³⁶⁹); A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 67, 75-76. Não se compreende a posição de D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 30-31, quando afirma que «[o] “Ombudsman” pode e deve ir, portanto, mais além do que os tribu-

Uma apreciação do EPJ à luz destes parâmetros constitucionais não pode deixar de conduzir à conclusão de que aqueles foram respeitados. Assim, como já se viu, além de confirmar

nais no controlo jurídico da discricionariedade[...]», para logo de seguida obterem que «[...] embora não deva, como também os tribunais não podem, intrometer-se no controlo do mérito da actuação dos poderes públicos, salvo em casos de “erro manifesto” (*erreur manifeste*), ou de “total desrazoabilidade” (*pure unreasonableness*)». Contra a actuação do Provedor de Justiça no âmbito da margem de livre decisão administrativa, R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 105-106, afirma que, por força da inclusão do princípio da justiça entre os parâmetros jurídicos de controlo da administração pública no art. 266.º, 2 CRP, uma recomendação do Provedor de Justiça que se baseie no carácter injusto de uma actuação administrativa situa-se no âmbito da legalidade e não do mérito ou conveniência, pelo que a eventual revogação de actos administrativos praticada no acatamento de tal recomendação seguiria necessariamente o regime estabelecido no art. 141.º CPA para a revogação de actos inválidos. Mas não se pode concordar com esta posição, que assenta em dois equívocos fundamentais, um relativo ao alcance da instituição do Provedor de Justiça e o outro relativo ao alcance do princípio da justiça no art. 266.º, 2 CRP. Assim, em primeiro lugar, ao não se referir sequer, no art. 23.º, à legalidade como critério da actuação do Provedor de Justiça, a Constituição quis claramente permitir a intervenção daquele órgão em situações que não de pura e simples ilegalidade. Caso contrário, restaria perguntar o porquê da utilização das palavras *justiça*, na designação do órgão, e *injustiça*, a propósito do âmbito da sua actividade (art. 23.º, 1); mais valeria nesse caso a Constituição ter designado o órgão como *Provedor da Legalidade* e tê-lo incumbido da missão de *prevenir e reparar ilegalidades*. A redução da actividade do Provedor de Justiça à reparação e prevenção de injustiças na estrita medida em que constituam ilegalidades produziria ainda, reversamente, a bizarra consequência de impedir aquele órgão de intervir em questões de ilegalidade que se apresentem como neutras do ponto de vista da Justiça, obrigando-o, portanto, a propósito de cada caso, a entrar em complexas, e muito duvidosamente relevantes, considerações axiológicas. Ademais, ainda que o art. 23.º CRP não referisse a possibilidade de o Provedor de Justiça intervir à margem de critérios de estrita legalidade, tê-lo-ia em todo o caso feito o art. 1.º, 1 EPJ, ao contrapor (dando-lhes obviamente sentido distinto, como correctamente depreende L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 710) os conceitos de legalidade e de justiça; um tal alargamento legal da função constitucional do Provedor de Justiça não levantaria, como não levantaram outros, dúvidas de maior quanto à sua admissibilidade constitucional, tendo em vista a função de garantia da instituição. Em segundo lugar, a justiça subjacente ao princípio da justiça da actividade administrativa (art. 266.º, 2 CRP) não esgota toda a ideia de justiça. Em termos amplos, a justiça identifica-se com o conjunto de valores supremos do ordenamento jurídico e, por isso mesmo, em princípio objecto de consagração constitucional. Enquanto repositório de uma determinada ideia de direito, o princípio da justiça foi, portanto, a fonte a que a doutrina, a jurisprudência e o legislador foram buscar as bases da densificação de outros princípios limitadores da actividade administrativa; se, por um lado, adquiriu através deles uma relevância mediata, enquanto princípio autónomo o princípio da justiça foi, por outro lado, objecto de um progressivo esvaziamento. Por este motivo, a sua relevância como parâmetro normativo autónomo da actividade administrativa é diminuta: sob pena de anulação constante de condutas administrativas com base em conceitos emocionais e subjectivos de justiça, o princípio da justiça enquanto tal só pode considerar-se violado nas situações cuja qualificação como injustas é susceptível de alcançar um consenso intersubjectivo, que são, por definição, situações de injustiça manifesta e ostensiva (sobre isto, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 225-226, cujo texto se seguiu de perto na parte relevante). Ora, nada exige que o Provedor de Justiça limite os seus juízos de injustiça a estas fronteiras tão estreitas (sem prejuízo de algumas fronteiras terem que existir, sob pena da total perda de objectividade).

a regra constitucional da independência da actividade do Provedor em relação aos restantes meios procedimentais e processuais (art. 4.º, primeiro segmento, EPJ), a lei interpretou correctamente essa independência no sentido de que a «actuação e intervenção do Provedor de Justiça *não é limitada* pela utilização de meios graciosos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis nem pela pendência desses meios» (art. 21.º, 2 EPJ), preceito do qual se retira de forma clara, e em conformidade com a Constituição, que o acesso ao Provedor de Justiça não depende da insusceptibilidade abstracta de utilização, da prévia exaustão ou da não utilização prévia de outros meios procedimentais ou processuais, bem como que o procedimento perante o Provedor de Justiça não se suspende ou extingue em virtude da instauração ou pendência de qualquer procedimento ou processo cujo objecto coincida com o seu (v. os quatro primeiros corolários apontados *supra*). Do mesmo modo, em parte alguma o EPJ consagra qualquer modificação da tramitação do procedimento de queixa em virtude da instauração, pendência, extinção ou outras vicissitudes ocorridas nos restantes meios procedimentais ou processuais, nem tão-pouco qualquer forma de influência de qualquer acto praticado pelos intervenientes naqueles procedimentos ou processos sobre a instrução ou decisão do procedimento perante o Provedor de Justiça (v. os dois últimos corolários apontados *supra*)³⁴. O art. 36.º EPJ afasta expressamente a possibilidade de recurso (isto é, impugnação) administrativa e jurisdicional dos actos do Provedor de Justiça praticados no procedimento de queixa, salvo a reclamação; disposição que deve aplicar-se por analogia a outros controlos de tipo não impugnatório [por exemplo, meios administrativos ou jurisdicionais de controlo de actos negativos e/ou omissões como aqueles em que sejam formulados os pedidos contemplados nos arts. 47.º, 2, b), 66.º-71.º CPTA].

O mesmo não pode já dizer-se do art. 2.º da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, que regula o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e forças armadas. Com efeito, o n.º 1 deste artigo determina que, sendo os queixosos militares ou agentes militarizados das forças armadas, a queixa só pode ser apresentada «uma vez esgotadas as vias hierárquicas estabelecidas na lei». A circunstância de o n.º 3 deste artigo, com a clara e louvável intenção de evitar o estrangulamento do acesso dos militares ao Provedor de Justiça, prever um mecanismo que permite a apresentação da queixa nas situações em que não haja lugar a recurso hierárquico ou em que o prazo para interposição deste já tenha decorrido não salva este regime da inconstitucionalidade, uma vez que aquele mecanismo pressupõe ainda o esgotamento de um procedimento administrativo de controlo, embora atípico, sendo que

³⁴ De passagem, refira-se que também é verdade o contrário, ou seja, o EPJ não consagra qualquer influência da instauração de procedimentos perante o Provedor de Justiça na possibilidade de instauração ou na tramitação de outros procedimentos e processos, excluindo expressamente a suspensão de quaisquer prazos relativos àqueles (art. 22.º EPJ).

a independência da queixa ao Provedor de Justiça estabelecida no art. 23.º, 2 CRP, com todos os seus corolários, se refere de modo abrangente a todos os mecanismos, típicos ou não, de auto-controlo administrativo, bem como à totalidade das esferas da administração pública em sentido material, incluindo a administração militar³⁵.

Além do art. 5.º da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, a única disposição legal actualmente vigente cuja compatibilidade com o art. 23.º, 2 CRP poderá levantar algumas dúvidas é a constante do art. 32.º, 1 EPJ. Nos termos desta, recorde-se, «[q]uando o Provedor de Justiça reconheça que o queixoso tem ao seu alcance um meio gracioso ou contencioso, especialmente previsto na lei, pode limitar-se a encaminhá-lo para a entidade competente». É sobre a disposição do art. 32.º, 1 EPJ – que, como se verá, constitui o arco da abóbada do sistema de articulação entre o Provedor de Justiça, a administração de auto-controlo e os tribunais – que nos debruçaremos de seguida.

3.3. O art. 32.º, 1 EPJ

3.3.1. A interpretação do preceito

Apesar de nem a Constituição nem o EPJ o dizerem expressamente, deve entender-se que o Provedor de Justiça está, em geral, vinculado a pronunciar-se sobre as queixas que lhe sejam apresentadas. Esta conclusão decorre da própria natureza da queixa e do Provedor de Justiça como mecanismos de garantia das posições jurídicas subjectivas dos particulares, que ficaria subvertida caso se entendesse diversamente: com efeito, nesse caso, tais mecanismos passariam a ser verdadeiras *garantias graciosas*, no sentido etimológico de garantias conferidas por graça do poder, o que violaria o princípio do Estado de direito (art. 3.º CRP); quem entenda que o Provedor de Justiça é um órgão administrativo poderá reforçar este argumento com o princípio da boa fé da administração (art. 266.º, 2 CRP) e com o dever legal de decisão estabelecido pelo art. 9.º, 1 CPA³⁶ que, naquele caso, não poderia deixar de aplicar-se á actividade do Provedor de Justiça [art. 2.º, 1, 2, a) CPA]. Ou seja, a regra geral é a de que o Provedor de Justiça não goza de uma discricionariedade de não pronúncia, em simetria com a ausência de uma discricionariedade de não decisão dos órgãos da administração activa³⁷.

³⁵ Aparentemente também no sentido da inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 441. Sem tomar posição, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 62⁵.

³⁶ Sobre isto, por todos, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, III, Lisboa, 2007, 107-110.

³⁷ M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, III, 107.

No entanto, a utilização no texto do art. 32.º, 1 EPJ das expressões «pode limitar-se» e «encaminhá-lo», não pode deixar de ser interpretada no sentido de que, existindo outros meios, procedimentais (graciosos) e/ou processuais (contenciosos), «especialmente previstos» para tutelar o particular queixoso, a lei deixa de impor ao Provedor de Justiça que analise a queixa formulada e, por maioria de razão, se pronuncie sobre ela, desde que indique ao particular quais são aqueles meios. A utilização da expressão «pode», neste contexto, é elucidativa: verificados os pressupostos indicados (existência de outros meios especiais de tutela), a lei atribui ao Provedor de Justiça um poder discricionário de escolher³⁸ entre analisar a queixa e decidir sobre ela, por um lado, e não dar continuidade ao procedimento, por outro^{39/40}.

O que serão então meios procedimentais ou processuais *especiais*, para efeitos da verificação da previsão do art. 32.º, 1 EPJ? Em termos estritamente técnicos, as terminologias *procedimentos especiais* e *processos especiais* visam apenas designar aquelas sucessões ordenadas de actos e formalidades, tendentes à formação, manifestação ou execução da vontade da administração ou dos tribunais, que são objecto de uma regulação normativa em parte diversa daquela que é assumida como paradigmática e por isso alçada à generalidade.

Assim, o procedimento administrativo regulado fundamentalmente nos arts. 54.º – 113.º CPA é o procedimento administrativo geral e são procedimentos administrativos especiais todos os outros (cfr. art. 2.º, 7 CPA), entre os quais, por exemplo, os procedimentos de controlo prévio de operações urbanísticas regulados nos arts. 8.º-39.º RJUE; no entanto, de entre estes, os procedimentos de informação prévia (arts. 14.º-17.º RJUE), licenciamento (arts. 18.º-27.º RJUE) e comunicação prévia (arts. 34.º-36.º-A RJUE) são, por sua vez, gerais em relação aos auto-qualificados «procedimentos especiais» disciplinados nos arts. 37.º-39.º RJUE. No âmbito da jurisdição dos tribunais administrativos, a acção administrativa comum regulada nos arts. 37.º-45.º CPTA é o processo geral (cfr. art. 37.º, 1, segmento final, CPTA) e a acção administrativa especial regulada nos arts. 46.º-96.º CPTA um processo especial; no

³⁸ Sobre o conceito de discricionabilidade de escolha, ou optativa, por todos, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, 479; M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 184.

³⁹ Sobre a relevância do vocábulo *pode* e de outros semelhantes na identificação de poderes discricionários, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 184; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, 112002, 122.

⁴⁰ Inexplicavelmente, sem sequer se referir ao enquadramento constitucional da questão ou art. 32.º, 1 EPJ, D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 35, afirma taxativamente que, se a queixa formulada ao Provedor de Justiça tiver o mesmo objecto de um processo jurisdicional pendente, o Provedor de Justiça deve rejeitá-la liminarmente por litispendência. Afastando-se expressamente desta orientação, embora manifestando sensibilidade para a conveniência de evitar duplicações de processos e eventual contradição das decisões, A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 66-67 (também 67-68⁷⁷).

entanto, a acção administrativa especial é geral em relação ao processo de impugnação de actos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas regulado nos arts. 100.º-103 CPTA, que por sua vez é especial em relação a ambas as anteriores (cfr. arts. 100.º, 1, segmento final, e 102.º, 1 CPTA).

A distinção entre procedimentos/processos gerais e procedimentos/processos especiais é, portanto, de carácter meramente relativo e, por isso, arbitrário e insusceptível de servir para iluminar a locução «meio gracioso ou contencioso especialmente previsto na lei», constante do art. 32.º, 1 EPJ. Com efeito, seria totalmente irracional admitir-se a possibilidade de utilização do mecanismo ali previsto, por exemplo no caso de o queixoso ter ao seu dispor a acção administrativa especial e não a acção administrativa comum, não apenas pela relatividade do conceito de acção especial mas também pela circunstância de o critério de repartição das pretensões dos particulares por acções gerais e especiais radicar em razões de arquitectura normativa fundamentalmente alheias à substância das pretensões em causa. O resultado seria ainda mais absurdo no caso do procedimento administrativo: como se sabe, as normas sobre o procedimento administrativo geral constituem apenas um quadro normativo destinado a preencher lacunas de regulação dos procedimentos administrativos especiais, sendo os procedimentos administrativos não disciplinados (ainda que fragmentariamente) por normas especiais tão raros que poderão dizer-se virtualmente inexistentes⁴¹; assim, a norma do art. 32.º, 1 EPJ seria, ela própria, virtualmente inaplicável aos procedimentos administrativos.

Assim, quanto a este aspecto, o único resultado admissível da interpretação do art. 32.º, 1 EPJ parece ser o de que o adjetivo «especiais» não assume contextualmente um significado técnico-jurídico preciso. Embora com terminologia altamente infeliz, a lei terá pretendido referir-se a todos e quaisquer procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais *que não o procedimento de queixa ao Provedor de Justiça* e que sejam *adequados a tutelar as posições jurídicas substantivas invocadas pelo particular na queixa formulada*. O pressuposto da aplicação do mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ tem, por isso, e apesar da formulação utilizada, um âmbito genérico.

À luz do art. 32.º, 1 EPJ, a posição jurídica subjectiva consistente na possibilidade de apresentação de queixas ao Provedor de Justiça constitui, em termos constitucionais, um direito subjectivo⁴²: com efeito, trata-se de um interesse directa e imediatamente protegido mediante

⁴¹ Sobre isto, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, III, 104. Ainda mais radicalmente, fazendo, na realidade, implodir a distinção entre procedimento geral e procedimentos especiais, M. ESTEVES DE OLIVEIRA/P. COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, sub art. 2.º, 78-79.

⁴² Chamando-lhe «direito subjectivo de carácter instrumental», R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 100.

a concessão de um feixe de poderes ou faculdades, que incluem a possibilidade de obter a sua plena realização⁴³; aquela protecção deduz-se da permissão normativa constante do art. 23.º, 1 CRP: «[o]s cidadãos *podem* apresentar queixas [...] ao Provedor de Justiça». Será que, ao atribuir genericamente ao Provedor de Justiça o poder discricionário de não dar andamento ao procedimento de queixa nas situações em que é simultaneamente possível a utilização de outros meios de tutela, o art. 32.º, 1 EPJ tem o alcance de degradar aquele direito numa posição jurídica subjectiva tutelada como mero interesse legalmente protegido, como tipicamente sucede na presença de margem de livre decisão administrativa⁴⁴? Não parece.

Seja no art. 32.º, 1, seja em qualquer outra disposição, o EPJ nada retira, em extensão subjectiva ou profundidade de tutela, ao âmbito universal do direito de queixa tal como resultante do art. 23.º CRP e reiterado no art. 3.º EPJ – nem sequer através do estabelecimento de requisitos de legitimidade procedimental (art. 25.º EPJ, *a contrario*). Mesmo que tenham à sua disposição outros meios administrativos ou jurisdicionais adequados de tutela das posições jurídicas subjectivas invocadas ou a invocar mediante queixas ao Provedor de Justiça, os particulares continuam a ter direito à sua apresentação. Em conformidade, a existência daqueles meios não é causa de indeferimento liminar da queixa (art. 27.º, 2 EPJ, *a contrario*), e muito menos está em causa a incompetência do Provedor de Justiça para apreciá-la (art. 20.º EPJ, *a contrario*); mesmo no caso de o Provedor de Justiça *se limitar a encaminhar* o queixoso para os outros meios administrativos ou jurisdicionais de controlo da administração, nos termos do art. 32.º, 1 EPJ, tal não dá automaticamente lugar ao arquivamento da queixa (art. 31.º EPJ), sendo para tal necessário que venha a concluir-se que aquela não tem fundamento, que não existem elementos bastantes para ser adoptada qualquer medida ou que a ilegalidade ou injustiça invocadas sejam reparadas [art. 31.º, b), c) EPJ].

3.3.2. Questões de conformidade constitucional

- a) O direito de queixa como direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição

Apesar de o art. 32.º, 1 EPJ não permitir a extinção do direito de queixa mediante decisão discricionária do Provedor de Justiça, não há dúvida de que permite a sua afectação: por força de decisão do Provedor de Justiça, a queixa poderá não ter seguimento, pelo menos imediato. Cabe, portanto, averiguar se esta afectação é conforme com a Constituição. Para enquadrar

⁴³ M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 209.

⁴⁴ Sobre isto, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 210-211.

devidamente esta questão é necessário apurar a natureza jurídica da queixa ao Provedor de Justiça tal como ela decorre do art. 23.º, 1 CRP. Já se viu que se trata de um direito subjectivo; além disto, é um direito fundamental e análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição.

a) A queixa ao Provedor de Justiça *é um direito fundamental*. O direito de queixa surge sistematicamente integrado no Título I («Princípios gerais») da Parte I («Direitos e deveres fundamentais») da Constituição, tratando-se, por isso, claramente, de um aspecto do regime comum dos direitos fundamentais⁴⁵ e, mais precisamente, de uma *garantia* dos direitos fundamentais⁴⁶. Ora, esta função de garantia dos direitos fundamentais postula a natureza de direito fundamental, sem a qual o instituto dificilmente poderia funcionar nos termos pretendidos pela Constituição. Ademais, a queixa ao Provedor de Justiça não é senão uma manifestação especial do direito de petição consagrado no art. 52.º, 1 CRP⁴⁷ (que, aliás, se refere expressamente a *queixas* como modalidades de petição), de cuja natureza de direito fundamental, quer pela sua inserção sistemática no Título I da Parte I da Constituição (*Direitos, liberdades e garantias*), quer pela própria formulação textual da norma que o consagra, não é possível duvidar.

b) A queixa ao Provedor de Justiça *é um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição*, para efeitos do art. 17.º CRP. Também não é possível desenvolver aqui a temática do critério da analogia subjacente ao art. 17.º CRP; a ideia que nos parece mais acertada é a de que um direito fundamental será análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição quando exista «[...] uma medida de equivalência [do primeiro] à configuração técnico-constitucional [...]» dos segundos⁴⁸, ou seja, quando o direito candidato tiver o seu conteúdo suficientemente determinado ao nível constitucional⁴⁹. Isto ocorre patentemente com a norma do art. 23.º, 1 CRP, que não faz depender o direito de queixa de quaisquer condições extrajurídicas e, como tal, está apta a ser imediatamente aplicada⁵⁰. Além disto, como se viu, o direito de queixa ao Provedor de Justiça não é senão uma concretização do direito de petição, consagrado no

⁴⁵ Assim, J. MIRANDA, *Manual*, IV, 146.

⁴⁶ Assim, J. MIRANDA, *sub art. 23.º*, 440; C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 123..

⁴⁷ J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, *sub art. 23.º*, 441; também J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, considera o direito de queixa no mesmo contexto do direito de petição.

⁴⁸ Assim, J. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, II (*A construção dogmática*), Coimbra, 2006, 272.

⁴⁹ Quanto a isto, por todos, os autores citados em J. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação*, II, 272¹¹⁴¹.

⁵⁰ J. MIRANDA, *Manual*, IV, 151.

Título II da Parte I da Constituição, pelo que não pode deixar de partilhar do mesmo grau de determinação constitucional. O carácter de direito análogo do direito de queixa ao Provedor de Justiça é, aliás, reconhecido pela doutrina⁵¹.

A conclusão de que o direito de queixa é um direito fundamental de natureza análoga implica que lhe seja aplicável, pelo menos, o regime material dos direitos, liberdades e garantias⁵², com destaque para o regime das restrições estabelecido pelo art. 18.º, 2, 3 CRP. Ora, a norma do art. 32.º, 1 EPJ constitui, certamente, uma intervenção legislativa no âmbito do direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça. Mas importará a restrição daquele direito para efeitos do art. 18.º, 2, 3 CRP?

b) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição do direito de queixa ao Provedor de Justiça

A este propósito, é fundamental ter-se em conta que a qualificação das modalidades de intervenção nos direitos fundamentais não deve visar a obtenção de categorias lógicas (cuja aplicação, por força da subtracção de algumas daquelas intervenções ao regime constitucional das restrições, leva na prática a situações de desprotecção dos direitos fundamentais e de défice de fundamentação de decisões judiciais⁵³), antes devendo estar funcionalizada à fixação dos pressupostos materiais de aplicação das exigências decorrentes do Estado de direito⁵⁴. Ou seja, numa formulação lapidar,

«a aplicabilidade dos requisitos do Estado de Direito não deve depender de uma integração abstracta de uma dada regulação de direitos fundamentais num tipo conceptual livremente adoptado, mas ser essencialmente condicionada pela presença de elementos ou efeitos restritivos na norma em causa, ou seja, pela produção de consequências desvantajosas no acesso dos particulares a bens de liberdade jusfundamental»⁵⁵.

Já se viu que o art. 32.º, 1 EPJ não permite, por decisão discricionária do Provedor de Justiça, a extinção imediata do direito de queixa; mas é certo que, em virtude dessa decisão, esta pode deixar de ser apreciada. Julga-se, portanto, que a norma em causa recai sem dificuldade no conceito de restrição de direito fundamental, entendida como

⁵¹ Assim, J. MIRANDA, *Manual*, IV, 151; J. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação*, II, 273; C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 124.

⁵² Na visão mais restritiva, para a maior parte da doutrina aplicar-se-á a totalidade do regime dos direitos, liberdades e garantias: recentemente, J. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação*, II, 257¹⁰⁸⁴.

⁵³ J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, 183-184.

⁵⁴ Neste sentido, J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 176.

⁵⁵ J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 189.

«acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado»⁵⁶.

Com efeito, seria de um inaceitável conceptualismo defender-se que o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ não seria restritivo do direito por não impedir a formulação da queixa; na verdade, tal equivaleria a dizer que a admissão do *non liquet* judicial não constituiria uma restrição do direito de acção. Dentro da figura ampla da restrição, a norma do art. 32.º, 1 EPJ constitui uma restrição em sentido estrito⁵⁷, enquanto os actos individuais e concretos pelos quais o Provedor, verificados os pressupostos ali previstos, venha a *encaminhar* os queixosos para outros meios adequados de tutela tem a natureza de uma intervenção restritiva⁵⁸.

Qualificado o direito de queixa ao Provedor de Justiça como direito de natureza análoga e o art. 32.º, 1 EPJ como disposição restritiva daquele direito cabe averiguar da sua conformidade constitucional, designadamente à luz do art. 18.º CRP.

c) A pretensa irrestringibilidade do direito de queixa ao Provedor de Justiça

Uma questão prévia que cabe desde já ultrapassar é a da eventual irrestringibilidade do direito de queixa ao Provedor de Justiça, aparentemente defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira, para quem «[n]em o acesso ao Provedor ou à sua acção podem ficar dependentes de condições especiais ou de restrições particulares»⁵⁹.

Não se pode concordar com esta ideia. Aplicando-se-lhe o regime do art. 18.º CRP, o direito de queixa só pode ser restringido na medida do necessário para salvaguardar outros direitos, liberdades e garantias ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, 2 CRP). Tenha-se, no entanto, em atenção que dizer que o direito de queixa ao Provedor de Justiça *só pode ser restringido* nestas condições implica o *contrário* de dizer que *não pode ser restringido*.

É certo que a Constituição não autoriza directamente a restrição deste direito. Em todo o caso, não se invoque em favor da pretensa irrestringibilidade do direito de queixa a letra

⁵⁶ J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 157.

⁵⁷ Sobre este conceito, J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 193-194, 227-246.

⁵⁸ Sobre este conceito, J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 193-194, 205-227.

⁵⁹ J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, sub art. 23.º, 441.

do art. 18.º, 2 CRP, segundo o qual «[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição [...]». A impraticabilidade fáctica e metodológica de um modelo de proibição total de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição está já amplamente demonstrada na doutrina⁶⁰: a impossibilidade de o legislador estabelecer restrições não expressamente permitidas pela Constituição dificultaria gravemente a regulação legal da vida em comunidade⁶¹ e alçaria o mecanismo da revisão constitucional a meio normal de resolução de conflitos de direitos, legalmente irrestringíveis, emergentes de supervenientes modificações sociais⁶², estando ambas as consequências em manifesta contradição com o espírito da Constituição considerada no seu conjunto⁶³. A concepção dos direitos fundamentais como garantias jurídicas com reserva geral imanente de ponderação (Jorge Reis Novais)⁶⁴ leva a aceitar a restringibilidade de todos os direitos fundamentais como inevitável e, mesmo, como natural e a compreender a proibição do art. 18.º, 2 CRP como imposição de *um fundamento normativo constitucional* para as restrições de direitos, liberdades e garantias⁶⁵.

Admitida a possibilidade de restrição de direitos fundamentais mesmo que na ausência de uma expressa autorização constitucional, não existe naturalmente qualquer razão de índole normativa ou metodológica que justifique a irrestringibilidade do direito de queixa ao Provedor de Justiça, quando, por exemplo, é universalmente aceite (independentemente da ausência de consenso em relação aos seus limites) a restringibilidade do direito de impugnação de actos administrativos, uma das garantias por excelência das posições jurídicas dos particulares perante a administração. Ou seja, em conclusão, o direito de queixa ao Provedor de Justiça não pode ser irrestringível pela simples razão de que não existem direitos fundamentais (ou mesmo direitos não fundamentais) que não possam ser comprimidos para assegurar a salvaguarda de direitos ou interesses que, em determinadas condições, sobre ele devam prevalecer.

Existirá então um fundamento normativo constitucional para a restrição do direito de queixa ao Provedor de Justiça nos termos do art. 32.º, 1 EPJ?

⁶⁰ Sobretudo, J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 367-378; também A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 88-89.

⁶¹ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 88.

⁶² A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 89.

⁶³ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 89.

⁶⁴ J. REIS NOVAIS, *As restrições*, 569-581.

⁶⁵ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 89; com resultados similares, J. REIS NOVAIS, *As restrições*, esp. 587-588.

d) A preservação da função intersticial do Provedor de Justiça e de um espaço de autonomia de actuação do Provedor de Justiça como interesses constitucionalmente protegidos passíveis de prossecução através do art. 32.º, 1 EPJ

Antes de averiguar se a restrição em causa é necessária para assegurar a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art.º 18.º, 2, segundo segmento) é naturalmente imprescindível a identificação de tais direitos ou interesses.

Do ponto de vista de uma instituição constitucional de garantia como o Provedor de Justiça, o primeiro interesse constitucionalmente protegido a ter em conta é o de que ela *funcione de modo a poder cumprir a sua função*. A Constituição concebeu o Provedor de Justiça como um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais; o cumprimento desta função pressupõe então o funcionamento do órgão nos termos constitucionalmente pretendidos. Vejamos, então, com mais detalhe, em que consiste a função de garantia subjectiva do Provedor de Justiça e quais serão as condições ideais para o seu exercício.

Um bom ponto de partida é o de comparar a queixa ao Provedor de Justiça com outros mecanismos, administrativos e jurisdicionais, constitucionalmente previstos como garantias das posições jurídicas subjectivas dos particulares perante a administração. Isto pressupõe, naturalmente, uma averiguação do papel da queixa do Provedor de Justiça no quadro do sistema constitucional que ultrapasse a mera exegese do art. 23.º CRP.

No Estado de Direito democrático, as garantias *normais* de defesa das posições jurídicas subjectivas dos particulares perante a administração são os procedimentos administrativos de controlo e os meios processuais do contencioso administrativo: cabe, em primeira linha, à própria administração comportar-se de acordo com o bloco de legalidade (art. 266.º, 2 CRP) e com o dever de boa administração [por ex., art. 81.º, c) CRP]⁶⁶ e, em caso de tal não ocorrer, promover a reparação das infracções ocorridas⁶⁷; em última análise, incumbe aos tribunais assegurar, com carácter vinculativo (art. 205.º, 2 CRP), a defesa das posições jurídicas subjectivas dos particulares e a reposição da legalidade democrática (art. 202.º, 2 CRP). Em consonância com isto, a administração e os tribunais dispõem (e têm constitucionalmente que dispor) de meios materiais e humanos para poderem debruçar-se potencialmente sobre todo o universo de questões materiais passíveis de controvérsia jurídica e as suas decisões possuem (e têm constitucionalmente que possuir) a força jurídica que permita efectivamente

⁶⁶ Sobre o princípio da legalidade e o dever de boa administração, por todos, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 157-177, 182-184, 206-207.

⁶⁷ Assim, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 163.

a reintegração das posições jurídicas subjectivas, das normas legais e/ou de boa administração que tenham sido violadas.

Ao invés, pela sua própria natureza e pela natureza dos meios materiais, humanos e jurídicos que tem ao seu dispor, o Provedor de Justiça não pode, a par dos tribunais e da própria administração activa, constituir um *meio normal* de protecção das posições jurídicas dos particulares perante a actividade administrativa. Com efeito, o art. 23.º, 3 CRP concebeu o Provedor de Justiça como um órgão singular («[...] sendo *o seu titular* eleito pela Assembleia da República [...]») e unitário (pode haver um único Provedor de Justiça)⁶⁸; apesar de a lei ter instituído uma Provedoria de Justiça (arts. 40.º-43.º EPJ), ter previsto a existência de um máximo de dois provedores-adjuntos (art. 16.º, 1 EPJ), ter contemplado a existência de um gabinete (art. 10.º EPJ) e de um conjunto de coordenadores e assessores (art. 17.º EPJ) e estabelecido um dever de auxílio por parte de todas as autoridades e agentes de autoridade (art. 19.º EPJ), permitindo todas estas circunstâncias uma certa expansão do âmbito da actividade que o Provedor de Justiça está em condições de agir⁶⁹, aquele órgão é todavia, necessariamente, «uma individualidade»⁷⁰ e «uma personalidade»⁷¹. Assim, nenhuma dúvida pode restar de que, desde logo ao nível constitucional mas também ao nível legal, o Provedor de Justiça não foi configurado para controlar potencialmente a totalidade, ou sequer largos segmentos, da actividade administrativa. Isto seria, na verdade, rigorosamente impossível; e a mera tentativa de atingir um tal desiderato levaria inevitavelmente à paralisia total da actividade do Provedor de Justiça, com efectiva inutilização da sua verdadeira função⁷². O carácter

⁶⁸ J. MIRANDA, *Manual*, IV, Coimbra, 32000, 286; IDEM, *sub art.* 23.º, 220; IDEM, «O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O cidadão*, 43-51 (47-51); IDEM, «A unicidade do Provedor de Justiça», OD 136 (2004), 215-224, *passim*; aparentemente, J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *CRP anotada*, I, *sub art.* 23.º, 444; aparentemente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 62; F. BOA BAPTISTA, «O modelo de unidade e a criação de instituições afins do *Ombudsman*: uma tensão recorrente na experiência parlamentar», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O cidadão*, 15-28 (esp. 21, 26-28). Contra, considerando que a matéria está na margem de liberdade do legislador, M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O cidadão*, 53-71 (*passim*); no mesmo sentido, ainda que excluindo expressamente a possibilidade de restrição por via de lei do âmbito constitucional de competência do Provedor de Justiça, J. CAUPERS, «A pluralidade do *Ombudsman*: vantagens e inconvenientes para a administração pública», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O cidadão*, Lisboa, 2002, 77-90 (88). Em termos gerais sobre a tendência para aquilo a que chama a *balcanização* do *Ombudsman* em termos internacionais, manifestando preferência por um modelo de unicidade da instituição, C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 112-116.

⁶⁹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 60.

⁷⁰ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 63.

⁷¹ M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 43.

⁷² Com considerações que vão no mesmo sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 62.

meramente opinativo⁷³ das recomendações do Provedor de Justiça confirma esta ideia, uma vez que a tutela efectiva dos particulares perante a administração exige a adopção de pronúncias decisórias com carácter vinculativo (para a tutela por meios jurisdicionais, art. 20.º, 4 CRP: «[t]odos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de *decisão* [...]») que aquele órgão não está constitucionalmente habilitado a proferir.»

Assim, a queixa ao Provedor de Justiça é um mecanismo que, não sendo extra-sistemático, a Constituição fundamentalmente vocaciona, de modo implícito, para funcionar *nos interstícios* do sistema normal de garantias dos particulares, ou seja, em zonas ou em profundidades em que aquele sistema não possa ou não consiga chegar, ou não esteja concretamente a operar⁷⁴. A função de garantia dos direitos que constitucionalmente assiste ao Provedor de Justiça pode, assim, caracterizar-se como uma *função de garantia intersticial*. No limite, o carácter meramente intersticial da função visa salvaguardar a subsistência das condições práticas para o funcionamento da instituição bem como, indirectamente, assegurar a própria protecção das posições jurídicas subjectivas que lhe incumbe tutelar.

A protecção do carácter intersticial da função de garantia do Provedor de Justiça, de modo a evitar que a queixa ao Provedor de Justiça possa perverter-se num meio normal de controlo da administração, constitui, assim, claramente, um interesse constitucionalmente protegido.

O Provedor de Justiça é um órgão *sui generis* também do ponto de vista das condições ideais para o exercício das suas funções. Enquanto órgão subtraído ao sistema dos meios normais de controlo da administração, o Provedor de Justiça bebe as suas legitimidade e autoridade fundamentalmente no prestígio que a sua actividade contínua lhe granjeia⁷⁵, e não

⁷³ Sobre as características desta categoria de actos jurídico-públicos, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, III, Lisboa, 2007, 376.

⁷⁴ Vão aparentemente no mesmo sentido as palavras de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 67, para quem o campo fundamental da actuação do Provedor de Justiça é o da «[...] protecção dos indivíduos e grupos que têm maiores dificuldades de defesa numa sociedade desigual, em que os mecanismos formais da justiça não dão, nem podem dar a todos as mesmas oportunidades» (itálicos acrescentados); também F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman*, 86.

⁷⁵ A importância do prestígio do Provedor de Justiça como condição da eficiência e da eficácia da sua actuação é muito frequentemente reconhecida de forma expressa pela doutrina: assim, F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman*, 87; R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 107; embora no contexto mais amplo da «realização prática de uma democracia avançada» e não no da mera realização da instituição, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 67; afirmando, a propósito do perfil ideal do titular do órgão, que «[o] que fundamentalmente importará, para o bom êxito da missão de um P[rovedor] de J[ustição], é a sua pública imagem de independência, a probidade e a competência profissional [...]», L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de

(nem sequer em parte) na possibilidade de revisão dos seus actos por outros órgãos à luz de parâmetros que lhes são extrínsecos⁷⁶. Isto comprova-se em parte pelo facto de o art. 23.º, 2 CRP, implicitamente, e o art. 36.º EPJ, expressamente, subtraírem os actos do Provedor de Justiça praticados nos procedimentos de queixa à possibilidade de controlo heterónimo, administrativo ou jurisdicional. Em abstracto, esta solução não surgiria como uma fatalidade, já que também as simples actuações administrativas, como é o caso dos actos opinativos, estão à partida abrangidas pela garantia constitucional de tutela jurisdicional efectiva⁷⁷, o que prova que a razão subjacente à solução da inimpugnabilidade das recomendações não é tanto a natureza jurídica destas quanto a preocupação em salvaguardar a existência de um espaço de autonomia de actuação do Provedor de Justiça, verdadeiramente singular no quadro constitucional⁷⁸.

A possibilidade de escrutínio permanente dos actos do Provedor de Justiça emerge, então, como uma ameaça potencial para a própria sobrevivência prática da instituição. Isto não significa que se defenda que o Provedor de Justiça deve ser um órgão à margem da lei mas antes a assunção de que, tratando-se de um órgão cujo titular é um ser humano, fatalmente se enganará por vezes. Ora, enquanto, por exemplo, um cenário de dissolução da legitimidade social do poder judicial só é pensável numa situação extrema de proliferação incontrolada de sentenças ilegais ou iníquas, a anulação judicial de meia dúzia de recomendações do Provedor de Justiça – órgão singular, unitário e objecto de atenção mediática – poderia ter uma repercussão desproporcionada e eventualmente devastadora sobre o prestígio da própria instituição, do qual, como vimos, em grande medida deriva a sua autoridade⁷⁹. Ou seja, e em resumo, para que o Provedor de Justiça possa ser útil num grande número de situações é necessário que se lhe assegure a liberdade para agir ilegalmente, sem consequências, num pequeníssimo número delas.

Justiça», 721; também, com considerações mais gerais, H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A função preventiva», 79.

⁷⁶ A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 58-59, faz referência a uma tripla legitimidade democrática, funcional e técnico-política do órgão, incluindo na última os aspectos relativos ao mérito do titular do órgão (as considerações da autora dirigem-se principalmente à legitimidade de título mas parecem poder estender-se à legitimidade de exercício do Provedor de Justiça).

⁷⁷ Como decorre da sua subordinação ao princípio da legalidade e aos restantes princípios de juridicidade da administração: M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, III, 379.

⁷⁸ Também referindo a singularidade constitucional da posição do Provedor de Justiça, C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 175-176.

⁷⁹ Também chamando a atenção para os perigos de enfraquecimento do Provedor de Justiça como consequência da expansão desmesurada das funções que lhe possam ser atribuídas, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 62.

Ora, não se pode ignorar que a decisão que venha a ser proferida num eventual procedimento administrativo e/ou processo jurisdicional de controlo cujo objecto coincida com o de um procedimento de queixa já terminado não poderá de deixar, ainda que implicitamente, de confirmar ou infirmar o sentido da pronúncia que nele tenha sido proferida⁸⁰. Ou seja, a intervenção do Provedor de Justiça antes ou ao mesmo tempo da intervenção da administração de controlo ou dos tribunais levará fatalmente, na prática, a admitir que as pronúncias do primeiro (recomendações ou mesmo decisões da sua não emissão!) possam ficar sujeitas ao escrutínio dos dois últimos, com perigo para a independência do Provedor de Justiça e para as finalidades que presidem ao art. 36.º EPJ.

A possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça em momento anterior a, ou concomitante de, outros meios de controlo da administração pode ainda pôr em causa a preservação de um espaço de autonomia de actuação do Provedor de Justiça já não em relação a outras instâncias públicas mas perante poderes sociais, levantando por isso ainda outros problemas delicados. Naquelas situações, a intervenção do Provedor de Justiça corre o risco de ser instrumentalizada pelos particulares (por vezes organizados em centros informais de poder, como associações de moradores, associações ambientalistas, associações socioprofissionais ou outras) de modo a exercer pressão sobre os órgãos de decisão (o que levanta particulares dificuldades no que respeita aos tribunais), incluindo os órgãos políticos⁸¹; isto equivale a intrometer o Provedor de Justiça, ao sabor dos programas de terceiros, em focos de conflitualidade social e política que em muito poucos casos terá condições de apaziguar e dos quais pode frequentemente sair chamuscada a imagem de neutralidade que é a primeira condição do exercício bem-sucedido da sua missão⁸². Mesmo situações mais inócuas facilitam que o Provedor de Justiça se torne, na prática, num polícia da administração (e, pior ainda, dos tribunais), a transformação perversa dos actos de recomendação em pareceres jurídicos utilizados pelos interessados ou partes em procedimentos ou processos para reforçar argumentativamente as suas pretensões, e, quanto mais não seja, a pura e simples banalização da instituição⁸³.

⁸⁰ Isto porque, como é evidente, a inimpugnabilidade das recomendações do Provedor de Justiça não se estende aos actos administrativos em que se traduza o seu acatamento: R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 105. Manifestando sensibilidade para os problemas levantados pela eventual contradição das posições do Provedor de Justiça e dos Tribunais, D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 35; A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 66-67.

⁸¹ Sobre os perigos de um «[...] resvalar em acções politicamente motivadas», R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 107.

⁸² Com razão afirma D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 43, que «[...] o *Ombudsman*, para garantir a sua isenção, independência e imparcialidade, deverá manter-se sempre afastado da luta política que se desenvolve livremente numa sociedade aberta».

⁸³ Também alertando para o perigo de uma banalização da actividade do Provedor de Justiça, J. C. VIEIRA DE

Contudo, não são menores os inconvenientes de uma intervenção do Provedor de Justiça em momento *posterior* à intervenção da administração de controlo ou dos tribunais. No primeiro caso, o Provedor de Justiça pode confrontar-se com situações juridicamente consolidadas que a administração se mostre mais renitente em modificar do que no caso de ainda estarem disponíveis meios potencialmente coercivos de tutela do particular, bem como com situações juridicamente consolidadas que, por respeito para com as posições de terceiros, a administração, ainda que colaborante, esteja juridicamente impedida de alterar. O mesmo problema pode surgir se a intervenção do Provedor de Justiça se der depois de uma decisão jurisdicional, com a agravante de esta poder estar protegida pelo efeito de caso julgado, e sobretudo com a agravante de os tribunais serem órgãos de soberania (art. 202.º, 1 CRP) e de a Constituição tutelar directamente a obrigatoriedade das suas decisões para todas as entidades privadas e públicas – incluindo o Provedor de Justiça – e a sua prevalência sobre as de quaisquer outras autoridades (art. 205.º CRP).

Ou seja, a intervenção do Provedor de Justiça levanta sempre problemas delicados, seja ela anterior, simultânea ou posterior à intervenção da administração de controlo ou (e principalmente) dos tribunais sobre os mesmos assuntos. Nenhum destes inconvenientes – salvo, porventura, o que se refere ao caso julgado (sobre isto, *infra*, 3.4.2.) – pode constitucionalmente implicar de modo automático a proibição de actuação do Provedor de Justiça, pois se assim fosse teria que chegar-se à inaceitável conclusão de que, salvo em situações residuais de impossibilidade de actuação dos meios administrativos e jurisdicionais normais, aquele órgão não poderia agir em circunstância alguma. Mas julga-se estar demonstrado que a prevenção, na medida do possível, desses inconvenientes, de modo a permitir salvaguardar as condições de exercício da função do Provedor de Justiça, constitui um interesse constitucionalmente protegido para efeitos do art. 18.º, 2 CRP.

e) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição adequada do direito de queixa

Identificados os interesses constitucionalmente protegidos da salvaguarda da função intersticial e do espaço de autonomia de actuação do Provedor de Justiça, cabe averiguar se o estabelecimento de mecanismos de filtragem de queixas é um meio adequado para prosseguí-los. E não podem restar dúvidas de que sim. Com efeito, o estabelecimento de tais mecanismos afigura-se mesmo como uma *verdadeira imposição* para a salvaguarda daqueles interesses constitucionalmente protegidos:

ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 67.

a) Caso o Provedor de Justiça não disponha de um qualquer mecanismo jurídico de filtragem, com base em critérios de índole substancial, das queixas que lhe são submetidas, ficará aberto o caminho para que a queixa possa perverter-se num *meio normal* de controlo da administração, com o perigo de que o volume de queixas dificulte gravemente ou torne impossível o desenvolvimento da sua actividade. E, note-se, a probabilidade de tal acontecer aumentará proporcionalmente ao grau de sucesso das intervenções do Provedor de Justiça, que tenderão a aumentar o seu prestígio, a sua influência e, portanto, presumivelmente, a sua visibilidade perante os cidadãos e a frequência com que estes a ele recorrem⁸⁴.

b) Caso o Provedor de Justiça não disponha de tais mecanismos, aquele órgão ficará inevitavelmente submetido à agenda das considerações de oportunidade dos queixosos, sendo por isso forçado a intervir em situações ou em momentos de maximização dos riscos de imersão no contraditório político, de instrumentalização em litígios administrativos ou judiciais e de exposição àquilo que, na prática, corresponderá a uma sindicância indirecta da sua actividade.

Ou seja, os interesses constitucionalmente protegidos em causa podem ser eficazmente prosseguidos através de um mecanismo de filtragem das queixas que, sem pôr em causa o acesso dos particulares ao Provedor de Justiça, lhe permita salvaguardar permanentemente, na medida do possível, a natureza e as condições do exercício da sua função.

Isto não significa, contudo, que todos e quaisquer mecanismos de filtragem de queixas abstractamente pensáveis sejam adequados e por isso constitucionalmente admissíveis: por exemplo, a mera proibição da simultaneidade de pendência da queixa em relação aos meios normais de controlo da administração não evitaria que a queixa se tornasse num meio normal de controlo da administração, não furtaria o Provedor de Justiça aos inconvenientes da «ditadura da queixa», bastando para tal que os particulares optassem por se queixar antes de usarem aqueles meios, e não evitaria a superveniência de uma decisão administrativa ou jurisdicional que contrariasse a pronúncia do Provedor de Justiça.

Para mais, a independência da queixa ao Provedor de Justiça relativamente aos restantes meios de controlo da actividade administrativa estabelecida no art. 23.º, 2 CRP diminui a liberdade de conformação legislativa do direito de queixa. Assim, e como se viu, é constitucionalmente proibido que a lei limite o direito de queixa às situações em que não é abstrac-

⁸⁴ Embora noutro contexto, também J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 67, admite a possibilidade de uma «resposta selectiva às queixas»; no mesmo sentido, C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 183.

tamente possível a utilização de outros meios de controlo da administração, exija a prévia exaustão ou a não utilização prévia de tais meios como condição de acesso ao Provedor de Justiça, ou que determine a suspensão ou extinção do procedimento de queixa em virtude da instauração e pendência de outros meios de controlo com objecto coincidente ao daquele.

E quanto ao mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ? A posição que aqui se adopta é a de que ele é *inteiramente adequado* para salvaguardar os interesses constitucionais referidos; dir-se-ia mesmo ser difícil encontrar um outro que permitisse fazê-lo de modo mais racional, eficaz e flexível.

Com efeito, enquanto o estabelecimento de um pressuposto procedimental geral e abstracto cumpriria eficazmente a função de filtragem, mas de forma cega, impedindo o Provedor de Justiça de agir em situações que porventura reclamariam a sua intervenção⁸⁵ e forçando-o a agir em situações com um grande potencial de risco do ponto de vista do exercício das suas funções, o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ permite ultrapassar estes inconvenientes, remetendo para o próprio Provedor de Justiça a escolha quanto ao futuro do procedimento de queixa, consoante a avaliação que faça do caso concreto. Tratando-se de uma norma que confere um poder discricionário, a sua aplicação pressupõe a selecção de critérios de actuação em função dos traços da situação concreta considerados relevantes à luz do interesse público prosseguido⁸⁶. Assim, o Provedor de Justiça deverá ponderar quaisquer circunstâncias que se mostrem relevantes, entre as quais a importância do direito violado⁸⁷, o grau de gravidade da injustiça cometida, o carácter meramente negligente ou intencional daquela, a maior ou menor boa vontade manifestada pela administração para a sua resolução, a existência ou não em concreto de outros meios de controlo alternativos à disposição do queixoso (por exemplo, por eventual perda de prazos de reacção), a maior ou menor probabilidade de o problema ser resolvido através dos meios normais de controlo da administração (por exemplo, tendo em atenção a experiência recolhida em outros procedimentos de queixa anteriores envolvendo os mesmos órgãos), os perigos concretos de uma intervenção na pendência de um procedimento ou processo de controlo com o mesmo objecto, a maior ou menor oportunidade da sua intervenção num determinado momento do ponto de vista da eficácia previsível de uma recomendação⁸⁸, de modo a poder optar entre dar continuidade ao procedimento de queixa

⁸⁵ Por exemplo porque se aperceba que a sua intervenção pode evitar o recurso a tribunal: sobre isto, H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A função preventiva», 78-79.

⁸⁶ Sobre isto, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 186-187.

⁸⁷ Enfatizando quase exclusivamente este aspecto, C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 183-185.

⁸⁸ Afirmando, embora noutro contexto, que «[...] o Provedor não deveria utilizar os seus sempre escassos recursos, humanos, materiais e de tempo, em acções que possam constituir uma duplicação de tarefas, sobretudo

ou, pelo contrário, auto-conter o exercício dos seus poderes e limitar-se a encaminhar o queixoso para os meios normais de controlo da administração⁸⁹.

É por este último motivo que não nos parece que o art. 32.º, 1 EPJ viole a proibição constitucional, implícita no art. 23.º, 2 CRP, de que o procedimento de queixa se suspenda como consequência directa e automática da possibilidade de utilização ou da pendência de um outro meio de controlo da administração: a utilização pelo Provedor de Justiça da faculdade conferida pelo art. 32.º, 1 CRP pressupõe a ponderação de uma série de circunstâncias, das quais apenas uma delas é a possibilidade de utilização de um outro meio administrativo ou jurisdicional. A mera possibilidade de ponderação dessa circunstância no âmbito do exercício de um poder discricionário não torna o Provedor de Justiça dependente dos meios em causa; ela permite que o Provedor intervenha sempre que deva intervir e que não intervenha sempre que não deva intervir, o que reforça, pelo contrário, aquela independência.

f) O art. 32.º, 1 EPJ como restrição necessária do direito de queixa

Quanto à necessidade do mecanismo de filtragem de queixas do art. 32.º, 1 EPJ deve desde já dizer-se que a questão não pode ser equacionada do mesmo modo como o seria caso se tratasse, por exemplo, de restringir o direito de acção. Um mecanismo do mesmo tipo seria certamente inconstitucional se posto à disposição dos tribunais. Nós próprios criticámos a ideia de que a imposição da necessidade de recurso hierárquico como condição de impugnação de actos administrativos seria justificável em função da necessidade de filtrar o volume de processos da justiça administrativa⁹⁰. O remédio para as pendências judiciais excessivas é o aumento dos meios do sistema de justiça, no limite a criação de mais tribunais⁹¹. Mas como se viu só pode haver um Provedor de Justiça, o que coloca o problema da existência de mecanismos de filtragem num patamar completamente diverso.

Dentro deste pressuposto, o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ mostra-se mesmo como o menos lesivo possível do direito fundamental de queixa e por isso, para efeitos do art. 18.º, 2 CRP, como um meio estritamente necessário para a prossecução dos interesses constitucionalmente protegidos em causa. Com efeito, enquanto o estabelecimento de pressupostos procedimentais gerais

quando haja perigo de ineficácia ou ineficiência», J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 64.

⁸⁹ R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 107, considera aconselhável «[u]m prudente *self-restraint* [...]», mas parece não se aperceber de que é precisamente o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ, ao qual não se refere em passo algum do seu estudo, que permite ao Provedor de Justiça exercê-lo.

⁹⁰ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 93-97.

⁹¹ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 96-97⁷⁵.

e abstractos levaria necessariamente, na prática, numa série de situações, à negação temporária (por exemplo, no caso da exigência de prévia exaustão dos meios normais de controlo) ou mesmo definitiva (por exemplo, no caso da exigência da ausência de qualquer meio normal de controlo) do direito de queixa. O art. 32.º, 1 EPJ não permite, como se viu, a extinção do direito de queixa: a eventual intervenção restritiva do Provedor de Justiça dá-se num momento posterior à formulação da queixa, o que pressupõe, pelo contrário, o exercício daquele direito. Para mais, como também se viu, aquela intervenção nem sequer extingue o procedimento de queixa. Pelo contrário, este fica num estado de latência que pode, na prática, equivaler a uma suspensão, retomando-se o seu curso normal, por exemplo, depois de extinto, sem resultado, o recurso hierárquico para o qual o Provedor de Justiça encaminhou o queixoso. Mas entre a continuação do procedimento, independentemente de outros meios de controlo, e a sua suspensão, existe um imenso campo de opções intermédias: assim, por exemplo, o Provedor de Justiça pode encaminhar o queixoso para um recurso hierárquico e paralisar a averiguação do fundo da queixa, mas solicitar ao particular, ou, ao abrigo do art. 29.º EPJ, directamente à própria administração, informações acerca da evolução do procedimento de recurso, podendo a todo o momento, consoante os dados que recolha, determinar a reabertura do procedimento.

g) O art. 32.º, 1 EPJ e o princípio da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais

O grau de liberdade conferido ao Provedor de Justiça através do mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ poderá eventualmente chocar quem partilhe de uma leitura integrista do texto constitucional e de uma visão restritiva da abertura das normas de competência quando esteja em causa a restrição de direitos fundamentais, nomeadamente tal como expressa na ideia de que, nesta matéria, só é admissível a abertura da norma no mínimo incompressível da margem de livre decisão⁹². Estará em causa o princípio da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais – não na dimensão de precedência de lei, mas na dimensão de reserva de densificação normativa?⁹³

Creemos que não; antes pelo contrário, estamos perante uma situação em que a inequívoca abertura da norma, revelada através da atribuição de um poder discricionário, favorece claramente a maior preservação possível do conteúdo do direito fundamental, com vantagem comparativa em relação à fixação de um mecanismo estritamente vinculado de filtragem de queixas, por exemplo através da fixação de pressupostos procedimentais.

Uma comparação com a já revogada exigência genérica de recurso hierárquico necessário como pressuposto processual da impugnação contenciosa de actos administrativos pode ser

⁹² Por exemplo, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, 339-340.

⁹³ Sobre estes conceitos, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 157, 164-165, 174-175.

bastante ilustrativa daquilo que se afirma. Como teve ocasião de demonstrar-se em estudo anterior, a norma do antigo art. 25.º, 1 LPTA, que formulava aquela exigência, aplicava-se em regra a todas as situações em que um acto administrativo fosse praticado por um órgão subalterno no exercício de competências não exclusivas e não delegadas, independentemente do conteúdo da competência exercida, do direito subjectivo substantivo afectado pelo seu exercício, da intensidade das suas repercussões na esfera jurídica do particular, do papel havido pelo superior na emissão do acto pelo subalterno, do grau de probabilidade de efectiva revisão do acto pelo superior e de uma série de outras circunstâncias relevantes para a ponderação da sua admissibilidade constitucional, sendo que nenhuma destas circunstâncias, por poder assumir um diferente peso relativo em cada caso concreto, era susceptível de ter sido ponderada em termos gerais e abstractos. Assim, a norma em causa enfermava de um vício de ponderação, e, apesar de ser aparentemente dotada de grande densidade normativa, por fixar de forma fechada os pressupostos da sua aplicação e as respectivas consequências, tinha na realidade uma densidade normativa mínima e como tal violadora do princípio constitucional da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais⁹⁴.

Pelo contrário, ao remeter a ponderação dos interesses que estejam em causa para o caso concreto, o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ permite precisamente evitar o risco de ocorrência de intervenções restritivas do Provedor, predeterminadas por uma vinculação legal, que concretamente se apresentassem como desnecessárias para a prossecução dos interesses subjacentes à restrição e, como tal, inconstitucionais. Nessa medida, embora aceitando-se que o grau de densidade normativa das normas restritivas de direitos fundamentais deve ser a maior possível⁹⁵, não deixa de se afirmar que tal possibilidade deve ter em conta os efeitos restritivos da própria densidade normativa⁹⁶; assim, a discricionariedade atribuída ao Provedor de Justiça pelo art. 32.º, 1 EPJ mostra-se, como se viu, muito menos restritiva do direito fundamental de queixa do que qualquer solução normativamente fechada em que possa pensar-se.

h) O art. 32.º, 1 EPJ como chave do sistema de relação entre o Provedor de Justiça e os restantes meios de controlo da administração

A precedente alusão ao lugar paralelo da exigência do recurso hierárquico necessário visou apenas ilustrar os perigos de restrição oculta de direitos fundamentais em virtude de uma

⁹⁴ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 103.

⁹⁵ A. SALGADO DE MATOS, «Recurso hierárquico necessário», 103.

⁹⁶ Como se sabe, a necessidade ou a conveniência de ponderação das circunstâncias do caso concreto como modo de evitar distorções na aplicação do direito é um dos fundamentos políticos da margem de livre decisão e, como tal, um limite à densidade normativa da lei: sobre isto, por todos, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 181.

densificação normativa meramente aparente; como já se disse, uma discricionariedade como a resultante do art. 32.º, 1 EPJ nunca seria admissível caso se estivesse perante uma habilitação de intervenções restritivas do direito de acção por parte dos tribunais. Simplesmente, o Provedor de Justiça não é um tribunal, nem uma instância normal de controlo da administração. O art. 32.º, 1 EPJ permite-lhe, precisamente, em cada caso concreto e na sua actividade globalmente considerada, preservar o carácter meramente intersticial da sua função. A singularidade da posição constitucional do Provedor de Justiça torna irrelevantes os riscos – teoricamente existentes – de que o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ seja utilizado de forma perversa ou simplesmente desajeitada, levando à prática negação do direito de queixa em situações que justificariam a actuação do Provedor de Justiça, ou, pelo contrário, à expansão desmesurada da sua actividade até ao limiar da implosão da instituição e à consequente inutilização da sua função de garantia. Estando o Provedor de Justiça constitucionalmente subtraído a qualquer forma de controlo administrativo ou jurisdicional, esses riscos existiriam sempre, independentemente da existência do art. 32.º, 1 EPJ.

A eficácia do Provedor de Justiça assenta quase exclusivamente, como se disse, no prestígio que os seus sucessivos titulares saibam permanentemente granjear para a instituição através da sua actividade; a posição do Provedor de Justiça no quadro do sistema de meios de controlo da administração é fatalmente incómoda e exige um exercício permanente de equilíbrio institucional apenas possível com a contribuição de doses maciças de bom senso. Sem este bom senso, o Provedor de Justiça tenderá a perder legitimidade social e a desaparecer enquanto instituição relevante do Estado de Direito, com art. 32.º, 1 EPJ ou sem ele; mas, existindo bom senso, a norma do art. 32.º, 1 EPJ permite ao Provedor de Justiça exercê-lo, com inequívoco proveito para a instituição, em termos que seriam impossíveis num modelo, quer de ausência, quer de estrita vinculação, de mecanismos de filtragem das queixas⁹⁷.

⁹⁷ Nessa medida, o mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ é também perfeitamente coerente com o carácter relativamente desformalizado da actuação do Provedor de Justiça. O art. 1.º, 1 EPJ qualifica como *informais* os meios ao dispor do Provedor de Justiça (no que é acompanhado por alguma doutrina: por exemplo, M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 43); mas a actuação pública informal caracteriza-se pela ausência de disciplina jurídica específica e pela não produção de efeitos jurídicos (M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, III, 402), enquanto a actividade do Provedor de Justiça está juridicamente regulada e mesmo procedimentalizada (arts. 24.º-39.º EPJ) e as suas recomendações, produzem pelo menos o efeito de impor um dever de fundamentação de densidade acrescida às decisões que as desacatem (art. 38.º, 3 EPJ; chamando precisamente a atenção para este efeito, a que chama procedimental, das recomendações, R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 105), ainda que tal desacatamento não gere, por si só, a sua ilegalidade (A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 86). Assim, parece preferível considerar a actuação do Provedor de Justiça não como informal mas como «desformalizada» (F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman*, 88) e os seus meios como apenas «menos formais» do que os normais (J. MIRANDA, *sub art.* 23.º, 218).

Ao atribuir ao Provedor de Justiça um poder discricionário que lhe permite escolher entre actuar e não actuar na eventualidade ou na pendência de outros meios administrativos ou jurisdicionais, a lei portuguesa trilha um caminho pouco frequente em termos comparatísticos, que no espaço europeu só encontra paralelo na Albânia e na República Checa (*supra*, 2.2.4.). Mas, por todos os motivos apontados, não pode deixar de concluir-se que o mecanismo de filtragem de queixas do art. 32.º, 1 EPJ não apenas é constitucionalmente conforme, como constitui um verdadeiro corolário da função e da posição constitucionais do Provedor de Justiça. A sua concepção revela, portanto, uma interpretação legislativa extremamente feliz da figura do Provedor de Justiça, na medida em que, inteligentemente e com larguíssima vantagem em relação a outras soluções experimentadas em ordens jurídicas estrangeiras, assegura a preservação daquela função e posição sem pôr em causa o acesso dos cidadãos ao Provedor de Justiça – ou seja, sem pôr em causa a proximidade, e portanto a necessária *cumplicidade*, entre uns e outro⁹⁸.

3.4. Problemas específicos da relação entre a queixa ao Provedor de Justiça e os meios jurisdicionais de controlo da administração

3.4.1. A concorrência material entre a actividade do Provedor de Justiça e a actividade judicial

O art. 32.º, 1 EPJ trata em paridade a relação entre a queixa ao Provedor de Justiça, por um lado, e os meios administrativos jurisdicionais de controlo da administração, por outro. Tudo o que se disse anteriormente aplica-se, portanto, a ambas as situações. Todavia, como já se foi indiciando, a articulação entre a actividade do Provedor de Justiça e a actividade judicial levanta dificuldades particulares, que merecem uma análise separada.

Como já se viu, o art. 23.º, 2 CRP impede que a lei ordinária exclua a intervenção do Provedor de Justiça quando possa ser ou já tenha sido utilizado um meio jurisdicional de controlo da administração, e ainda que determine a suspensão ou extinção do procedimento de queixa em virtude da instauração e pendência daquele meio. Disto decorre que para a admissibilidade da queixa é constitucionalmente irrelevante que possa vir a estar, esteja ou já tenha estado pendente um processo jurisdicional com objecto idêntico. Todavia, o art. 22.º, 3 EPJ contém uma norma relativa ao poder judicial que deve ser equacionada: a disposição citada refere-se a «[...] queixas relativas à actividade judicial que, pela sua natureza, não estejam fora

⁹⁸ Sobre a importância do estabelecimento de uma relação de confiança entre o Provedor de Justiça e os cidadãos, H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A função preventiva», 80; sobre a importância da proximidade do Provedor de Justiça em relação à sociedade civil, C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 181.

do âmbito da actividade do Provedor de Justiça [...]», inculcando *a contrario* que existem matérias da actividade judicial imunes ao controlo do órgão em causa.

Que queixas serão estas? Afirme-se desde já que, para identificá-las, não basta fazer apelo à definição material da função jurisdicional. Com efeito, excluir da actividade do Provedor de Justiça todas aquelas matérias passíveis de constituírem objecto do exercício da função jurisdicional equivaleria a reduzir a primeira praticamente a zero. A ilegalidade de um acto, de um regulamento, de um contrato ou de uma omissão administrativos, a ilegalidade do comportamento da administração no decurso de um procedimento, uma questão de responsabilidade civil, todas estas são situações típicas de intervenção do poder judicial – e também situações típicas de intervenção do Provedor de Justiça⁹⁹. Como muito bem afirma Vieira de Andrade,

«[...] as funções do Provedor sempre corresponderam a tarefas que ele compartilha com órgãos formais, com as vantagens e as limitações da informalidade – começando com as queixas dos particulares, que vão de par com as impugnações administrativas e as acções judiciais (“meios gratuitos e contentiosos”), sem as substituir [...]»¹⁰⁰.

Simplemente, ao debruçar-se sobre matérias que podem ser objecto da função jurisdicional, o Provedor de Justiça nunca a exerce, porque a sua actividade, em virtude dos limites que a Constituição e a lei assinam à força dos seus actos¹⁰¹, nunca contém em si aquele *quid specificum* da função jurisdicional que se traduz na finalidade de resolução de uma questão de direito com a finalidade de reintegrar a paz jurídica violada¹⁰². As queixas referidas no art. 22.º, 3 EPJ não são, portanto, aquelas que se limitem a ter por objecto questões materialmente jurisdicionais¹⁰³.

⁹⁹ Assim, nestas situações, M. AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça», 32, considera o Provedor de Justiça como um «sucedâneo» dos tribunais.

¹⁰⁰ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 61; no mesmo sentido, as considerações de L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 710.

¹⁰¹ Chamando a atenção para estes aspectos precisamente a propósito da distinção entre a actividade do Provedor de Justiça e a actividade judicial em zonas de potencial sobreposição, M. AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça», 34-35.

¹⁰² Segundo a consagrada formulação de A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de direito administrativo*, I, Coimbra, 1976, 51.

¹⁰³ É, por isso, muito algo enigmática a afirmação de M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 45, segundo a qual indagar a natureza das queixas que exclui a competência do Provedor de Justiça equivale a indagar a natureza da função jurisdicional (as mesmas dúvidas existem quanto aos desenvolvimentos que seguem, esp. 46-53).

3.4.2. Os limites materiais da intervenção do Provedor de Justiça em face do poder judicial

Assim, não pode ter-se como correcta a ideia de que uma questão que pode ser objecto da função jurisdicional não pode ser analisada pelo Provedor de Justiça. Julga-se, isso sim, que uma queixa relativa à actividade judicial está, pela sua natureza, fora do âmbito da actividade do Provedor de Justiça quando a sua apreciação e a eventual emissão, sobre ela, de uma recomendação, *envolvessem a violação da independência do poder judicial protegida pelo art. 203.º CRP*¹⁰⁴. Interpreta-se, assim, a disposição do art. 22.º, 3 EPJ num sentido convergente com o teor literal do art. 5, § 5 dos *Grundsätze des Petitionsausschusses* alemães. Para se apurar quando é que a independência do poder judicial pode estar em causa não basta atender à natureza das questões que concretamente estejam em causa, sendo também necessário considerar os destinatários, o âmbito objectivo, e o efeito de uma eventual intervenção do Provedor de Justiça.

Assim, a independência do poder judicial não é, certamente, prejudicada quando estejam em causa matérias em que os órgãos jurisdicionais praticam actos não directamente ligados à sua jurisdição ou no exercício de funções materialmente administrativas¹⁰⁵. Estas últimas parecem consensualmente integrar aquelas matérias passíveis de intervenção do Provedor de Justiça¹⁰⁶. No seu âmbito, nada impede a actuação do Provedor de Justiça, inclusivamente através da formulação de recomendações, ainda que, do ponto de vista procedimental, as queixas devam ser tratadas através dos Conselhos Superiores da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 22.º, 3 EPJ).

Embora não estando proscribida, como se viu, a intervenção do Provedor de Justiça quanto a questões que se traduzam no exercício propriamente dito da função jurisdicional, uma coisa parece certa: à luz do critério enunciado, o Provedor de Justiça não pode, em caso algum, a propósito de um concreto processo pendente, *apreciar* a actividade jurisdicional¹⁰⁷ que, assim,

¹⁰⁴ Embora não mencionando o art. 22.º, 3 EPJ, também R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 102, se refere à independência do poder judicial em termos que fazem supor que a considera como chave do sistema de relações entre o Provedor de Justiça e os tribunais.

¹⁰⁵ Entre estas, os casos paradigmáticos dos actos relativos à organização e ao funcionamento internos dos tribunais e às relações com os respectivos funcionários: M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 52-53; L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 712; A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 66 (os dois últimos autores exemplificam ainda com questões respeitantes a demoras excessivas no andamento dos processos, notificações deficientes e tratamento dado às partes, o que não parece isento de dúvidas).

¹⁰⁶ D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 33-34; J. MIRANDA, *Manual*, IV, 285; *idem*, *sub* art. 23.º, 219; L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», 711-712; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 52-53; M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 64; C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 171.

¹⁰⁷ Assim, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 64.

não pode em caso algum constituir o *objecto* da actividade do Provedor de Justiça. É verdade que os actos do Provedor de Justiça não são vinculativos mas, tendo em conta as características da sua magistratura de prestígio, bem como as potenciais repercussões de uma tal tomada de posição, tal equivaleria a exercer sobre os tribunais uma pressão informal que certamente atentaria contra a independência do poder judicial. Assim, o Provedor de Justiça não pode validamente dirigir recomendações a um tribunal¹⁰⁸, seja qual for a natureza do processo em causa¹⁰⁹; mas, mais do que isso, conforme resulta do art. 22.º, 3 EPJ, conjugado com o art. 31.º, a) EPJ, não deverá sequer admitir a queixa dirigida à formulação de uma tal recomendação, determinando, pelo contrário, o seu arquivamento.

Isto não significa, no entanto, que o Provedor de Justiça esteja impedido de formular recomendações à *administração pública* sobre o comportamento que deve adoptar a propósito de uma questão concreta cuja apreciação perante um tribunal esteja pendente; tal possibilidade retira-se, inclusivamente, *a contrario sensu* do art. 32.º, 1 EPJ. Uma situação de fronteira que se apresenta como mais delicada é a da formulação de uma recomendação à administração após a emissão de uma decisão jurisdicional desfavorável ao particular queixoso e na pendência de um recurso jurisdicional daquela: a formulação de uma recomendação de sentido inverso ao da decisão jurisdicional recorrida aproxima-se perigosamente da formulação de uma censura ao tribunal que a emitiu. Contudo, não parece que deva excluir-se imediatamente a possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça; trata-se, certamente, de uma situação incómoda, que o Provedor de Justiça poderá gerir conforme lhe pareça mais adequado mediante recurso ao mecanismo do art. 32.º, 1 EPJ.

¹⁰⁸ Parece compreender o sentido da afirmação do texto a expressiva formulação de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 64, segundo a qual «[o] Provedor não se corresponde com juízes»; também D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 33; C. SAMPAIO VENTURA, «Direitos humanos», 171. Já não parece tão claro que o Provedor de Justiça esteja impedido de pronunciar-se genericamente sobre questões que tenham sido objecto de decisão jurisdicional (por exemplo, sobre a interpretação de uma disposição jurídica) ou sobre correntes jurisprudenciais (por exemplo, sobre a tendência dos tribunais para, em caso de divórcio, entregarem à mãe a guarda dos filhos do casal). A lei espanhola consagra expressamente esta possibilidade (*supra*, 2.2.2.).

¹⁰⁹ Mesmo que se trate de actos praticados em processos de jurisdição voluntária ou processos executivos, já que, apesar de não se tratar de actos materialmente jurisdicionais, nem por isso se deixa de verificar quanto a eles a exigência constitucional de respeito pela independência do poder judicial. No mesmo sentido e com o mesmo fundamento, quanto aos processos de jurisdição voluntária e não se pronunciando quanto aos processos executivos, R. CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções», 101; contra, admitindo a intervenção do Provedor de Justiça quanto a actos judiciais praticados em ambos os tipos de processos, com fundamento na sua exclusão da noção de acto materialmente jurisdicional, M. L. AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», 52.

Ainda mais complexa é a questão de saber se o Provedor de Justiça pode intervir relativamente a questões que já tenham sido objecto de uma decisão jurisdicional transitada em julgado. Com efeito, parece evidente a delicadeza de que se reveste a admissibilidade da intervenção do Provedor uma vez proferida uma decisão jurisdicional, sobretudo num país em que a inflamada proclamação do respeito pelas decisões dos tribunais coexiste com as mais diversas e frequentes demonstração do contrário, e em que os juízes têm uma acentuada tendência para reagir epidermicamente a qualquer arremedo de crítica de decisões judiciais ou orientações da jurisprudência – em resumo, num país onde manifestamente não se verificam os pressupostos culturais em que originariamente germinou a figura do *Ombudsman*.

Contudo, uma resposta imediatamente negativa àquela questão seria claramente precipitada. Para responder-lhe cabalmente é necessário atender concretamente ao âmbito objectivo da actuação que o Provedor de Justiça seja chamado a levar a cabo, em conjugação com os precisos limites objectivos¹¹⁰ que o caso julgado encontra no pedido e a causa de pedir formulados no processo¹¹¹. Assim, por exemplo, se uma sentença transitada em julgado negou provimento ao pedido de anulação de um acto administrativo por dar como não provados determinados factos alegados pelo autor, ou julgar improcedentes as ilegalidades que aquele lhe assacava, tal não impedirá certamente o Provedor de Justiça de recomendar à administração a revogação do acto, por considerá-lo ilegal em virtude de factos diversos daqueles que foram objecto de prova em juízo ou por considerar verificada uma ilegalidade não invocada¹¹², bem como por, independentemente da sua legalidade, considerá-lo simplesmente como injusto¹¹³; do mesmo modo, se uma sentença transitada em julgado recusou a suspensão cautelar de eficácia um acto administrativo por considerar que não estavam reunidos os pressupostos da sua decretação, nada impede o Provedor de Justiça de recomendar à administração a adopção da suspensão com base em considerações de justiça. Em nenhuma destas situações o Provedor

¹¹⁰ Naturalmente que o Provedor de Justiça não está compreendido no âmbito subjectivo do caso julgado, mas está-lo-á, em princípio, o destinatário da sua recomendação (sobre o âmbito subjectivo do caso julgado, a propósito das sentenças de anulação de actos administrativos, por todos, M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, 380-382).

¹¹¹ Sobre os limites objectivos do caso julgado, a propósito das sentenças de anulação de actos administrativos, por todos, M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, 208-211.

¹¹² Embora em contexto diferente, vão no mesmo sentido as considerações de D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 35-36.

¹¹³ Admitindo, embora noutro contexto, que o Provedor de Justiça recomende à administração a adopção de decisões discricionárias quando se fundamente em injustiças que seja necessário evitar ou reparar, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 64.

de Justiça emite, expressa ou implicitamente, uma censura de qualquer decisão jurisdicional, pelo que não se verifica qualquer atentado da independência dos tribunais ou do dever de respeito pelo caso julgado.

Do mesmo modo, a circunstância de uma sentença ter transitado em julgado não obsta, em determinadas circunstâncias, à sua revisão (arts. 771.º CPC, *ex vi* art. 1.º CPTA); neste caso, que do ponto de vista estrutural se assemelha à situação da apreciação de uma queixa relativa ao objecto de um recurso jurisdicional pendente, também não parece curial negar-se taxativamente a possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça, embora se reconheça que o carácter objectivamente sensível da situação, que deve naturalmente ser ponderado na aplicação do art. 32.º, 1 EPJ, pode de forma quase natural levar o Provedor de Justiça a encaminhar o queixoso para a utilização do processo de revisão de sentenças.

E, em geral, quanto à intervenção do Provedor de Justiça propriamente no âmbito objectivo do caso julgado, ou seja, traduzida na formulação de recomendações em sentido contrário ao de uma sentença? A questão só se põe, naturalmente, quanto à formulação de recomendações à *administração* e nunca a um tribunal, o que como se viu não é admissível.

Não existe nenhuma norma que expressamente proíba esta possibilidade, mas ela não parece, sequer *prima facie*, isenta de dificuldades. A solução do problema encontra-se no estatuto constitucional do próprio Provedor de Justiça como órgão de controlo intersticial, necessariamente subordinado à legalidade e ao princípio da separação de poderes. A formulação de recomendações contrárias a sentenças transitadas em julgado, ainda que não dirigidas directamente a um tribunal, violaria a função constitucional do Provedor de Justiça, bem como ambos os princípios referidos; e, em consequência disso, atentaria inconstitucionalmente contra a independência do poder judicial. Assim:

a) Como já se viu, o Provedor de Justiça não é um órgão normal de controlo da administração, antes funcionando nos interstícios do sistema de garantias subjectivas dos cidadãos. É uma *sombra* dos outros poderes públicos¹¹⁴ sem nunca se substituir a qualquer deles; o seu papel é o de promover a correcção de ilegalidades ou injustiças materiais e não, propriamente, o de corrigir decisões alheias; em resumo, é uma instância paralela e não uma instância de recurso.

¹¹⁴ Falando numa «dimensão-sombra» da actuação do Provedor de Justiça, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 61.

b) Sendo ou não uma entidade administrativa, o Provedor de Justiça está, sem margem para dúvidas submetido ao império da lei que caracteriza todas as instituições do Estado de direito (art. 3.º, 2 CRP). É certo que a formulação de recomendações contrárias ao caso julgado não contraria directamente obrigatoriedade e vinculatividade das decisões judiciais (art. 205.º, 2 CRP), a imodificabilidade do caso julgado (art. 282.º, 3 CRP) ou a independência do poder judicial (art. 203.º CRP): a formulação de uma mera recomendação não importaria por si só a desvinculação ou desobediência do Provedor de Justiça à decisão transitada em julgado, nem tão-pouco a sua modificação; a independência do poder judicial não poderia considerar-se afectada apenas pela emissão de uma pronúncia num momento em que a jurisdição dos tribunais sobre determinada matéria já se exauriu. Mas tais fenómenos decorreriam inevitavelmente do acatamento da recomendação. Ora, apesar de a sua função constitucional ser primacialmente subjectiva, o Provedor de Justiça não pode promover a defesa dos direitos e interesses das pessoas à custa do respeito pela legalidade objectiva¹¹⁵. Aliás, os actos administrativos praticados em violação da decisão jurisdicional transitada em julgado seriam nulos [art. 133.º, 2, h) CPA], pelo que a intervenção do Provedor de Justiça seria inútil, o que obviamente não pode ter-se como pretendido pela Constituição.

c) Seja qual for a natureza do Provedor de Justiça do ponto de vista da sua inserção nos poderes do Estado, ele não é certamente um órgão judicial e não podem restar dúvidas de que, operando no âmbito do equilíbrio constitucional de poderes¹¹⁶, ele está subordinado ao princípio da separação de poderes¹¹⁷. Contudo, ao recomendar, na prática, a modificação dos efeitos de uma decisão jurisdicional, o Provedor de Justiça estaria, na prática, a imiscuir-se no exercício da função jurisdicional. Para a moderna concepção positiva da separação de poderes enquanto princípio organizatório de optimização do exercício das funções do Estado, aquela comporta uma dimensão materialmente adequada que se afere por referência às ideias de aptidão, responsabilidade e legitimação dos órgãos públicos para a adopção de determinadas decisões¹¹⁸; ou seja, trata-se de assegurar uma *estrutura orgânica funcional-*

¹¹⁵ C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos*, 127, sugere mesmo que o Provedor de Justiça possa mesmo agir contra a lei, mas parece equacionar a situação no quadro da inconstitucionalidade, em que se tratará ainda de uma questão de ilegalidade *lato sensu* da actividade administrativa.

¹¹⁶ Assim, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 58, afirma que o Provedor de Justiça «opera no equilíbrio das competências estaduais»; também D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 49.

¹¹⁷ D. FREITAS DO AMARAL, «Limites», 41; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça», 64; referindo-se expressamente à reserva constitucional de jurisdição em favor dos tribunais, A. F. NEVES, «O Provedor de Justiça», 65-66.

¹¹⁸ Sobre isto, e para mais desenvolvimentos, G. ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlim, 1979, *passim*; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes-*

mente correcta dos poderes do Estado¹¹⁹. Ora, à luz destes parâmetros e da já referida função do Provedor de Justiça, este não dispõe, manifestamente, de uma posição funcional que assegure a maior adequação e legitimidade para dizer qual é o Direito, posição essa que só é ocupada pelos tribunais¹²⁰. Perante a emissão, pelos órgãos constitucionalmente adequados e legitimados para tal, de uma decisão com força de caso julgado, o Provedor de Justiça não poderá, assim, recomendar a adopção de medidas que a contrariem.

Assim para efeitos do art. 22.º, 3 EPJ, as queixas que visem a adopção de recomendações contrárias a decisões jurisdicionais transitadas em julgado estão, *pela sua natureza*, fora do âmbito da actividade do Provedor de Justiça. Esta solução é, aliás, consentânea com a adoptada em França, em Espanha e pela União Europeia (*supra*, 2.4.).

4. Síntese conclusiva

Enquanto meios de garantia subjectiva e objectiva, a queixa ao Provedor de Justiça, os procedimentos administrativos e os processos jurisdicionais de controlo da administração podem ser analisados contextualmente. A articulação da primeira com os últimos não tem sido estudada. O direito comparado revela que as ordens jurídicas dotadas de instituições similares ao Provedor de Justiça mostram percepção dessas questões, prevendo mecanismos diversos, sobretudo para evitar que os *Ombudsmen* intervenham em questões passíveis de reacção administrativa e/ou jurisdicional ou em simultâneo com a pendência dos meios de reacção que tenham sido utilizados.

O art. 23.º, 2 CRP consagra a independência do Provedor de Justiça quanto aos outros meios administrativos ou jurisdicionais de garantia. Disto decorre que a instauração, a instrução e/ou a decisão de procedimentos perante o Provedor de Justiça não podem ser condicionadas por lei à possibilidade abstracta de utilização, às concretas utilização ou ausência de utilização, pendência ou não pendência de procedimentos administrativos ou processos jurisdicionais, nem tão-pouco cada uma destas circunstâncias pode exercer influência ou implicar vicissitudes sobre os procedimentos instaurados, pendentes ou a instaurar perante o

republik Deutschland, Heidelberg, 201995, 202-203, 214-215; M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *DA geral*, I, 133-134; N. PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, 1989, 26, 262-264; J. REIS NOVAIS, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997, 25-26, 37-39.

¹¹⁹ A. SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa*, 300.

¹²⁰ Para uma demonstração desta afirmação, A. SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa*, 293-296.

Provedor de Justiça ou sobre as recomendações ou decisões da sua não emissão. Como tal, é constitucionalmente inadmissível que a actuação do Provedor de Justiça dependa da insusceptibilidade de utilização, da prévia exaustão ou da não utilização de outros meios, que os procedimentos perante o Provedor de Justiça se suspendam, extingam ou se modifiquem na sua tramitação em virtude da instauração, pendência ou extinção de outro meio de controlo da administração, que actos praticados nos segundos influenciem a instrução ou a decisão dos primeiros, ou que os actos praticados pelo Provedor de Justiça naqueles procedimentos sejam sujeitos a controlo externo. Salvo o art. 2.º da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, que condiciona o acesso dos militares e agentes militarizados das forças armadas ao Provedor de Justiça à exaustão das impugnações administrativas, a lei respeita estes limites.

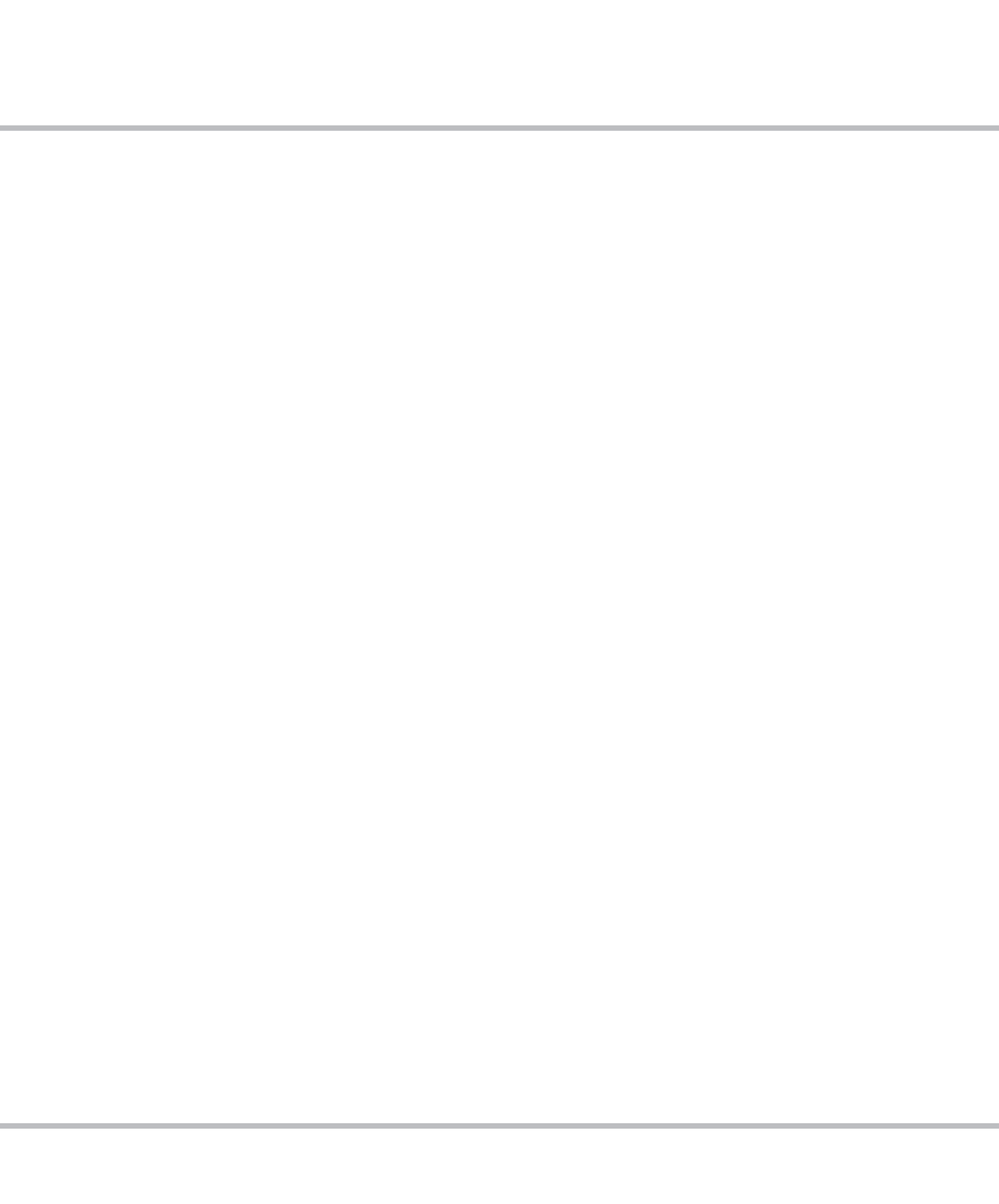
No cerne das relações entre o Provedor de Justiça e os outros meios de controlo da administração está o art. 32.º, 1 EPJ, que dá àquele o poder discricionário de não agir se existir outro procedimento ou processo adequado a tutelar as posições jurídicas do queixoso. Esta restrição do direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça – análogo aos direitos, liberdades e garantias – respeita a reserva de lei e é adequada, necessária e proporcional para salvaguardar o carácter intersticial da função do Provedor de Justiça e as condições constitucionais do seu exercício. De facto, a ausência de um mecanismo de filtragem de queixas possibilitaria a transformação do Provedor de Justiça num meio normal de controlo da administração e a submissão da sua actividade à oportunidade dos queixosos, com perigo de imersão no contraditório político, de instrumentalização em litígios e de exposição a sindicâncias indirectas. O art. 32.º, 1 EPJ combate tais riscos, remetendo a decisão para o critério casuístico do Provedor de Justiça, em coerência com a sua natureza de magistrado de bom senso, e evita os inconvenientes de um pressuposto procedimental geral.

Do art. 22.º, 3 EPJ resulta que o Provedor de Justiça não pode debruçar-se sobre queixas quando tal contenda com a independência do poder judicial, o que sucederia se, a propósito de um caso concreto, apreciasse a actividade de, ou dirigisse recomendações a, um tribunal. A intervenção em questões decididas por sentença transitada em julgado é admissível, desde que nos limites objectivos do caso julgado ou quando haja lugar à revisão de sentença. Ao invés, o carácter intersticial da função do Provedor de Justiça e os princípios da legalidade e da separação de poderes proíbem a formulação de recomendações contrárias a decisões transitadas em julgado.



Pierre-Yves Monette

Professor do Colégio da Europa
Antigo Provedor (*Ombudsman*) federal da Bélgica



A boa governação ao serviço do desenvolvimento duradouro¹

O desenvolvimento duradouro, humano e solidário

Foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, que teve lugar em Estocolmo, em 1972, inspirando-se no fórum económico realizado em Founex no ano anterior, que atribuiu relevância ao conceito de «ecodesenvolvimento», reconhecendo a cada cidadão o direito a uma vida sã. No final daquela Conferência, foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) como instrumento mundial incumbido de popularizar e de promover o «ecodesenvolvimento».

O conceito de desenvolvimento duradouro surgiu, pela primeira vez, no Relatório Brundtland², em 1987, tendo sido traduzido consoante os idiomas para «desenvolvimento sustentável» ou ainda «desenvolvimento viável». Encontra-se definido como um desenvolvimento «que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responder às suas próprias necessidades».³ Tal princípio, porém, só em 1992, por ocasião da Cimeira do Rio, alcançaria grande difusão junto do público, graças aos media. É descrito como a tomada de consciência das duas faces de uma mesma medalha que são, por um lado, as necessidades humanas – e especialmente as carências essenciais dos mais desfavorecidos – e, por outro lado, os limites à regeneração dos recursos naturais necessários para satisfazer essas necessidades.

¹ Tradução de Margarida Santerre, Assessora do Provedor de Justiça.

² Apelido da Senhora Gro Harlem BRUNTLAND, Presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, organizada em 1983, pelas Nações Unidas.

³ *Relatório BRUNTLAND*, Nações Unidas, Nova Iorque, 1983.

No rasto do reconhecimento da figura do desenvolvimento duradouro e, sobretudo, da sua ascensão à categoria de direito fundamental, a Cimeira do Rio estabeleceu uma série de princípios programáticos. Conhecidos sob a epígrafe de «Agenda 21», eles visam orientar a concretização do desenvolvimento duradouro. De facto, foram três os tratados assinados no Rio: o Tratado sobre Alterações Climáticas, aquele sobre a biodiversidade e, finalmente, um outro sobre a luta contra a desertificação.

Num afã de ultrapassar o quadro estritamente ambiental do desenvolvimento duradouro e de integrar o conceito no conjunto dos direitos humanos insistindo na sua indivisibilidade, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) começou a utilizar o termo «desenvolvimento humano duradouro», no decurso do ano de 2004.

É que, tratando-se simultaneamente de um direito e de um programa – aliás, tão indispensável como ambicioso –, o desenvolvimento duradouro assenta, de facto, sobre quatro pilares. Refiro-me ao pilar económico (aquele que visa uma gestão eficaz da produção e do consumo das riquezas, fontes de bem-estar), ao pilar ecológico (que se traduz pela exigência de actividades humanas e industriais sustentáveis da perspectiva do ambiente), ao pilar social (que faz apelo a uma evolução equilibrada e solidária da Humanidade) e, finalmente, ao pilar cultural (que promove a aceitação da diversidade cultural, por forma a incentivar o respeito pela identidade do Homem).

A mencionada evolução semântica não foi inocente. Efectivamente, o desenvolvimento duradouro, assente em qualquer um dos quatro pilares descritos, não pode ser concebido sem que o Homem seja colocado no seio do seu dispositivo, quer como finalidade primeira, quer como fim último. Por outro lado, a evolução actual, quer a dos mercados, quer a das relações e da segurança internacionais, demonstra bem que o mundo, para ser duradouro, não poderá ser construído à margem do paradigma da solidariedade.

Temos, então, o desenvolvimento duradouro no âmbito dos direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade, preferindo alguns falar de desenvolvimento humano, duradouro e solidário.

De modo mais sintético, optamos por continuar a falar de desenvolvimento duradouro, recordando que, em nossa opinião, esse conceito é inseparável das noções de «humano» e de «solidário».

Desenvolvimento duradouro e boa governação

Após um enfoque inicial sobre o elemento puramente ambiental do desenvolvimento duradouro, este conceito estende-se, hoje, à boa governação, ou melhor, esta constitui um elemento intrínseco ao desenvolvimento duradouro. Trata-se de uma abordagem perfeitamente legítima e mesmo indispensável, ousamos afirmar, na medida em que aspectos da administração pública são, na sua totalidade, ainda negligenciados, à semelhança do que acontece com a gestão perene dos recursos naturais e dos ecossistemas.

O desenvolvimento duradouro não assenta apenas em parâmetros ambientais, económicos, sociais e culturais, ou humanos e solidários, integrando também os parâmetros da boa governação pública.

Esta evolução é fundamental, uma vez que reforça – ou melhor dizendo, eleva – quer a noção de desenvolvimento duradouro, quer a noção de boa governação.

Esta concepção holística tem o mérito de recolocar o elemento ambiental no centro do desenvolvimento duradouro, conferindo-lhe simultaneamente o seu pleno significado – e a amplitude da sua responsabilidade! – que é a de abarcar a totalidade da actividade humana colectiva.

Além do mais, esta aceção global do desenvolvimento duradouro faz penetrar o princípio da durabilidade no seio da governação pública, ao ponto de não ser já possível falar de boa governação sem governação perene.

A boa governação? Mais ainda

É hora de definir essa «boa governação», a qual como já sublinhado faz parte integrante do desenvolvimento duradouro e, como mencionado na própria epígrafe deste estudo, está de certa forma ao seu serviço.

Pela circunstância de ser utilizado indevidamente, com bom ou mau conhecimento de causa, o conceito de «boa governação» tem vindo a ser desvirtuado. Vítima de um sucesso de moda evidente, a boa governação tornou-se para alguns uma ideia gasta, até pernicioso, na medida em que é utilizada, por vezes, com o objectivo de pregar o falso sob a capa de verdadeiro. Impõe-se, por isso, definir a boa governação tão clara e precisamente, quanto possível.

Sendo a boa governação descrita como «as tradições e as instituições através das quais é exercida a autoridade em determinado país»⁴, nós definiríamos a boa governação como o exercício de autoridade pública através de instituições formais e informais – mesmo tradicionais, no sentido ancestral do termo – por meio de práticas e modos operativos organizados, em torno de princípios de gestão pública, com vista a otimizar a vida em comum em determinado território e determinado momento e assegurar ao Homem o quadro necessário ao seu pleno desenvolvimento. Por outras palavras, a boa governação é a arte de gerir a coisa pública organizando, da maneira mais harmoniosa possível, a vivência em comum de milhares, até de milhões, de pessoas que compõem uma cidade, uma região, um país.

De qualquer forma, definir a boa governação não é suficiente para lhe restituir a sua dimensão plena, nem tão pouco para dar a entender os meios pela qual é efectivada ou a amplitude do seu campo de aplicação. Assim sendo e para aceder ao âmago da boa governação, propomos que se avance por abordagens sucessivas.

O Estado de Direito

O Estado de Direito – ou o princípio da legalidade – é um parâmetro fundamental da boa governação. Não se pode governar um Estado sem fazer referência ao direito.

Na sua acepção plena e fundamental, o princípio da legalidade dita que a vida dos seres humanos reunidos em sociedade política seja regida por leis que se impõem aos titulares do poder executivo e à generalidade dos cidadãos.⁵ Assim sendo, se os governantes dispõem de certas prerrogativas, as mesmas terão de ser reconhecidas, seja pela lei constitucional, seja pela lei ordinária. O princípio da legalidade é, com efeito, de natureza constitucional, pelo que orienta tanto a organização como a acção do Estado. Dito de outra forma, ninguém dispõe de poder de decisão sobre outrem, nem poderá exercer poder semelhante, sempre que para tanto não esteja legalmente habilitado.

O princípio da legalidade cimenta-se em torno do direito internacional directamente aplicável, das normas de direito europeu ou de direito comunitário⁶, da constituição, das leis e dos decretos, enfim de todas as regras de direito aprovadas – ou ratificadas – por órgãos legislativos.

⁴ *Relatório do Banco Mundial*, Washington, 2002, p. 152.

⁵ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 550.

⁶ Ainda que seja indiscutivelmente internacional, no sentido em que ultrapassa os contornos de um único Estado, o direito da União Europeia distingue-se do direito internacional clássico ao ponto de ser frequentemente classificado numa categoria autónoma, denominada de «direito comunitário».

O princípio da legalidade visa, igualmente, o respeito pelas normas de cariz administrativo, como sejam os despachos, os regulamentos e os actos administrativos, ou seja, todas as regras emanadas de uma autoridade administrativa expressamente mandatada para o efeito pela lei.

Por fim e tendo presente que o direito positivo estabelece que os acordos legalmente assinados entre particulares assumem para estes valor de lei, o controlo da legalidade visa igualmente e por extensão o respeito contratual. Com efeito, uma vez que é a própria lei a conceder valor legal *inter partes* às disposições contratuais acordadas, o respeito pelos contratos impõe-se aos seus autores, tanto como o respeito pela lei.

As fontes jurídicas em torno das quais o Estado de Direito se edifica não se resumem, contudo, às normas positivas, sejam elas internacionais, comunitárias, constitucionais, legais ou resultantes de decretos, despachos ou regulamentos. O Direito constitui, efectivamente, um quadro normativo que, além de tais normas positivas emanadas de órgãos do Estado habilitados para o efeito por processos democráticos e pluralistas, se compõe também de um conjunto de outras regras jurídicas que concorrem na organização da vida comunitária e completam a lei, na sua acepção positivista: refiro-me aos princípios gerais de Direito. Também eles fazem parte integrante do Direito, constituindo uma outra fonte formal de direito, sendo-lhe reconhecida força de lei.

Importa observar que o respeito pela lei (*lex*) sem o respeito pelo direito (*ius*), não é suficiente para uma boa governação, dado que o Estado legal não se confunde com o Estado de Direito!⁷ Esta afirmação é tão ou mais verdadeira quanto a exigência de adequação e conformidade entre os actos do Estado e da sua Administração e um quadro jurídico muito mais extenso do que o quadro legal *stricto sensu* faz apelo não só a um controle de legalidade, como a um controle de «juridicidade».⁸

É neste ponto que os órgãos de controle alternativos ao controle jurisdicional clássico, como o são, em primeira linha, os *Ombudsmans*, se encontram no cerne da construção da boa governação.

⁷ M-N. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, Economica, Paris, 1992.

⁸ O conceito de «juridicidade», extraído do latim *ius*, é da autoria de G. DUPUIS, M.-J. GUEDON & P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Ed. Armand Colin, França, 1992.

Diga-se claramente que a violação, pelo Estado e pela sua Administração, destes princípios que constituem uma fonte formal e não uma fonte real de direito, seja ela motivada pela ignorância, seja pela recusa em reconhecer-lhes legitimidade, é bastante mais frequente do que o desrespeito por regras normativas com consagração no direito positivo.

É precisamente esta a razão que levou os sistemas jurídicos mais elaborados a reforçar o Estado de Direito através da instituição de mecanismos de controle de juridicidade, como o *Ombudsman*, que actuam a par dos mecanismos de controle da mera legalidade.

Mas quais são tais princípios gerais do direito?⁹ Recordemos:

- o princípio do não desvio de poder (proibição de abuso de poder);
- o princípio da igualdade e da não discriminação;
- o princípio do contraditório;
- o princípio da imparcialidade e da objectividade;
- o princípio da administração com conhecimento de causa;
- o princípio da segurança jurídica (não retroactividade, clareza e acessibilidade dos actos administrativos);
- o princípio da razoabilidade;¹⁰
- o princípio da proporcionalidade;¹¹
- o princípio da não disposição gratuita de bens da Administração;
- o princípio da separação de poderes;
- o princípio da permanência do Estado e da continuidade do serviço público;
- o princípio da adaptabilidade do serviço ou lei da mudança;
- o princípio *patere legem quam ipse fecisti*;
- o princípio *non bis in idem*.

Fonte autónoma de Direito, os princípios gerais do direito não são criados nem pelo legislador, nem pelo juiz, nem sequer pelo *Ombudsman*. «Obras de expressão mais do que de

⁹ «Salienta-se que falamos de “princípios gerais do direito” e não de direito, estes princípios preexistem em qualquer sistema jurídico – ou melhor dito, são-lhe inerentes – não emanando deste, como o fazem as regras de direito», «Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité: une analyse du contrôle exercé par l' *ombudsman* parlementaire sur l'action de l'administration», P-Y. MONETTE, in *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2001-1, Bruxelles, 2002, p. 17, no qual nos inspirámos para certos elementos deste estudo.

¹⁰ No que respeita ao princípio da razoabilidade, ver P-Y. MONETTE, «Le principe du raisonnable dans l'action administrative», em *Chroniques de Droit Public-Publiekrecht Kronieken*, 2001-3, Bruges, 2001.

¹¹ Se para certos autores o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade são um único e o mesmo princípio, defendemos que consubstanciam dois princípios gerais do direito diferentes.

revelação»,¹² eles são *constatados*¹³ pelos órgãos jurisdicionais e de mediação¹⁴ de controlo da juridicidade e pela própria doutrina, antes mesmo de serem, se for caso disso, integrados no direito positivo (ou «recebidos no direito positivo» para utilizar uma expressão mais eloquente) pelo legislador.

Postulados retirados da concepção do Homem e do mundo, a qual se encontra na origem de todo e qualquer sistema de direito e constitui a sua base ética, parafraseando Rivero¹⁵, os princípios gerais do direito impõem-se a todo e qualquer indivíduo, a todo o interveniente ou controlador de um sistema jurídico. Desde o momento em que uma sociedade humana se organiza em torno de regras de direito, a mesma organiza-se *ipso facto*, para além daqueles, em torno de princípios que de uma certa maneira a transcendem.

Na verdade, estes diferentes princípios gerais do direito, fundamentais para cada sistema jurídico, nem sempre foram reconhecidos, não se podendo negar que se registou quanto a eles uma evolução assinalável da doutrina e da jurisprudência jurisdicional e de mediação. Significará isso que os princípios gerais do direito são evolutivos e, por esse motivo, não são nunca inerentes a determinado sistema jurídico *ab initio*? Pensamos que não. Com efeito, não são esses princípios gerais do direito que são evolutivos, mas sim as ideias arrastadas e avalizadas por uma sociedade humana organizada em torno de determinado sistema jurídico, em determinado momento. É precisamente esta maturidade das consciências que permite à sociedade humana constatar, em determinado momento da sua história, a existência de um princípio geral do direito sobre um aspecto relativamente ao qual nunca antes havia sido detectada a sua existência. Isso mesmo explica que os princípios gerais do direito não sejam idênticos no âmbito da mesma sociedade humana, em momentos diferentes da sua maturação, assim como explica que também não sejam idênticos em sociedades humanas diferentes, durante o mesmo período histórico.

A boa administração

Afigura-se frequente ouvir dizer, ou ler, que a boa governação se confunde com a boa administração. Sucede que organizar serviços públicos eficazes, acessíveis e transparentes

¹² P. LEWALLE, «Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge», em *Administration Publique*, 1995, p. 55.

¹³ A expressão é de W. GANSHOF van der MEERSCH, «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», em *Journal des tribunaux, Bruxelles*, 1970, p. 557.

¹⁴ Este neologismo refere-se ao *Ombudsman* denominado «Mediador» («Médiateur») em determinados países.

¹⁵ M. RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 77 e segs.

– em suma, a boa administração – constitui apenas uma franja da boa governação, da mesma forma que a administração é apenas um dos actores do Estado. Dito por outras palavras, a boa governação é um conceito bastante mais abrangente que o de boa administração.

Não existe qualquer codificação internacional da boa administração. Alguns países, refira-se que por recomendação dos seus *Ombudsmans*, fazem a aposta arrojada de elencar em texto legal os princípios segundo os quais entendem que as suas administrações deverão funcionar, criando no chefe dos beneficiários dos serviços públicos um direito de exigir do funcionário que respeite os mencionados princípios. Algumas organizações internacionais também põem em prática tais princípios, sem no entanto chegarem ao ponto de os tornarem oponíveis aos utilizadores dos seus serviços. Por fim, a União Europeia, preocupada em não ficar ultrapassada pelos seus Estados-Membros e até com o objectivo de servir de modelo para alguns deles, determinou quais os princípios de boa administração dos seus serviços e reconheceu-os como oponíveis aos seus agentes.

Levando a cabo um exercício de precisão dos princípios de boa administração no nosso país, o qual não visa conferir-lhes um carácter legal – pelo menos não a todos – passamos à listagem dos «nossos» princípios de boa administração.¹⁶ Eles encontram-se articulados em torno de três categorias: os princípios materiais, os princípios procedimentais e os princípios informadores das relações entre a Administração e os administrados.

Princípios materiais:

- o princípio da aplicação conforme às regras do direito (ou princípio da legalidade – ver supra: Estado de Direito);
- o princípio da igualdade;
- o princípio da imparcialidade;
- o princípio da confiança legítima;
- o princípio da protecção da vida privada.

Princípios procedimentais:

- o princípio do respeito pela Carta do utilizador dos serviços públicos;¹⁷

¹⁶ Fonte: *Relatório Anual, Collège des médiateurs fédéraux*, Bruxelles, 1999.

¹⁷ Esta Carta abarca vários princípios centrados na transparência e na motivação dos actos e das decisões dos serviços públicos.

- o princípio do direito de defesa;
- o princípio do prazo razoável;
- o princípio da gestão conscienciosa;
- o princípio da fundamentação dos actos administrativos;
- o princípio da manutenção de arquivos adequados.

Princípios informadores das relações entre a Administração e os administrados:

- o princípio da informação activa e passiva;
- o princípio da cortesia ou do acolhimento digno;
- o princípio do acesso apropriado.

Torna-se desnecessário observar que nenhuma destas três categorias é perfeita. Esta tipologia constitui apenas um instrumento susceptível de clarificar inúmeros princípios evolutivos, dispersos por tratados, pela constituição, pelas leis, despachos e cartas. Alguns destes princípios são imperativos – constituindo uma fonte de direito positivo – enquanto que outros têm apenas natureza exortativa.¹⁸ O que quer que sejam os princípios da boa administração, eles constituem, de certa forma, as normas ISO 14 000 (regras de compromisso ambiental para as empresas elaboradas sob a égide das Nações Unidas, em 1996, no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental) do serviço público, perseguindo o ideal de qualidade global do aparelho administrativo do Estado.

A este título, e temos prazer em sublinhá-lo nesta contribuição em honra do Provedor de Justiça e nosso amigo Henrique Nascimento Rodrigues, o *Ombudsman* detém uma função de incentivo à evolução jurídica e à modificação do direito. Como magistratura, e a esse título, fonte de jurisprudência enriquecedora do direito administrativo, em particular, e do direito público, em geral, o *Ombudsman* faz parte do grupo daqueles que, por um lado, desenvolvem os princípios gerais de direito administrativo e, por outro, auxiliam de forma decisiva a integrar a «*soft law*» (ou «*droit vert*») na «*hard law*» (ou «*droit dur*»).¹⁹

Uma vez que a boa administração, inscrita no seio da arte de bem administrar após lhe ter sido alheia durante muito tempo, não cobre de forma alguma o conceito de boa governação, antes constituindo apenas um dos seus elementos, prosseguiremos na senda da boa governação.

¹⁸ Trata-se do «*droit tender*»/«*droit vert*» (ou *soft law*) em oposição ao «*droit dur*» (ou «*hard law*»), o qual na sequência da lei ou de princípios gerais do direito é, ele mesmo, imperativo.

¹⁹ P-Y. MONETTE, «Pouvoir politique et médiation institutionnelle; un partenariat aussi difficile qu'indispensable», em *Chroniques de Droit Public-Publiekrecht Kronieken*, 2006-1, Bruges, 2006.

A equidade

Conceito pouco conhecido e, menos ainda aplicado pelos nossos Estados de Direito de matriz demasiado cartesiana, o princípio da equidade não constitui um princípio de boa administração, mas pertence, tal como aqueles, aos diversos elementos que compõem a boa governação.

A equidade poderá ser definida como um mecanismo de elevação ética da acção do Estado – e singularmente da acção administrativa – através da tomada em conta, no exercício administrativo, de situações humanas específicas que afrontam o sentimento de justiça natural e devem, por isso, ser corrigidas, seja através de um aligeirar da execução estrita da lei (*aequitas para legem*), seja mesmo através da não execução da lei (*aequitas contra legem*), sempre que a sua aplicação provoque consequências humanamente inadmissíveis.

Tal correcção permitida pela equidade visa, de certa maneira, assegurar uma protecção contra as injustiças da própria lei. A este título, o princípio da equidade é uma fonte de direito muito informal e constitui, na realidade, um direito emergente.²⁰ Trata-se de um critério fundamental na humanização do direito.

A equidade é um princípio de direito natural, denominada «*equity law*» nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos, onde também é apelidada de «*natural justice*». Já dizia Aristóteles que a equidade era a «justiça temperada pelo amor»²¹, ao passo que Foulquié a descrevia como «a justiça natural, superior à justiça determinada pela lei positiva e mais leve do que aquela».²²

Contrariamente ao que acontece no sistema anglo-saxónico da «*equity law*», a noção de equidade é algo revolucionária no quadro do Estado de Direito, cuja principal característica é a de ver na lei a expressão da vontade soberana, expressa pelos eleitos da Nação. O Estado de Direito, como concebido nos países de direito napoleónico, não deveria, pois, deixar espaço à não execução de regras de direito. Desta perspectiva, compreendemos que o princípio da equidade se apresente como um intruso em Estados de Direito como os nossos. De facto, ele não é ainda bem compreendido pelos sistemas de direito cartesiano e suscita, por isso, uma enorme desconfiança.

²⁰ M. VERDUSSEN, em *Le Médiateur*, ouvrage collectif, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 32.

²¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaqueia*, capítulo 10, livro 5.

²² FOULQUIÉ, *Le dictionnaire de terminologie philosophique*.

O lugar da equidade a par de um sistema jurídico normativo, justifica-se desde logo por ser impossível ao legislador, no momento em que elabora uma lei, antecipar todas as consequências, quer particulares, quer imprevisíveis, quer gerais, quer individuais, que resultarão da sua aplicação a um sem número de situações diferentes. Efectivamente, verificam-se casos em que a aplicação da lei *stricto sensu* provoca consequências que ferem fundamentalmente o sentido superior de justiça.

Nos sistemas de direito continental, como é o português, alguns mecanismos correctores poderão ser aplicados a estas situações excepcionais, sempre que a própria lei concede ao funcionário a possibilidade de a executar com moderação e ao juiz a possibilidade de a interpretar equitativamente. O mesmo se diga quando a lei nada diz a esse respeito e/ou permite interpretação: quer o funcionário, quer o juiz, poderão igualmente corrigir a aspereza da lei ou a dureza do seu silêncio, através de uma aplicação mais moderada, ou de uma interpretação mais equitativa. Contudo, nos casos em que a Administração actua ao abrigo de poderes vinculados, o funcionário não tem outra alternativa senão a de aplicar a lei, como o exige o adágio bem conhecido *dura lex sed lex*. O mesmo se diga relativamente ao juiz que não poderá deixar de aplicar a lei, sempre que esta não lhe conceda margem para estatuir com base em juízos de equidade. É precisamente nos casos em que intervém o princípio da equidade que se permite aligeirar ou mesmo evitar uma aplicação demasiado iníqua da lei.

Obviamente que levando a equidade a contrariar a lei, a sua concretização deverá obedecer a garantias de estrita transparência, de objectividade nos critérios de aplicação e de parcimónia na sua utilização. Uma vez que o recurso à equidade, nos países continentais, nasceu em França, foi aí que se desenvolveram os limites à sua concretização. Citemo-los²³:

- a concretização da equidade não poderá ser arbitrária;
- a equidade só poderá visar as situações excepcionais para as quais a aplicação da lei em causa implicaria consequências susceptíveis de ofender o sentimento de justiça natural;
- a equidade só poderá abarcar situações que o legislador não tenha previsto (ou seja, a equidade não poderá ser aplicada a casos injustos, ainda que flagrantes, os quais tenham sido aceites ou queridos pelo legislador, no momento em que elaborou a lei);
- a equidade deverá ser financeiramente suportável;
- a equidade não poderá criar injustiças relativamente a terceiros, eventualmente, afectados pela situação que suscitou a respectiva aplicação.

²³ P. LEGATTE (antigo *Médiateur de la République* e membro do Conselho de Estado francês), *Le principe d'équité*, Presses de la Renaissance, Paris, 1992.

Num Estado de Direito baseado na separação de poderes, no qual a própria interpretação autêntica das leis é tarefa do próprio legislador, exige-se que a concretização da equidade seja levada a cabo por um órgão auxiliar do poder legislativo habilitado para esse efeito.

E ainda assim, não detendo poderes para aplicá-la directamente, mas apenas para recomendar a sua aplicação à Administração (ou seja, ao poder executivo), sugerindo que, em determinado caso concreto, a lei seja aplicada com equidade – ou que não seja sequer aplicada –, em função da gravidade da violação da justiça natural que seria ocasionada pela incidência dessa lei.

O leitor já terá identificado: tal instituição do poder legislativo habilitada a pôr em prática a equidade através de recomendações dirigidas à Administração não é outra que o *Ombudsman*. O prolongamento deste princípio do controle pela equidade levado a cabo pelo *Ombudsman* explica, aliás, por que razão ele detém o poder de recomendar ao legislador a modificação da mesma lei, de aprovar outra ou de clarificar o seu alcance através de um lei interpretativa, sempre que se aperceba de que a aplicação de uma mesma regra conduz a Administração, frequente ou sistematicamente, a criar situações de iniquidade total.²⁴

Chegou-se a afirmar que o princípio da equidade despedaçava um princípio que lhe é superior, mais concretamente, o princípio da igualdade. Tal afirmação resulta de uma deficiente compreensão destes dois princípios fundamentais. O princípio da igualdade impede que haja discriminação na organização dos direitos e das liberdades reconhecidos aos cidadãos, sendo que o princípio da equidade não se coloca nunca no terreno da igualdade de direitos, mas sim face à justiça natural, violada pela aplicação de uma lei a uma situação concreta, de carácter excepcional, na qual o legislador não havia pensado – ou não poderia ter pensado – no momento em que elaborou a lei em questão.

Não poderá, portanto, existir desigualdade no recurso à equidade, devendo esse recurso ter lugar de forma semelhante para cada vítima do mesmo tipo de desrespeito pela noção de justiça natural.

É, igualmente, frequente ouvir dizer que o princípio da equidade coloca em perigo um outro princípio: o da segurança jurídica. Tal concepção traduz uma percepção errada do princípio da equidade. As recomendações com base em juízos de equidade realizadas pelo *Ombudsman*, cingindo-se por regra a situações individuais, não constituem qualquer sistema generalizado de exoneração do cumprimento da lei.

²⁴ Sobre a realização do princípio da equidade e o papel central do *Ombudsman* a este título, ver P-Y. MONETTE, *Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité*, supra cit.

A segurança jurídica apenas é violada quando um direito de que nos podemos prevalecer nos é retirado, sem que nada o fizesse prever e sendo certo que a existência desse direito nos havia feito agir num sentido que não teríamos escolhido, caso soubéssemos que o mesmo nos iria ser retirado. Ora, a formulação pelo *Ombudsman* de uma recomendação fundada na equidade, realiza-se, por definição, em favor de determinada pessoa e não contra ela, pelo que nunca poderá implicar a perda de um direito. Assim sendo, a equidade não poderá provocar insegurança jurídica, no sentido negativo do termo. Finalmente, haverá que sublinhar que o controle da acção equitativa dos poderes públicos, ou melhor, o recurso à equidade, é posto em prática por um único órgão, que constitui um auxiliar do poder legislativo e não um auxiliar de cada agente do poder público, seja administrativo ou jurisdicional, termos em que se verifica uma garantia plena da segurança jurídica.

Mais ainda...

A boa governação não se reconduz apenas ao Estado de Direito, nem à boa administração, nem à equidade. Além destes seus elementos fundamentais, a boa governação visa igualmente os instrumentos necessários ao reforço da normatividade. Ela diz respeito também ao funcionamento dos três poderes estruturantes de qualquer Estado: um governo eficaz, um parlamento forte e tribunais independentes que ofereçam uma protecção jurisdicional efectiva.²⁵ A boa governação engloba, do mesmo modo, o desenvolvimento de órgãos de controle e a organização de contra-poderes (os famosos «*checks and balances*» anglo-saxónicos), tanto efectivos, como independentes. Sem esquecer que ela também abrange o desenvolvimento e o respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais (incluindo a protecção das minorias), quer ao nível colectivo, quer individual. Ela estende-se ainda à disciplina orçamental. Com efeito, a boa governação integra o modo – eficaz, eficiente e efectivo – como as próprias instituições de um Estado são geridas e organizadas. Conclui-se, pois, que a boa governação se pauta por regras de conduta (os próprios princípios de boa governação) susceptíveis de promover uma gestão operante do Estado, bem como por uma formação adequada e permanente dos agentes públicos e dos cidadãos, no respeito desses mesmos princípios.

²⁵ Na impossibilidade de abarcar, em detalhe, cada uma destas outras vertentes da boa governação, limitar-nos-emos a recordar os princípios de procedimento jurisdicional, nomeadamente, a independência do juiz (quer formal, quer real), a imparcialidade do tribunal, a obrigação de decidir sob pena de recusa de justiça, a presença do mesmo juiz no conjunto dos actos processuais, o efeito devolutivo dos recursos, o poder do juiz de interpretar as sentenças e as decisões por si proferidas, o princípio *non ultra petita*, o respeito pelo direito de defesa e o princípio do «não ser juiz em causa própria».

Os princípios de boa governação

Debrucemo-nos um instante sobre esses princípios de boa governação que constituem uma das vertentes da boa governação. De facto, eles aglomeram elementos tão essenciais como uma melhor gestão do Estado, uma maior eficácia da sua organização, uma melhor eficiência na utilização do seu aparelho, tal como uma maior responsabilização, um maior equilíbrio, uma maior transparência e ética dos seus órgãos e dos seus procedimentos, conceitos estes ainda tão pouco presentes na maioria dos nossos Estados. Se desejamos aprofundar tais princípios de boa governação, é também porque através deles se disputa, há já algum tempo, uma batalha dissimulada que opõe duas concepções radicalmente divergentes, chegando a pôr em causa o próprio papel do Homem como finalidade da boa governação.

«Revelados»²⁶ nos anos 80, pelo Banco Mundial – que através deles pretendia assegurar que os Estados aplicavam os seus empréstimos em determinadas reformas direccionadas para a melhor gestão do aparelho estadual – os princípios de boa governação não mais deixaram de ser aprofundados de modo empírico e evolutivo. Herdados da corrente anglo-saxónica, eles fazem hoje parte integrante das fontes de direito continental. Rapidamente, contudo, se constatou o risco de deriva da utilização dos princípios de boa governação unicamente para fins económicos, tendência esta que é, actualmente, ainda mais forte. Importa, pois, recordar que semelhante abordagem utilitarista não vai ao encontro da essência dos princípios de boa governação, cuja finalidade não pode deixar de ser o Homem e não qualquer reforma económica, monetária, política ou institucional. Significa isto que os meios, ou seja os princípios de boa governação, o seu conteúdo e a sua aplicação não poderão, em qualquer caso, ir ao encontro do fim, o Homem. Uma vez que o fim não justifica os meios, menos ainda quando se fala do Homem.

Sendo a revelação dos princípios de boa governação uma acção evolutiva, não nos permitiremos ser exaustivos na sua enumeração. Nesse sentido, os princípios de boa governação mais frequentemente enunciados são os princípios da transparência, da participação, da precaução, da segurança, da analogia, da eficiência, da responsabilidade, da imputabilidade, da integridade, da moralidade, do rigor financeiro e da sã utilização dos recursos públicos. Neste estudo, apenas descreveremos mais detalhadamente alguns dentre eles.

²⁶ A expressão «princípios revelados» refere-se, novamente, àquela abordagem jurídica segundo a qual os princípios de boa governação não foram criados pelo Banco Mundial, nem pela doutrina jurídica, existindo previamente à sua formulação (tal como os princípios gerais do direito que já evocámos e que existiam previamente à sua descoberta, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, ou à sua aprovação pela lei).

O princípio da transparência consiste numa política de Estado, dos seus responsáveis e dos seus órgãos, que seja, por um lado, atenta e que não mascare a vontade e a finalidade das acções tomadas a título de escolhas públicas, e por outro, torne límpidas as etapas e os mecanismos que conduzem à sua aprovação, explícitas as suas eventuais condições de aplicação e claros os seus procedimentos de execução.

O princípio da participação visa uma organização dos negócios públicos, na qual o cidadão e o administrado sejam considerados como sujeitos e não simples destinatários das políticas públicas e, dessa forma, ocupem um lugar activo ao nível da delegação de soberania por actos eleitorais, ao nível da decisão política através da consulta prévia e ao nível da sua participação nos próprios processos administrativos.

O princípio da precaução, também conhecido por princípio da prudência, exorta o chefe de Estado, através do seu aparelho e das suas leis e regulamentos, por um lado, a manter permanentemente a vontade de agir e de tomar todas as medidas necessárias em face da previsão de evoluções conhecidas, esperadas ou simplesmente possíveis (acção preventiva) e, por outro lado, a graduar as acções e as normas ou até a abster-se de agir em face da análise fundamentada das possíveis consequências da sua actuação a curto, médio ou longo prazo (abstenção preventiva).

O princípio da segurança visa, como o seu próprio nome indica, que o Estado garanta ao Homem a sua integridade física, através de medidas de protecção adequadas a um ambiente estável, indispensável ao aprofundamento desta sua necessidade essencial. A este título, recordemos que o psicólogo Abraham Maslow – na hierarquia de necessidades humanas tornada célebre pela pirâmide com o mesmo nome – coloca a necessidade de segurança acima das necessidades fisiológicas, das quais se destaca, como base, a própria segurança alimentar. No que respeita à segurança jurídica, esta associa-se ao Estado de Direito, uma outra vertente da boa governação, como já vimos.

O princípio da analogia induz o Estado a respeitar o justo equilíbrio entre as exigências que impõe aos administrados, sobretudo através das leis e dos regulamentos, e as exigências que impõe a si mesmo. Sem sugerir, obviamente, uma qualquer igualdade de direitos e deveres entre o poder público e o cidadão, a analogia visa o estabelecimento de um relacionamento entre ambos que seja razoável, comedido e ponderado. O princípio da analogia é, de certa forma, a adaptação do princípio da razoabilidade aos princípios da boa governação.

Finalmente, o princípio da eficiência, um princípio da boa governação igualmente essencial, é um dos menos compreendidos – para não dizer o mais violado – de todos. A eficiência

do Estado visa o bom funcionamento geral, a custo razoável, dos serviços públicos: nada de mais normal do que apelar à eficácia do aparelho de Estado para melhor servir o cidadão, o administrado, o Homem. Porém, a eficiência é, por vezes, retirada do seu contexto publicista e pervertida por um apetite de produtividade, acabando por ficar reduzida a um rigor inflexível e improdutivo.

A boa governação democrática

Não lograríamos abarcar as diferentes fontes constitutivas da boa governação sem invocar as exigências democráticas. Tais exigências pressupõem uma democracia pluralista, instituições e meios indispensáveis à sua manutenção, o direito de voto, processos eleitorais regulares e transparentes, a participação dos cidadãos na vida do Estado e nos seus processos de decisão e uma educação na cidadania, para citar apenas algumas características.

Esta governação democrática, longe de constituir uma variante da boa governação, constitui a expressão do lugar central que o Homem nela integra, quer no plano prático, como seu actor principal, quer no plano teleológico, como sua finalidade última. Esta afirmação é tão mais verdadeira quanto não se poderá conceber a boa governação senão exercida e praticada por instituições, modos operativos e princípios democráticos.

E se alguns criticam este aforismo por conceder demasiada ênfase à exigência democrática da boa governação, a nossa peregrinação pelos vários aspectos da boa governação demonstra que não a limitamos ao parâmetro democrático, ainda que entendamos que este constitui uma das suas vertentes mais relevantes.

Para concluir

O desenvolvimento duradouro é uma acção de integração e de adequação das políticas socio-económicas, culturais, ambientais, do Estado de Direito, do funcionamento do poder público e da finalidade do serviço ao público, reforçada por uma visão a longo prazo em torno de parâmetros essenciais à perenidade da vivência em comum.

Aliás, se desejámos insistir no carácter solidário do desenvolvimento duradouro, foi precisamente para recordar a importância da erradicação da pobreza no quadro de um desenvolvimento verdadeiramente duradouro. E a todos aqueles que qualifiquem esta abordagem de idealista ou mesmo utópica, diremos que essa ambição se encontra, afinal, na ordem do dia da comunidade internacional e que constitui mesmo o *leitmotiv* das Nações Unidas para o milénio.

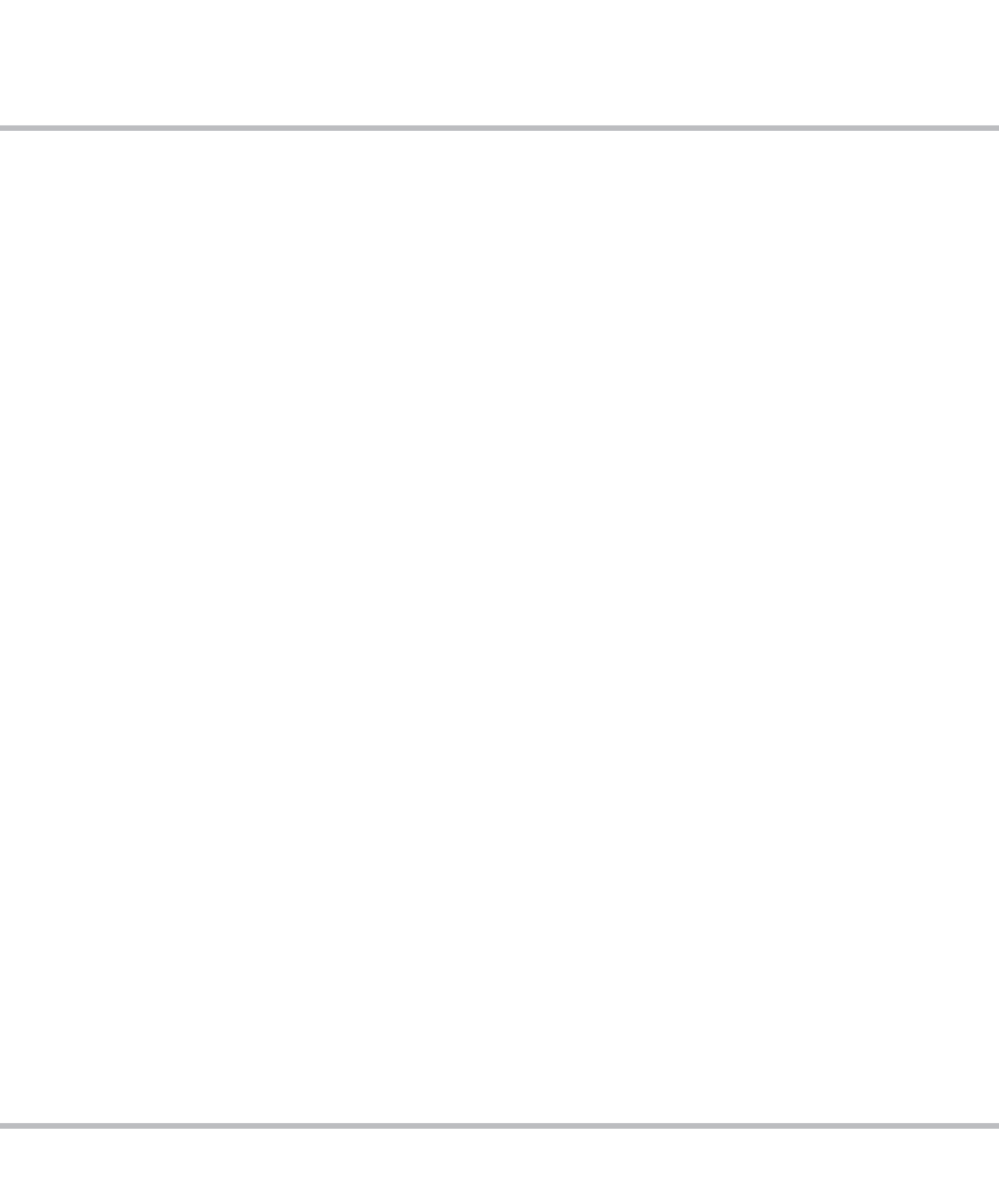
Finalmente e à questão sobre se a boa governação é um instrumento de realização do desenvolvimento duradouro ou se ela constitui um objectivo em si mesma, ou seja, se entendemos a boa governação como meio ou como finalidade, diríamos que a nossa resposta foi dada logo de início ao afirmarmos que a boa governação é um instrumento ao serviço do desenvolvimento duradouro, na medida em que cimeta o quadro necessário ao seu surgimento. Dessa perspectiva, tentámos tanto quanto possível recolocar a boa governação – tantas vezes desenraizada, teorizada e mesmo desviada – em torno daquele que deverá manter-se como seu único objectivo: o Homem. Diremos, igualmente, que o próprio desenvolvimento duradouro não será um objectivo em si mesmo, mas sim um meio de assegurar uma finalidade ainda mais elevada: o desenvolvimento e a felicidade do Homem.



Jorge Reis Novais

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados

I – O problema. 1. A configuração jurídico-constitucional do órgão Provedor de Justiça; 2. O aditamento de 1996 ao art. 2.º do Estatuto do Provedor de Justiça; 3. O alcance da alteração legislativa de 1996 e a prática de actuação do Provedor de Justiça.

II – A origem constitucional da alteração do estatuto do Provedor de Justiça. 1. A justificação constitucional do alargamento da intervenção do Provedor de Justiça; 2. O problema da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

III – A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e o Provedor de Justiça. 1. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa — o confronto doutrinário; 2. A doutrina portuguesa e a «solução diferenciadora»; 3. Crítica da solução diferenciadora; 4. A doutrina dos poderes privados ou da especial relação de domínio; 5. A solução diferenciadora e as suas consequências no Estatuto e na actuação do Provedor de Justiça.

IV – Os deveres estatais de protecção e o Provedor de Justiça. 1. A teoria dos deveres estatais de protecção dos direitos fundamentais; 2. As dificuldades da teoria dos deveres estatais de protecção; 3. O Provedor de Justiça e os deveres estatais de protecção; 4. Conclusões quanto à actuação do Provedor de Justiça nas relações entre particulares.

I

O Problema

1. A configuração jurídico-constitucional do órgão Provedor de Justiça

O Provedor de Justiça foi constitucionalmente configurado entre nós como um órgão independente, de designação parlamentar, cuja função assenta na apreciação, sem poder decisório, de queixas dos cidadãos relativas a acções ou omissões dos poderes públicos, com possibilidade de, em consequência, dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças¹. Por sua vez, na realização dessa missão, incumbe aos órgãos e agentes da Administração Pública o dever de cooperação com o Provedor de Justiça².

Assim, através de uma formulação suficientemente aberta, a Constituição, e desde logo na sua versão originária, garantiu a existência de um órgão de inspiração clara na experiência escandinava do *Ombudsman* e depois sucessivamente reproduzida e acolhida em inúmeras outras experiências constitucionais. Entre nós, a sua criação começara por ser proposta pela oposição democrática ao regime anterior ainda antes de 1974 e, logo a seguir, mesmo ainda antes da aprovação da Constituição³, obteve imediata consagração na legislação ordinária⁴.

Quanto às respectivas funções, pode dizer-se que enquanto a inspiração colhida da experiência do *Ombudsman* apontava para uma actividade do Provedor de Justiça essencialmente dirigida ao controlo da Administração Pública (mais precisamente, controlo da legalidade, mas também da *justiça* da sua actuação), já a particular inserção sistemática da previsão do órgão no texto constitucional⁵ acentuava igualmente, de forma hoje⁶ consensual e em sintonia com a evolução verificada na generalidade das experiências constitucionais⁷, a sua associação à protecção dos direitos fundamentais.

¹ Conforme redacção constante do art. 23.º da Constituição que permanece praticamente inalterada desde a versão originária da Constituição.

² Conforme o aditamento inscrito na revisão constitucional de 1989 (art. 23.º, n.º 4, da Constituição).

³ Cf., por todos, L. LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça» in *Portugal — O Sistema Político e Constitucional*, Lisboa, 1989, pp. 701 ss.

⁴ Cf. Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril.

⁵ No Título I referente aos *Princípios Fundamentais* da Parte I da Constituição sobre *Direitos e Deveres Fundamentais*.

⁶ Cf., todavia, as reservas que a constitucionalização do órgão mereceu, na altura, a PCP e MDP, em L. LINGNAU DA SILVEIRA, *loc. cit.*, p. 703.

⁷ Assim, ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Coimbra, 1979; CATARINA VENTURA, *Direitos Humanos e Ombudsman*, Lisboa, 2007.

Esta vocação dual viria, entretanto, a ser confirmada e desenvolvida pelo legislador ordinário no Estatuto do Provedor de Justiça⁸. Assim, o Provedor de Justiça surge aí definido como órgão do Estado «que tem por função principal a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos» e que assegura «através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos»⁹. Por sua vez, actua oficiosamente ou em resposta a queixas dos particulares relativas a acções ou omissões dos poderes públicos, competindo-lhe, designadamente, neste âmbito, e para além da iniciativa na fiscalização sucessiva da inconstitucionalidade e da verificação da inconstitucionalidade por omissão, dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos e assinalar deficiências de legislação, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação¹⁰.

Não devendo deixar de se assinalar, a propósito, a errónea e incompreensível afirmação do Estatuto¹¹ quando limita a protecção dos direitos fundamentais aos «direitos, liberdades e garantias», *obrigando* a colocar os direitos fundamentais sociais – tão ou mais carecidos da intervenção do Provedor de Justiça – sob a égide da fórmula dos «interesses legítimos» atrás reproduzida, cabe realçar aqui os contornos identificadores do órgão tal como surge configurado na Constituição e na lei.

Assim, o Provedor de Justiça é um órgão independente vocacionado para defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos junto dos poderes públicos, actividade que pode desenvolver a título oficioso, mas que é principalmente desencadeada no quadro da apreciação não decisória das queixas que os particulares lhe apresentam acerca de acções e omissões dos poderes públicos violadoras dos seus direitos e interesses legítimos. Por outro lado, ainda que a actividade do Provedor de Justiça respeite potencialmente a quaisquer sectores de actividade ou funções estatais onde se verifiquem acções ou omissões dos poderes públicos carecidas de correcção¹², ela exerce-se primariamente sobre a actividade administrativa em sentido lato, ou, como diz o Estatuto, exerce-se,

⁸ Inicialmente através da Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro, e depois na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que permanece em vigor com as alterações, relevantes para o nosso problema, introduzidas pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto.

⁹ Cf. art. 1.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça.

¹⁰ Cf. art. 3.º e art. 20.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

¹¹ Oriunda da lei de 1977, mas confirmada na versão em vigor. No sentido crítico do texto, cf., igualmente, GOMES CANOTILHO, «Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias» in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 89.

¹² Como se deduz claramente do extenso e multifacetado conjunto de atribuições, competências e poderes discriminados nos artigos 20.º, 21.º e 22.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

«nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público»¹³.

2. O aditamento de 1996 ao art. 2.º do Estatuto do Provedor de Justiça

É, portanto, neste quadro relativamente estabilizado durante os vinte anos que se seguiram à criação do órgão que sobrevem a alteração legislativa que dará origem ao *problema* com que aqui nos confrontamos, ou seja, o problema da intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares. Com efeito, através do aditamento introduzido pela Lei nº 30/96, de 14 de Agosto, o Estatuto do Provedor de Justiça passa a dispor (art. 2.º, n.º 2) que «o âmbito de actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias».

Há, em primeiro lugar, um *problema* porque não é claro qual seja o programa normativo desta alteração legislativa. Em segundo lugar, assente que seja, em termos de interpretação, um dado sentido para a norma em causa, cabe reflectir sobre a adequação de tal programa normativo nos diferentes planos em que o problema pode ser colocado: adequação relativamente aos limites constitucionais, adequação face à natureza do órgão Provedor de Justiça, adequação quanto às respectivas atribuições, função e competências. Em terceiro lugar, tendo na devida conta uma prática de já mais de dez anos de actuação do Provedor de Justiça sob a égide do novo quadro legislativo em apreciação, cabe delinear uma visão prospectiva sobre o que deva ser a actuação do Provedor de Justiça neste domínio em função dos resultados apurados nas duas instâncias anteriores.

Assim, quanto ao sentido normativo do preceito introduzido no Estatuto do Provedor de Justiça em 1996, e apesar do relativo *silêncio* que desde a sua aprovação tal aspecto específico tem merecido, são inúmeras e de realce as dúvidas suscitáveis.

Significará aquele preceito que se pretendem ampliar implicitamente as funções do Provedor de Justiça ao controlo directo da *legalidade* e da *justiça* das acções ou omissões de particulares, com a consequente atribuição de novas competências ao Provedor de Justiça para

¹³ Art. 2.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça.

fazer recomendações também a privados? Decorre daí a consequente criação implícita de novos deveres de os particulares cooperarem com o Provedor de Justiça, talqualmente acontece com o dever de cooperação com o Provedor de Justiça a que as entidades públicas estão obrigadas?

Ou, em alternativa, com a alteração legislativa em questão apenas se pretende *alargar* o âmbito objectivo sobre que incide o controlo das acções e omissões dos poderes públicos por parte do Provedor de Justiça, na medida em que esse controlo passaria também a respeitar às funções que os poderes públicos desenvolvem ou devem desenvolver no domínio material das relações entre privados?

E que significado tem, no âmbito das relações entre privados, delimitar a actuação do Provedor de Justiça às «que impliquem uma especial relação de domínio»? Quais são essas relações? O que é uma «especial relação de domínio»? Significa relações assentes em assimetria de condições de facto ou em desigualdade de condições jurídicas? É o caso das relações laborais? Das relações familiares, especialmente as relações entre pais e filhos? Das relações comerciais ou contratuais desequilibradas? Das relações que se estabelecem entre docentes e discentes numa escola privada? Entre instituição e doentes num estabelecimento de saúde privado? Entre empresa prestadora de serviços numa posição dominante e respectivos clientes? Entre um partido político e os seus militantes? Entre uma instituição ou associação religiosa e os seus fiéis ou aderentes?

E significa essa delimitação que as restantes acções ou omissões dos poderes públicos quanto às outras relações entre particulares, ou seja, às relações entre particulares que não impliquem *especiais relações de domínio*, não estão sujeitas ao escrutínio do Provedor de Justiça? O que justifica que nessas outras, mesmo que haja violação sensível de direitos fundamentais ou situações de flagrante *injustiça*, o Provedor de Justiça já não deva actuar?

Será que, por outro lado, a norma visa excluir do controlo tudo quanto respeite a relações entre particulares em que os direitos fundamentais em causa não sejam considerados «direitos, liberdades e garantias», como se diz expressamente naquele preceito? Acções ou omissões dos poderes públicos nos domínios de relações entre particulares que respeitem ao direito à saúde, à habitação, ao trabalho, ao ensino, normalmente identificados como direitos sociais, ficam sem controlo ou possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça?

Como se vê, são inúmeras as dúvidas sugeridas pela inovação legislativa de 1996, mesmo quando se pretende apenas, como foi agora o caso, apurar o sentido normativo do preceito em questão.

Porém, não é essa a impressão que se colhe quando se percorre a doutrina que tem considerado o problema. Ou seja, apesar de já terem sido levantadas dúvidas sobre a constitucionalidade do preceito¹⁴ – por eventual violação de uma limitação constitucional da actividade do Provedor de Justiça ao controlo dos poderes públicos –, a generalidade da doutrina¹⁵ parece dar assentimento à solução legislativa encontrada¹⁶.

E, basicamente, os fundamentos desse acordo parecem ser os seguintes: de um lado, a ideia de que o alargamento da intervenção do Provedor de Justiça às relações entre privados é uma decorrência natural do facto de, entre nós, os direitos, liberdades e garantias se aplicarem igualmente às entidades privadas, por força do art. 18.º, n.º 1, da Constituição; do outro, a ideia de que, não obstante as cautelas quanto à transformação do Provedor de Justiça num mediador entre privados, há situações fácticas de domínio, de poder de alguns particulares sobre outros particulares, cuja analogia com a natureza das relações entre Estado e indivíduo

¹⁴ Cf., assim, FREITAS DO AMARAL, «Pressupostos éticos, políticos e jurídicos na acção do Ombudsman» in *Ombudsman, Novas Competências, Novas Funções, VII Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman* em 2002, Lisboa, 2004, p. 227.

¹⁵ Cf., desde logo, GOMES CANOTILHO, *loc. cit., passim*, que, sem deixar de chamar a atenção para a sensibilidade e os limites de uma possível *extroversão* do Provedor de Justiça relativamente às suas funções tradicionais, e insistindo particularmente que essa *extroversão* se deve reflectir primariamente no desenvolvimento de funções de protecção do Provedor de Justiça orientadas para o controlo das omissões dos poderes públicos (legislador, Ministério Público) no âmbito objectivo dos «poderes privados», parece sugerir ou, pelo menos, não exclui, a hipótese de uma intervenção *directa* do Provedor de Justiça nas relações privadas, concretizada eventualmente na formulação de recomendações a entidades privadas que sistematicamente violem direitos fundamentais.

Quanto a este texto do Professor Gomes Canotilho, assinala-se, ainda, a curiosidade e importância do facto de, apesar do tom cauteloso das sugestões formuladas, ele ser normalmente visto como a fonte doutrinária mais próxima e directamente inspiradora da alteração de 1996 ao Estatuto do Provedor de Justiça. De resto, o texto foi elaborado a solicitação do Provedor de Justiça com o fim expresso de ser considerada a possibilidade de *extroversão* da actuação do Provedor de Justiça às relações entre privados. Porém, não deixa de ser sintomático que, mais de dez anos volvidos sobre a alteração legislativa, na recente edição da sua *Constituição Anotada*, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA *ressuscitem* a dúvida quando, sobre o tema, tudo quanto dizem é: «resta também saber se a lei pode alargar (e com que limites) a competência do Provedor à apreciação de “injustiças” verificadas nas relações entre particulares, sobretudo quando estas implicarem uma relação especial de domínio» (*op. cit.*, p. 442).

¹⁶ Cf., JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Lisboa, 2005, p. 219; ANA NEVES, «O Provedor de Justiça e a Administração Pública» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Lisboa, 2005, p. 73; embora apelando a uma diferenciação tópica contida e orientada por critérios teleológicos, VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos» in *O Provedor de Justiça – Estudos*, Lisboa, 2006, p. 60 e pp. 65 s; CATARINA VENTURA, *Direitos Humanos e Ombudsman, cit.*, p. 131.

aconselham uma análoga capacidade de intervenção de defesa dos direitos fundamentais por parte do Provedor de Justiça.

3. O alcance da alteração legislativa de 1996 e a prática da actuação do Provedor de Justiça

A conjunção dos dois fundamentos atrás referidos, ainda que remetendo para uma pretensa *naturalidade* da justificação do alargamento da intervenção do Provedor de Justiça às relações entre particulares, não parece ter impedido, em todo o caso, uma moderação cautelara na contundência dessa intervenção.

Assim, se bem que assumidamente arrojada e singular – seja no contexto da história do órgão Provedor de Justiça em Portugal, seja na comparação com os *Ombudsmen* dos outros países¹⁷ –, a norma em causa do Estatuto do Provedor de Justiça procura, a seu modo, dar conta de alguma moderação quando, em primeiro lugar, limita a intervenção do Provedor de Justiça às relações entre particulares que «impliquem uma especial relação de domínio» e quando, por outro lado, circunscreve essa intervenção à «protecção de direitos, liberdades e garantias». Na oposição desses limites ao alargamento da intervenção do Provedor de Justiça às relações entre privados traduzir-se-ia a necessidade da referida moderação.

Curiosamente, quando se confronta a norma em questão com a prática de intervenção do Provedor de Justiça no domínio das relações entre particulares, não deixa de surpreender a conclusão de que, afinal, nenhum destes pretensos factores de moderação tem qualquer relevância prática: nem o conceito de «especiais relações de domínio» nem o de «direitos, liberdades e garantias» desempenham qualquer papel na delimitação efectiva da intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares.

De facto, aquilo que, na prática, vem fundamentando a selecção das intervenções do Provedor de Justiça é, entre outros factores, a necessidade de garantia de protecção, de existência de uma situação em que o interesse ou o direito de uma das partes carece de protecção, e também a avaliação da previsível eficácia da intervenção do Provedor de Justiça, independente-

¹⁷ De facto, desconhecem-se outras experiências em que ao *Ombudsman* seja atribuída a faculdade de intervenção nas relações jurídicas entre particulares num registo de alguma forma semelhante ao que acontece entre nós. Todavia, CATARINA VENTURA, *op. cit.*, p. 130, assinala as excepções da Grécia (mas apenas no que se refere à protecção dos direitos da criança) e das funções atribuídas ao *Ombudsman* na Constituição da Namíbia.

mente de se tratar ou não de relação de domínio e de se tratar ou não de um direito, liberdade ou garantia. Basicamente, portanto, razões pragmáticas de bom senso, absolutamente alheias a distinções conceptuais de mais do que duvidosa operatividade.

Quanto ao segundo daqueles factores, a distinção, dentro dos direitos fundamentais, de um pretensio núcleo merecedor de protecção privilegiada por parte do Provedor de Justiça – o constituído pelos direitos, liberdades e garantias, ou, como por vezes também se defende, pelos direitos, liberdades e garantias pessoais –, não surpreende a respectiva irrelevância prática que, de resto, é comum a todas as outras situações em que o legislador ordinário procura retirar consequências práticas da eventual distinção teórica: em termos de diferenciação de regimes aplicáveis, ela é dogmaticamente implausível. Não é ocasião para desenvolver o tema, mas, como temos vindo a defender¹⁸, trata-se de uma distinção que fez escola entre nós, a que subjaz uma história, uma intenção e um esforço doutrinário louváveis, mas que, com o devido respeito, é em grande medida inoperativa, injustificada e, a ser levada a sério, daria (ou dá) origem a distinções quase irracionais.

O que justificaria que, no domínio que analisamos, ou seja, o da ameaça a bens jusfundamentais nas relações entre particulares, uma lesão do direito à saúde, do direito à habitação, do direito ao ensino ou do direito ao trabalho (direitos consensualmente classificados como direitos sociais) permanecessem ignoradas pelo Provedor de Justiça, enquanto uma lesão do direito à greve ou do direito de antena (direitos pacificamente considerados direitos, liberdades e garantias) já devessem merecer a sua intervenção protectora? Absolutamente nenhuma outra razão, a não ser a da existência de uma distinção conceptual equivocada e inadvertidamente colhida da Constituição pelo legislador ordinário que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça. A distinção tem, na prática, permanecido ignorada e assim deve continuar a ser.

Igualmente problemática será a assunção de uma distinção, dentro das relações entre particulares, entre relações de domínio e relações de paridade. Não se trata, aí, de uma qualquer originalidade lusa, antes remetendo para a problemática geral da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Abordá-la-emos nesse contexto e veremos em que medida pode, ou deve, a distinção ser reinvestida no plano da intervenção do Provedor de Justiça, com a nota assinalável, em todo o caso, de que, até agora, este factor não desempenhou qualquer papel de realce na *selecção* dos casos que requerem a intervenção do Provedor de Justiça ou, quando muito, só desempenhou um papel meramente acessório.

¹⁸ Cf., nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 292 ss; ID., *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006, pp. 196 ss.

Com efeito, é já possível, mais de dez anos decorridos sobre a alteração do Estatuto do Provedor de Justiça que lhe atribuiu a possibilidade de intervenção nas relações entre privados, fazer um balanço sobre o tipo de situações respeitantes a relações entre privados que mais frequentemente são objecto da actuação do Provedor de Justiça¹⁹.

Em primeiro lugar, surpreende essa nota inesperada de que a maior parte das situações em questão respeita a típicos conflitos de consumo que dão origem a queixas de particulares relativas à actuação, invocadamente abusiva, de empresas privadas de prestação de bens e serviços, como empresas de fornecimento de gás, telecomunicações, bancos ou seguradoras, empresas de venda «forçada» e situações afins, envolvendo muitas vezes divergências sobre facturação, cobrança de comissões ou irregularidades ou deficiências na prestação de serviços.

De certa forma, o peso relativo destas queixas *explica*-se por razões de inércia: grande parte das empresas em causa, hoje privadas, foram anteriormente empresas públicas ou concessionárias, pelo que a intervenção do Provedor de Justiça era aí natural, abrigada como estava na norma do Estatuto segundo a qual

«as acções do Provedor de Justiça exercem-se, nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público»

(art. 2.º, n.º 1, do Estatuto). Ocorrida, entretanto, a privatização, mas sendo a situação de facto dos particulares exactamente a mesma, há a tendência natural de continuação de recurso ao Provedor de Justiça, sobretudo, como é o caso, quando a experiência anterior aponta para um quadro de resposta e intervenção bem sucedidas por parte dos serviços da Provedoria.

De resto, este quadro de *continuidade* da intervenção do Provedor de Justiça relativamente a empresas que anteriormente eram públicas ou concessionárias de serviços públicos – e que se verifica igualmente noutros domínios, como o dos conflitos e relações laborais ou de danos

¹⁹ Assinale-se, no entanto, a dificuldade em aceder publicamente a esses dados, uma vez que, na quase totalidade dos casos envolvidos, não existe a correspondente menção nos Relatórios anuais publicados pelo Provedor de Justiça. A razão de tal ausência reside no facto, simples, de praticamente nunca essa intervenção redundar em recomendação dirigida a entidades privadas ou públicas. Assim sendo, há uma área significativa de intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados que não tem expressão pública nos *Relatórios*. Pelo acesso a estes dados, agradecemos a imprescindível informação prestada pelos Coordenadores da Provedoria de Justiça, Drs. Elsa Dias, João Portugal, Nuno Simões e André Folque, sem cuja colaboração não teríamos tido a percepção da real actuação do Provedor de Justiça neste domínio.

provocados nos domínios do ambiente e urbanismo – pode ainda ser visto como explicação para o alargamento estatutário da intervenção do Provedor de Justiça às relações entre particulares.

Por um lado, dir-se-ia, quando ocorreu a *vaga* de privatizações ou reprivatizações dos anos oitenta e noventa, não havia razões materiais que justificassem a *amputação* de um sector significativo da anterior actividade do Provedor de Justiça por meras razões de alteração jurídica da titularidade da empresa quando os interesses ou direitos dos particulares carentes de protecção continuavam a ser exactamente os mesmos. Por outro lado, receava-se, caso o Provedor de Justiça *perdesse* a possibilidade de intervenção que até aí desenvolvia, que a tendência ou pressão para a proliferação de *Provedores* particulares e sectoriais fosse ainda maior. A resposta poderia ser, como foi então, o alargamento estatutário da intervenção do Provedor de Justiça às relações entre particulares, ainda que condicionada pela verificação dos referidos factores de contenção (a existência de uma relação especial de domínio e a necessidade de proteger direitos, liberdades e garantias).

Para além dos típicos conflitos de consumo, há, depois, ainda que quantitativamente bem menos significativa, a intervenção solicitada ao Provedor de Justiça nos domínios da saúde, educação e segurança social, através de queixas relativas a estabelecimentos de ensino e de saúde privados ou a instituições particulares de solidariedade social, onde está em causa a irregularidade ou deficiência dos serviços prestados afectando, em geral, direitos de consumidor ou direitos de natureza social e só excepcionalmente bens de liberdade, como a privacidade ou a proibição de discriminações, protegidos por direitos, liberdades e garantias.

Por último, também não assume relevo quantitativo particular um domínio que, dir-se-ia, seria, todavia, particularmente adequado à invocação da existência de relação especial de domínio, como sejam as relações laborais. Aí, porém, e também sem relevância significativa, a intervenção do Provedor de Justiça, ainda que a demanda seja maior, limita-se praticamente à referida *inércia* de actuação no que respeita às anteriores empresas públicas ou concessionárias ou, e bem, ao reencaminhamento das queixas para as instâncias de fiscalização.

Assim, e fazendo um balanço preliminar e, porventura, simplista, diríamos que, da generalidade dos casos sujeitos à apreciação do Provedor de Justiça ao longo de mais de dez anos, encontrámos apenas dois que correspondem integralmente ao tipo de preocupações que terão estado na origem da alteração de 1996 no Estatuto do Provedor de Justiça e nela encontraram expressão normativa, ou seja, lesões graves de direitos, liberdades e garantias perpetradas no âmbito de relações entre particulares caracterizadas pela existência de especial relação de domínio. Referimo-nos a um caso em que um paciente internado num hospital privado

se queixava de violação de privacidade por facto da acessibilidade da respectiva prescrição médica ao público; uma outra situação em que uma professora de escola privada se via inibida, pela entidade patronal, de ensinar a disciplina de religião e moral por facto da alteração entretanto ocorrida no seu estado familiar.

Voltaremos, em todo o caso, à actuação prática desenvolvida pelo Provedor de Justiça nestes vários domínios quando nos interrogarmos sobre o que deva ser um sentido adequado da resposta e da natureza da intervenção requerida ao Provedor de Justiça no âmbito das relações entre particulares.

II

A origem constitucional da alteração do Estatuto do Provedor de Justiça

1. A justificação constitucional do alargamento da intervenção do Provedor de Justiça

Delineados os contornos e conhecidos os dados do *problema* que confrontamos, cabe, agora, analisar em que medida a alteração de 1996 se justifica, se tem revelado adequada e que sentido e alcance deva ter a intervenção do Provedor de Justiça no domínio das relações entre particulares.

Parece-nos claro que, quaisquer que tenham sido as razões directa e imediatamente subjacentes à intenção da alteração legislativa de 1996, no plano da sua justificação ela surge invariavelmente associada a uma certa leitura da própria Constituição, não porque nesta se encontre qualquer apoio directo para o alargamento em causa da configuração do órgão Provedor de Justiça²⁰, mas porque, no seu art. 18.º, n.º 1, a Constituição determina a vinculação das entidades privadas aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias.

Ora, dir-se-ia naquela leitura, se o Provedor de Justiça é, por excelência, órgão de protecção dos direitos fundamentais e se, entre nós, os direitos fundamentais se aplicam também nas relações entre particulares, por que razão deveria a intervenção do Provedor de Justiça permanecer estritamente confinada às relações entre indivíduo e Estado?

²⁰ Como diz GOMES CANOTILHO (*loc. cit.*, p. 90), em lado algum se descortina fundamento seguro para o alargamento da actividade do Provedor de Justiça aos privados, para a sua transformação em mediador de privados nos conflitos de poder emergentes da sociedade.

Aí reside, por outro lado, mas confirmando igualmente a *origem constitucional* da alteração do Estatuto do Provedor de Justiça, a *razão* de ser da limitação da intervenção do Provedor, nas relações entre particulares, ao «âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias» (art. 2.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça). Não há, de facto, qualquer justificação objectiva, material, para esta delimitação. Por que razão, se uma empresa proíbe ilegalmente um seu trabalhador-estudante de utilizar os benefícios legais de frequência de um estabelecimento de ensino, ou se coloca ilegalmente um trabalhador numa situação de claro prejuízo para a sua saúde, o Provedor de Justiça não pode intervir porque se trata de direitos sociais (direito ao ensino, direito à protecção da saúde), mas se houver limitação ilegal do direito à greve já poderá, porque se trata de direito, liberdade ou garantia?

A *razão* parece ser, apenas, o facto de, no domínio da vinculação das entidades privadas aos preceitos constitucionais, a Constituição mencionar a vinculação aos direitos, liberdades e garantias e nada dizer sobre direitos sociais. Assim, havendo lugar para eventuais reservas ou resistências ao alargamento referido da intervenção do Provedor de Justiça, elas desapareceriam ou seriam muito menos relevantes no caso da protecção dos direitos, liberdades e garantias, pois quanto a esse tipo particular de direitos fundamentais a Constituição, aparentemente, não deixa dúvidas quanto à vinculação comum de entidades públicas e de entidades privadas.

De resto, não deixa de ser sintomático um outro paralelismo. Assinalámos, atrás, a singularidade da experiência portuguesa (e da Namíbia) na consagração de uma possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares. Pois idêntica singularidade se verifica, mas aí no próprio plano constitucional, quanto à afirmação da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais: a Constituição portuguesa foi a primeira e permanece ainda praticamente isolada na consagração da vinculação de privados naqueles termos tão categóricos²¹. Assim, de alguma forma, a singularidade lusitana na atribuição ao Provedor de Justiça do poder de intervir nas relações entre particulares não seria mais que a consequência da singularidade da Constituição portuguesa na determinação da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais.

²¹ Com excepção da posterior Constituição cabo-verdiana, por ela influenciada. A Constituição sul-africana e a Constituição suíça, que poderiam ser consideradas ulteriores excepções de sentido convergente com a Constituição portuguesa, são muito mais cautelosas quanto a uma vinculação genérica dos privados pelos direitos fundamentais, deixando a primeira a questão em aberto em função do direito fundamental em causa e remetendo, ainda, a segunda, para os deveres estatais de protecção e não para uma vinculação directa. Cf. menções em JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, p. 322; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo, 2005, pp. 60 s. Para uma visão constitucional comparada, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/I, München, 1988, pp. 1533 ss.

Logo, se existe, como parece pacífico, uma ligação directa entre vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares, a análise e avaliação prospectiva da adequação desta última não deve prescindir de uma análise da primeira, no sentido de apurar em que sentido e com que alcance a norma constitucional sobre aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares exige, determina ou pode orientar o sentido da intervenção do Provedor de Justiça no âmbito objectivo dessas relações.

Ou seja, a associação directa da norma estatutária que prevê, desde 1996, a intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares à norma constitucional que consagra, entre nós, a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais – de que aquela primeira norma seria uma concretização – remete inevitavelmente a análise do problema da intervenção do Provedor de Justiça neste domínio para o estudo do problema mais geral da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais e, especialmente, para o sentido que deve ser atribuído àquela norma do art. 18.º, n.º 1, da Constituição portuguesa.

2. O problema da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares tem sido intensamente discutida desde que surgiu como tema problemático na Alemanha dos anos cinquenta do século passado sob as designações múltiplas, e elas próprias controversas, de *Drittwirkung* ou eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros, eficácia externa dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais e designações afins que procuram dar conta da eventual não limitação da eficácia dos direitos fundamentais ao âmbito das relações directas entre Estado e indivíduos. E se na Alemanha, apesar da intensa controvérsia, a questão está hoje relativamente pacificada²², noutros países, designadamente da América latina, em Espanha ou Portugal²³, a questão continua em aberto e a ser objecto de interesse dogmático.

²² A bibliografia alemã sobre o tema é quase inabarcável. Salientaríamos por todos, como obras que permitem uma compreensão global dos problemas suscitados, K. STERN, *Das Staatsrecht ...*, cit., pp. 1511 ss; A. BLECKMANN, *Staatsrecht II — Die Grundrechte*, 3.ª ed., Köln, pp. 175 ss; J. ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht» in Isensee/Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V, Heidelberg, 1992, pp. 143 ss, *maxime*, pp. 213 ss; W. RÜFNER, «Grundrechtsadressaten» in Isensee/Kirchhof, cit., pp. 550 ss; S. OETER, «'Drittwirkung' der Grundrechte und die Autonomie des Privatsrecht» in *AöR*, 119, 1994, pp. 529 ss; C-W. CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. port., Coimbra, 2003. Com interesse especial na comparação do tratamento dogmático da questão na Alemanha e nos Estados Unidos da América, cf., ainda, D. GRIMM, «The protective function of the state» in G. Nolte (org.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, pp. 137 ss.

²³ No Brasil, cf. INGO SARLET, «Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno

Não cabe, aqui, fazer um estudo exaustivo do problema, até porque, se bem que não esteja esgotado, há já um conjunto apreciável de doutrina portuguesa sobre o tema²⁴. O objectivo será, apenas, o de considerar os pontos de controvérsia em torno dos quais se defrontam as diferentes teses ou concepções sobre a questão, na perspectiva das consequências que cada uma projecta sobre o sentido, natureza e alcance da intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares.

Numa visão simplista dir-se-ia que a discussão é ociosa, na medida em que a Constituição portuguesa, em geral, e o Estatuto do Provedor de Justiça, no nosso tema específico, já teriam resolvido as dúvidas, isto é, a primeira afirmando que os direitos, liberdades e garantias valem nas relações entre particulares e o segundo confirmando que o Provedor de Justiça deve intervir nessas relações na defesa dos direitos, liberdades e garantias.

Não é, porém, assim. A Constituição diz que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias [...] vinculam [...] as entidades privadas», mas o que é

da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais» in *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, 2000, pp. 107 ss; ID., «A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro» in Pinto Monteiro, J. Neuner, I. Sarlet (orgs.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, 2007, pp. 111 ss; DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, 2004; WILSON STEINMETZ, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2004; V. AFONSO DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo, 2005. Em castelhano, cf. J. BILBAO UBILLOS, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, Madrid, 1997; A. JULIO ESTRADA *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, Bogotá, 2001 (parcialmente reproduzido em A. J. ESTRADA, «Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales» in Miguel Carbonell (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007, pp. 121 ss).

²⁴ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 1284 ss; JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., pp. 320 ss; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Coimbra, 2004, pp. 245 ss; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, t. I, 2.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 204 ss, t. III, Coimbra, 2004, pp. 91 s; JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 158 ss; V. PEREIRA DA SILVA, «A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias» in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1987, pp. 259 ss; J. NUNES ABRANTES, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990; J. SOUSA RIBEIRO, «Constitucionalização do direito civil» in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 74, 1998, pp. 729 ss; P. MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 227 ss; ID., «A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português» in Pinto Monteiro, J. Neuner, I. Sarlet (orgs.), *Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 145 ss; BENEDITA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2005; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006, pp. 69 ss; CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos de Reunião e Manifestação no Direito Português*, Coimbra, 2006, pp. 115 ss; MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2007, pp. 92 ss.

que isso significa, como se opera essa vinculação dos preceitos constitucionais, quais as consequências nas relações entre os particulares. Significa, por exemplo, que em nome do meu direito à saúde, ao ambiente ou à integridade física eu posso exigir que um outro particular não fume junto a mim numa praia? Em nome do meu direito ao repouso ou ao lazer posso exigir que o bar do concessionário não ponha música num volume inapropriado? E posso exigir o mesmo se em vez do concessionário for um particular que se acomode ao meu lado *armado* de potente aparelhagem sonora? Ou será que, aí, os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias em nada me ajudam e, quando muito, devo é reclamar que o legislador ou a Administração regulem a matéria em ordem a compatibilizar os vários interesses e direitos?

Por outro lado, o Estatuto do Provedor de Justiça diz que a «actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares». Mas será que se, naquelas situações hipotéticas referidas, eu me queixar ao Provedor de Justiça deve ele intervir junto do outro particular, fazendo-lhe eventualmente recomendações, ou deve, antes, dirigir-se, se considerar que tenho razão, às entidades públicas competentes para regular ou decidir o caso ou nem sequer deve admitir a queixa?

É certo que, quando a Constituição de 1976 considerou a questão da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, o legislador constituinte não desconhecia a discussão que se travara na Alemanha, sobretudo nos anos cinquenta e sessenta, e procurou decidi-la, aparentemente de forma definitiva: os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias aplicavam-se a todos, entidades públicas e entidades privadas. Mas, devem aplicar-se da mesma maneira, sem distinguir, ou a aplicação é diferenciada? Qual o *modus* adequado para assegurar a vinculação? E «entidades privadas» são quaisquer particulares ou só as pessoas colectivas?

A Constituição não esclareceu, nem podia, todas as dúvidas, mas é indiscutível que há na adopção daquela fórmula do art. 18.º, n.º 1, uma intenção de conferir efectividade geral, relevância jurídica, aos direitos, liberdades e garantias, sem segmentar sectores sociais em que teriam ou não aplicação, sem excepcionar ou isentar os particulares da observância de normas que têm por si mesmo, em Estado de Direito, uma validade geral. Uma intenção, portanto, de efectividade e de garantia generalizadas dos direitos fundamentais.

Porém, aqui como em muitos outros aspectos da protecção dos direitos fundamentais – desde logo noutras situações igualmente tratadas pelo art. 18.º da Constituição –, a garantia efectiva não se alcança com proclamações que, não sendo devidamente reflectidas ou adequadas, podem gerar o efeito exactamente contrário, ou seja, a protecção não se faz *despejando*

simplesmente «direitos» e «garantias» no texto constitucional, como se se estivesse numa competição sobre qual a Constituição *mais amiga* dos direitos fundamentais. Uma intenção garantista traduzida em normas rígidas, maximalistas, ou de protecção privilegiada de uns direitos fundamentais, pura e simplesmente redundante em inaplicabilidade objectiva e, logo, em degradação da força normativa da própria Constituição, ou em prejuízo directo da possibilidade de realização de outros direitos fundamentais ou, por último, em garantia dos direitos fundamentais de uns particulares contra os direitos fundamentais de outros.

Veja-se como esse equívoco *garantista* é bem evidente na questão da vinculação dos privados pelos direitos fundamentais, comparando a Constituição portuguesa com a Constituições alemã ou a Constituição espanhola.

Na raiz da discussão sobre este problema teórico está a questão central do constitucionalismo da segunda metade do século XX: a questão da normatividade da Constituição, da sua efectividade, particularmente o problema da garantia da efectividade dos direitos fundamentais como ponto nodal da garantia da dignidade da pessoa humana, da sua autonomia e da sua liberdade, nas condições da sociedade de massas e do Estado de Direito social e democrático. Sendo certo que essa normatividade se procurava impor, em primeira linha, ao poder público estatal, colocava-se igualmente a necessidade de irradiação desses mesmos valores a toda a vida social, numa perspectiva de impregnação jusfundamental de todo o Direito, incluindo designadamente as relações entre os particulares e, conseqüentemente, o Direito civil. Os lemas da «constitucionalização do Direito», do «neoconstitucionalismo», da «filtração constitucional do Direito», apesar de, entre nós, não terem tido muita expressão, são, no fundo, a tradução emblemática deste tipo de preocupações²⁵.

Ora, quando se colocava a necessidade de irradiação dos valores constitucionais, designadamente os direitos fundamentais, ao Direito privado, a dúvida que se colocava era como superar a inevitável tensão, implícita nesse processo, entre Direito constitucional e Direito civil, entre cultura constitucional de direitos fundamentais e cultura civilista de autonomia privada, entre juiz constitucional e juiz comum.

²⁵ Cf., no Brasil, entre muitos, C. SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO (orgs.), *A Constitucionalização do Direito*, Rio de Janeiro, 2007; L. ROBERTO BARROSO (org.), *A Nova Interpretação Constitucional*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 2006; V. AFONSO DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo, 2005, L. ROBERTO BARROSO, «Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito» in *BFUDC*, 2005, pp. 233 ss; PAULO SCHIER, *Filtração Constitucional*, Porto Alegre, 1999. Na Espanha, MIGUEL CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003; ID., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007.

Na altura (anos cinquenta), na Alemanha, o confronto entre as chamadas teses da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados reflectia essa preocupação comum: qual a solução dogmaticamente adequada para garantir a jusfundamentalização da ordem jurídica privada.

Basicamente, e segundo a tese da eficácia mediata, os direitos fundamentais deveriam *irromper* nas relações entre privados através da prévia actuação mediadora, concretizadora e conformadora do legislador civil e, na sua falta, através do recurso, por parte do juiz, às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados desenvolvidos pelo próprio Direito civil interpretados à luz dos direitos fundamentais. Já para a tese da aplicação imediata, independentemente daquela conformação legislativa ou concretização de conceitos civilistas, os direitos fundamentais constitucionais eram susceptíveis de invocação directa nas relações jurídicas entre particulares.

Porém, ao contrário do que se possa pensar e é, de facto, uma percepção muito comum desta discussão *alemã*, de um lado não estavam civilistas (a defender a tese *mediata*) e do outro constitucionalistas (a sustentar a tese da aplicação *imediata*). Se se quiser, em alguma medida foi precisamente o contrário: a generalidade dos constitucionalistas alemães defendiam a tese *mediata* (MANGOLDT, DÜRIG, KRÜGER, HESSE, EHMKE), enquanto a tese da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados foi inicialmente propugnada em alguns meios não constitucionalistas, particularmente no direito laboral a propósito da igualdade salarial entre homens e mulheres (NIPPERDEY)²⁶.

Não admira, pois, que na Constituição alemã não haja qualquer referência à vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Segundo a *Grundgesetz*, os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas; a preocupação com a *irradiação* dos valores constitucionais, com a efectividade dos direitos fundamentais, seria assegurada por outras vias ou, mais precisamente, seria assegurada pelo Tribunal Constitucional e, concretamente, pela possibilidade conferida a todos os cidadãos de recorrerem à justiça constitucional contra quaisquer violações dos seus direitos fundamentais actuadas por um qualquer dos poderes públicos, incluindo as eventuais violações ou não devida consideração dos direitos fundamentais por parte do juiz comum, do juiz que aplica o Direito civil, isto é, do juiz que decide os conflitos entre privados.

A solução dos constituintes portugueses foi, como se sabe, bem diversa. A preocupação com a efectividade dos direitos fundamentais expressa-se da forma aparentemente mais sim-

²⁶ Cf., sobre a controvérsia *tese mediata/tese imediata*, por todos, K. STERN, *op. cit.*, pp. 1523 ss, 1531 ss, 1538 ss; A. BLECKMANN, *op. cit.*, pp. 175 ss. Em língua portuguesa, por último, BENEDITA MACCRORIE, *op. cit.*, pp. 21 ss; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 78 ss, 87 ss e 96 ss.

ples, directa e contundente: na proclamação constitucional de que os direitos fundamentais (mais precisamente, o que corresponde a outro equívoco, os direitos, liberdades e garantias) vinculam todos, entidades públicas e privadas. Assim se pensava, crê-se, *resolver* a controvérsia dogmática da *Drittwirkung* ou, pelo menos, prevenir eventuais e previsíveis *resistências* civilistas à primazia da Constituição e dos direitos fundamentais, já que se deixava claro que os direitos fundamentais não eram um tema exclusivo das relações entre Estado e indivíduo, mas respeitavam igualmente às relações entre particulares.

Todavia, como é muito comum no *mundo português* dos direitos fundamentais, a tentativa de resolver voluntaristicamente os problemas no texto constitucional tem normalmente como contrapartida a negligência da realidade ou do *realismo* constitucionais. Ou seja, enquanto a ordem constitucional alemã, e no seu seguimento a espanhola²⁷ e várias Constituições na América latina²⁸, prescindem de procurar resolver uma controvérsia doutrinária – o que não é, de facto, tarefa constitucional – e se viram exclusivamente para o plano institucional das garantias e da efectividade, designadamente a possibilidade de acesso directo dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, o constituinte português aventura-se na discussão doutrinária, mas, após a proclamação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e bastando-se com ela, deixa os direitos fundamentais nas relações entre privados totalmente abandonados à sua sorte ou, mais, precisamente, à boa vontade do juiz comum.

Então, temos uma Constituição que considera tão importante assegurar os direitos fundamentais nas relações entre particulares – de onde emergem os conflitos que cabe à jurisdição civil decidir – que, de forma inédita e inovatória na história do constitucionalismo, proclama a vinculação jusfundamental das entidades privadas, mas paradoxalmente, confia em absoluto no carácter exclusivo dessa jurisdição civil para fazer valer os direitos fundamentais. Mas não eram precisamente os receios sobre a *resistência* do juiz e da cultura *civilista* aos novos valores que aparentemente motivaram o constituinte português a entrar por caminhos tão desconhecidos?

²⁷ Note-se que a experiência espanhola é mais complexa: aparentemente, a lei que regula o acesso ao Tribunal Constitucional exclui o recurso por violações de direitos fundamentais actuadas por particulares e só admite amparo das decisões judiciais a que seja susceptível imputar uma violação imediata e directa de direito fundamental, pelo que o Tribunal Constitucional teve de fazer uso de uma jurisprudência criativa para superar esse obstáculo. Assim, por todos, BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, pp. 97 ss; ID. «¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?» in Ingo Sarlet (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ª ed., Porto Alegre, 2006, pp. 322 ss; DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid, 2006, pp. 81 ss.

²⁸ Cf. A. ESTRADA, «Los tribunales constitucionales...», *cit.*, pp. 122 s.

Com efeito, não basta consagrar os direitos e as condições teóricas da sua eficácia na Constituição. Não basta dizer que os direitos fundamentais valem nas relações entre privados; o fundamental seria garantir institucionalmente a correspondente eficácia. Porém, aí, a *solução* portuguesa é completamente frustrante.

Ou seja, diz-se que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, mas se não os observarem, se os violarem, essas eventuais violações estão absolutamente fora da possibilidade de controlo e decisão por parte do Tribunal Constitucional. De facto, como o sistema português de fiscalização da constitucionalidade assenta exclusivamente na fiscalização de normas e os particulares não fazem normas, as eventuais violações de direitos fundamentais perpetradas por entidades privadas não são, pura e simplesmente, assunto do Tribunal Constitucional. Donde o absurdo: se um juiz comum, quando decide um conflito de direito privado, não atende, ou viola até, um direito fundamental de uma das partes afectada por acção de outro particular, o cidadão português lesado pode invocar essa violação perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas já não o pode fazer perante o *seu* Tribunal Constitucional²⁹.

Apesar destes equívocos, mas reconhecendo, em todo o caso, que a intenção do constituinte português foi a de garantir uma efectividade plena aos direitos fundamentais, cabe indagar qual a concepção mais apta para atingir tal objectivo, qual é, no fundo, a interpretação adequada do preceito constitucional em causa. Pois, como se viu, mesmo quando não se levantem objecções à positivação de uma norma como a do nosso art. 18.º, n.º 1, há ainda pontos decisivos que não se encontram esclarecidos, como o de saber: primeiro, se a vinculação dos privados de que fala a Constituição se traduz numa aplicação directa dos preceitos constitucionais ou numa aplicação indirecta, ou seja, como opera a vinculação constitucional; segundo, saber a que é que os particulares estão vinculados, designadamente à dimensão objectiva ou à dimensão subjectiva dos direitos fundamentais; terceiro, se os particulares só estão vinculados pelos direitos, liberdades e garantias ou por todos os direitos fundamentais; por último, se vinculados são todos os particulares ou só algumas entidades que se encontrem em especial situação de poder ou de domínio.

²⁹ Sobre o carácter jusfundamentalmente deficitário do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, cf., desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 11 s e pp. 155 ss.

III

A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e o Provedor de Justiça

1. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa – o confronto doutrinário

Quando se indaga acerca do sentido da norma constitucional que dispõe sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, não podemos, pelos motivos expostos atrás, encontrar tópicos auxiliares de interpretação na jurisprudência constitucional. Pesem embora algumas poucas pronúncias indirectas do Tribunal Constitucional sobre a questão, é óbvio que incidindo, entre nós, a jurisprudência constitucional sobre normas, pouco tem o Tribunal Constitucional a avançar neste domínio: eventuais violações de direitos fundamentais perpetradas por particulares não revestem, por definição, a forma de normas; eventuais decisões dos tribunais comuns sobre essas violações só podem chegar ao Tribunal Constitucional sob a forma de aplicação de normas ou interpretação de normas – incidindo, então, a decisão do Tribunal Constitucional sobre actos normativos do poder público e não sobre actos praticados por particulares ou sobre o seu julgamento pelos tribunais comuns –, pelo que, por definição e por facto do particular sistema de fiscalização que vigora entre nós, não se podem colher na jurisprudência constitucional elementos relevantes sobre o sentido mais adequado de interpretação da norma constitucional.

O Tribunal Constitucional português pode, é certo, fiscalizar a constitucionalidade de normas que regulem as relações entre privados, mas esse não é o problema controverso que se suscita neste domínio. Ou seja, quando há norma que regula a situação, quando o legislador pré-decidiu o potencial conflito jusfundamental que pode emergir das relações privadas, aí todas as teses em disputa, todas as linhas doutrinárias, convergem na assunção de que o juiz deve aplicar a lei na resolução do caso a não ser que ela mesma seja inconstitucional. Verdadeira controvérsia só surge quando não há norma que decida o problema concreto, mas, nessa altura, a questão não pode, por definição, chegar ao nosso Tribunal Constitucional³⁰.

É, portanto, na doutrina e na análise dos argumentos que aí têm sido expandidos – na discussão portuguesa e na que se desenvolveu noutras latitudes, particularmente na Alemanha – que teremos de encontrar os elementos que nos permitam chegar a uma solução adequada,

³⁰ Para uma análise dos poucos casos de jurisprudência constitucional de alguma forma relacionados com direitos fundamentais e particulares, cf. P. MOTA PINTO, «A influência dos direitos fundamentais...», cit., pp. 158 ss; BENEDITA MAC CRORIE, *op. cit.*, pp. 86 ss.

não no sentido de fazer desta indagação uma tentativa de chegar a uma tomada de posição geral sobre o tema teórico, mas sempre na perspectiva, que aqui nos ocupa, de retirar as correspondentes consequências para o que deva ser uma compreensão adequada da intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares.

Diremos, em primeiro lugar, que numa primeira fase, imediatamente após a aprovação da Constituição de 1976, a doutrina portuguesa se repartiu segundo um alinhamento de defensores da tese da eficácia *imediata* ou da tese *mediata*, interpretando basicamente a especificidade da norma constitucional portuguesa à luz dos argumentos de fundo oriundos da discussão germânica do problema³¹.

Porém, como também acontecera na Alemanha, desse mesmo confronto doutrinário entre as duas posições resultou, em primeiro lugar, consolidadamente adquirido que os direitos fundamentais teriam de ter obrigatoriamente alguma validade nas relações entre privados, não tanto porque a própria Constituição o dizia³², mas porque não é possível em Estado de Direito com Constituição normativa isolar o mundo do Direito civil como fortaleza inexpugnável resistente aos princípios constitucionais, sobretudo quando se torna claro que as ameaças aos bens jusfundamentalmente protegidos quando provenientes de entidades privadas têm de ter uma resposta pública, estatal, que, enquanto tal, não pode deixar de ser orientada pelos princípios constitucionais, incluindo os próprios direitos fundamentais. Estando, assim, a hipótese de uma inaplicabilidade geral dos direitos fundamentais nas relações entre privados liminarmente excluída, restava fixar os termos segundo os quais se deveria processar a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

³¹ Cf., com posições aproximadas da tese da aplicação *imediata*, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.^a ed., Coimbra, 1978, incluindo uma referência expressa bem ousada segundo a qual os direitos fundamentais se aplicam «às relações entre particulares nos mesmos termos em que se aplicam às relações entre os particulares e o Estado» (p. 79). Note-se que a 4.^a ed. da obra, de 2007, p. 385, mantém praticamente inalterada a redacção originária sobre o tema, apenas com uma ligeira, mas sintomática, correcção que já vem da 3.^a ed. da obra de 1993: «aplicam-se às relações entre particulares e, em princípio, nos mesmos termos ...» (itálico nosso); no mesmo sentido de eficácia *imediata*, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982, pp. 137 ss. Próximos das teses de aplicação *mediata*, F. LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975 [portanto, ainda antes da entrada em vigor da Constituição de 1976], pp. 88 ss; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.^a ed., Coimbra, 1976, pp. 52 ss; VIEIRA DE ANDRADE, «A vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais» in *Documentação e Direito Comparado*, 5.^o, 1981, pp. 233 ss.

³² Com efeito, a *Constituição de direitos fundamentais* portuguesa ilustra eloquentemente como há uma profusão de normas constitucionais que ou não podem ser aplicadas ou só o podem, e devem, ser com um sentido claramente distinto do que aparentemente resultaria do seu enunciado literal. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003.

Por outro lado, no curso da discussão resultavam evidentes as insuficiências de uma e outra tese (*imediata* e *mediata*) para um enquadramento exaustivo e adequado do problema e para uma *explicação* cabal da norma constitucional.

Para a tese da eficácia *mediata*, na sua formulação elementar, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados dever-se-ia processar exclusivamente pelas duas vias já assinaladas: os casos práticos em que o problema se suscitasse deveriam ser resolvidos através do recurso à solução resultante da intervenção conformadora prévia do legislador obrigado a introduzir os direitos fundamentais na ordem jurídica privada ou, na falta desta, através da concretização, preenchimento ou interpretação – conformes aos direitos fundamentais enquanto princípios e valores objectivos irradiantes a toda a ordem jurídica – das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados de utilização corrente no Direito civil, como a boa fé, a ordem pública, os bons costumes ou o abuso do direito.

Ora, a insuficiência desta posição para uma resolução adequada de todas as situações em que bens jusfundamentalmente protegidos sejam ameaçados ou lesados por particulares é evidente: mais do que pelas críticas que lhe foram desde logo dirigidas pelos defensores da aplicação *imediata*³³, a experiência demonstra que há sempre situações conflituais novas não reguladas ou não precisamente pré-decidas pela lei e nem sempre o recurso àquelas cláusulas gerais é possível ou fornece qualquer ajuda. Nessa altura, preso e limitado exclusivamente aos critérios de solução propostos pela tese *mediata*, o operador jurídico não teria, nessas hipóteses, como resolver uma ameaça séria ou uma afectação significativa de bens jusfundamentalmente protegidos quando essas ameaças ou intervenções proviessem da actuação de outros particulares.

Por sua vez, a implausibilidade dogmática da tese da eficácia *imediata*, na formulação segundo a qual, mesmo sem a correspondente habilitação legal, os particulares podem invocar, contra outros particulares, os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados tal qual os exercem contra as entidades públicas, o que inclui, designadamente, a sua invocação na qualidade de direitos subjectivos dirigidos contra outros particulares (que poderiam, reciprocamente, invocar os mesmos ou outros direitos subjectivos fundamentais contra os primeiros), parece ter já sido devidamente evidenciada. Para além da insustentabilidade prática da compatibilização de tal pressuposto com a salvaguarda da autonomia privada e com a necessidade de existência de critérios legais certos e firmes na resolução de conflitos

³³ Cf. uma boa síntese em BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, pp. 283 ss, *maxime*, pp. 314 ss; ID., «¿En qué medida...», cit., pp. 303 ss.

entre interesses privados por parte do juiz comum³⁴, ressalta a verdadeira inadequação da tese quando em confronto com a própria necessidade de garantia adequada dos direitos fundamentais em Estado de Direito.

Com efeito, quando de um e do outro lado do conflito, e porque se trata, ao contrário do que acontece na relação com o Estado, de titulares de direitos fundamentais nos dois lados, se invocam direitos subjectivos fundamentais – eventualmente até o mesmo direito fundamental – não há como resolver o problema à luz da dogmática de direitos fundamentais laboriosamente construída durante décadas para as relações entre indivíduo e Estado. Os princípios basilares invocáveis nas relações entre indivíduo e Estado e que aí asseguram efectivamente aos direitos fundamentais a qualidade de garantias jurídicas *fortes*, verdadeiros *trunfos* – como os princípios da proibição do excesso ou da igualdade – ficam agora neutralizados ou sem possibilidade objectiva de aplicação: sem os seus *dentes*, os direitos fundamentais degradar-se-iam a uma referência *soft*, meramente retórica, manipulável a bel-prazer da pré-compreensão, da intuição ou do subjectivismo do juiz comum³⁵.

Pode dizer-se que, em termos gerais, a insuficiência das duas teses *tradicionais* para dar conta da complexidade do problema foi expressa ou implicitamente reconhecida, tanto na Alemanha da segunda metade do século passado quanto em Portugal ao longo dos anos oitenta e seguintes. Foram, contudo, significativamente diversas as vias da respectiva superação.

Na Alemanha, e cabendo, como se referiu, a maior responsabilidade nessa tarefa ao Tribunal Constitucional, a solução encontrada assentou, de forma praticamente consensual, na assunção, ou, pelo menos, na aplicação, de uma nova tese compreensiva, a dos *deveres de protecção*, associada e construída, por sua vez, sobre a retirada de todas as consequências do reconhecimento de uma *dimensão objectiva* dos direitos fundamentais³⁶. De natureza essen-

³⁴ Por todos, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, anotações 351 ss.

³⁵ Sobre esta inadequação cf., desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, cit., pp. 69 ss, *maxime*, pp. 79 ss.

³⁶ Para uma e outra construções, teoria dos deveres de protecção e da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, cf., desenvolvidamente, entre nós, o nosso *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 59 ss e 86 ss. Note-se que a associação da dimensão objectiva dos direitos fundamentais à controvérsia sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares não é exclusiva da doutrina dominante na Alemanha; na origem da controvérsia, uma versão menos contundente da tese da *eficácia imediata* tomava já como referência daquilo que teria aplicabilidade directa, não os direitos fundamentais enquanto direitos subjectivos contra outros particulares, mas os direitos fundamentais enquanto princípios objectivos da ordem jurídica.

cialmente jurisprudencial, teve a sua primeira expressão na célebre sentença *Lüth*, de 1958, e foi depois consolidadamente desenvolvida pelo próprio Tribunal e pela doutrina³⁷. A ela voltaremos porque estamos convictos de que nela reside a *explicação* e o enquadramento mais adequados, tanto para o problema constitucional da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais quanto para a própria intervenção do Provedor de Justiça nesse domínio.

Já em Portugal, estando o Tribunal Constitucional objectivamente arredado, como vimos, de participação decisiva na solução do problema, a responsabilidade recaiu exclusivamente sobre a doutrina. Porém, aí, o caminho escolhido é substancialmente distinto do percorrido pela solução germânica.

2. A doutrina portuguesa e a «solução diferenciadora»

Concluindo que as originárias teses *imediata e mediata* não constituem respostas globalmente satisfatórias e excludentes, mas eventualmente condicionada pela *pressão* exercida por uma norma constitucional aparentemente constringente, praticamente toda a doutrina portuguesa se orienta por uma solução que poderia ser designada por tese *diferenciadora*³⁸: a solução residiria na diferenciação, ou seja, no caso concreto deveria aplicar-se uma ou outra tese em função das circunstâncias do próprio caso, do tipo de direito fundamental, da intensidade ou alcance da afectação ou da natureza da relação controvertida³⁹. Acresce que esta solu-

³⁷ As excepções neste domínio são escassas e sem significado. Assinalam-se normalmente como excepções à posição dominante: SCHWABE (*Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971), que desenvolve uma teoria que redundaria na imputação ao Estado de todas as acções de particulares que afectem bens jusfundamentalmente protegidos, no que ISENSEE, *loc. cit.*, p. 207, designaria como teoria da *convergência estadualística* (*etatistische Konvergenztheorie*), e ALEXY (*Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp. 475 ss), que desenvolve um modelo com três níveis de aplicação, mas que ou é pura e simplesmente a remissão tópica para todas as outras teorias ou corresponde apenas à adaptação da visão mais compreensiva da teoria dos deveres de protecção à sua própria concepção de direitos fundamentais *como princípios*.

³⁸ Nestes precisos termos, P. MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento...», *cit.*, pp. 237 ss; ID., «A influência dos direitos fundamentais...», *cit.*, pp. 153 ss; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1289; J. NUNES ABRANTES, «Labour contract and fundamental rights» in *BFUDC*, 2004, p. 618.

³⁹ Esta acaba por ser a posição comum aos autores portugueses, particularmente evidenciada em GOMES CANOTILHO, JORGE MIRANDA, VIEIRA DE ANDRADE, JOÃO CAUPERS, VASCO PEREIRA DA SILVA, JOÃO NUNES ABRANTES, referidos *supra* na nota 24. Cf. outras referências em P. MOTA PINTO, «A influência dos direitos fundamentais...», *cit.*, pp. 153 s, n. 14. As excepções, bem recentes, podem ser apenas BENEDITA MAC CRORIE, *op. cit.*, pp. 86 ss (defendendo uma vinculação directa *prima facie* muito próxima das posições de alguma doutrina espanhola e da doutrina dominante no Brasil e América latina) e CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos de Reunião e Manifestação...*, *cit.*, pp. 115 ss, que retoma a ideia de uma presunção

ção *diferenciadora* encontraria ainda justificação suplementar no argumento de que, a final, todas as teses em pretensa competição acabariam por chegar, ou poder chegar, aos mesmos resultados; tratar-se-ia de um simples problema de *construção*⁴⁰.

Assim, e sem pretensões de aqui operarmos uma categorização indiscutível dos vários autores, diremos que, com cambiantes, a doutrina portuguesa converge na conclusão de que só em certas circunstâncias os direitos fundamentais vinculam directamente os particulares da mesma forma como vinculam as entidades públicas, portanto com a possibilidade de contra eles serem directamente invocáveis, por parte dos outros particulares, direitos subjectivos apoiados nas normas constitucionais de direitos fundamentais. Essas circunstâncias seriam, por sua vez, caracterizadas pela presença de um elemento *diferenciador* identificável no caso concreto e que poderia ser: tratar-se de um direito fundamental que desde logo tivesse sido constitucionalmente consagrado como direito contra outros particulares⁴¹; de um direito insusceptível de suspensão em estado de sítio⁴²; de uma situação de desigualdade na relação⁴³ ou de existência de um poder privado análogo a um poder público face a outro privado⁴⁴; de ameaça ou violação de um conteúdo essencial do direito fundamental⁴⁵.

constitucional de vinculação dos privados aos direitos fundamentais nos mesmos termos da vinculação das entidades públicas e fala mesmo (pp. 115 s) numa «inconstitucionalidade das teorias da eficácia puramente mediata e indirecta».

⁴⁰ Assim, ALEXY, *op. cit.*, pp. 481 ss, que de certa forma pode também ser considerado inspirador da solução diferenciadora com a sua concepção dos *três níveis*; para outros autores alemães próximos de uma solução diferenciadora no quadro da tese da eficácia *imediate*, cf. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 160.

⁴¹ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1290; JORGE MIRANDA, *Manual...*, p. 320; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 252; P. MOTA PINTO, «O direito ao desenvolvimento...», cit., p. 228.

⁴² Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., IV, p. 326.

⁴³ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1293; JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., IV, p. 326; VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁴ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 254 ss; JOÃO CAUPERS, *op. cit.*, pp. 171 ss; VASCO PEREIRA DA SILVA, *loc. cit.*, pp. 272 s; ID., *A Cultura a que Tenho Direito*, Coimbra, 2007, p. 127; NUNES ABRANTES, *op. cit.*, pp. 101 ss; de alguma forma MELO ALEXANDRINO, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁵ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., IV, p. 326; mais matizadamente, VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 260; NUNES ABRANTES, *op. cit.*, pp. 105 ss; ID., *loc. cit.*, p. 618. Embora se refira também à vinculação directa de entidades privadas sempre que está em causa o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, parece-nos substancialmente diferente a posição de PAULO MOTA PINTO que, no fundo, sustenta, não uma tese *diferenciadora*, mas uma posição muito próxima da teoria dos deveres de protecção, complementada com a vinculação directa das entidades privadas à observância da dignidade da pessoa humana que identifica com o referido conteúdo essencial (assim, «O direito ao desenvolvimento...», cit., pp. 241 s; «A influência dos direitos fundamentais...», cit., pp. 156 s).

3. Crítica da solução *diferenciadora*

Não nos parece, em todo o caso, que a *solução diferenciadora* se tenha revelado satisfatória, o que, como veremos, se reflecte directamente na indefinição ou incerteza que continua a merecer a abordagem do problema específico que aqui tratamos – a intervenção do Provedor de Justiça no âmbito das relações entre privados – que, de resto, foi particular e directamente influenciada por aquela *solução*.

Desde logo, o argumento apaziguador da pretensa equivalência de resultados proporcionados pelas várias teses em presença esconde um equívoco. É certo que todas as teorias são susceptíveis de proporcionar resultados jusfundamentalmente adequados na resolução de um caso concreto, todas podem sustentar soluções «equilibradas e justas»⁴⁶, o que afasta, em todo o caso, a ideia comum de que a tese da aplicabilidade directa é *mais amiga* dos direitos fundamentais ou mais protectora da parte mais débil no conflito entre privados⁴⁷. Mas, quando os pressupostos teóricos são radicalmente distintos, as teses em confronto só produzem os mesmos resultados se alguém não *levar a sério* os pressupostos em que assenta.

De facto, tanto a medicina tradicional quanto a feitiçaria pode produzir os mesmos resultados na cura de um paciente: basta que, após ter efectuado a mezinha milagrosa, o feiticeiro recomende ao paciente, como meio *suplementar* de cura, o recurso à medicina tradicional. Para o paciente o resultado terapêutico vai ser exactamente o mesmo que o que lhe seria proporcionado pela medicina tradicional se só a ela tivesse recorrido, mas as fundamentações terapêuticas, da medicina tradicional e da feitiçaria, foram diferentes. Significará isso que as duas fundamentações, da feitiçaria e da medicina tradicional, são indiferentemente correctas? Obviamente não.

Não se trata de uma imagem descabida neste contexto, já que, em nosso entender, algo de muito semelhante se passa com a tese da aplicabilidade *directa*. Ela pode proclamar a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais nos mesmos termos da vinculação das entidades públicas e, ainda assim, produzir, depois, os mesmos resultados que teriam sido produzidos pela tese dos deveres de protecção. Mas só o faz porque, a seguir à proclamação tão radical e ambiciosa, segundo a qual um particular tem contra outro particular um

⁴⁶ Assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 253.

⁴⁷ Veja-se, de resto, como a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, apesar de não seguir a tese da aplicabilidade *imediata*, se revela, todavia, eventualmente até mais ambiciosa na protecção efectiva dos direitos fundamentais que as propostas dos primeiros adeptos daquela tese. Cf., assim, ESTRADA, «Los Tribunales constitucionales...», cit., pp. 129 ss.

direito subjectivo fundamental directa e exclusivamente apoiado na norma constitucional, rapidamente *esquece* a proclamação inicial e remete, na prática, para uma mediação estatal de protecção do direito.

Afinal, acaba a dizer a tese da aplicabilidade *directa*, esse direito subjectivo tem uma eficácia atenuada nas relações entre privados, porque se tem de compatibilizar com o mesmo ou um outro direito fundamental da outra parte no conflito; não lhe podem ser aplicadas as garantias que fazem dos direitos constitucionais direitos fundamentais, como a aplicação do princípio da igualdade, do princípio da proibição do excesso, da proporcionalidade, do princípio da reserva de lei, do princípio segundo o qual incide sobre os destinatários dos direitos fundamentais não apenas o dever de não perturbação, mas também uma obrigação positiva de protecção. Nada disso se aplicaria, afinal, ao exercício concreto de um direito fundamental tão arrojadamente proclamado.

Só que então, perguntar-se-ia, para quê teria servido inverter a lógica, a fundamentação e a compreensão tradicionais e consolidadas dos direitos fundamentais quando, afinal, o tal direito fundamental contra o outro particular proclamado com tanto pretensão arrojo e inovação se traduz, na prática, na mais antiga das obrigações constitucionais, ou seja, na obrigação de o poder estatal, designadamente o juiz, em função das circunstâncias concretas do caso, cumprir o dever constitucional de protecção do bem jusfundamentalmente protegido pela norma constitucional contra todas as eventuais ameaças, incluindo as provenientes de privados, como, de resto, se entendia já desde as primeiras Constituições do Estado de Direito liberal construídas, precisamente, sobre a tríade liberdade, propriedade, segurança⁴⁸.

De facto, tal como a feitiçaria não produz os mesmos resultados que a medicina tradicional, também os resultados da tese da aplicabilidade directa não são os mesmos das teses opostas: só o são se ela não levar verdadeiramente *a sério* os seus pressupostos. Mas, em alternativa, se o fizesse, se os direitos fundamentais fossem verdadeiramente aplicados como direitos subjectivos contra outros particulares, a vida quotidiana assente em direitos fundamentais de todos contra todos que aquela tese propõe redundaria, antes, num complexo de deveres de todos contra todos – impostos juridicamente pela necessária observância dos direitos fundamentais dos outros –, numa espécie de *inferno de virtudes* impostas destruidor da liberdade e autonomia individuais.

⁴⁸ Cf. assim, desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, cit., pp. 89 ss. Sobre a origem histórica da ideia de dever estatal de protecção da liberdade, cf. ISENSEE, *loc. cit.*, pp. 157 ss; GRIMM, «The protective function...», cit.

E, se isto é assim quanto à tese da eficácia *imediata*, também a solução *diferenciadora*, dominante entre nós, não escapa à mesma crítica. É que esta sustenta igualmente que, apesar de só em algumas circunstâncias, isto é, quando estiver presente o tal elemento de diferenciação, também aí os direitos fundamentais valem directa e imediatamente contra outros particulares, o que é, todavia, dogmaticamente implausível.

Mas, para além dessa fragilidade, as soluções *diferenciadoras* apresentam outras.

Em primeiro lugar, onde está o fundamento constitucional para a diferenciação dentro dos direitos fundamentais? Dir-se-ia que é um problema de interpretação, mas, quem assenta a admissão da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais no alcance, supostamente decisivo, que teria o facto de a Constituição de 1976 impor essa vinculação, não deveria deixar de atribuir idêntica relevância ao facto de o legislador constituinte não ter distinguido, dentro dos direitos, liberdades e garantias, entre os direitos e as circunstâncias em que eles se aplicariam ou não aos particulares.

Em segundo lugar, mas mais importante, a partir do momento em que, a favor da *diferenciação*, se prescindir de uma concepção compreensiva, global e comum do conceito de direitos fundamentais, não é possível desenvolver uma atitude e uma dogmática previsíveis que permitam uma abordagem consistente dos casos novos e difíceis. Tudo fica dependente e condicionado pela presença dos elementos de diferenciação e pelo alcance que lhes vierem a ser reconhecidos no caso concreto.

Os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares enquanto direitos subjectivos de uns contra os outros? Depende, dir-se-á. Só se estiverem em causa alguns direitos, só se estiver em causa o seu conteúdo essencial, só se se tratar de relações desiguais, só se do outro lado estiver um poder privado. E se estiver do outro lado um poder privado, mas a relação concreta, de facto, não for desigual ou se não se afectar o conteúdo essencial? Há ou não há direito subjectivo? E aplicamos ou não o princípio da igualdade como exigência a respeitar pelo acto do particular que perturba o direito fundamental? E o da proporcionalidade? E a reserva de lei? Isto é, se do outro lado estiver o Estado, a intervenção restritiva no meu direito fundamental só é legítima se estiver apoiada em habilitação legal prévia; mas, se se tratar de um outro privado que agride o meu direito, carece ou não da correspondente habilitação legal?

Uma vez que temos, em geral, um exercício de um qualquer direito fundamental por parte de um privado que, todavia, afecta o direito fundamental de um outro, aquele primeiro exercício só será admissível, à luz do princípio da reserva de lei próprio de Estado de Direito, se

tiver autorização legal. Mas, se não tiver essa autorização, qualquer exercício do direito fundamental naquelas circunstâncias passa a ser inconstitucional? E sendo um direito fundamental directamente invocável, um direito de liberdade, como é que pode carecer, ainda assim, da referida mediação legal para ser exercido? E se tiver essa habilitação ou se o outro particular lesado lhe tiver dado o consentimento, como é que essa actuação do privado pode ser simultaneamente legal, não proibida, autorizada, e simultaneamente inconstitucional?

Poder-se-ia desenvolver cada uma destas objecções, mas parece evidente que a solução diferenciadora, quando prescinde de uma posição de partida comum, prescinde simultaneamente de um conceito de direitos fundamentais, de uma concepção, de uma dogmática de direitos fundamentais. Ora, sem estas não há direitos fundamentais como verdadeiras garantias jurídicas, como verdadeiros direitos subjectivos. Enquanto direitos subjectivos contra outros particulares os direitos fundamentais seriam, mesmo quando o tal incerto elemento de diferenciação estivesse presente, não mais que um *apelo* vago ou um *sentimento*.

Porém, quando a solução *diferenciadora* admite que em certas circunstâncias há direitos subjectivos fundamentais contra outros particulares, mesmo que não forneça critérios seguros de identificação dessas circunstâncias e de dedução dos efeitos jurídicos que aí devam desenvolver, a proclamação não deixa em todo o caso de ter consequências.

Desde logo, no caso em apreço, ela teve como consequência o aditamento introduzido no Estatuto do Provedor de Justiça que aqui analisamos. Ou seja, se nas situações de existência de um poder privado há direitos subjectivos fundamentais contra outros particulares, então por que não deve o Provedor de Justiça actuar se aí os direitos fundamentais valem com a mesma eficácia como valem contra o Estado? Logo, intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre particulares, sim, mas, segundo a inspiração da solução *diferenciadora*, só quando existe uma «especial relação de domínio» e só quando o direito fundamental em causa é um direito, liberdade ou garantia. A influência da solução diferenciadora é aí evidente, mas evidente fica também a sua fragilidade.

É que enquanto a tese *diferenciadora* permanece no mundo das construções, parece beneficiar da lógica do bom senso, da recusa de soluções unilaterais e radicais, do pretensão aproveitamento do que há de melhor em cada uma das teses em confronto. Porém, mal entra no mundo da aplicação prática, revelam-se imediatamente as consequências de se ter prescindido de uma linha orientadora comum e abrangente.

Mesmo abstraindo da dificuldade em determinar quando se está ou não perante uma «especial relação de domínio», o que não é uma dificuldade menor, que significado tem dizer que o Provedor de Justiça deve aí intervir? Em que sentido se desenvolve essa intervenção? Fazendo recomendações aos próprios pretensos destinatários privados dos direitos fundamentais violados, funcionando como um mediador de conflitos entre particulares, entre pessoas que são simultaneamente titulares e destinatários de direitos fundamentais, ou limitando-se a verificar a existência de acções ou omissões dos poderes públicos no domínio em apreço e recomendando aos poderes públicos uma actuação sempre que considere que há aí interesses e direitos de particulares que carecem de protecção?

Parece que a resposta a esta questão exigiria partir de uma posição global sobre os direitos fundamentais e a sua validade nas relações entre particulares. Assim, um defensor da tese *imediata* responderia, em coerência, que não há como nem porquê distinguir entre vinculação de entidades públicas ou privadas: tal como para as primeiras, o Provedor de Justiça deveria fazer recomendações directas aos privados que atentassem contra tais direitos fundamentais, devia mediar directamente o conflito, mas tomando posição; tal como *representa* os particulares junto das entidades públicas, deveria fazer o mesmo junto das privadas e os particulares deveriam ter exactamente o mesmo dever de colaboração com o Provedor de Justiça que incumbe às entidades públicas. Já um defensor da tese dos deveres de protecção, em princípio, consideraria caber ao Provedor de Justiça activar a protecção estatal devida aos direitos fundamentais e, portanto, fazer recomendações às entidades públicas a quem coubesse, no caso concreto, assegurar mais de perto ou mais efectivamente a protecção dos direitos fundamentais em causa.

Ora, a solução *diferenciadora* ou não tem qualquer posição, enredada que está na tentativa de compatibilizar os elementos das várias teses, ou tem uma posição que decorre do seu ecletismo diferenciador: se se trata de um direito fundamental *coberto* pelo elemento de diferenciação, a intervenção deve ser de mediação directa, já que na base do conflito está a violação de um direito subjectivo que um particular tem contra um outro⁴⁹; fora desses casos, a mediação já deveria fazer-se junto das entidades públicas, pois aí na base do conflito estaria apenas um direito contra o Estado.

Porém, nenhuma das soluções é dogmaticamente satisfatória. Na primeira hipótese, isto é, não tomando qualquer posição sobre o *modus* e alcance concretos da vinculação directa

⁴⁹ Assim mesmo, VASCO PEREIRA DA SILVA, *loc. e op. cit.*, sustenta nesses casos, coerentemente, a existência de um «dever activo de cooperação» dos *poderes privados* na realização dos direitos fundamentais.

das entidades privadas, que é a posição mais comum⁵⁰, a solução diferenciadora, apesar de responsável indirecta pela alteração do estatuto do Provedor de Justiça, deixa-o depois *desarmado* em termos de fundamentação de uma actuação concreta. Na segunda hipótese, isto é, distinguindo em termos práticos a intervenção do Provedor de Justiça consoante os direitos e as circunstâncias do caso, o ecletismo é objectivamente inconsistente. De facto, qual a racionalidade de uma solução que justifica uma intervenção directa do Provedor quando um *poder privado* viola um direito de liberdade, mas já não lhe permite idêntica actuação se a violação, ainda que mais grave, for de um direito social? Por que razão uma violação de um direito de liberdade proveniente de um *poder privado* merece a intervenção directa do Provedor, mas idêntica violação do mesmo direito, com a mesma ou maior intensidade, mas efectuada por um particular *sem poder* já obriga o Provedor a assistir impassível?

Por último, e decisivo na apreciação crítica da solução *diferenciadora*, há a dúvida sobre a própria viabilidade de operar com os factores de diferenciação sugeridos. É que, para além das dúvidas e fragilidades já suscitadas, a solução *diferenciadora* carece, no mínimo, da possibilidade de recorrer a factores de diferenciação objectivamente identificáveis. Ora, se a diferenciação não é objectivamente possível, o resultado é o da consideração de todos os direitos fundamentais, em quaisquer situações, como direitos contra outros particulares – com as consequências já analisadas – ou a remissão para o decisionismo e subjectivismo do operador responsável, com a indução de factores de desigualdade a acrescer às insuficiências assinaladas.

Não parece, de facto, que qualquer dos factores avançados pelas soluções *diferenciadoras* tenham arrimo sólido na doutrina ou na prática vivida dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, ainda que de alcance diminuto, um primeiro factor seria o dos direitos fundamentais que a própria Constituição consagra como direitos que, diz-se, se destinam objectivamente a ser aplicados nas relações entre particulares.

No recurso a este factor de diferenciação dá-se por demonstrado aquilo que se pretende demonstrar. Ou seja, se partimos da tese que os direitos fundamentais valem contra outros particulares, então a consagração constitucional de direitos como o direito à greve, os direitos dos jornalistas, as liberdades sindicais, significará, de facto, que a Constituição acolhe direitos subjectivos fundamentais contra outros particulares. Porém, se partirmos da tese oposta, de que os direitos fundamentais valem exclusivamente contra o Estado ou só mediatamente contra outros

⁵⁰ Sintomaticamente, nenhuma das Constituições anotadas recentemente editadas (de Gomes Canotilho e Vital Moreira e de Jorge Miranda e Rui Medeiros) toma posição específica sobre os poderes do Provedor de Justiça neste domínio.

particulares, então a consagração constitucional deste tipo de direitos na Constituição pura e simplesmente significa e tem como consequência jurídica, não que os outros particulares estejam directamente vinculados a eles, mas que os poderes do Estado, por força da referida consagração constitucional, estão absolutamente vinculados, sem margem de discricionariedade, a acolher e garantir estes direitos na legislação ordinária ou a protegê-los através de administração e poder judicial mesmo que o legislador ainda não o tenha feito.

Em segundo lugar, quanto ao outro factor de diferenciação invocado, os direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio (art. 19.º, n.º 6, da Constituição) não se pode retirar dessa previsão qualquer outra consequência que não seja a que está ali prevista: a insusceptibilidade de suspensão. A utilização desta particularidade para efeitos de diferenciação enquanto direitos igualmente aplicáveis a entidades públicas ou privadas só pode assentar na ideia, todavia, dogmaticamente infirmável, de que há uma ordem constitucional hierarquizada de valores ou de que há ou é possível construir uma hierarquia de direitos fundamentais de que aqueles constituiriam o topo. Permitimo-nos remeter, aqui, para outro local onde contestamos desenvolvidamente essa possibilidade⁵¹.

Não nos parece igualmente possível fazer assentar a aplicabilidade *imediata* a particulares na eventual violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Essa garantia do conteúdo essencial, apesar de historicamente consolidada e acolhida em inúmeros textos constitucionais, tem um sentido exclusivamente retórico, de consequências práticas eventualmente até nefastas à própria protecção dos direitos, incapaz como é de desenvolver qualquer sentido útil de protecção que vá para além daquilo que é já garantido por outros princípios (como a dignidade da pessoa humana ou a proibição do excesso) ou de pura e simples identificação com o conceito de violação de direitos fundamentais⁵².

Distinguiremos, todavia, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio de aplicação genérica e directa em toda a ordem jurídica que, como vimos, surge por vezes identificado como constituindo o factor relevante na identificação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais para efeitos de aplicação directa aos particulares. É óbvio que, enquanto princípio jurídico basilar em que assenta a República Portuguesa, a dignidade da pessoa humana é de aplicação geral, directa e imediata em quaisquer circunstâncias, em quaisquer domínios e ramos de Direito. Em termos de aplicabilidade, e referido pelo menos

⁵¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 698 ss.

⁵² Para uma demonstração, cf., desenvolvidamente, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 779 ss.

às situações evidentes de lesão do princípio, que são sempre casos extremos, não há quaisquer divergências entre doutrinas, teses ou ramos particulares de Direito quanto à sua vigência e, logo, quanto à possibilidade de intervenção directa de quaisquer órgãos do Estado, incluindo o Provedor de Justiça. Mas, sendo assim, e não constituindo verdadeiramente um direito fundamental, a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana não tem, portanto, relevância autónoma neste contexto enquanto factor de diferenciação para efeitos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não há, a propósito da respectiva validade e aplicabilidade quaisquer divergências que, todavia, já existirão, sim, quando se tratar de determinar o alcance concreto do princípio⁵³, mas aí independentemente das diferentes teses em confronto sobre a *Drittwirkung*.

Cabe, por último, uma consideração mais desenvolvida do factor mais comumente indicado como factor de diferenciação, ou seja, a existência, num dos lados da relação entre particulares, dos chamados *poderes privados*, *poderes sociais*, ou da própria configuração da relação como sendo de *especial sujeição* de uns a outros particulares. Reveste, no nosso caso, maior interesse, não apenas porque é o factor de diferenciação mais correntemente sugerido e admitido, como, sobretudo, porque foi ele, aparentemente, o factor acolhido na nova configuração do Estatuto do Provedor de Justiça, de acordo com a fórmula segundo a qual «o âmbito de actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias».

4. A doutrina dos *poderes privados* ou da *especial relação de domínio*

A ideia de existência, nas sociedades dos nossos dias, de *poderes sociais* ou *poderes privados* com capacidade de exercerem sobre outros particulares uma posição dominante de autoridade e de imposição unilateral de condições, mesmo quando essa dominação vem oculta sob o manto do consentimento e da liberdade contratual, é, de há muito, uma verificação quase trivial de reconhecimento pacificamente aceite. Foi precisamente, de resto, o reconhecimento de que uma assimetria fáctica nas relações entre particulares podia constituir uma ameaça para a liberdade e autonomia individuais que esteve na origem da própria controvérsia sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre privados. Não admira, assim, que na Alemanha do pós-guerra tivesse sido no mundo laboral – especialmente apto

⁵³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 51 ss.

ao desenvolvimento desse tipo de relações de desigualdade fáctica – e, conseqüentemente, na jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, presidido por NIPPERDEY, que se desenvolveu pela primeira vez a ideia de uma aplicabilidade directa dos direitos fundamentais à margem das relações entre indivíduo e Estado.

De facto, as relações laborais são normalmente indicadas, seja pela enorme força de poderes económicos e organizacionais que aí se desenvolvem, seja pela sensibilidade social do meio, como exemplo daquele tipo de relações caracterizadas por uma extrema desigualdade fáctica, mas baseadas no acordo das partes contratantes, revelando-se aí muito claramente a fragilidade dos pressupostos liberais tradicionais associados a uma ideia de justiça exclusivamente assente na autonomia privada e na igual liberdade de contratar, ou seja, no livre encontro das autonomias e esferas privadas segundo o princípio da mera igualdade formal de todos perante a lei.

Posteriormente, a discussão sobre a chamada *Drittwirkung* extrapolou como tema de aplicabilidade dos direitos fundamentais a todas as relações entre particulares – e não apenas a um tipo especial de relações, designadamente as laborais – sendo já com esse sentido geral que se desenvolveu a originária discussão germânica sobre o problema e que se deu a sua recepção na Constituição portuguesa, onde o art. 18.º, n.º 1, não faz quaisquer distinções dentro das «entidades privadas».

Desde há muito, porém, que se considerou conveniente distinguir entre diferentes intensidades de aplicabilidade dos direitos fundamentais no mundo dos privados⁵⁴ e também em Portugal, como vimos, após uma discussão inicial, a maioria da doutrina se orientou, igualmente, por distinguir dentro das entidades privadas quanto à relevância dos direitos fundamentais. O tema dos *poderes privados* entrou, então, na discussão portuguesa como uma espécie de ponto de convergência entre as várias teses em disputa, no sentido de que nesse tipo particular de relações privadas (para uns *só* nessas, para outros *pelo menos* nessas, para outros *também* nessas) os direitos fundamentais teriam uma aplicação imediata, o que em alguma medida explica que tenha sido acolhido no Estatuto do Provedor de Justiça, em 1996, nessa qualidade de factor de diferenciação.

Cabe, portanto, considerá-lo como teste derradeiro da plausibilidade dogmática das teses diferenciadoras e como requisito essencial e pretensa *chave* de explicação da intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados.

⁵⁴ Cf., assim, precisamente, a crítica originariamente dirigida por LOMBARDI às teses envolvidas na controvérsia alemã sobre a *Drittwirkung* por não terem procedido a essa diferenciação (G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 85).

Assim, de acordo com os principais *teorizadores* da relevância especial dos *poderes sociais* ou *poderes privados* no quadro do tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre privados⁵⁵, haveria uma analogia decisiva entre as relações de desigualdade e de supremacia que se estabeleciam no âmbito destes *poderes* e a situação típica que caracteriza as relações entre poder público e indivíduo, seja no plano da natureza intrínseca de sujeição a que os particulares ficavam submetidos, seja no plano da ameaça da liberdade e autonomia individuais que tal assimetria produzia. A conclusão que dessa analogia decorria para o mundo dos direitos fundamentais era, então, a de que não havia razões de fundo que justificassem uma exclusividade de aplicação dos direitos fundamentais às relações com o Estado quando, no que se referia a estes *poderes privados*, a natureza da sujeição dos particulares, a premência de protecção da liberdade e as ameaças que sobre ela impendiam eram tão fortes como naquelas⁵⁶.

No mesmo sentido, os defensores das teses de diferenciação da aplicabilidade dos direitos fundamentais, embora não generalizem essas conclusões a todas as relações privadas e possam divergir quanto a outros factores de diferenciação, tendem a considerar comumente que neste âmbito especial dos *poderes privados* os direitos fundamentais valem directamente como direitos subjectivos dos indivíduos sujeitos a tais relações de poder ou de *domínio*.

Há, porém, várias dificuldades que ensombram a adequação desta tese e que, consequentemente, no que se refere ao nosso tema, se reflectem em outras tantas dificuldades na determinação do sentido, natureza e alcance da intervenção do Provedor de Justiça em tais relações de «especial domínio».

a) Uma primeira e grande dificuldade⁵⁷ é a da delimitação jurídica precisa do recorte da realidade a que, para efeitos da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, se possa caracterizar como sendo de *poder privado*, de *poder social* ou de, como foi *traduzida* no Estatuto do Provedor de Justiça, *especial domínio*. Com efeito, lidando com conceitos dos quais se pretendem deduzir consequências jurídicas relevantes, não é uma questão menor saber aquilo que é ou não considerado abrangido pelo referido factor de diferenciação, pois daí dependeria

⁵⁵ Assim, W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960; G. LOMBARDI, *Potere privato ...*, *cit.*

⁵⁶ Em termos de pura lógica, haveria, então, como pretendia LOMBARDI, lugar a deduzir dos direitos fundamentais, no âmbito destes *poderes privados*, a existência de titularidade de verdadeiros direitos subjectivos por parte dos particulares (assim, *Potere privato ...*, *cit.*, p. 142), chegando ultimamente este Autor a falar, com base na identidade material entre os dois tipos de relações, na existência, quanto aos particulares sujeitos aos *poderes privados*, da titularidade de verdadeiros *direitos subjectivos públicos societariamente orientados* (*apud* STERN, *op. cit.*, pp. 1591 s, n. 424).

⁵⁷ Cf. neste mesmo sentido, entre nós, P. MOTA PINTO, «O desenvolvimento...», *cit.*, pp. 240 s.

saber se os particulares podem ou não invocar directamente, contra essas entidades, os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Como é óbvio, tratando-se de uma realidade sociológica de cariz relacional e gradativa (a partir de que intensidade ou grau de disparidade ou de assimetria se pode falar em *poder privado*?), não é fácil delimitá-la de forma juridicamente adequada. É que relações sociais assimétricas, desiguais, díspares, em que uma das partes tem condições de impor autoridade, de condicionar a aceitação de condições, de limitar seriamente a autonomia da outra parte, são inúmeras, bem diversificadas e susceptíveis de irromperem em qualquer âmbito. Como dissemos atrás, podemos encontrar estas características nas relações laborais ou em grande parte delas, mas também em relações familiares entre pais e filhos, entre adultos e menores, entre associações e membros individuais isolados, entre igrejas e fiéis, entre partidos e militantes, entre escolas privadas e estudantes, entre hospitais privados e pacientes, entre cidadãos economicamente poderosos e débeis, entre informados e ignorantes, entre quem tem acesso aos *media* e quem não tem. Quais delas preenchem ou não os requisitos?

Facilmente se percebe que em vez de critérios jurídicos sólidos e intersubjectivamente partilhados, o que acabe por decidir a inclusão ou exclusão sejam antes impressões de natureza sociológica ou até, simplesmente, preconceitos políticos, ideológicos ou culturais.

Pode-se tentar complementar o critério da desigualdade ou assimetria fácticas com a exigência de que na relação concreta se verifique, igualmente, o abuso da posição dominante⁵⁸, o que, de alguma forma, pode corresponder à intenção do legislador ordinário português quando *traduziu* a fórmula dos «poderes privados», corrente na doutrina e que pressupunha uma institucionalização social da supremacia fáctica que assimilava materialmente o poder em causa a um poder público⁵⁹, pela de «especial domínio», induzindo porventura a ideia de que, mais importante que a existência de um poder fáctico institucionalizado é, antes, o desequilíbrio material, a disparidade substancial da relação em causa. Em qualquer caso, a delimitação de fronteiras não fica facilitada. Se um *poder privado* se pode de algum modo reconhecer na institucionalização de uma empresa poderosa ou numa corporação de empresas de *poder social* objectivamente constatável, já a simples disparidade substancial de uma dada relação, o abuso da posição de domínio, pode resultar até de uma situação em que os dados típicos de uma relação laboral surjam invertidos.

⁵⁸ Cf. LOMBARDI, *Potere...*, cit., pp. 86 ss.

⁵⁹ *Ibidem*.

Quando os pilotos de uma empresa de aviação ou os maquinistas de uma empresa de transporte ferroviário prolongam uma greve com o objectivo de conseguirem privilégios únicos para a respectiva categoria, há ou não uma «especial relação de domínio» ou um abuso de uma posição tendencial e duradouramente dominante por força do lugar sensível que aqueles trabalhadores ocupam na empresa e pela impossibilidade ou dificuldade na sua substituição? Pode a empresa, sem qualquer apoio explícito na lei, invocar directamente o direito fundamental à iniciativa económica privada ou o direito de propriedade para os fazer sobrepor ao direito à greve legalmente consagrado e exercido com o preenchimento de todos os pressupostos e requisitos legalmente impostos? Pode o juiz comum que decide o conflito fazer prevalecer os direitos fundamentais das empresas sobre o direito à greve, sem que haja apoio legal para tanto e com base exclusiva no recurso directo às normas constitucionais de direitos fundamentais em conflito no caso concreto e na consequente ponderação subjectiva a que procede? E, para o que aqui nos interessa, chamado a intervir, deve o Provedor de Justiça actuar e com que sentido?

Não admira, de facto, que perante as dificuldades de delimitação jurídica sólida do que se deva entender por «especial relação de domínio» o resultado tenha sido, na prática, a desvalorização quase total desse factor enquanto critério de delimitação da intervenção do Provedor de Justiça.

b) Mas, em segundo lugar, e ainda que fosse tecnicamente possível proceder a uma delimitação jurídica sólida das situações abrangidas, será legítima a equiparação entre Estado e *poderes privados* quando não pode deixar de se ter em conta que, mesmo quando em situação de *especial domínio*, as entidades privadas ou os indivíduos em questão continuam a ter um direito igual ao livre exercício da autonomia privada, a ser titulares de direitos fundamentais no exercício dos quais praticam os actos contestados? Com efeito, o exercício de um direito fundamental por parte da entidade mais poderosa não deixa, pelo facto do poder inerente, de ser exercício de direito fundamental, pelo que, ao contrário do que acontece com o Estado, estas entidades podem opor os direitos fundamentais com que justificam a sua acção aos que são invocados pela outra parte no conflito.

Nessa altura, para dar realização prática aos direitos subjectivos fundamentais invocados contra os *poderes privados*, o juiz comum que decida a questão tem de intervir restritivamente nos direitos fundamentais dessas outras entidades privadas, o que só pode fazer após ponderação em que se decida pela cedência destes últimos e com o preenchimento de todos os requisitos próprios de Estado de Direito.

Tanto basta, então, para se perceber que, com base nessa nota essencial – a titularidade de direitos fundamentais reciprocamente oponíveis à outra parte ou, pelo menos, ao Estado, por parte dos chamados *poderes privados*⁶⁰ –, a pretensa aplicabilidade *imediata* e a equiparação jurídica entre as duas situações, relações Estado-indivíduo e *poderes privados*-indivíduo só são dogmaticamente possíveis, afinal, através da mediação do Estado. Com efeito, ela só é possível, designadamente, através da decisão prévia do legislador ou, na falta desta e em casos de absoluta necessidade — de justificação extrema, eventualmente a necessidade impreterível de proteger outros direitos fundamentais, porque aí deixa de se atender ao princípio da reserva de lei que condiciona as restrições e intervenções restritivas de direitos fundamentais a que o Estado proceda —, através da ponderação constitutiva do juiz comum que decida o caso.

c) Acresce que a mediação estatal feita nessas circunstâncias deve assentar numa ponderação complexa de todos os factores relevantes, entre os quais se inclui o reconhecimento do facto de que, muitas vezes, a existência da especial relação de domínio actua imediatamente *contra* os particulares que se encontram na situação de *sujeição*, mas simultaneamente pode reflectir-se a seu favor, pode constituir factor de prossecução autónoma de fins individuais relativamente à intervenção do Estado, pode ajudar a prossecução de fins que são do interesse do grupo ou da organização em que o indivíduo se integra.

Assim, uma associação profissional, uma associação sindical, uma igreja ou um partido político podem estar dotados de poderes de supremacia e autoridade sobre os respectivos membros, mas, simultaneamente, entende-se que são essa capacidade de domínio e de autoridade que garantem funcionalmente a prossecução autónoma dos fins comuns, pelo que, por conseguinte, os direitos fundamentais de autonomia e liberdade que a própria associação, ordem, igreja ou partido podem invocar contra uma intervenção restritiva externa não desejada do Estado – eventualmente uma intervenção judicial destinada a assegurar interesses de membros do grupo individualmente considerados – se destinam, em última análise a prosseguir os interesses de todos os componentes do grupo.

Logo, uma intervenção restritiva judicial num direito fundamental de uma associação deste tipo conduzida a favor de um dos membros, aparentemente destinada a assegurar os seus pretensos direitos subjectivos fundamentais contra a associação, pode, em termos práticos, se não atender devidamente todas as circunstâncias relevantes do caso e, designadamente,

⁶⁰ A não ser que, como diz V. AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 53 s, nota, a qualificação, como vimos, incerta, de uma determinada entidade como *poder privado* implicasse, de forma automática, a perda da sua qualidade de titular de direitos fundamentais, o que seria obviamente intolerável em Estado de Direito, mas não deixaria de ser uma consequência objectivamente comportável pela teoria que criticamos.

à ambivalência da natureza destas relações de *especial domínio*⁶¹, não significar mais que a simples mobilização do aparelho estatal em favor de um indivíduo contra os interesse e direitos dos seus sócios.

d) Complexidade verifica-se também quando a existência de relações de especial domínio se justifica na especificidade das próprias necessidades funcionais da organização ou do sector privados. Tome-se o exemplo do futebol como actividade profissional. Os regulamentos internos que os futebolistas se obrigam a seguir contêm invariavelmente normas que, para um observador inadvertido, seriam impensáveis à luz dos direitos fundamentais de Estado de Direito. Proibições de falar à imprensa sem autorização prévia, de criticar publicamente dirigentes ou treinador, de frequentar determinados lugares de acesso público, de recolher a casa para além de determinada hora, de consumir bebidas alcoólicas ou de ter relações sexuais em determinados dias são comuns em todas as equipas e em todos os países. O tipo de organização é quase militar, configurando uma espécie de *relação especial de poder* ou de *domínio* privada, sem a qual se admite que a equipa não é competitiva nos circuitos profissionais nacionais e internacionais. O legislador democrático, avisadamente, diríamos, *esforça-se* por ignorar em absoluto a situação. Pode ou deve, então, um juiz comum, sem que a lei diga algo sobre o problema, atender aos invocados direitos subjectivos fundamentais directamente vigentes em tais relações de *especial domínio* e impô-los coactivamente à observância das entidades privadas? E o Provedor de Justiça?

e) Da mesma forma, nesta ou noutras situações afins, o particular que entra na relação de sujeição pode estar perfeitamente consciente das limitações que lhe vão ser impostas, aceitando, livre, autónoma e conscientemente, abdicar ou renunciar ao exercício de alguns direitos durante um tempo mais ou menos longo. Deve ou não a sua vontade ser reconhecida e relevada quando o próprio particular considerou ser essa renúncia uma condição livremente aceite para poder prosseguir, em autonomia, os seus próprios interesses e planos de vida com uma efectividade que, de outra forma, não alcançaria?

Não se pretende, com tudo o que se disse até aqui sobre *poderes privados*, diminuir a relevância sociológica, política e jurídico-constitucional do problema. É hoje relativamente pacífica e quase consensual a ideia de que, nas nossas sociedades, o Estado tem de vigiar e controlar a acumulação excessiva de poder em entidades privadas que distorce a própria possibilidade de livre encontro de autonomias e ameaça a liberdade individual ou a própria dignidade da pessoa humana de forma até bastante mais pressionante do que a ameaça proveniente de um

⁶¹ Cf. STERN, *op. cit.*, pp. 1590 s; JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 324.

Estado de Direito cada vez mais controlado e limitado juridicamente. De maneira nenhuma se pretende pôr em causa a necessidade de uma actividade de regulação, limitação, controlo e necessária restrição das margens de actuação das entidades privadas colocadas em situação de supremacia.

A questão é apenas de qual a configuração e o enquadramento dogmáticos mais adequados dessa actuação estatal: a lógica da existência e aplicação de direitos subjectivos fundamentais dos indivíduos contra os *poderes privados*, concebidos de forma idêntica à dos direitos fundamentais contra o Estado, ou, como preferimos, a lógica do reconhecimento de um dever estatal de protecção da autonomia e liberdade individuais contra ameaças provenientes, não apenas das entidades públicas, mas também de entidades privadas. Ora, como procurámos demonstrar, a lógica de direitos fundamentais de todos contra todos (ou pelo menos de todos contra todos quando em relações de *especial domínio*) nem é dogmaticamente plausível nem dispensa a actuação mediadora do Estado, já que, como se viu, tendo necessariamente de se traduzir em intervenções restritivas noutros direitos fundamentais de outros particulares, convoca, na ausência de lei que resolva directamente o problema, a necessidade de intervenção constitutiva do juiz comum.

Nas situações como as que referimos, a teoria dos direitos subjectivos fundamentais directamente aplicáveis nas situações de *poder privado* ou de *especial domínio*, não se traduz, assim, em qualquer mais-valia relativa do ponto de vista de protecção da liberdade e autonomia individuais, nem, assente como está numa lógica simplista de direito contra direito, de compartimentações categóricas pretensamente talhantes, parece a mais indicada para dar conta da complexidade de todos os factores envolvidos, mesmo quando consideramos, apenas, as referidas situações de *especial domínio*.

Por último, do próprio ponto de vista do princípio da separação de poderes, a ideia de existência de direitos subjectivos fundamentais directamente aplicáveis nas relações de *poder privado* ou de *especial domínio* induz factores acrescidos de perturbação.

É ideia comum na doutrina, incluindo da parte dos autores que sustentam a solução *diferenciadora* naqueles termos, que a responsabilidade essencial de realização dos interesses de autonomia e liberdade individuais nas relações de *poder privado* deve caber primariamente ao legislador civil, responsável primeiro pela acomodação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A intervenção judicial autónoma e constitutiva neste domínio é só admitida nas situações mais graves e quando não há lei que resolva eficazmente a situação de ameaça ou de violação da liberdade individual por parte das entidades dotadas de *poder pri-*

vado. De resto, seria este carácter excepcional e supletivo que asseguraria um equilíbrio entre os poderes e, por outro lado, afastaria o perigo de anulação da especificidade e autonomia do Direito civil.

Porém, a partir do momento em que se reconhece que, diferentemente do que ocorre nas restantes relações entre privados, nas situações de *poder privado* ou de *especial domínio* os particulares podem invocar directamente os seus direitos fundamentais contra as entidades privadas enquanto direitos subjectivos, surge um novo factor de perturbação naquele referido equilíbrio e não apenas naquelas situações em que, nada dizendo o legislador, o particular invoca uma norma constitucional de direito fundamental – praticamente sempre disponível – para cobrir a invocação de um direito subjectivo contra o outro particular.

É óbvio que um direito subjectivo fundamental, de apoio directo na Constituição, é mais *forte* que um direito legal com o mesmo conteúdo, ou seja, um direito constitucional é mais forte que um direito que o legislador ordinário tivesse consagrado no exercício da sua actividade de acomodação dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil.

Nessa altura, em caso de conflito com o *poder privado*, se é certo, como lhe dizem, que o indivíduo tem um direito subjectivo constitucional que pode invocar directamente contra a entidade privada, é óbvio que será esse o direito a ser invocado, não apenas nas situações reguladas pelo legislador e em que não lhe fora reconhecido qualquer direito, mas também naquelas outras em que tal direito foi já traduzido pelo legislador civil em direito subjectivo legal. Então, o juiz comum, à luz daquela teoria da aplicabilidade directa, acabará inevitavelmente a lidar directamente com direitos fundamentais constitucionais mesmo quando o legislador já resolvera o problema e o caso poderia ser resolvido com base nas categorias e conceitos próprios do Direito privado ainda que interpretados em conformidade à Constituição.

A ser levada às últimas consequências, tal prática encerra potencialmente, mesmo num sistema que não permite o acesso de amparo ao Tribunal Constitucional para defesa dos direitos fundamentais, os perigos da inversão da relação entre legislador e juiz, de hipertrofia de *casos de direitos fundamentais*, de questões de constitucionalidade e de recurso à ponderação de bens.

Mais, gera-se um efeito natural de degradação sempre que a invocação da existência de direitos fundamentais aplicáveis ao caso surge, como frequentemente acontece na fundamentação judicial da sentença, como mera retórica de apoio a uma decisão realmente encontrada por outras vias e que, a coberto de uma pretensa dogmática jusfundamental dificilmente

dominável, se utiliza para dispensar justificação mais exigente; normalmente, três linhas com «colisão de direitos», «princípio da concordância prática» ou «limites imanentes dos direitos fundamentais», com uma remissão para uma *Constituição Anotada*, surgem como fórmulas mágicas que se consideram bastantes para fundamentar qualquer decisão⁶².

5. A solução *diferenciadora* e as suas consequências no Estatuto e na actuação do Provedor de Justiça

Vimos atrás como a ideia de *diferenciação* das relações entre privados caracterizadas pela existência, num dos lados da relação, dos chamados *poderes privados* influenciou a alteração do Estatuto do Provedor de Justiça em 1996 e determinou o *alargamento* da sua actuação ao âmbito das *especiais relações de domínio*, o que, como se viu, constitui uma adaptação que a lei fez da doutrina dos *poderes privados* tomados como factor específico de diferenciação.

Desenvolvemos no ponto anterior as dificuldades dogmáticas em que se encerra uma teoria deste tipo e as dúvidas que ela nos merece, tanto em termos teóricos quanto, o que agora analisaremos, nas dificuldades de ordem prática que projecta na actuação do Provedor de Justiça, partindo do princípio de que, segundo essa tese, e é isso que a identifica, nas *especiais relações de domínio* (ou em que estão em causa *poderes privados*) os particulares podem, com base nas normas constitucionais, invocar direitos fundamentais face a outros particulares nas mesmas condições com que o fazem relativamente ao Estado, ou seja, pelo menos no que se refere a direitos, liberdades e garantias, na qualidade de direitos subjectivos directamente aplicáveis.

Isto significaria, relativamente ao Provedor de Justiça, que no quadro daquele tipo especial de relações o Provedor de Justiça deveria receber queixas ou participações que os particulares lhe fizessem quanto a eventuais violações dos seus direitos, liberdades e garantias por parte de outros particulares e, mais, o Provedor de Justiça deveria aí actuar, em consequência, e à luz daqueles pressupostos teóricos, nos mesmos termos que utiliza relativamente ao Estado, ou seja, inquirindo, mediando o conflito e formulando, em caso de necessidade, as correspondentes recomendações às entidades envolvidas.

⁶² Para se ter uma noção dos perigos envolvidos, veja-se, assim, a forma como normalmente os *direitos fundamentais* são aplicados ligeiramente pelos tribunais comuns, sempre que vem invocada a existência de um direito com apoio em norma constitucional, sem, na maior parte dos casos, considerarem sequer a questão da sua aplicabilidade controversa a relações entre particulares. Cf., a propósito, BENEDITA MAC CRORIE, *op. cit.*, pp. 90 s, 95 ss e 105 ss.

A primeira dificuldade é, desde logo, como se viu, a da identificação concreta de uma entidade privada como parte de uma *especial relação de domínio*, que tem na origem a ausência de critérios jurídicos firmes que possibilitem uma tal delimitação, uma vez que, por um lado, praticamente fica incluída a generalidade dos casos de relações laborais, o que, já de si, é excessivamente abrangente e, fora dessas situações, os critérios são sempre claudicantes, seja em termos objectivos de possibilidade de identificação, seja, igualmente, em termos de justificação racional da diferenciação. A solução prática encontrada é, no fundo, a única possível: são a consistência da queixa e a sua relevância – mas também, como se viu atrás, a *tradição* de intervenção do Provedor de Justiça num determinado domínio, designadamente no caso das empresas que foram anteriormente empresas públicas ou concessionárias – que justificam quase exclusivamente a respectiva admissibilidade. O pressuposto da existência de uma *especial relação de domínio* fica sem aplicação prática.

Sem aplicação fica igualmente, e em nosso entender bem, o pressuposto de existência de afectação de direitos, liberdades e garantias. Direitos do consumidor, direito ao trabalho, à privacidade, ao ensino ou à saúde são, e bem, exactamente tratados da mesma maneira ainda que uns sejam direitos de liberdade e outros sejam direitos sociais.

Mas, sendo assim, e dificilmente pode ser de outro modo, quando a intervenção do Provedor de Justiça no âmbito das relações privadas se estende, praticamente sem limites objectivos, a todas as situações de conflito entre particulares que lhe venham a ser colocadas, é a própria justificação da *tese diferenciadora* inspiradora da modificação introduzida no Estatuto do Provedor de Justiça que fica abalada no cerne da sua justificação e a aproxima, em termos práticos, da concepção da aplicabilidade imediata, com os perigos que isso envolve para a dissolução da natureza e especificidade do órgão Provedor de Justiça.

O risco que se corre é o de transformação do órgão Provedor de Justiça em mediador de conflitos entre privados que, como se viu, facilmente podem invocar a favor das respectivas pretensões a *ajuda* das normas constitucionais de direitos fundamentais. Assim, quando, por exemplo, um proprietário se queixa ao Provedor de Justiça das condições de falta de segurança em que funciona um infantário que está instalado no seu prédio – portanto, à partida, uma preocupação nobre com a integridade física e a saúde das crianças –, poderia perfeitamente acontecer que, a ser atendida a queixa, o resultado da intervenção do Provedor de Justiça se saldasse, em termos práticos, na mobilização de um órgão do Estado em favor dos interesses de um proprietário na realidade mais interessado em reunir argumentos orientados ao despejo do inquilino que na saúde das referidas crianças.

Ainda por outras razões, uma concepção como esta resulta problemática quanto à natureza da mediação desenvolvida pelo Provedor de Justiça. Assim, em coerência com os pressupostos teóricos daquela concepção que, como vimos, equipara a intervenção do Provedor de Justiça nas *especiais relações de domínio* à intervenção que ele desenvolve quanto às queixas dos particulares relativas ao Estado, o Provedor de Justiça deveria actuar directamente junto das entidades privadas e fazer-lhes as recomendações que considerasse adequadas a pôr termo às violações de direitos, liberdades e garantias por eles perpetradas.

Porém, diferentemente do que acontece com o Estado e as entidades públicas, as entidades privadas, incluindo as que se encontram numa posição de supremacia de *especial domínio*, não têm qualquer obrigação jurídica de cooperação com o Provedor de Justiça nem, muito menos, lhe devem qualquer obediência. Logo, o acatamento de uma eventual recomendação que o Provedor de Justiça faça neste âmbito pode dever-se a boas razões – basicamente porque a entidade privada se convenceu da bondade das razões daquele, o que, todavia, pode não ser o mais provável quando essas mesmas razões já tinham sido invocadas pelo outro particular –, mas também o pode ser por simples temor reverencial, fundado na ignorância das competências e natureza do órgão, ou simples manifestação de *boa vontade* por parte de uma entidade privada empenhada numa *diplomacia* de bom relacionamento com os órgãos do Estado.

Dir-se-á que em qualquer destas últimas hipóteses, e mesmo quando a intervenção do Provedor de Justiça foi bem sucedida, há, no mínimo, um *desconforto* que resulta de uma intervenção potencialmente geradora de desigualdade entre os particulares que puderam beneficiar da intervenção do Provedor de Justiça e os que não puderam – uma mesma empresa pode atender uma sugestão do Provedor relativamente ao particular que se queixou, mas discriminar um outro, ou duas empresas reagirem de modo totalmente diverso à sugestão idêntica –, mas que também resulta de uma quase inversão do papel, imagem e natureza do Provedor de Justiça que, de representante da sociedade e dos cidadãos junto do Estado, acaba *visto* como *agência* do Estado junto de particulares.

Por último, ocorre também que, pura e simplesmente, as entidades privadas rejeitem liminar e ostensivamente, e sem quaisquer consequências, a intervenção do Provedor de Justiça, o que pode constituir igualmente um factor de alguma degradação da imagem e prestígio do órgão.

De tudo resulta que, na prática, e bem, o Provedor de Justiça, sempre que existe no sector de actividade privada em causa uma entidade reguladora ou fiscalizadora capaz de, com efi-

cácia, atalhar as violações invocadas, se oriente preferencialmente por dirigir as queixas para essas entidades, o que sucede normalmente no caso dos conflitos de natureza laboral.

Ora, quando o faz, o Provedor de Justiça não deixa de atender às responsabilidades que a lei lhe atribui, mas, em nosso atender, fá-lo segundo uma lógica que é muito mais consen-tânea com a teoria dos deveres estatais de protecção, que a seguir analisaremos, do que com a tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que na versão da solução *diferenciadora*.

IV

Os deveres estatais de protecção e o Provedor de Justiça

1. A teoria dos deveres estatais de protecção dos direitos fundamentais

Vimos como, perante os limites e insuficiências evidenciados pelas formulações originárias das teses *imediata* e *mediata* de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre privados, a doutrina evoluiu para outras posições de superação das divergências iniciais sobre o tema.

Como dissemos, a *solução diferenciadora* seguida pela doutrina dominante em Portugal não é a única modalidade, nem, em nosso entender, a mais adequada, de corresponder à necessidade de protecção da autonomia e liberdade individuais nas relações entre particu-lares. Na Alemanha, o sentido da evolução das posições sobre o tema foi muito diferente e, pode dizer-se, mesmo quando há diversidade semântica na descrição do *estado da arte*⁶³, que a superação das posições originárias se fez numa primeira fase através de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional⁶⁴ fundada na dimensão objectiva dos direitos fundamentais e na sua força irradiante a toda a ordem jurídica, incluindo as relações entre privados, e que se

⁶³ Cf. STERN, *op. cit.*, p. 1560.

⁶⁴ Iniciada com a sentença *Lüth*, de 1958, com o reconhecimento seminal do conteúdo jurídico-objectivo dos direitos fundamentais e do seu efeito irradiante, e depois continuada com os acórdãos sobre o aborto, o terrorismo, as instalações perigosas, os riscos tecnológicos e a chamada protecção do indivíduo contra si próprio. Cf., sobre esta jurisprudência marcante, E. KLEIN, «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates» *in NJW*, 27, 1989, pp. 1634 ss; STERN, *op. cit.*, pp. 938 ss; ISENSEE, *loc. cit.*, pp. 181 ss; GRIMM, «The protective function...», *cit.*, pp. 143 ss. Uma boa actualização em língua castelhana encontra-se em ESTRADA, «Los Tribunales Constitucionales...», *cit.*, pp. 139 ss; mais recentemente, com indicações sobre jurisprudência afim de outros tribunais, DOMÉNECH PASCUAL, *op. cit.*, pp. 77 ss.

reflectiu depois, através de um afinamento doutrinário desenvolvido já a partir da década de oitenta, na chamada teoria dos deveres de protecção⁶⁵ que aqui perfilhamos⁶⁶.

Esta teoria é, a nosso ver, dogmaticamente sólida, consentânea com a história e a teoria dos direitos fundamentais e apta a fundamentar uma protecção adequada nas relações entre particulares. Aplicando a teoria dos deveres de protecção ao tema específico da *Drittwirkung* e confrontando-a com as outras teses, particularmente a tese *diferenciadora* dominante entre nós, começamos por uma síntese sobre o que é comum e é distinto nas diferentes concepções.

As diferentes teses coincidem na atribuição ao legislador ordinário de um papel primordial na acomodação vivencial dos direitos fundamentais nas relações entre privados, a ele se atribuindo, primariamente, essa função. Assim, numa primeira hipótese, se há uma lei que decide o caso, deve ela ser aplicada na resolução do conflito concreto⁶⁷.

Numa segunda hipótese, pode não haver lei que resolva directamente o conflito privado ou, existindo, ela pode limitar-se, quanto à questão controvertida, a dar indicações de solução assentes em fórmulas vagas ou conceitos indeterminados. Nessa altura, enquanto a tese da aplicabilidade *imediata* recorre directamente aos direitos fundamentais plasmados na Cons-

⁶⁵ Para esta teoria cf., entre muitos, HESSE, *Grundzüge...*, cit., anotações 349 s; GALLWAS, *Grundrechte*, Frankfurt, 1985, pp. 62 ss; ALEXU, *Theorie...*, cit., pp. 410 ss; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987, pp. 201 ss; E. KLEIN, «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates» in *NJW*, 27, 1989, pp. 1633 ss; DIE-TLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1991; ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit.; STERN, *op. cit.*, pp. 931 ss; H. KLEIN, «Die grundrechtliche Schutzpflicht» in *DVBl*, 9, 1994, pp. 489 ss; P. UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996, *maxime*, pp. 66 ss; CANARIS, *op. cit.*, *maxime*, pp. 101 ss.

⁶⁶ Num sentido muito próximo, parece-nos ser, entre nós, a posição de P. MOTA PINTO («O desenvolvimento...», cit.), apesar da opinião do próprio aparentemente contrária reproduzida mais recentemente em «A influência dos direitos fundamentais...», cit., p. 153.

⁶⁷ Vimos, porém, como há *nuances* nas várias teses acerca do entendimento desta prioridade do legislador ordinário: enquanto as teses *mediata* e dos deveres de protecção só a *questionam* em caso de inconstitucionalidade da lei ordinária ou em caso da eventual necessidade de uma sua interpretação em conformidade à Constituição, já para os quadros da aplicabilidade *imediata*, e em termos de pura lógica, nada impede o particular de, mesmo na presença de lei ordinária que resolva o problema, recorrer à norma constitucional e invocar directamente o seu *direito subjectivo fundamental* contra a outra parte (ou, no caso da solução *diferenciadora*, contra o *poder privado*), na medida em que um direito *constitucional* será sempre mais forte que um direito *legal*. Por isso, também, a pretensa solução de ALEXU assentando em *três níveis* de aplicação redundava no mesmo efeito, de acordo com o seu próprio modelo de direitos fundamentais como princípios: como o terceiro nível, o da aplicação imediata enquanto direito subjectivo de particular contra particular, garante uma protecção mais forte, deveria ser ele, sempre, a cobrar aplicação.

tituição, as outras duas posições (*mediata e deveres de protecção*) ensaiam, como via de resolução do conflito, uma densificação e concretização dessas fórmulas e conceitos indeterminados num sentido conforme à Constituição e aos direitos fundamentais ou, se isso não for possível por simples inexistência de norma legal, tentam o recurso às cláusulas gerais e categorias de elaboração e aplicação comuns no Direito civil, preenchidas igualmente à luz de uma interpretação constitucionalmente conforme.

Problema e divergência residuais existem numa terceira hipótese, quando não há lei nem cláusula geral ou conceito indeterminado objectivamente susceptíveis de aplicação ao caso concreto e, todavia, subsiste uma situação de ameaça ou afectação de bens jusfundamentalmente protegidos de um particular por parte de um outro. É nesta hipótese que se centra a diferença específica entre a tese *mediata* e a teoria dos deveres de protecção.

Nessa hipótese, a *tese mediata* remete exclusivamente a solução do problema para o foro tradicional da autonomia privada, uma vez que, para essa concepção, as únicas modalidades admissíveis através das quais os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre particulares são a mediação do legislador e, excepcionalmente, a densificação judicial dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais do Direito civil.

Diversa é a posição, sobre o problema, da tese dos *deveres de protecção* que agora desenvolvemos.

Na base desta teoria está, em primeiro lugar, a rejeição da hipótese de aplicação directa e imediata dos direitos fundamentais às relações entre privados, de acordo com o que, para a doutrina dominante na Alemanha, resultou da primeira discussão sobre o tema⁶⁸: os direitos fundamentais são essencialmente, como sempre foram considerados, direitos contra o Estado, não sendo directa e imediatamente invocáveis contra outros particulares. Neste sentido, a teoria dos deveres de protecção surge geneticamente associada à tese *mediata*⁶⁹, tanto podendo ser vista como um desenvolvimento desta outra – como aqui fazemos⁷⁰ – como, reciprocamente, a *Drittwirkung* pode ser concebida como caso especial de aplicação da teoria dos deveres de protecção⁷¹.

⁶⁸ Cf. *supra*, II, 2.

⁶⁹ Cf. ROBBERS, *Sichereit ...*, cit., pp. 201 ss; E.KLEIN, *loc. cit.*, pp. 1639 s; OETER, *loc. cit.*, pp. 549 ss.

⁷⁰ Igualmente entre nós, embora não perfilhando a teoria, J. NUNES ABRANTES, «Labour contract...», cit., p. 619.

⁷¹ Assim, STERN, *op. cit.*, pp. 1560 s, com remissões para as diferenças na doutrina.

De resto, uma e outra concepção (aplicabilidade *mediata* dos direitos fundamentais nas relações privadas e teoria dos deveres de protecção) têm como ponto comum e vital de referência fundante o reconhecimento da chamada dimensão objectiva dos direitos fundamentais, segundo a qual, para além de uma dimensão subjectiva, os direitos fundamentais têm um *outro lado*, o de valores e conteúdos objectivos constitucionais; assim, enquanto tal, enquanto algo que *vale* objectivamente por força da sua consagração constitucional e independentemente da sua titularidade subjectiva, os direitos fundamentais irradiam a sua validade e eficácia a toda a ordem jurídica e a todos os ramos do Direito, incluindo, portanto, a das relações entre privados e Direito que a rege, projectando aí sobre todos os poderes do Estado, como dizia o Tribunal Constitucional alemão, directrizes e impulsos de protecção e realização⁷².

Porém, apesar da associação originária entre as duas ideias, a doutrina e a jurisprudência alemãs que desenvolveram a teoria dos deveres de protecção não se bastaram com os limites em que a tese da aplicação *mediata* pretendia conter a relevância dos direitos fundamentais nas relações entre privados e que eram os da necessidade de uma prévia conformação conforme das relações privadas por parte do legislador e, na falta ou insuficiência desta, através da intervenção complementar da interpretação e aplicação ao caso das cláusulas gerais e conceitos indeterminados de utilização comum no Direito civil.

Segundo a teoria dos deveres de protecção, e a partir do reconhecimento da referida dimensão objectiva e da força irradiante dos direitos fundamentais, sobre o Estado e os seus diferentes órgãos impende o imperativo constitucional de protecção da liberdade e autonomia individuais e, em particular, dos bens jusfundamentalmente protegidos⁷³. Ora, esse dever de protecção respeita às ameaças ou agressões provenientes das entidades públicas, mas também

⁷² Sobre os conceitos, e a ligação, de dimensão objectiva dos direitos fundamentais, efeito irradiante e dever estatal de protecção, cf., JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições ...*, cit., pp. 59 ss. Associando igualmente dimensão objectiva e dever de protecção, cf. DANIEL SARMENTO, *op. cit.*, pp. 160 ss. Sobre a eventual consumpção da polémica sobre a *Drittwirkung* pela da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, cf. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen» in *Der Staat*, 1990, pp. 10 s; ID., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, pp. 112 ss.

⁷³ Apesar de se poder falar normalmente em dever de protecção dos direitos fundamentais, em rigor não são os direitos fundamentais a ser protegidos, mas antes os bens objecto de protecção jusfundamental. A vida, a integridade física, a saúde, a liberdade ou a propriedade são os bens juridicamente garantidos pelos direitos fundamentais, pelo direito à vida, à integridade física, etc.. Ora, aquilo que o Estado está obrigado a proteger é a vida, a integridade física, a autonomia e a liberdade individuais, ou seja, os bens jusfundamentalmente protegidos. Cf., a propósito, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 292 ss; ID., *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, cit., pp. 81 s. Nesse mesmo sentido, já SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, pp. 64 ss; ISENSEE, *loc. cit.*, pp. 145 ss.

das entidades privadas e, quanto a estas últimas — que é o problema que nos ocupa —, essas necessidade e obrigação advêm não apenas do facto de que nem sempre os particulares dispõem, por si sós, dos meios de auto-tutela desses direitos, como até, por facto do monopólio estatal do uso da força coactiva em que se fundam os Estados de Direito, resultam da verificação de que uma defesa plena e efectiva só pode ser legitimamente prestada pelo Estado.

Se o Estado não cumprisse essa obrigação ou não a desempenhasse convenientemente, incluindo, se necessário, através do recurso à mais gravosa das sanções, a tutela penal, então os próprios direitos fundamentais que o indivíduo tem contra o Estado ver-se-iam esvaziados e privados do seu sentido útil porque os bens que esses direitos fundamentais protegem estariam, entretanto, à mercê dos danos provindos dos outros particulares.

Assente o dever de protecção, que em tese é igualmente reconhecido pela tese *mediata*, até pela referência comum das duas concepções à dimensão objectiva dos direitos fundamentais, assoma, no entanto, a diferença específica entre as duas posições, a da tese *mediata* e a da teoria dos deveres de protecção.

É que, para esta última, sendo certo que o dever estatal de protecção impende, em primeiro lugar, sobre o legislador (através dos deveres de prestação normativa de protecção dos direitos fundamentais que podem ir de simples indicação directiva até à protecção mais extrema do recurso à lei penal), ele recai também sobre o poder judicial. Aí se incluem os juizes comuns quando decidem conflitos entre privados, donde resulta que, mesmo na ausência de prévia ou cabal decisão do legislador e quando o recurso à densificação de conceitos legais indeterminados ou das cláusulas gerais de Direito civil é insuficiente ou incapaz de garantir a devida protecção, o juiz comum deve assumir ele próprio o dever de protecção, ainda que no respeito das garantias de Estado de Direito e do princípio da separação de poderes.

Esse dever de protecção respeita genericamente ao Estado no seu todo, não é exclusivo de nenhum dos seus órgãos, o que remete inevitavelmente para a questão, muito delicada, da repartição concreta de competências na respectiva realização. Ora, diferentemente do que acontecia com a tese da aplicabilidade *imediata* — que, em última análise, transbordava objectivamente em ameaça à estabilidade da concepção de separação de poderes própria de Estado de Direito, na medida em que a invocação directa e imediata de direitos fundamentais constitucionais em quaisquer conflitos de natureza privada acabava por conferir ao poder judicial e, designadamente, ao juiz constitucional, um peso e uma presença quase avassaladores —, a teoria dos deveres de protecção inscreve a responsabilização geral do Estado na protecção

dos bens jusfundamentais no quadro do princípio da separação de poderes. Esse dever de protecção é uma decorrência da vinculação de todas as entidades públicas aos direitos fundamentais, obrigando, por isso, todos os poderes do Estado, mas no respeito dos respectivos limites funcionais.

Esse dever de protecção de bens jusfundamentais contra ameaças ou agressões de outros particulares, que incumbe a todos os órgãos do Estado, é, por isso mesmo, um dever a ser exercido com a maior ponderação e contenção, sobretudo quando a protecção se traduz, e na maior parte dos casos isso acontece, na necessidade preventiva ou repressiva de *atacar* direitos fundamentais de outros particulares, incluindo dos direitos fundamentais daquele que perturba ou ameaça os bens jusfundamentalmente protegidos de outro particular. E se essa contenção obriga todos os órgãos estatais, ela é ainda maior quando o legislador não decidiu adequadamente a questão e a administração e o poder judicial se vêem forçados, em caso de lei vaga ou indeterminada, de lei insuficiente ou, em casos extremos, mesmo na ausência de lei, a desenvolver uma actuação orientada à defesa de bens jusfundamentais, mas que é, simultaneamente, de intervenção restritiva em direitos fundamentais de outros particulares.

2. As dificuldades da teoria dos deveres estatais de protecção

Nas situações que acabámos de referir reside, pelo exposto, a origem de uma primeira dificuldade desta teoria. A delimitação de um sentido constitucionalmente adequado da intervenção do juiz comum e do juiz constitucional nestas situações remete para um dos temas mais controversos e difíceis do actual Estado de Direito e que é o do espaço reciprocamente reservado a poder legislativo e poder judicial na concretização dos direitos fundamentais à luz da tensão entre o princípio da vinculação de todas as entidades públicas, sem excepção, aos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes.

a) Aqui, uma visão mais conservadora que absolutizasse o sentido e o papel da reserva de lei no domínio das restrições aos direitos fundamentais *ataria* o juiz de uma forma tão intensa que não permitiria distinguir, em termos de consequências práticas, a teoria dos deveres de protecção da teoria da eficácia *mediata*; só o enquadramento teórico seria distinto⁷⁴. Ou seja, como a protecção do bem jusfundamental ameaçado ou agredido exige do Estado a interven-

⁷⁴ Assim, de alguma forma, E. KLEIN, *loc. cit.*, 1640; WAHL/MASING, «Schutz durch Eingriff» in *JZ*, 1990, pp. 553 ss; ISENSEE, *loc. cit.*, pp. 223 ss; OETER, *loc. cit.*, p. 550; H. KLEIN, *loc. cit.*, p. 491.

ção restritiva num direito fundamental do *agressor* – que pode invocar, contra o Estado, o seu direito fundamental de defesa –, haveria lugar à observância estrita do princípio da reserva de lei: a existência de lei habilitadora dessa intervenção restritiva seria um requisito ineliminável, como é próprio de Estado de Direito. Ora, no caso, o problema só surgia enquanto problema difícil exactamente por não haver lei prévia que decidisse cabal e adequadamente o conflito.

Já uma visão mais flexível quanto ao alcance do comando da reserva de lei em caso de necessidade de restrição de direito fundamental com fim de salvaguarda indispensável de outros bens igualmente carecidos de protecção jurídica, designadamente os direitos dos outros⁷⁵, tenderá a abrir novas possibilidades de intervenção ao juiz e, nesse sentido, a acentuar as diferenças entre a teoria dos deveres de protecção e tese da aplicabilidade *mediata*⁷⁶.

Pode suceder, pura e simplesmente, que o juiz se encontre perante a inevitabilidade de ter de fazer ceder um ou outro direito, pelo que, mesmo na ausência da lei, ele tem de decidir. Pode também considerar-se a possibilidade de nem sequer ocorrer, na intervenção judicial protectiva, afectação relevante de qualquer outro direito fundamental; as intervenções restritivas actuadas num direito fundamental para proteger outros bens podem ter uma gravidade muito diferenciada. Há, por isso, sempre um espaço de decisão que tem de se reconhecer ao juiz, baseado na necessidade de ponderação de factores como a gravidade e intensidade da lesão ou da ameaça, a sua iminência, a relevância dos bens protegidos, a situação particular em que se encontra cada um dos afectados.

b) Entre os factores a considerar está, por outro lado, a intervenção de um outro princípio cujas potencialidades dogmáticas estão longe de estar esgotadas, o princípio da *proibição do défice*⁷⁷, segundo o qual a insuficiência de protecção quando situada abaixo do limiar devido determina a inconstitucionalidade da omissão e, nesse caso, a eventual transmutação do dever de protecção em direito subjectivo à protecção que, enquanto tal, pode ser actuado face ao juiz comum que decide a causa e, por maioria de razão, face ao juiz constitucional⁷⁸.

c) Ou seja, e apesar das dificuldades em determinar um sentido preciso, o juiz deve poder actuar, mesmo na ausência de lei ou na sua insuficiência, quando essa intervenção, mesmo se restritiva, decorre da necessidade de suprir um défice de protecção inconstitucional objectivamente apurável, mas já deveria autoconter-se quando a sua intervenção equivallesse, pura

⁷⁵ Cf., assim, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 449 ss e pp. 880 ss.

⁷⁶ Assim, CANARIS, *op. cit.*, pp. 122 ss.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 77 ss e 117 ss e bibliografia citada.

e simplesmente, a substituir a posição do legislador – que pode inclusivamente ser a que se *expressa* num silêncio da lei⁷⁹ – pela sua própria posição sobre o que é mais adequado.

O interesse dogmático da teoria dos deveres de protecção relativamente às teses *concorrentes* é, entre outros, precisamente esse, o de ser dotada de uma maleabilidade que lhe permite atender às circunstâncias do caso e a todos os factores atendíveis ao invés da tentação vã de assentar em categorias e distinções talhantes que, na prática, acabam por não ter aplicabilidade.

Dir-se-ia, em todo o caso, e essa seria uma outra dificuldade da teoria dos deveres de protecção, que essa última vantagem se perderia, comparativamente à solução *diferenciadora*, quando a teoria dos deveres de protecção, genericamente aplicável a todas as situações, se impede objectivamente de atender às diferenças entre vários tipos de relações privadas, entre relações de *domínio* e relações de paridade. No entanto, em nosso entender, é exactamente o contrário.

Quando o legislador, a administração e o juiz actuam na protecção de um bem devem atender a todos os factores relevantes, desde a intensidade da ameaça à necessidade objectiva e subjectiva de protecção. Estas são grandezas variáveis, mas, ao contrário do que vem implícito na solução *diferenciadora*, o factor *poder privado* ou relação de *especial domínio* podem não ser decisivos na respectiva avaliação ou até não desempenhar aí qualquer papel. Em todo o caso, a teoria dos deveres de protecção permite e exige a atenção a todos os factores e circunstâncias relevantes, incluindo a da disparidade da relação entre particulares ou a existência de pressões e condicionamentos da expressão livre da autonomia individual.

Já a solução *diferenciadora*, baseada exclusivamente em distinções classificatórias, faria uma opção de tudo ou nada: se há *poder privado* o bem jusfundamental deve ser protegido, se não há já não tem protecção. Se há uma *especial relação de domínio*, mesmo que o consentimento ou o acordo sejam livremente desejados e expressão autêntica da autonomia individual, o Provedor de Justiça deve proteger; se não se tratar de *especial relação de domínio*, mesmo que a gravidade da ameaça ou da lesão sejam tão ou mais intensas que naquela, aí, só por facto de se tratar de relação entre iguais, o Provedor de Justiça já deveria permanecer impassível.

⁷⁹ O silêncio da lei é muitas vezes, não uma lacuna de regulação, mas uma decisão intencional de o legislador deixar *respirar* a sociedade. Em domínios fortemente controvertidos como, por exemplo, a experimentação científica ou a procriação medicamente assistida, o legislador pode considerar que, num dado momento, sem que haja conclusões científicas seguras, qualquer tentativa de regulamentação significaria apenas a imposição dos preconceitos de alguns sobre os dos outros. Nessa altura, a intervenção independente do juiz, mesmo se feita ao abrigo da invocada necessidade de protecção de bem jusfundamental, constituiria violação do princípio da separação de poderes e da prioridade que, na concretização dos direitos fundamentais, deve ser atribuída ao legislador democrático.

d) À teoria dos deveres de protecção poderia, no entanto, ser formulada uma última objecção que, dir-se-ia, ser decisiva no plano da respectiva consistência e que a seguir tratamos.

No fundo, a especificidade da teoria dos deveres de protecção relativamente à tese da aplicabilidade *mediata*, a sua mais-valia, seria a fundamentação da possibilidade de intervenção do juiz quando ou não houve prévia conformação legislativa de protecção ou ela foi insuficiente. Nessa altura, sem perda de coerência dogmática, a teoria dos deveres de protecção proporcionaria uma garantia dos direitos fundamentais nas relações entre privados tão efectiva quanto a visada pela tese da aplicabilidade *imediata* e não teria os inconvenientes de implausibilidade dogmática e de inconsistência de aplicação prática que esta revela quando coloca os titulares de direitos fundamentais na posição de titulares de direitos subjectivos uns contra os outros no domínio das relações privadas.

Porém, a teoria dos deveres de protecção só o consegue fazer porque parte da ideia do imperativo de tutela estatal, incluindo do poder judicial, sempre que os direitos fundamentais de particulares são ameaçados ou lesados, nas relações privadas, por parte de outros particulares. Mas, e essa é a objecção, o dever estatal de protecção só existe se se partir do princípio de que a ameaça ou a lesão são ilegítimas, violam direitos fundamentais, ou seja, se se partir do princípio de que os direitos fundamentais *valem* também nas relações entre particulares mesmo que não haja a correspondente mediação legal, ou seja, de que valem aí directamente. O juiz comum só está obrigado a proteger os direitos fundamentais nas relações entre privados porque eles valem nas relações entre privados; se não valessem, nada haveria a proteger. Ora, esse pressuposto de validade directa nas relações entre privados é precisamente o pressuposto da tese da aplicabilidade *imediata* que, no entanto, a teoria dos deveres de protecção tinha rejeitado⁸⁰.

No entanto, a objecção não procede. É certo que para haver imperativo de intervenção estatal de protecção de um direito fundamental na relação entre particulares esse direito fundamental tem, em primeiro lugar, de valer nessa relação, pois de outro modo nada haveria a proteger. O ponto é saber que tipo de validade, ou seja, o que é que vale. Ora, ao contrário do que sustenta a tese da aplicabilidade *imediata*, a validade dos direitos fundamentais nas relações entre privados não é idêntica à que se verifica nas relações entre indivíduo e Estado. Nas relações entre privados os direitos fundamentais valem na sua dimensão objectiva, não enquanto direitos subjectivos de uns contra os outros particulares⁸¹.

⁸⁰ Cf., assim, BLECKMANN, *op. cit.*, p. 177; E. KLEIN, *loc. cit.*, p. 1640; RÜFNER, *loc. cit.*, p. 552. Entre nós também BENEDITA MAC CRORIE, *op. cit.*, p. 67.

⁸¹ Assim mesmo, HESSE, *Grundzüge...*, cit., anotação 357; STERN, *op. cit.*, pp. 1572 ss; LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, p. 162.

Como vimos, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais valem também enquanto valores objectivos, enquanto princípios jurídico-objectivos constitucionais cuja força jurídica irradia a toda a ordem jurídica e, também, nesse quadro, às relações jurídicas que se estabelecem entre particulares.

Ora, se a dimensão objectiva dos direitos fundamentais nas relações entre privados se traduz, relativamente ao Estado, no referido dever de protecção, já quanto aos outros particulares ela significa um dever geral de respeito⁸² a que todos se encontram obrigados.

Os particulares estão obrigados, nas relações que estabelecem entre si, a não atentar contra os bens jusfundamentalmente protegidos, a não lesar, como se diz numa linguagem menos exigente, os *direitos dos outros*, a liberdade ou a propriedade dos outros, enquanto bens protegidos pelos direitos fundamentais. Mas essa obrigação de não lesar a liberdade dos outros não se confunde com o dever que o Estado tem face aos particulares como correlativo dos direitos fundamentais destes. Não é um *dever de cooperação*, nem comporta quaisquer deveres positivos, pelo menos até que o legislador traduza os direitos fundamentais em direitos subjectivos exigíveis dos outros particulares nas relações privadas.

Enquanto direitos que valem nas relações entre particulares exclusivamente na sua dimensão objectiva, os direitos fundamentais exigem apenas, dos particulares *destinatários*⁸³, um dever geral de respeito ou, o que tem o mesmo sentido, uma obrigação de *neminem laedere*⁸⁴, de não lesar os bens jusfundamentalmente protegidos, de não provocar danos na vida, propriedade, autodeterminação e outros bens protegidos dos outros privados.

A quebra desse dever e dessa obrigação, ou a ameaça ou risco de tal vir a ocorrer, desencadeiam o dever estatal de protecção, cuja realização, por sua vez, não se pode situar abaixo do limiar juridicamente devido, sob pena de inconstitucionalidade por insuficiência de protecção e de, conforme as circunstâncias concretas do caso, essa violação dar origem a um direito subjectivo à protecção⁸⁵ que o particular afectado pode fazer valer face ao Estado.

⁸² Cf., entre nós, JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 321; VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 127, mas referindo-se apenas às entidades privadas não dotadas de poder.

⁸³ A fórmula *destinatários* não é, aqui, utilizada rigorosamente, uma vez que na sua dimensão objectiva os direitos fundamentais valem *erga omnes*, não têm um destinatário preciso, não pressupõem a existência de uma relação jurídica, ao contrário do que sucede quando são invocados na sua dimensão subjectiva.

⁸⁴ Cf., desenvolvidamente, ISENSEE, *loc. cit.*, pp. 145 ss.

⁸⁵ Nas ordens jurídicas que admitem o recurso de amparo constitucional, é este direito subjectivo que medeia o acesso ao Tribunal Constitucional com origem remota em violações ocorridas em relações privadas. A

Dir-se-á que em termos práticos o resultado acaba por ser o mesmo de quando se invoca a existência de um direito subjectivo de particular contra particular, mas não é. Se existe um direito subjectivo contra um outro particular, há uma suficiente determinabilidade do conteúdo da prestação exigível e essa exigibilidade é definitiva, não há lugar a uma aplicação atenuada ou à isenção parcial ou total de princípios como os da igualdade ou da proporcionalidade; por sua vez, se do outro lado há um outro direito subjectivo com a mesma força e garantido pelos mesmos princípios não há como resolver o conflito.

Já quando há um dever de protecção enquanto obrigação positiva sujeita à avaliação do próprio obrigado, neste caso o Estado, esse dever é, por natureza, gradual, variável, em função das circunstâncias do caso e da própria margem de livre decisão do órgão estatal, e só quando a respectiva realização não atinge o referido limiar mínimo é que se pode falar de um direito subjectivo à protecção, mas agora do indivíduo afectado contra o Estado. O órgão do Estado que assume o dever de protecção tem que apreciar e ponderar todos os factores relevantes, como sejam: os de saber se a Constituição já decidiu a questão (no caso referido dos direitos que a própria Constituição consagra como vinculando, por natureza, outros particulares, a discricionariedade fica reduzida a zero); se a ameaça ou risco são sérios ou iminentes; a intensidade da lesão; as necessidades de ajuda do particular; a existência ou não de uma relação desequilibrada, de um *poder privado*; a genuinidade de um eventual consentimento do lesado; os limites impostos pelo princípio da separação de poderes.

Por isso a opção por uma ou outra teoria (a dos deveres de protecção ou, em alternativa, a da aplicabilidade imediata, seja na versão *radical* ou na versão *sofisticada* da solução *diferenciadora*) enquadram de modo substancialmente diverso, e com consequências práticas, a actuação e responsabilidades do órgão estatal em causa e, naturalmente, no nosso caso, do Provedor de Justiça.

eventual violação de direito fundamental que o Tribunal Constitucional tem de verificar não é a lesão do bem jusfundamental por parte do outro particular, mas sim o incumprimento do dever de protecção desse bem jusfundamentalmente protegido por parte do juiz comum que julgou a causa e que, com esse incumprimento, terá lesado o direito fundamental que o indivíduo tem face ao Estado, designadamente, na sua dimensão ou faculdade de direito subjectivo à protecção. Por isso o Tribunal Constitucional não verifica, nesses casos, se o juiz comum decidiu *bem* o conflito entre particulares; verifica apenas se quando decidiu esse conflito o juiz comum atendeu devidamente à relevância do direito fundamental e cumpriu ou não adequadamente, nessa medida, o dever estatal de protecção do bem jusfundamentalmente protegido.

3. O Provedor de Justiça e os deveres estatais de protecção

Verificada a solidez dogmática da teoria dos deveres estatais de protecção e as suas vantagens relativamente às teses que com ela concorrem no enquadramento do problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, resta, por último, antes ainda de determinarmos as respectivas consequências no domínio da actuação do Provedor de Justiça, confrontar a sua compatibilidade com o preceito constitucional do art. 18.º, n.º 1. É que, grande parte das objecções a esta posição ou a preferência pela solução *diferenciadora* assentam nessa dificuldade: a teoria dos deveres de protecção, independentemente da sua adequação, não seria justificada entre nós dada a imposição constante do art. 18.º, n.º 1, da nossa Constituição.

Não há a propósito, em nosso entender, nenhuma dificuldade nesse domínio. A Constituição determina que os «preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias [...] vinculam [...] as entidades privadas» e, precisamente, procurámos demonstrar no número anterior de que forma, com que sentido e alcance as vinculam. A vinculação das entidades privadas a tais preceitos significa, nos termos analisados, que sobre elas se impõe um dever geral de respeito dos direitos, liberdades e garantias consagrados em tais preceitos, ou seja, mais precisamente, a obrigação de não lesarem os bens juridicamente protegidos por esses direitos.

Mais, e apesar de tal não resultar claramente do enunciado constitucional, esse dever e essa obrigação, que são, como vimos, a expressão da dimensão objectiva dos direitos fundamentais no *lado* das entidades privadas, aplicam-se directamente nas relações entre particulares, não têm a sua validade sujeita a qualquer mediação, ainda que a respectiva eficácia seja garantida através do dever estatal de protecção dos bens jusfundamentalmente protegidos, enquanto projecção, no *lado* do Estado, da referida dimensão objectiva.

Por outro lado, como acontece, de resto, com a generalidade das normas contidas nos art.s 18.º e 19.º da Constituição⁸⁶, a imposição referida não se limita aos direitos, liberdades e garantias, mas abrange todos os direitos fundamentais por simples facto da supremacia constitucional de que todos eles usufruem.

É isso que a Constituição diz e é isso que *ser* Constituição significa. O que ela não diz nem significa é que da vinculação das entidades privadas àqueles *preceitos constitucionais* resulte que os direitos fundamentais têm também como destinatários as entidades privadas nem, tão

⁸⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos...*, cit., pp. 196 ss.

pouco, que esses preceitos vinculem as entidades privadas da mesma maneira e com o mesmo alcance com que vinculam as entidades públicas ou, muito menos, que desses preceitos resultem directamente direitos subjectivos de uns particulares contra os outros.

Por último, também não resulta da Constituição qualquer distinção dentro do conjunto das entidades privadas quanto à eventual graduação ou diferenciação da sua vinculação aos preceitos constitucionais: o dever geral de respeito em que ela se traduz, a obrigação de *neminem laedere*, impõem-se igualmente a todas as entidades privadas. Por isso a Constituição não distingue. O que acontece é que, como a possibilidade de autodefesa dos particulares contra eventuais quebras de observância daquele dever e daquela obrigação fica objectivamente enfraquecida em certas circunstâncias, como as ameaças à liberdade e autonomia individuais são maiores nuns casos que noutros, assim varia, correspondentemente, a premência e intensidade do dever estatal de protecção.

Logo, quando a lei (o Estatuto do Provedor de Justiça) distingue, dentro das relações privadas, as *especiais relações de domínio*, não há aí lugar a quaisquer dúvidas de constitucionalidade desde que tal diferenciação seja entendida nestes precisos termos: o dever de protecção dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos, liberdades e garantias) que incumbe ao Provedor de Justiça deve ser especialmente atendido e cuidado nas situações em que os particulares mais necessitam da *ajuda* do Estado para a salvaguarda dos bens jusfundamentalmente protegidos.

Assente, portanto, nestes termos a adequação constitucional, também entre nós, da teoria dos deveres de protecção na *explicação* do sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cabe apreciar as consequências desse enquadramento dogmático na actuação do Provedor de Justiça à luz do disposto, não apenas na Constituição, mas também no Estatuto.

Diremos, então, que se é certo que o dever de protecção dos direitos fundamentais se projecta sobre todos os órgãos do Estado, ele assume especial configuração no caso do Provedor de Justiça. O Provedor de Justiça é, não apenas, um órgão vocacionado para aquela função de protecção, como ela preenche, praticamente em exclusividade, as suas atribuições.

Isto é, enquanto a generalidade dos órgãos do Estado tem, relativamente aos direitos fundamentais, como que uma dupla personalidade – enquanto órgãos sobre os quais recai o dever da sua protecção, mas também enquanto potenciais e efectivos agressores dos direitos fundamentais –, tal duplicidade ou ambivalência não se verificam quanto ao Provedor de Justiça.

Em Estado de Direito, Parlamento, Governo, administração, tribunais, todos eles são, simultaneamente, *amigos e inimigos* dos direitos fundamentais, todos eles estão obrigados à defesa e protecção dos direitos fundamentais, mas todos eles podem violar, e, de facto, fazem-no, os direitos fundamentais⁸⁷. Já quanto ao Provedor de Justiça, e aí reside a sua especificidade enquanto órgão do Estado, não existe essa face dupla. Verdadeiro *representante* da sociedade e dos cidadãos junto do Estado na defesa dos seus direitos fundamentais, o Provedor de Justiça, pelo menos em princípio, não ameaça nem é um potencial *agressor* dos direitos dos cidadãos.

Por isso mesmo pode ser problemática e perigosa, em termos de degradação da natureza do órgão, uma interpretação do aditamento de 1996 ao Estatuto do Provedor de Justiça que o transforme, ou abra essa possibilidade, em mediador de conflitos entre privados, em garante dos direitos fundamentais de uns contra os direitos fundamentais de outros, em *agência* do Estado junto dos particulares ou, pelo menos, de alguns particulares. Há, aí, o risco de uma *banalização* do órgão Provedor de Justiça⁸⁸, mas também o de uma alteração significativa e inconveniente da sua própria natureza. É, todavia, esse risco que vem envolvido, como vimos, na solução *diferenciadora* que pretende colocar o Provedor de Justiça, nas *especiais relações de domínio*, a desempenhar funções análogas às que desempenha face ao Estado na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Já de acordo com a compreensão das normas constitucionais e legais à luz da teoria dos deveres de protecção, se devidamente entendida, as tarefas e funções do Provedor de Justiça devem manter-se as que sempre foram, em Portugal e em qualquer parte do mundo onde a figura seja acolhida: *representante* dos cidadãos junto dos órgãos de poder público na defesa dos direitos daqueles. Trata-se, apenas, de verificar se, e como, é este entendimento compatível com o aparente sentido contraditório do aditamento introduzido em 1996 ao Estatuto do Provedor de Justiça. Quanto a esse ponto diremos que a única dificuldade deriva, não do próprio Estatuto, perfeitamente compatível com o entendimento aqui sustentado, mas, antes, da diferença significativa entre o sentido jurídico do aditamento legislativo de 1996 e a realidade do alcance com que foi recebido pela doutrina, mas também pela prática de actuação do Provedor de Justiça.

⁸⁷ O legislador constituinte de 1976, até pela história do regime anterior, teve uma noção muito aguda desta duplicidade, especialmente no que se refere ao legislador, e por isso dotou os direitos fundamentais de um aparelho muito minucioso de garantias contra a lei, mas já foi menos consciente dela quanto a outros órgãos, especialmente quanto aos tribunais, onde deixou praticamente sem garantias as violações todavia tão ou mais frequentes que aí se possam cometer.

⁸⁸ Assim, VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça...», *cit.*, p. 67.

Em primeiro lugar, e decisivo, há um ponto normalmente esquecido ou ignorado que tem de ser salientado: as funções do Provedor de Justiça não sofreram qualquer alteração, nem constitucional nem legal, em 1996; nesse plano, essas funções permanecem exactamente o que haviam sido até então. A alteração verificada foi *construída* à sua margem.

Ou seja, segundo a Constituição, «os cidadãos podem apresentar queixas por *acções ou omissões dos poderes públicos* ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, *dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias* para prevenir injustiças» (art. 23.º, 1, itálicos nossos). Por sua vez, o artigo do Estatuto que consagra as funções do Provedor de Justiça, precisamente o art. 1.º, com epígrafe «funções» que, sublinhe-se, não sofreu quaisquer alterações em 1996, consagra o Provedor de Justiça como «órgão do Estado [...] que tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos, *assegurando [...] a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos*» (itálicos nossos).

Ora, esta exclusividade da orientação das funções e actuação do Provedor de Justiça em direcção aos poderes públicos, e exclusivamente a eles, não sofreu qualquer alteração. As tarefas, competências e funções do Provedor de Justiça no que respeita às relações entre cidadãos entre si mantiveram-se inalteradas em 1996. Não houve, com efeito, qualquer alteração ou qualquer aditamento nesse nível, seja no que respeita ao art. 1.º do Estatuto («funções»), ao art. 20.º («competências») ou ao art. 21.º («poderes»). Portanto, quanto a funções do Provedor de Justiça (art. 1.º do Estatuto) e quanto às suas atribuições (capítulo III) incidindo no domínio das relações entre privados tudo permanece, e bem, sem quaisquer modificações, antes ou depois de 1996: não há novas funções relativas a eventuais violações de direitos fundamentais operadas nas relações entre privados, o Provedor de Justiça não pode desenvolver aí quaisquer novas competências ou poderes. Qualquer outra interpretação da alteração estatutária ocorrida em 1996 seria, não apenas, como procurámos demonstrar, dogmaticamente inadequada, como também dificilmente compatibilizável com o texto legal.

Por outro lado, também as queixas que os particulares podem apresentar ao Provedor de Justiça respeitam exclusivamente, como resulta da Constituição e da lei (art. 3.º do Estatuto) a «acções e omissões dos poderes públicos» e as recomendações que, em consequência, o Provedor de Justiça pode fazer para prevenir ou reparar injustiças são exclusivamente dirigidas «aos órgãos competentes». Não houve, também aí, quaisquer alterações quanto ao conteúdo das queixas dirigidas ao Provedor de Justiça (só admissíveis quando relativas a acções e omissões dos poderes públicos e não já relativas a violações de direitos fundamentais providas de acções de particulares) e das recomendações que ele pode formular (susceptíveis de serem dirigidas só aos órgãos competentes das entidades públicas e não a quaisquer entidades privadas).

Da mesma forma, e conseqüentemente, não houve, nem poderia ter havido, pelo que se disse atrás, qualquer alteração a esse nível quanto aos deveres de cooperação com o Provedor de Justiça (art. 29.º do Estatuto). Obrigados ao dever de cooperação continuam apenas os órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares, e não já as entidades privadas⁸⁹.

Que isto é assim, parece-nos claro e líquido, seja em termos de adequação dogmática, como procurámos demonstrar ao longo do texto, seja em termos da interpretação estrita da Constituição e do Estatuto do Provedor de Justiça. Se há alguma nota que aí deva surpreender, não será a interpretação que aqui fazemos, mas antes a forma como, praticamente sem apoio legal, se foi implicitamente assumindo um outro sentido, muito mais arrojado e inovador, para a alteração legislativa de 1996, como se o Provedor de Justiça tivesse passado a ter novas funções ou competências nesse domínio, a poder receber queixas sobre violações de direitos fundamentais perpetradas por entidades privadas, a poder formular recomendações a essas entidades ou a poder pretender delas qualquer tipo de colaboração.

Uma tentativa de explicação para o facto de uma interpretação, no mínimo, tão *extensiva* ou *ambiciosa* para o aditamento legislativo de 1996 ter sido dada como adquirida, poderá, porventura, ser encontrada, por um lado, no *ambiente* de alguma *euforia garantista* que então se vivia e na presunção da existência, na época, de uma vontade partilhada de reforço ou alargamento da capacidade de intervenção do Provedor de Justiça que, todavia, não teve expressão na alteração do Estatuto.

Por outro lado, pelo menos no plano da forma como a doutrina leu e interpretou a alteração de 1996, não pode deixar de se considerar a influência e o peso da solução *diferenciadora*. Isto é, como a doutrina largamente dominante se inclinava para uma diferenciação quanto ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados – no sentido, já longamente analisado, de equiparar a vinculação aos direitos fundamentais dos chamados *poderes privados* à vinculação própria do Estado –, então houve a imediata tendência para *ler* a nova norma do Estatuto do Provedor de Justiça pura e simplesmente como se se tratasse do acolhimento dessa doutrina por parte da lei. Que a solução *diferenciadora* influenciou a alteração do Estatuto em 1996, parece certo, mas *ler* o novo art. 2.º, n.º 2, como se a solução *diferenciadora* tivesse sido acolhida já não é sustentável.

⁸⁹ Não se acolhendo no Estatuto, portanto, quaisquer reflexos da ideia propugnada por alguma doutrina adepta da solução *diferenciadora* e segundo a qual as entidades privadas dotadas de poder estariam obrigadas a um dever activo de cooperação na realização dos direitos fundamentais dos particulares (assim, VASCO PEREIRA DA SILVA, op. e loc. cit.).

Fica, no entanto, ainda por explicar qual será, então, o sentido e alcance do aditamento introduzido em 1996, e segundo o qual «o âmbito de actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias» (art. 2.º, n.º 2).

Tendo concluído, com inteira segurança, que as queixas admissíveis dos cidadãos e a actuação do Provedor de Justiça continuam exclusivamente centradas nas acções e omissões dos poderes públicos e que aquela actuação se destina exclusivamente a assegurar a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos – pois é isso que dizem inequivocamente tanto a Constituição como a lei –, que sentido poderá ser extraído, então, do alargamento explícito do âmbito de actuação do Provedor de Justiça às «especiais relações de domínio» entre particulares?

Em primeiro lugar, há que deixar perfeitamente claro que o «alargamento» de que se fala é o do «âmbito de actuação» do Provedor de Justiça e não o das suas funções, poderes ou competências. Ou seja, o Provedor de Justiça mantém exactamente as funções, atribuições e competências que tinha – exclusivamente orientadas sobre as acções e omissões dos poderes públicos –, mas agora tem que se preocupar, não apenas com a *legalidade* e a *justiça* dessas acções e omissões no âmbito das relações entre o Estado e os indivíduos, mas também com a *legalidade* e a *justiça* dessas acções e omissões no âmbito das relações entre privados, sobretudo em algumas delas.

A interpretação mais adequada do Estatuto e, de resto, perfeitamente consentânea com a teoria dos deveres de protecção e as respectivas funções do Provedor de Justiça, é, portanto, a de que o Provedor de Justiça não se deve apenas preocupar e atender às eventuais violações dos direitos fundamentais perpetradas pelos poderes públicos no âmbito da actividade dos serviços da administração (art. 2.º, n.º 1, do Estatuto), mas deve igualmente atender às eventuais violações que eles, poderes públicos, cometam quando intervêm no âmbito das relações entre privados, sendo certo que essas violações, designadamente as omissões de protecção devida, são especialmente graves no âmbito das relações de domínio em que uma das partes se encontra numa posição enfraquecida e menos capaz de se defender pelos próprios meios (art. 2.º, n.º 2).

Poderia, então, dizer-se que, com esse alcance, o aditamento de 1996 foi supérfluo, na medida em que essa capacidade de intervenção estava já contida no regime anterior? Diríamos que de certa forma é assim, ou seja, o Provedor de Justiça poderia fazer exactamente o mesmo se não tivesse havido a alteração do Estatuto em 1996, mas, de qualquer modo,

pode retirar-se dela um sentido positivo, qual seja, exactamente, o de realçar a importância dos deveres estatais de protecção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sobretudo naquelas situações em que uma assimetria, disparidade ou desigualdade entre as partes acentua a necessidade e a premência de uma actuação estatal de protecção dos bens jusfundamentalmente protegidos.

No âmbito das suas funções e no exercício das respectivas competências, o Provedor de Justiça deve, então, atender especialmente às omissões estatais de protecção e actuar em consequência junto dos órgãos competentes, sejam eles, consoante a natureza da insuficiência de protecção, o próprio legislador ou a administração, designadamente as entidades de fiscalização ou de regulação.

Nessa medida, e conferindo sentido útil prático ao aditamento de 1996, pode também admitir-se que excepcionalmente, mas atendendo à própria informalidade de meios de actuação do Provedor de Justiça, de resto acentuada pelo próprio Estatuto (art. 1.º, n.º 1), o Provedor de Justiça possa, por um lado, aceitar nesses domínios queixas de particulares relativas a acções de outros particulares, desde que elas sejam objectivamente susceptíveis de reconfiguração como queixas contra acções ou omissões de entes públicos; possa, por outro lado, desenvolver uma intervenção directa informal junto de entidades privadas, sempre que a urgência da intervenção e a gravidade da lesão o exijam e a inexistência de uma instituição pública de fiscalização ou regulação com capacidade de actuação em tempo oportuno aconselhem uma intervenção directa do Provedor de Justiça ao abrigo do seu dever geral de protecção dos direitos fundamentais.

4. Conclusões quanto à actuação do Provedor de Justiça nas relações entre particulares

Tendo em conta as considerações anteriores e aquilo que tem sido a prática de actuação do Provedor de Justiça nas relações entre particulares, podemos, agora, formular sintetizada-mente algumas conclusões, sob a forma de tópicos, de tudo quanto dissemos sobre o sentido e alcance das suas funções nesse domínio:

1. O Provedor de Justiça é um órgão do Estado cujas função e atribuições, nos termos da Constituição e da lei, visam exclusivamente assegurar a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos, designadamente no plano das relações que o Estado estabelece com os particulares.

2. A actuação do Provedor de Justiça centra-se, portanto, na verificação e fiscalização das violações dos direitos fundamentais ou dos interesses legítimos dos cidadãos por parte dos poderes públicos e as queixas que os cidadãos lhe dirigem e a que poderá dar sequência devem respeitar, exclusivamente, a acções ou omissões do Estado ou de entidades públicas.
3. Nesse sentido, eventuais queixas dos cidadãos relativas a situações desenvolvidas no âmbito das relações entre particulares só devem ser admitidas quando se refiram a acções ou omissões que os poderes públicos aí realizaram ou deveriam ter realizado ou quando puderem ser interpretadas, reconvertidas e canalizadas nesse sentido.
4. Na verificação e fiscalização de acções e omissões dos poderes públicos que atentem eventualmente contra direitos e interesses legítimos dos cidadãos, o Provedor de Justiça deve atender especialmente às relações entre Administração e particulares, mas também ao que ocorre nas relações entre privados em que exista uma especial relação de domínio, no sentido de verificar se a posição de supremacia de alguma das partes é susceptível de ameaçar ou lesar bens jusfundamentalmente protegidos e, em consequência, se o Estado desenvolve aí cabalmente os deveres de protecção de direitos fundamentais a que está obrigado.
5. Se no âmbito de especiais relações de domínio entre privados, o Provedor de Justiça verifica, oficiosamente ou a pedido de particulares, a existência de situações de ameaça ou lesão de direitos fundamentais que exijam uma intervenção de protecção da parte dos poderes públicos, a queixa ou eventual recomendação devem ser dirigidas aos órgãos competentes para assegurarem a protecção devida.
6. Nas situações referidas, não existindo entidade reguladora ou fiscalizadora capaz de atalhar o problema em tempo oportuno, poderá excepcionalmente o Provedor de Justiça, no desempenho do próprio dever estatal de protecção, em função da gravidade da lesão ou ameaça e da previsível eficácia da sua actuação, intervir informalmente junto das respectivas entidades privadas.
7. As queixas respeitantes a relações entre particulares que, numa interpretação muito flexível dos requisitos e pressupostos legais, têm vindo a ser apreciadas pelo Provedor de Justiça, designadamente os conflitos de consumo e as relativas a acções de empresas que outrora foram empresas públicas ou concessionárias, deveriam ser progressivamente reencaaminhadas para as entidades públicas competentes, designadamente as respectivas entidades reguladoras ou fiscalizadoras.

