

## **Professor Marcelo Rebelo de Sousa**

As minhas palavras vão para Vossa Excelência, para agradecer o convite que me endereçou para participar nos trabalhos comemorativos da criação do Provedor de Justiça, e também para evocar e felicitar, na sua pessoa, todos aqueles que, ao longo de vinte anos, contribuíram com a sua dedicação e empenho para o prestígio deste Órgão, tornado insubstituível no Direito português – os Senhores Coronel Manuel da Costa Bráz, Conselheiro José Magalhães Godinho, Conselheiro Eudoro Pamplona Corte-Real, Bastonário Ângelo de Almeida Ribeiro, Bastonário Mário Bastos Raposo e Conselheiro José Manuel Menéres Pimentel. Neste cumprimento abarco ainda os servidores públicos sem os quais um órgão singular com tão variadas solicitações dificilmente poderia desincumbir-se da sua missão.

Aqui estou, Senhor Provedor de Justiça, a falar do papel do Provedor de Justiça na feitura das leis – um dos temas alvitados por Vossa Excelência –, assim cumprindo, além do mais, um triplo dever de consciência. Como cidadão, uma vez que são os cidadãos o alfa e o ómega da actividade do Provedor de Justiça. Como jurista, já que é fértil o terreno das considerações suscitadas pela teoria e pela prática da nova instituição e tenha privilegiado, em textos recentes, a abordagem jusadministrativa do órgão em detrimento do seu enquadramento global jusconstitucional. Como constituinte, visto que, apesar de ter votado a versão definitiva do actual Art. 23º. da Constituição da República Portuguesa, tal como foi proposta pela Comissão de Redacção, não pude intervir na discussão e na deliberação que, no plenário da Assembleia, incidiu, a título principal, sobre a matéria.

O Provedor de Justiça e o procedimento legislativo – eis um mote que pode parecer temerário para quantos persistirem na visão exclusivamente administrativa daquele órgão do Estado. Que são ainda muitos, apesar da evidência da experiência dos últimos anos. E também das pistas precursoras aventadas no recente estudo do Dr. Luís Silveira. Por mim, o caminho que seguirei nesta breve digressão pelos horizontes para-legiferantes do Provedor de Justiça começará por alguma ponderação acerca da realidade estrangeira, antes de passar às lições da especificidade portuguesa e a prospectiva dos trilhos a percorrer.

Não é homogénea a realidade externa no tocante a órgão do tipo *Ombudsman*, presente em mais de meia centena de Estados e que o Provedor de Justiça quis introduzir no ordenamento constitucional português. Falo do *Ombudsman* clássico ou generalista, na expressão de Stephen Owen, deixando fora da análise a empreender os órgãos análogos mas com competências especializadas ou sectoriais, como os estudados, por exemplo, por Oetzbrugger. Isto, apesar de haver estatutos de fronteira como, para alguns, seriam os mediadores federais belgas criados pela lei de 22 de Março deste ano.

Apesar das heterogeneidades manifestas, em graus embora diversos e com especificidades compreensíveis, esboça-se uma tendência genérica para que o *Ombudsman* ou o seu equivalente seja chamado ou se encontre legitimado a colaborar na elaboração de actos legislativos, ao menos por via informal, não prevista na Constituição ou na lei. A própria definição de *Ombudsman*, tal como é dada pelo Instituto Internacional *Ombudsman* inclui a faculdade de formular recomendações ao Parlamento, sem dela afastar a matéria legislativa. Que razões conduzem a que o *Ombudsman* possa vir a estender crescentemente a sua actividade a informações, sugestões ou recomendações dirigidas aos órgãos legislativos tendo em vista a elaboração das leis.

Primeira razão – assistiu-se nos últimos trinta anos à complexificação crescente das Administrações Públicas, com reflexos virtuais na sobrançeria, na indiferença, na negligência, na arbitrariedade, no atraso, na insensibilidade jurídica no tratamento dos administrados. E, portanto, a solicitar a atenção do *Ombudsman*. Ora, esta complexificação administrativa projectou-se, por outro lado, amiúde na necessidade de lei, isto é, numa regulação acrescida que, ao menos formalmente, revestia a função de acto legislativo.

Segunda razão – mesmo nas sociedades em que o Estado Providência recuou, em postura desreguladora nos últimos dez anos, esse recuo não representou um regresso ao Estado Liberal. Isto é, a Administração Pública subsiste, com maior ou menor, desconcentração e descentralização, exigindo legislação que pautar a sua orgânica, discipline o seu funcionamento e defina os termos da sua relação com os administrados. E onde e quando a Administração Pública esteja a mais, ganha relevo apreciável a missão de convidar o legislador a deslegalizar.

Terceira razão – nesse Estado Social contido ou de terceira geração, que tende a prevalecer hoje em sociedades economicamente tidas por mais poderosas, a Administração Pública socorre-se de instrumentos mais sofisticados de relacionamento com os administrados. E, porque mais sofisticados levantando problemas qualitativos mais melindrosos, ainda que quantitativamente possa ocorrer uma redução da área de actuação administrativa. Também esses novos instrumentos se acham regidos por lei. E suscitam acrescida atenção do *Ombudsman*. Pense-se na informatização, na protecção da reserva da intimidade privada, nos mecanismos de associação contratual de privados à gestão pública, no papel das associações públicas, em especial no domínio profissional, e ainda nos circuitos de informação administrativa interna e externa.

Quarta razão – ironicamente, a relativa contenção da Administração Pública trouxe à luz do dia a ideia de que muitos dos seus vícios ou das suas mais flagrantes disfunções nas relações com os administrados eram fruto, não tanto nem sobretudo da prática, mas da própria matriz legislativa. Proteger os cidadãos

era pois protegê-los, desde logo, de leis propícias a certas condutas administrativas.

Quinta razão – a generalização da legislação governamental significou, amiúde, a confusão entre o Governo-legislador e o Governo-administrador, obedecendo aquele às conveniências deste e não este às opções políticas daquele, como ensinavam os Manuais. E gerando, com frequência, excessivos actos ditos legislativos na forma, mas administrativos no conteúdo. Prevenir e reparar injustiças administrativas, ainda assim, paredes meias com prevenir e reparar injustiças legislativas com incidência administrativa.

Sexta razão – a feitura das leis pelos Governos é, cada vez mais, obra da Administração Pública. Quanto aos Parlamentos, pelo âmbito e conteúdo das leis que votam e também pelos próprios carácter e procedimento do órgão parlamentar, é mais circunscrito o peso, mesmo informalmente, decisório da Administração Pública.

Poderá dizer-se que as propostas de lei são obra dela, mas a apreciação e a votação parlamentares permitem superar ou atenuar condicionamentos administrativos excessivos. Não assim quanto aos actos legislativos dos Governos: neles, o crivo político final não apaga, com frequência, todo o procedimento precedente, que é substancialmente administrativo. Numa palavra, pertence às subtilidades dogmáticas a distinção rígida entre procedimento legislativo e procedimento administrativo, entre legislar e administrar, no que respeita às leis emanadas dos Governos.

Sétima razão – a experiência do *Ombudsman* revela como é insuficiente uma visão meramente casuística da sua actuação, devendo ser completada por aquilo que Stephen Owen chama investigação sistémica. Não se trata de substituir a intervenção concreta ou individual, mas de a acompanhar e enquadrar através de uma perspectiva global de análise das múltiplas acções individuais. Nasce, desse modo, um manancial de dados de facto e de Direito que pode ser útil à tarefa do legislador que se debruce sobre temáticas administrativas ou que, de algum modo, colidam com direitos dos cidadãos.

Elencadas as razões de uma intervenção do *Ombudsman* no procedimento legislativo, olhemos para a concretização institucional desse propósito. Há, a este respeito, três graus distintos de crescente participação.

O primeiro, e mais modesto, é o que se traduz numa prática, tímida, tolerada no universo dos factos mas não expressa em letra de forma, pela qual o *Ombudsman* sugere ou propõe medidas legislativas destinadas a salvaguardar o respeito, pela Administração Pública, dos direitos dos administrados e dos princípios gerais da actividade administrativa. Exemplo frisante desta prática sem assento legal, é a Áustria, em que, aliás, se avizinha a consagração tão aguardada. Em rigor, desde 1988, por ocasião da 4ª Conferência Internacional dos *Ombudsmen* que é pacífico que cerca de quatro dezenas de *Ombudsmen* entendem caber na sua competência (ao menos implícita) a sugestão de reformas legislativas.

Um segundo grau de participação é aquele em que a lei já consigna a tarefa de contribuir para o aperfeiçoamento legislativo. Na Suécia, a partir de 1975, tal como antes na Dinamarca e também na Finlândia, dispõe o *Ombudsman* do poder de informar os órgãos legislativos acerca de "qualquer defeito nas leis existentes", para empregarmos a expressão constante do Art. 11º da lei dinamarquesa, de 11 de Junho de 1954, na versão de 1971. Na Finlândia assiste mesmo às reuniões do Parlamento e do Conselho de Ministros nas quais pode constitucionalmente suscitar a inconstitucionalidade das leis. O mesmo poder de informação para efeito de legiferação é recebido pela Constituição Filipina de 1987 e pela Lei do *Ombudsman* israelita.

Mais perto de nós, o Defensor del Pueblo espanhol pode sugerir a modificação da lei se, como consequência das suas investigações, chegar ao convencimento de que o cumprimento rigoroso daquela pode provocar situações injustas ou prejudiciais para os administrados (Art. 28º, nº 1 da Lei Orgânica nº 3/81, de 8 de Abril).

Um terceiro e mais intenso grau de intervenção, verifica-se se o legislador aceita como função do *Ombudsman* constituir um detector de reformas, como lhe chama Bernard Malignier. Ultimamente acolhido por François Delpérée um órgão que, de modo sistemático apresenta propostas para a modificação das leis respeitantes às estruturas administrativas ou aos serviços públicos, visando simplificá-las, clarificá-las e alterar o seu âmbito, designadamente para que possam contemplar novas situações de facto.

Um caso paradigmático é o do *Médiateur* francês, de acordo com o Art. 9º da Lei de 3 de Janeiro de 1973. As suas propostas baseiam-se no exame dos problemas concretos submetidos pelos particulares. Fundam-se, no entanto, ainda em relatórios provenientes de órgãos de inspecção ou controlo da Administração Pública, ou de autoridades administrativas independentes e até no estudo de requerimentos, perguntas e projectos de lei parlamentares. Nos anos derradeiros, de duas a três dezenas de propostas legislativas apresentadas pelo *Médiateur*, obteve acolhimento, total ou parcial, quase metade.

Porventura não menos intensa ainda, em tese, é a competência dos *Ombudsmen* da Nova Zelândia e das Províncias canadianas de Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, New Foundland, Nova Scotia, Ontario, Quebec e Saskatchewan. Uma competência que lhe permite formular recomendações sobre a revisão de lei em que se baseie acção ou omissão questionáveis da Administração Pública. O facto de no seu exercício pesar uma inclinação casuística, própria do espírito jurídico anglo-saxónico, atenua a sua intensidade, sem contudo a esvaziar. Excepção é a Província do Quebec, em que a Lei do *Protecteur du Citoyen* consagra um poder genérico de sugestão de modificações legislativas, dirigido logo aos órgãos legislativos e não, como nas

demais Províncias, primeiro aos órgãos administrativos e só em recurso ao legislador. Como apelar esta vertente da competência do *Ombudsman* é questão, naturalmente, controversa, como discutido é o ritmo do processo em curso.

Em termos qualificativos, uns, como Viktor Pickl falam em missão reformadora. Outros, como Malignier, preferem integrá-la numa função de informação. Quanto ao ritmo, ele varia de Estado para Estado, mas tem-se acelerado com o tempo. Como se está longe do debate, em larga medida frustrado, da Conferência de Jerusalém, de 1988, em que oradores como Per-Erik Nilsson e Arthur Maloney, discrepando sobre o *Ombudsman* como mediador, reformador ou lutador, optaram por vê-lo, por inteiro, no quadro de uma actuação concreta ou individual vivida para a Administração Pública.

É certo que a actividade para-legislativa do *Ombudsman* não tem constituído desempenho de um poder isolado ou prevalectante, mas de um poder complementar e, de algum modo, subsidiário uma vez que tem, em geral, obedecido a um desiderato essencial – e ele é o da afirmação dos direitos dos cidadãos perante a Administração Pública. Mas, importa apontar situações, como a finlandesa - antes enunciada - e a espanhola, nas quais o *Ombudsman* ou equivalente partilha responsabilidade no controlo da constitucionalidade das leis. Situações que revelam protecção mais vasta dos direitos dos cidadãos perante o legislador. E afirma-se, do mesmo modo, em múltiplos Estados, a competência do *Ombudsman* perante os tribunais.

Em suma, vive-se um tempo de mudança, a demonstrar que há virtualidades do *Ombudsman* susceptíveis de aprofundamento, mas, em simultâneo, a convidar a um realismo institucional, tão bem perfilado por Gerald Caiden, em Camberra, em 1988, e por Dennis Pearce em Viena, em 1992.

*Minhas Senhoras e meus Senhores:*

E o que se passou, entretanto, em Portugal, quanto à instituição do Provedor de Justiça e até que ponto é legítimo sustentar o alargamento do seu papel na matéria da feitura das leis ou do procedimento legislativo? O Provedor de Justiça, como é sabido representa uma inovação que ganhou expressão definitiva através da sua consagração na Constituição da República Portuguesa, em vigor. Mais precisamente, votada em 26 de Agosto de 1975, ainda que a Comissão encarregada de proceder à redacção final do texto da Constituição apenas tenha submetido à apreciação e deliberação dos constituintes a versão última do correspondente preceito no dia 1 de Abril de 1976.

Manda a verdade que se reconheça o contributo que deu, para a recepção do *Ombudsman* em Portugal, o Senhor Dr. Vasco da Gama Fernandes, conforme o próprio recordou no decurso dos debates na Assembleia Constituinte. De facto, subscritor da proposta aprovada por unanimidade em sessão plenária no I Congresso Nacional de Advogados, também a apresentou à 7ª Secção do 3º Congresso da Oposição Democrática, realizado em Aveiro, entre 4 e 8 de Abril de 1973. O aplauso foi tal que a sua tese viria constar das Conclusões do Congresso da seguinte forma:

*"Deve criar-se em Portugal um organismo independente com plenos poderes para receber quaisquer reclamações dos cidadãos contra os erros arbitrários, ou negligências dos órgãos administrativos ou policiais e actuar, inspeccionando, abrindo inquéritos, intentando procedimentos judiciais ou junto das repartições competentes, pelos direitos postergados; só assim se estabelecerá um sistema eficaz de vigilância e fiscalização da Administração Civil e Militar do Estado".*

O Provedor de Justiça entraria na legislação nacional com o Decreto-Lei nº 212/75, de 1 de Abril, assim cumprindo compromisso do I Governo Provisório, de 20 de Setembro de 1974. E logo o nº 1 do Art. 6º do diploma determinava que "o Provedor de Justiça deve assinalar as deficiências que verificar no desempenho da sua actividade, fornecendo sugestões para a sua alteração, as quais serão enviadas ao Presidente da República, ao Primeiro Ministro, ao Ministro da Justiça e ao Ministério directamente interessado". O Provedor de Justiça conhecia, assim, um desenho legal mais ambicioso do que as ideias do final dos anos 60 e dos anos 70, e nem sequer se afigura legítimo limitar as suas sugestões em feitura da lei a meras deficiências formais ou técnicas. Faltava, todavia, a dignidade constitucional. Ela resultaria, em larga medida, do Art. 29º do Projecto da Constituição apresentado pelo Partido Socialista e que tratava, de resto, sucintamente, matéria desenvolvida, sob a epígrafe "Do Defensor do Cidadão", nos Arts. 102º a 104º do Projecto de Constituição do Centro Democrático Social.

Diversamente do que acontecera com as teses do Senhor Dr. Vasco da Gama Fernandes, o teor do Projecto socialista que, aliás, previa dois Provedores de Justiça – um para a Administração civil e outro para as forças armadas – não apontava para competências limitadas à actividade administrativa. Antes mencionava outros poderes públicos, na linha do Decreto-Lei nº 212/75, de 1 de Abril.

Assim, um e outro desses 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 de futuro". Já no Projecto centrista o Defensor dos Cidadãos era visto com "um 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".

Das duas ópticas venceria, no final, a mais generosa, o que talvez explique o facto de o Provedor de Justiça ter sido encarado por alguns como experimental, porque sem tradição entre nós, e, por isso desejavelmente relegado para lei ordinária. A comprová-lo as 122 abstenções do Partido Comunista Português e do MDP/CDE e as declarações de voto dos Senhores Deputados Lopes de Almeida (PCP) e Luis Catraio (MDP/CDE).

No entanto, volvidos seis meses já suscitaria unanimidade a legitimidade para desencadear a fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade. E o mesmo consenso viria a existir na revisão constitucional de 1982, ao apreciar-se a iniciativa do Provedor de Justiça quanto à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, com base no projecto do MDP/CDE. Entre 1976 e 1982, assistiu-se a institucionalização do Provedor de Justiça, mas num clima de reticências nas matérias não estritamente administrativas nuns casos, e com diluição natural da sua intervenção na elaboração de leis, noutros. Exemplo das reticências mencionadas é o Projecto de revisão da Constituição da autoria dos Senhores Drs. António Barbosa de Melo, José Manuel Cardoso da Costa e José Carlos Vieira de Andrade.

Esse Projecto sugeria a integração do Provedor de Justiça no Título que rege a Administração Pública, a substituição da expressão "poderes públicos" pela referência a "órgãos da Administração Pública" e a supressão do poder de suscitar a fiscalização abstracta da constitucionalidade. Tudo para acentuar que "O Provedor deve limitar-se à defesa dos cidadãos e à melhoria da sua situação jurídica e real em face da Administração. Exemplo, apesar de tudo, menos drástico de moderação do poder de intervenção na elaboração das leis é a posição do Senhor Dr. Fernando Alves Correia, na sua obra pioneira no novo contexto constitucional "Do *Ombudsman* ao Provedor de Justiça".

Nela realçava que tal poder representava, em última análise, um meio de controlo da Administração Pública, cuja justiça e legalidade visava assegurar. Ainda exemplo de temor de um despertar de competências desequilibrantes no sistema de governo, é o Parecer nº 85/79, de 28 de Junho, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República sobre a não obrigação do Governo de satisfazer pedido de informação do Provedor de Justiça sobre o andamento de projectos de diplomas legais.

Nesta primeira fase, a vários títulos de adaptação, cumpre reconhecer que a tarefa prioritária do Provedor de Justiça se prendia com a credibilização do órgão, a sua imediatividade em relação aos cidadãos e, consequentemente, a sua actividade de controlo da Administração Pública. Mas essa prioridade não impediu outros desempenhos complementares. A Lei nº 81/77, de 22 de Novembro, aprovara o primeiro Estatuto pós-constitucional do Provedor de Justiça e, embora em atenção ao controlo da Administração Pública, permitira-lhe assinalar as deficiências de legislação formulando recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação ou sugestões para a elaboração de nova legislação. Em precavido crescendo, o Provedor de Justiça começa a usar o seu poder de recomendação legislativa, como o atestam os Relatórios Anuais à Assembleia da República, a partir de 1977.

Era o início de uma prática, mesmo em tempo de condicionamentos e ensaios preliminares. A revisão da Constituição de 1982, ao consolidar a participação do Provedor de Justiça na fiscalização da constitucionalidade, veio abrir uma segunda fase evolutiva, marcada pela multiplicação quer da intervenção no controlo da constitucionalidade, quer da formulação de recomendações legislativas.

Essenciais mostraram-se, de facto, a competência e a actuação em matéria de constitucionalidade. Primeiro, porque ultrapassavam claramente o estrito controlo da Administração Pública para abarcarem o legislador. Segundo, porque representavam uma via primordial para os cidadãos não partes em litígios jurisdicionais. Terceiro, porque a via alternativa do presidente da Assembleia da República conheceria uma progressiva restrição. Quarto, porque, quanto à inconstitucionalidade por omissão, não sofria concorrência possível. Quinto, porque o desiderato do controlo nem sequer experimentava limites de modalidade de inconstitucionalidade ou de tutela de certo ou certos valores constitucionais, como, por exemplo, o valor cimeiro da salvaguarda dos direitos fundamentais.

Acrescia que efeito mediato era ou podia ser a necessidade de legislar sobre matérias passíveis de declaração abstracta da inconstitucionalidade. Assim sendo, as insuficiências sentidas, em termos de meios, relativamente às recomendações legislativas podiam, ao menos em tese, ser compensadas pela faculdade de suscitação da apreciação da constitucionalidade. Nesta segunda fase, que se prolongou até 1991, o Provedor acentuou a prática de formular recomendações ao legislador em planos tão multifacetados como a audição e a participação dos interessados, a técnica legislativa, a publicidade e a eficácia dos actos legislativos, o rigor do conteúdo, o acatamento de recomendações do Conselho da Europa, a protecção dos direitos fundamentais, o respeito da Constituição em geral.

É um longo elenco de temáticas, cujo primeiro levantamento exemplificativo coube à perícia do Sr. Dr. Luís Silveira. Amadureciam as condições para que o Provedor de Justiça português alcançasse o relevo do grau mais intenso verificado no Direito Comparado. O reforço do prestígio institucional, uma maior aceitação pela Administração Pública e o relevo adensado da sua mediação entre os cidadãos e o Tribunal Constitucional criavam contexto para a reforma do seu próprio estatuto legal.

Foi, destarte, que, depois da concretização, na revisão constitucional de 1989, do desiderato da explicitação da sua independência, já sustentado em 1982 por muitos, como o então Senhor Deputado Jorge Miranda, a Lei nº 9/91, de 9 de Abril, veio dar quadro jurídico mais adequado à prática anterior. A finalidade da salvaguarda da justiça e da legalidade da conduta dos poderes foi desdobrada em duas, autonomizando-se a da defesa e

promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos. As recomendações dirigidas à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais passaram a ser publicadas nos respectivos jornais oficiais.

Todas as recomendações, e, por conseguinte, as legislativas deviam e devem merecer resposta do destinatário, no prazo de sessenta dias, fundamentando a recusa, no caso de ela existir. O novo Estatuto, no fundo, representa a consagração de um diferente acento tónico legislativo nas funções do Provedor de Justiça, - de defensor primordialmente dos cidadãos perante a Administração Pública, ele transita para defensor dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos em geral, englobando, embora, como a mais relevante vertente a protecção desses direitos e interesses quando confrontados pela Administração. Em rigor, ambos os acentos cabem na definição constitucional, mas há que convir que a clarificação legislativa torna mais evidente que o Provedor de Justiça tende a ampliar o âmbito da sua competência no tocante à legislação, ligando-a ao seu poder quanto à fiscalização da constitucionalidade.

Assim, na primeira fase, o Provedor de Justiça afirmava-se como órgão de controlo da Administração Pública, para o efeito apresentando recomendações acerca de defeitos legislativos em matéria administrativa. E, em paralelo, desencadeava o mecanismo da fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade. Na segunda fase, as recomendações legislativas relacionaram-se com a dupla fiscalização abstracta da constitucionalidade - por acção e por omissão. Mas ainda prevalecia como pano de fundo a defesa dos cidadãos perante a Administração Pública.

Na terceira e presente fase as recomendações, para além de cumprirem a mesma tarefa de defesa dos administrados alargam-se à prevenção e à reacção genérica perante alegadas inconstitucionalidades que firam direitos e interesses legítimos dos particulares, mesmo que não envolvendo a Administração Pública. A esta luz, a prática dos últimos quatro anos e meio é hoje qualificável de incidência administrativa ou de defesa genérica dos cidadãos, consoante corresponda ao designio de controlar a Administração Pública, ou de salvaguardar, genericamente, os direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

A primeira tanto pode ser orgânica, como procedimental, como relacional, consoante se reporte à organização, ao procedimento ou às relações com os administrados. A recomendação relacional normalmente visará apertar a já crescente vinculação administrativa, diminuindo as áreas de discricionariedade na decisão. A recomendação para defesa genérica dos cidadãos pode respeitar as relações entre eles ou a actuação dos tribunais com reflexos nos seus direitos. Estes dois domínios - e sobretudo o segundo - são os mais inovatórios, e nos quais só paulatina e cuidadosamente tem vindo a intervir o Provedor de Justiça.

Quanto à recomendação de incidência privada, ela ganha maior expressão estando em causa princípios constitucionais como o da igualdade ou da universalidade de direitos, mas também quando a disparidade de peso ou influência social ou económica dos particulares cria relações especiais de poder. Quanto às recomendações respeitantes à actividade jurisdicional, observe-se que, entre nós, ela nunca incide directamente nessa actividade - não há recomendações aos Tribunais pois o que se visa é conformar a lei ainda que de modo a evitar ou superar certa conduta ou prática jurisdicional.

Quer a recomendação de incidência administrativa, quer a de defesa genérica dos cidadãos, podem ser preventivas ou reactivas, conforme visem impedir acção ou omissão do legislador, ou pretendam reagir contra essa acção ou omissão. Trata-se de classificação - esta segunda - que atende ao tempo e, de algum modo, à sua incidência no fim a prosseguir. Já quanto ao objecto imediato da intervenção do legislador, a recomendação pode dirigir-se a solicitar a actuação legiferante ou a contrariá-la. Temos, assim, a recomendação positiva e a recomendação negativa.

Dentro da recomendação positiva podem ainda distinguir-se as recomendações de interpretação, de alteração, de revogação e de criação de lei, ou seja, as recomendações interpretativa, modificativa, revogatória e inovatória. Qual a natureza jurídica da recomendação legislativa e o seu reflexo na postura jurídica do Provedor de Justiça?

Que ela constitui impulso legislativo inter-orgânico, positivo ou negativo de acordo com o objecto imediato, admito-o sem sombra de dúvida, assim concordando com o Sr. Dr. Luís Silveira e aditando-o ao elenco que sistematizei anos atrás, ao abordar matéria tão do apreço do Senhor Professor José Joaquim Gomes Canotilho. Também não tenho hesitações acerca da relevância jurídica ainda que imperfeita da recomendação legislativa do Provedor de Justiça, a evocar a da declaração da inconstitucionalidade por omissão do Tribunal Constitucional e as recomendações administrativas crescentemente divulgadas. Aliás, o dever de resposta dos destinatários traduz um reflexo dessa jurisdicção imperfeita. Reflexo com prolongamento na inconstitucionalidade formal de actos legislativos, relativamente a cuja feitura tenha havido recomendação do Provedor de Justiça sem que tenha sido apreciada e ponderada.

Apesar de o dever de reacção do legislador a tal recomendação constar da lei ordinária, parece razoável entender-se que decorre da Constituição o poder de recomendar, sem exclusão dos órgãos legislativos, pelo que estes, não estando obrigados a aceitar as recomendações em causa, não podem ignorá-las, sob pena de vício de forma na tramitação procedimental. Já se afigura excessivo entender que cessa ou se robustece causa de justificação da desobediência administrativa a lei inexistente, conforme tenha sido ou não emanada na sequência de recomendação do Provedor de Justiça.

Como questionável é – a meu ver – que se construa a culpa, em responsabilidade do Estado por actos legislativos, na dependência estrita da existência ou não de recomendação do Provedor de Justiça. Em todo o caso, constituindo essa recomendação, se legislativa, impulso jurídico legiferante, qual a sua repercussão na natureza do próprio órgão seu autor? É pacífico que recomendação legislativa conhece um duplo limite legal de carácter teleológico – o controlo da Administração Pública e a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

Quer isto dizer que, para além de órgão constitucionalmente independente, o Provedor de Justiça conhece uma evolução legal da sua caracterização, embora sempre no quadro do traçado constitucional. Começou por ser um órgão independente de missão fundamentalmente administrativa, ou seja, um órgão independente mas integrado no Estado-Administração. Propende a cumular com essa feição a de órgão de incidência legislativa na defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, e, nessa medida, apesar de não soberano, órgão do Estado-colectividade, mas já não apenas do Estado-Administração, porque de certo modo, exterior a este. O fenómeno não é inédito entre nós: outros órgãos cumulam essa dupla natureza, como o Conselho Económico e Social, que intervem consultivamente na formação de decisões políticas e legislativas.

*Minhas Senhoras e meus Senhores.*

Sinto já ter esgotado, há muito, a vossa generosa paciência.

Mas sentir-me-ia mal comigo mesmo se não acrescentasse umas palavras, já não sobre o passado e o presente, mas sobre o futuro. Que futuro espera este órgão, que ainda há pouco tempo era adolescente e acaba de entrar na fase pletórica da sua juventude? Na sua feição mais ambiciosa de defensor dos cidadãos, pugnando pelos seus direitos, onde irá ele parar? Quererá e poderá avançar muito mais ainda no controlo do poder público legislativo? E quererá e poderá, um dia, ensaiar arremetidas mais fogosas na área do poder público jurisdicional, ainda que por via de recomendação legislativa?

Em matéria legislativa, parece sensato advogar que se institucionalize a participação sistemática do Provedor de Justiça nos procedimentos que respeitem a direitos fundamentais, no contexto das relações entre administrados e Administração Pública. A prudência sugere, de facto, que essa institucionalização legal se circunscreva, no imediato, só aos direitos dos administrados perante a Administração Pública.

Assim, o Provedor de Justiça, seria chamado a intervir sempre nos procedimentos legislativos concernentes a essas matérias. Quanto às demais, respeitantes a outros direitos fundamentais manter-se-ia o presente regime de recomendação legislativa. Não se afigura excessivo este passo, sobretudo porque os actos legislativos respeitantes a direitos dos administrados são, cada vez mais, de origem governamental e, neles, a participação de um defensor dos administrados só potencia o propósito de dialogar com a sociedade civil. É, por outro lado, suficientemente cauto para não converter o Provedor de Justiça num elemento perturbador do equilíbrio de poderes acolhido no nosso sistema de governo, nem empolar indevidamente expectativas populares insusceptíveis de resposta adequada.

Quanto ao poder público jurisdicional, maior deve ser a contenção do Provedor de Justiça. Mesmo pela via da recomendação legislativa. A sua forma de designação desaconselha que se converta num procurador do povo em relação aos tribunais, ademais nesta fase em que está por fazer o debate sobre a desejável admissão e os contornos de mecanismos jurídicos genéricos de responsabilidade do Estado por actos jurisdicionais. Em suma, consagração legal do papel para-legislativo do Provedor de Justiça, na área cimeira da defesa dos administrados, e, observação da sua tarefa de recomendação fora dessa área, eis o que proporia como pistas de actuação para os próximos quatro anos na área que me foi indicada para reflexão.

Tenho a noção exacta de que o órgão Provedor de Justiça está longe de ter esgotado as suas virtualidades constitucionais. Mais ainda – tem a vantagem indiscutível da proximidade em relação aos cidadãos, que falta a outros órgãos do Estado. E, pela sua índole própria, dispõe de um campo de acção mediática ou comunicacional que se encontra vedada a outros órgãos ou neles é facilmente confundida com apropriação político-ideológica ou político-partidária. Ou seja, é um candidato sério nessa disputa do lugar de Defensor do Povo que, a vários títulos e em diferentes registos, é apetecível para instituições tão diversificadas como os órgãos de soberania – todos eles – e mesmo órgãos que o não são, mas estão encarregados da defesa da legalidade constitucional, como o Ministério Público. É, no entanto, esta posição ímpar do Provedor de Justiça, politicamente legitimado pelo seu modo de designação, mas como que banhado nas águas purificadoras da juridicidade dos fins e dos meios, e também, a um tempo, protagonista teoricamente discreto, mas pragmaticamente sedutor para o cidadão comum, que aconselha que não ceda à tentação fácil de querer acelerar em demasia o curso dos acontecimentos. A História alheia e nacional revela que, mais ainda do que outras instituições, esta tem devido o seu realce a uma prática, feita de humildade e eficácia. Por uma vez, a realidade constitucional portuguesa tem resistido ao espírito legalista, sistemático, rigidamente conformador. E tem sabido seguir a lição do pragmatismo nórdico tão afim do anglo-saxónico. Mesmo quando apresenta paralelos com o Médiateur francês.

Que assim continue a ser é o voto que formulo ao felicitar a instituição, todos os que a serviram ao longo dos anos, e também os portugueses em geral, por estas promissoras duas décadas de vida.