



Sessão Comemorativa na Assembleia da República
30 de Novembro 1995

Agradeço muito o convite para intervir na presente sessão comemorativa do 20º aniversário do Provedor da Justiça. Representa uma grande honra para mim, a mais de um título.

A Provedoria de Justiça é uma das instituições mais marcantes do Estado de Direito democrático português. Proposta ainda antes de 1974 por juristas ilustres preocupados com a garantia dos direitos fundamentais, seria lançada em 1975, sob o impulso do grande Ministro da Justiça que foi Salgado Zenha. Só se tornaria, porém, definitiva com a sua consagração na Lei Fundamental de 1976 - a primeira ou uma das primeiras Constituições a formalizar o *Ombudsman*.

Por isso, este é, de certa sorte, um momento de celebração do próprio Estado de Direito democrático e da Constituição que o afirma e estrutura; de certo modo já, o primeiro acto - dos muitos que, espero, venham a realizar-se nos próximos meses - evocativos da aprovação da Constituição. E, por isso, também, mostra-se altamente significativo que ele ocorra no Palácio de São Bento, onde tanto perpassam as memórias da Assembleia

Constituinte. Mais e melhor, de resto, do que outras, a instituição do Provedor de Justiça foi bem acolhida e enraizou-se rapidamente na consciência jurídica dos Portugueses, para o que contribuíram, de forma decisiva, as ilustres personalidades que, sucedendo-se no exercício do cargo, lhe deram vida. É o que se verifica em todos os domínios da sua competência, e bem assim no domínio do controlo da inconstitucionalidade por omissão - o tema sobre o qual sou chamado hoje a proferir algumas, não longas e não exaustivas, palavras.

Numa primeira parte da minha exposição, lembrarei alguns conceitos e aspectos gerais do controlo da inconstitucionalidade por omissão. Numa segunda parte, procurarei situar aí o poder de iniciativa do Provedor de Justiça. Referir-me-ei depois à prática até agora experimentada. Por último - e, por sinal, à semelhança do que fiz há dez anos em sessão semelhante a esta - enunciarei as normas constitucionais pertinentes a direitos fundamentais (umas vindas de 1976, outras introduzidas por revisão constitucional) ainda não tornadas exequíveis por lei ordinária e, relativamente às quais, portanto, ocorre omissão.

I

Como se sabe, a existência de omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra em diversos sectores do ordenamento e, em particular, no Direito constitucional. Ele verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem determinadas consequências.

Relativamente a quaisquer funções do Estado objecto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis - e não apenas teóricas - de comportamentos omissivos, sejam omissões de actos normativos, sejam de actos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tornar-se ilícitos.

Em especial, a inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, se se preferir, de normas legislativas) exhibe-se fenómeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, mas cuja relevância varia com os tipos de Constituições e com as premissas políticas e jurídicas dominantes. Se nas Constituições liberais quase não poderia manifestar-se, tende a avultar fortemente nas Constituições de índole social, com direitos positivos do séc.XX.

Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provem umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional. O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre certos factos. A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada do seu tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada - muito raramente - pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar).

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, tendo em conta as circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.

No limite, dir-se-ia que a inconstitucionalidade por omissão se reconduz a uma inconstitucionalidade por acção numa acepção latíssima - por reverter na persistência de regras legislativas e de comportamentos em contradição com o sentido objectivo da norma constitucional ou da Constituição.

Por outro lado, algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por acção, por violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção dos tribunais a declararem inconstitucionais as normas legais que contenham essas omissões ou, eventualmente, a estenderem ou a reduzirem o seu âmbito. E outrossim (conforme tenho sustentado e o nosso Tribunal Constitucional reconheceu em 1984 no acórdão sobre o serviço nacional de saúde), a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada de emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do acto revogatório.

Apesar de a lógica jurídico-constitucional apontar para a necessidade, por coerência com os postulados da constitucionalidade, de existência de fiscalização das omissões, esta tem assumido um desenvolvimento muitíssimo menor do que o da fiscalização das acções inconstitucionais do poder político. Nem podia deixar de ser assim (independentemente de quaisquer pré-entendimentos) por se localizar nas fronteiras da liberdade apanágio dos órgãos legislativos e do dever de legislar a que, apenas em casos contados, ficam adstritos.

Na Alemanha, na Áustria, na Itália e até na Espanha, na ausência de norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração (donde, as chamadas sentenças *aditivas*, *criativas* ou *apelativas*): a partir da apreciação da inconstitucionalidade por acção, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve.

Também nos Estados Unidos, os tribunais têm exercido, com frequência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais dos cidadãos, esperam que o Congresso ou as assembleias legislativas dos Estados adoptem, de seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício. Ou é o próprio Supremo Tribunal que "descobre" um novo direito, ao abrigo do IX Aditamento (numa interpretação criadora, aliás contestada por certa corrente).

Contudo, a primeira Constituição que terá contemplado *ex professo* a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão terá sido a jugoslava de 1974 (com o seu Art. 377º), a que se seguiram a Constituição portuguesa de 1976 (Art. 279º, depois 283º) - ao que se supõe sem conhecimento daquela; e a brasileira de 1988 (Arts. 103º, § 2º) - esta, sim, sob influência da portuguesa. E a nossa Lei Fundamental vai ao ponto de elevar a fiscalização a limite material de revisão constitucional [Art. 290º, alínea m), hoje 288º, alínea l), 2ª parte].

Conexos em 1976 com o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, os mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão seriam modificados profundamente em 1982 com a supressão desses órgãos e a criação do Tribunal Constitucional. De fiscalização mais política que jurídica passaria a fiscalização essencialmente jurídica. Com efeito:

1) No texto de 1976, a fiscalização competia ao Conselho da Revolução oficiosamente, como garante do cumprimento da Constituição [Arts. 146º, alínea b), e 279º]; no texto de 1982, carece da iniciativa de certos órgãos - entre os quais o Provedor de Justiça (Art. 283º, nº 1).

2) No texto de 1976, o Conselho de Revolução decidia precedendo parecer da Comissão Constitucional [Art. 284º, alínea b)]; no texto de 1982, o Tribunal Constitucional aprecia só por si.

3) No texto de 1976, verificada a existência da inconstitucionalidade por omissão, era a ser dirigida uma recomendação aos órgãos legislativos competentes (art. 279º); no texto de 1982, o Tribunal Constitucional limita-se a dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente (Art. 283º, nº 2).

4) No texto de 1976, o Conselho da Revolução não era obrigado a formular a recomendação (*podia* formulá-la); e como somente através dela era verificada a inconstitucionalidade por omissão, podia esta, assim, apesar do processo, não vir a ser declarada; no texto de 1982, verificada a existência da inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional *tem* de dar conhecimento da omissão ao órgão legislativo - além de que a sua decisão é publicada no *Diário da República* (Art. 122º, nº 1, alínea g).

A fiscalização não possui carácter preventivo, nem substitutivo. Não tem carácter preventivo, mas sim natureza de fiscalização *a posteriori*, porque o Tribunal Constitucional (como, anteriormente, o Conselho da Revolução) não interfere na formação de quaisquer actos e só pode agir em consequência duma omissão juridicamente relevante a cujo reconhecimento tem de proceder. Não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adoptar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão. Seria, no entanto, erróneo assimilar a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade (por acção). Uma coisa é declarar inválida ou ineficaz uma norma com os efeitos que isso produz; outra coisa declarar que falta uma norma que não deveria faltar.

A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a factor - a juntar, provavelmente, a outros - susceptível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo. E é assim, por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional e o princípio democrático encarnado nos órgãos legislativos; é assim, por decorrência do Estado de Direito democrático - aquele que opera a síntese desses tais princípios.

II

O Provedor de Justiça configura-se primordialmente como órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídicas subjectivas dos cidadãos. Não é por acaso que aparece, no texto constitucional, em sede de princípios gerais de direitos fundamentais e que é eleito pela Assembleia da República, o Parlamento dotado de reserva de competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias; 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.

A faculdade de iniciativa da fiscalização da inconstitucionalidade tanto por acção como por omissão que lhe conferem os Arts. 281º e 283º prende-se, sem dúvida, ao Art. 23º (primitivo Art. 24º), que fala em "acções ou omissões dos poderes públicos" - seja essa faculdade concretizada na sequência de queixa de um cidadão ou dirigida à garantia objectiva da ordem constitucional de direitos fundamentais. E ela torna-se ainda mais necessária, por não haver no Direito português algo de comparável ao recurso de amparo, à *Verfassungsbeschwerde* ou ao mandado de injunção brasileiro.

Contudo, aquando dos debates da revisão de 1982, surgiu, a esse propósito, uma divisão de opiniões: eu próprio (então Deputado), Luís Nunes de Almeida e Vital Moreira preconizámos a atribuição de iniciativa ao Provedor, ao passo que Costa Andrade declarava que esse tipo de funções não seria adequada ao seu estatuto. Felizmente, prevaleceria um consenso favorável. De resto, se não fosse o Provedor de Justiça, desde esse ano, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão teria ficado paralisada ou feita letra morta, porque nunca os outros órgãos de iniciativa a puseram em prática até agora (o Presidente da República talvez por receio de interferir, no poder legislativo; e os presidentes das assembleias legislativas regionais, por menor atenção às virtualidades do instituto).

Seria pensável *de jure condendo* uma espécie de fiscalização concreta. Poderia ser o recurso de decisões dos tribunais que denegassem direitos não regulamentados ou não densificados legislativamente; ou, pelo menos, a subida obrigatória ao Tribunal Constitucional, para mero efeito de verificação da inconstitucionalidade por omissão, se questões relativas a direitos fundamentais que os tribunais não pudessem efectivar por falta de lei adequada ou suficiente. Até tal reforma (que exigiria lei constitucional), o único meio ao dispor dos cidadãos continua sendo a queixa ou a representação perante o Provedor de Justiça.

A ligação dos poderes do Provedor à defesa dos direitos dos cidadãos - à defesa de quaisquer direitos, e não somente de direitos fundamentais - acarreta um corolário: que o Provedor não deve exercer o seu poder de iniciativa quando não estejam em causa, directa ou indirectamente, tais direitos. O Provedor de Justiça não pode ser considerado um órgão com competência genérica de iniciativa como o Presidente da República, Nem se compreenderia, à face do seu perfil constitucional e sem embargo do silêncio dos Arts. 281º e 283º, que ele pudesse vir a requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão das normas legislativas atinentes às finanças das regiões autónomas [Art. 229º, nº 1, alínea i)], à criação em concreto das regiões administrativas (Arts. 255º e segs.) ou à descentralização e à desconcentração da Administração pública (Arts. 6º e 267º, nº 1).

Limite objectivo não menos claro ao poder de iniciativa resulta da delimitação restritiva da inconstitucionalidade por omissão relevante para efeito de controlo. Como a fiscalização apenas tem por objecto, de harmonia com o Art. 283º, medidas legislativas destinadas a tornar exequíveis normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, do âmbito do preceito ficam afastadas:

- a) A omissão de leis internas para dar execução a tratados internacionais ou para proceder à transposição para a ordem interna de directivas da Comunidade Europeia;
- b) A omissão das leis das grandes opções do plano a médio prazo ou anual (Arts. 92º e segs.);
- c) A omissão da lei do orçamento (Arts. 108º e 109º);
- d) A omissão de aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo sobre questões objecto de referendo político vinculativo com resposta positiva (Art. 118º);
- e) A omissão de decreto-lei de desenvolvimento de lei de bases [Art. 201º, nº 1, alínea c), e nº3];
- f) A omissão de regulamento de execução de actos legislativos.

Não havendo lugar a fiscalização, tão pouco pode haver lugar à correspondente iniciativa.

O princípio da não tipicidade ou da cláusula aberta dos direitos fundamentais implica não só que a lei ordinária pode criar novos direitos como pode alargar a tutela dos direitos para além do regime constitucionalmente estabelecido.

Assim, segundo o Art. 20º, nº 1, alínea b) do actual estatuto do Provedor de Justiça (constante da Lei nº 9/91, de 9 de Abril), cabe ao Provedor assinalar deficiências da legislação e emitir 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 ou aos presidentes dos governos regionais.

Ora, como distinguir estas formas de actuação do Provedor de Justiça da actuação mediante a iniciativa de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão? Não haverá nela uma duplicação? Não há tal duplicação. São coisas diversas, faculdades diferentes, se bem que complementares e tendo de ser articuladas com critérios de razoabilidade e de eficácia.

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão pressupõe a ausência de lei que confira exequibilidade a normas (programáticas ou preceptivas) não exequíveis por si mesmas - quer dizer, normas constitucionais que, para adquirirem plena efectividade e conformarem as situações e relações sociais, dependem da interposição complementadora do legislador. A formulação de recomendações ou de sugestões, ao invés, pressupõe a existência de lei - de lei que o Provedor reputa deficiente ou inconveniente.

O Provedor não pode fazer recomendações ou sugestões aos órgãos legislativos relativamente a normas constitucionais não exequíveis, porque isso teria de assentar numa competência de conhecimento da inconstitucionalidade por omissão que pertence, em exclusivo, ao Tribunal Constitucional. Se entender que falta a necessária lei, o Provedor não poderá prescindir da indagação a cargo do Tribunal (assim como, em contrapartida, fora desta hipótese, não faria sentido que se lhe dirigisse). Algumas dificuldades apenas poderão suscitar-se quando se trate de omissões parciais. O princípio da competência obriga; e, em última análise, a competência constitucional do Tribunal haveria sempre de primar sobre a competência legal do Provedor.

III

Têm sido poucas as vezes em que foram desencadeados os mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão desde 1976 - em contraste com as dezenas em que foram desencadeados os da fiscalização da inconstitucionalidade por acção, preventiva ou sucessiva, e com as centenas de recursos e decisões na fiscalização concreta. No primeiro período constitucional (até 1982), a Comissão Constitucional não foi chamada a emitir parecer senão seis vezes e só em dois casos (quanto a organizações de ideologia fascista e quanto a trabalhadores do serviço doméstico) concluiu pela ocorrência da inconstitucionalidade e o Conselho da Revolução proferiu a respectiva recomendação. No segundo período constitucional (de 1982 aos dias de hoje) ainda foram mais escassas as decisões do Tribunal Constitucional neste campo:

- Acórdão nº 182/89, de 1 de Fevereiro (sobre direitos dos cidadãos perante a utilização da informática);
- Acórdão nº 276/89, de 28 de Fevereiro (sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos);
- Acórdão nº 36/90, de 14 de Fevereiro (sobre referendos ou consultas directas aos cidadãos a nível local);
- Acórdão nº 359/91, de 9 de Julho (sobre uniões de facto, e transmissão do direito ao arrendamento);
- Acórdão nº 638/95, de 15 de Novembro (sobre acção popular).

Somente no acórdão nº 182/89 o Tribunal Constitucional considerou que havia inconstitucionalidade. Vale a pena recordar, muito sumariamente, as cinco decisões do Tribunal - todas a requerimento do Provedor de Justiça - e as circunstâncias que as rodearam. No primeiro caso, após a emissão do acórdão, a Assembleia da República apressou-se a aprovar a lei destinada a suprir a omissão, atalhando, pois, à sua inércia anterior. Ou seja: a fiscalização funcionou com êxito. No segundo caso - em que não se discutia matéria específica de direitos fundamentais, mas correlativa (porque pode haver responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos por violação de direitos, liberdades e garantias) - quando o Tribunal Constitucional decidiu já tinha sido publicada a lei. O processo de fiscalização terá sido mais demorado que o procedimento parlamentar.

Quanto aos referendos locais - que envolvem direitos fundamentais por afectarem a participação dos cidadãos - de igual modo o Tribunal Constitucional afirmou inexistir a inconstitucionalidade, na medida em que fora já votado na generalidade um projecto de lei sobre a matéria. Seguiu uma posição por mim sustentada nesse

tempo e que, depois, abandonei, por aprofundamento do conceito de omissão e por receio de atrasos e manipulações nos procedimentos legislativos.

No quarto caso - talvez o mais interessante - o problema tinha que ver com a transmissão do direito ao arrendamento quando houvesse filhos menores. O Supremo Tribunal de Justiça, por assento, interpretara o art. 1110º do Código Civil excluindo as uniões de facto, e o Provedor de Justiça veio impugná-lo com base no art. 36º, nº 4 da Constituição (o qual estatui a regra da não discriminação dos filhos, independentemente de os pais serem ou não casados). Mas, ao mesmo tempo, o Provedor requereu que fosse verificada a inconstitucionalidade por omissão, por aquele preceito do Código Civil não prever as uniões de facto. Foi a única vez até agora em que se cumularam os dois pedidos e, embora com dúvidas, admito que fosse possível fazê-lo por um princípio de economia processual. De todo o modo, o Tribunal Constitucional concluiu pela inexistência de inconstitucionalidade por omissão - precisamente por ter declarado inconstitucional o assento.

Segundo o Tribunal Constitucional, do Art. 36º, nº 4 da Constituição não se extrairia uma imposição concreta dirigida ao legislador em termos de este se encontrar obrigado a agir. Em contrapartida, a declaração de inconstitucionalidade do assento levaria a que os interesses dos filhos passassem a ser respeitados, tanto sendo filhos nascidos no casamento como em uniões de facto; e, por isso, não haveria necessidade de intervenção legislativa.

Finalmente, em 1993 o Provedor de Justiça requereu a verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o art. 52º, nº 3. Dois anos depois, tendo, entretanto, saído a Lei nº 83/95, o Tribunal considerou que ela não procedia. Mas o acórdão não operou uma análise muito completa do novo diploma legal, porque, se a tivesse levado a cabo, teria notado que ele apenas contempla a acção para defesa de interesses difusos; não a acção popular *proprio sensu*. Neste momento, está pendente no Tribunal um pedido de apreciação relativo à assistência material no desemprego a trabalhadores da função pública.

IV

A terminar seja-me permitido apresentar uma lista das omissões legislativas parciais ou totais que, a meu ver, ainda subsistem no terreno dos direitos fundamentais e que, quase vinte anos depois da entrada em vigor da Constituição, urgiria ultrapassar.

São omissões parciais as que se reportam:

a) À responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas (Art. 22º), particularmente por actos de função legislativa, por privação ilegal da liberdade física (Art. 27º, nº 5) e por condenação penal injusta (Art. 29º, nº 6, 2ª parte) - dada a inadequação ou a insuficiência dos diplomas aplicáveis, mormente o Decreto-lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

b) À concentração de empresas jornalísticas (Art. 38º, nº 4).

c) Aos direitos positivos das confissões religiosas não católicas (Arts. 41º, nº 4, e 13º), como o de acesso à rádio e à televisão, ao ensino nas escolas públicas ou à assistência nos hospitais e nos estabelecimentos de menores e prisionais - direitos esses que reclamam uma nova lei de liberdade religiosa que vá mais além das medidas avulsas adoptadas desde o acórdão nº 423/83, de 27 de Outubro.

d) Aos direitos dos militantes de partidos políticos (Arts. 10º, nº 2 e 51º, nº 1), designadamente direitos eleitorais - pois não se compreende um Estado democrático baseado nos partidos que não garanta, no interior destes, os mesmos princípios gerais de Direito eleitoral que proclama no Art. 116º.

e) Ao direito de acção popular *proprio sensu* (Art. 52º, nº 3, 1ª parte) - visto que a Lei nº 83/95 nada dispõe sobre a protecção do domínio público e do património do Estado, sobre o cumprimento do estatuto dos titulares de cargos políticos ou, em geral, sobre a salvaguarda da legalidade administrativa e, como bem tinha aduzido o Provedor no seu requerimento, os preceitos do Código Administrativo isoladamente significam uma restrição intolerável do alcance da Constituição.

f) À participação das comissões de trabalhadores na gestão das obras sociais da empresa [Art. 55º, nº 5, alínea e)].

g) À igualdade de tratamento social dos alunos das escolas públicas, privadas e cooperativas [Arts. 74º, nº 3, alíneas d) e i), 75º, nº 2, e 76º, nº 1].

h) À intervenção do Estado na gestão de empresas privadas (Art. 87º, nº 2).

i) Ao enquadramento das associações públicas, sem prejuízo da liberdade de associação [Arts. 46º, 168º, nº 1, alínea u), e 267º, nº 3].

E são omissões totais as que se referem:

- a) Ao direito de autogestão (Arts. 61º, nº 4, e 86º, nº 3);
- b) À extinção dos partidos políticos [Art. 225º, nº 2, alínea e), 2ª parte].

Eis, por conseguinte, um vasto campo aberto ainda à intervenção do Provedor de Justiça. Estou seguro de que, tal como no passado, a respeito destes como a respeito de outros problemas, ele continuará, firme e prudente, ao serviço do Estado de Direito democrático e da cultura cívica dos Portugueses.

1. Um convite e uma perplexidade

O tema que aceitamos estudar para submeter à apreciação deste auditório foi este: "O Provedor de Justiça e o efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias". A inclusão da problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada numa sessão comemorativa dos 20 anos do Provedor de Justiça não é uma evidência que dispense comentários justificativos. Não surgiu a figura do *Ombudsman* para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder? Não terá o Provedor de Justiça como missão principal, nos termos constitucionais e legais, a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias e os interesses legítimos dos cidadãos contra actos ilegais e injustos dos poderes públicos? (Lei nº 9/91, de 9 de Abril, Arts. 1º, 2º e 20º). Não se recortará a figura do "defensor do povo" como uma instituição de defesa dos direitos dos particulares perante o Estado?

A perplexidade que insinuamos está aqui: o de as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das *relações jurídico-privadas*, pois também aí parecem registar-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias.

O próprio facto de a questão ser levantada já é um indício da chamada "constitucionalização da ordem jurídica privada". Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações mais ou menos subtis da esfera de protecção dos seus direitos fundamentais. Em termos mais chãos mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: se e em que medida os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico-privada? O problema, para alguns, não deve sequer colocar-se, sob pena de os direitos fundamentais se transformarem em "joker argumentativo" contra os princípios básicos da autonomia privada.

Uma rejeição rotunda da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada poderia resumir-se desta forma breve e incisiva: o que é que tem o Estado a ver com a vida privada dos indivíduos? No mesmo sentido, e dirigindo agora a interrogação para o Provedor de Justiça, seria lícito perguntar: porque se preocupa o nosso "defensor do povo" com problemas das relações privadas entre os particulares? Não traduzirão estas angústias um incontido apelo à *constitucionalização* absorvente dos espaços da nossa vida civil? Um civilista francês regista em termos plásticos a ideia base desta orientação: "*notre Constitution c'est le code civil*" (F. Zenati). Desejará o Provedor de Justiça tornar-se num mediador de negócios privados quotidianos? Aceitemos o repto destas interrogações.

2. As questões básicas: o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias e o apelo à extroversão do Provedor de Justiça

O tópico que acabamos de enunciar é um dos temas centrais da juspublicística (e de alguma doutrina jusprivatista) dos últimos cinquenta anos. Conhecido na doutrina sob várias designações – "eficácia eterna de direitos fundamentais", "efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada", "efeito horizontal dos direitos fundamentais", "*Drittwirkung*", "*sute action*" –, continua a suscitar acesas controvérsias teóricas e dogmáticas. Seria, porém, um caminho árduo e manifestamente desadequado no contexto desta sessão enveredarmos por querelas doutrinárias, que pouca luz trariam ao debate e, mais do que isso, colocariam a retórica discursiva dos professores longe dos casos concretos da vida e das preocupações existenciais dos cidadãos. Nada melhor, por isso, de que alguns exemplos para todos compreendermos a importância do tema que nos ocupa:

Exemplo 1:

Uma instituição bancária privada preencheu todos os seus quadros de pessoal recrutando exclusivamente indivíduos do sexo masculino. Dado que não está cientificamente demonstrado que as mulheres sejam alérgicas ao "trabalho bancário", há sérios indícios de discriminação no trabalho baseada no sexo, em clara violação do princípio constitucional da igualdade! Será aqui concebível uma qualquer acção do Provedor de Justiça?

Exemplo 2:

Num contrato privado de compra e venda de imóveis incluiu-se uma cláusula resolutória, que condicionava a compra ou o arrendamento à titularidade exclusiva de brancos. Recorta-se, assim, num negócio jurídico-privado uma área de segregação racial. Haverá aqui espaço para a intervenção do nosso "defensor do povo"?

Exemplo 3:

Entidades patronais e organizações sindicais celebram um contrato colectivo de trabalho onde se incluem as seguintes cláusulas:

- (1) a cláusula de *closed shop*, ou seja, a proibição de contratação de trabalhadores não sindicalizados;
- (2) a cláusula de *europaização*, limitando o recrutamento a trabalhadores europeus;
- (3) a *cláusula de regionalização* restringindo a contratação a trabalhadores com residência na região da área abrangida pelo contrato colectivo. Perante a violação de alguns direitos, liberdades e garantias – liberdade negativa de associação sindical, discriminação em virtude da raça e da origem – em que medida se pode apelar ao Provedor de Justiça para corrigir estas "injustiças"?

Exemplo 4:

A empresa x contratou dois indivíduos de sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a realização e manutenção do contrato a três cláusulas:

- (1) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento de admissão;
- (2) aceitarem como justa causa de despedimento a ocorrência de gravidez durante o contrato;
- (3) considerar-se também como justa causa de despedimento o facto eventual de virem a servir de mães hospedeiras ("barriga de aluguer") durante a vigência do contrato.

Como conciliar estas cláusulas com direitos de personalidade tão importantes como a intimidade da vida privada e o direito de constituir família? Poderá o Provedor de Justiça desencadear alguma acção de auxílio a estas pessoas?

Exemplo 5:

O senhor x, professor de matemática, contratado por um estabelecimento de ensino privado confessional, viu rescindido o seu contrato de docência pelo facto de se ter divorciado e, subseqüentemente, ter contraído novo casamento. *Prima facie*, há aqui uma violação, por um estabelecimento privado, do direito constitucional a constituição de família e de celebração do casamento. Poderá o Provedor de Justiça alargar a sua acção aos "casos privados" onde não sejam observados os direitos fundamentais?

Os casos aqui inventariados – e que não são exemplos meramente académicos pois foram retirados da jurisprudência portuguesa, norte-americana, alemã e francesa – permitem, a nosso ver, tornar mais inteligível o sentido do primeiro núcleo de questões: como garantir a observância e aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas.

Do mesmo passo, recorta-se também o segundo conjunto de problemas – pode e deve o Provedor de Justiça deslocar o seu "olhar vigilante" do Estado para a sociedade civil? Por outras palavras: a figura do Provedor de Justiça deve manter a *introversão*, isto é, limitar as suas acções a actos dos poderes públicos ou de entidades com poderes públicos – abrir-se à *extroversão*, ou seja, estender a sua acção mediadora à reparação das ilegalidades e injustiças cometidas por *privados contra privados*, em rotunda colisão com direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados?

Mesmo que não se queira aceitar a construção da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, será deslocado invocar aqui um *dever de protecção* a cargo do Provedor de Justiça (e de outros poderes) quando os direitos, liberdades e garantias sofrem agressões graves nos esquemas relacionais intersubjectivos? Ao esclarecimento destas questões se dedicarão os próximos desenvolvimentos.

3. O enquadramento constitucional e legal do Provedor de Justiça

O enquadramento constitucional da figura do Provedor de Justiça na parte geral dos direitos fundamentais indicia inequivocamente que a sua função básica é a de um *órgão de garantia de direitos fundamentais*. Acrescente-se: de *todos* os direitos fundamentais e não apenas dos direitos, liberdades e garantias (CRP, Artigo 23º). Por sua vez, o Estatuto legal do Provedor de Justiça (Lei nº 9/91, de 9 de Abril) também fornece algumas aberturas para uma interpretação dinâmica e generosa das funções do Provedor de Justiça.

Desde logo, o artigo 2º ao delimitar o âmbito de actuação do Provedor, sugere que as acções se exercem, "nomeadamente" no âmbito de actividade da Administração Pública. Este âmbito é, de resto, delimitado em termos rasgadamente amplos, pois abrange 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. Deve, porém, reconhecer-se

que em nenhuma norma se descortina um fundamento seguro para o "defensor do povo" perante os poderes públicos se transformar em mediador dos particulares no âmbito dos poderes privados emergentes no seio da sociedade civil.

O Provedor de Justiça convidou-nos a sugerir algumas ideias nesse sentido. Não podemos fugir ao seu desafio. Impõem-se, porém, algumas cautelas. Por um lado, o desenvolvimento cabal do problema levar-nos-á a ocupar o espaço dos nosso colegas – a acção do Provedor de Justiça no procedimento legislativo e na acção de inconstitucionalidade. Por outro lado, e como iremos ver, estamos a pisar em terreno de especial sensibilidade no plano da ordenação e interdependência de vários órgãos de soberania, designadamente do legislador e dos tribunais. Avancemos então alguns tópicos tendentes a explorar a possível extroversão do Provedor de Justiça na garantia e defesa dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas. Impõe-se uma abordagem tópica, abertamente fragmentária e matizada, a única compatível com a diversidade das dimensões subjectivas englobadas no chamado *status positivus socialis* dos cidadãos.

4. O Provedor de Justiça: "mediador" imediato da eficácia de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada expressamente consagrada em normas constitucionais

Alguns efeitos relativamente a entidades privadas estão desde logo determinados na Constituição. Assim, por exemplo, o Artigo 38º ao consagrar a chamada *liberdade interna de imprensa* – liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários e o direito de intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de informação – torna claro a vinculação de entidades privadas por esta liberdade (contra os próprios proprietários da empresa). Do mesmo modo, o Artigo 36º/3 ao determinar que os "cónjuges tem iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e dever de manutenção dos filhos", além de se dirigir ao "legislador da família" vincula directamente os "cónjuges privados" ao princípio da igualdade, tornando inválida qualquer cláusula restauradora de figuras de "chefe de família". O Artigo 37º /4 garante o "direito de resposta e de rectificação" nos órgãos de informação, vinculando, assim, os órgãos de informação privados a respeitar este direito em relação a terceiros privados.

Em todos estes casos não se retira competência ao legislador – hipótese que abordaremos em seguida - de dar maior densificação à eficácia irradiante directamente consagrada na Constituição. Pergunta-se, porém: poderá o Provedor de Justiça assumir-se como "executor directo da Constituição" quando esta consagra a eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias? No caso de resposta positiva, em que termos? Parece seguro que o Provedor de Justiça não se pode substituir aos tribunais na apreciação de *casos litigiosos privados* onde se invoca a violação de direitos, liberdades e garantias. No entanto, haverá também hipóteses em que, para além da possibilidade da via jurisdicional – sempre aberta aos cidadãos – não está excluída a possibilidade de recomendações dirigidas a "entidades privadas" cuja vinculação pelos direitos, liberdades e garantias está expressamente consagrada na Constituição. Estará no âmbito do Provedor como "mediador da sociedade civil" e executor directo da Constituição dirigir recomendações a certos órgãos de imprensa que sistematicamente se recusam a inserir as respostas e rectificações ou que restringem em termos inconstitucionais a liberdade interna dos jornalistas.

5. O Provedor e o Legislador

Como atrás já foi sugerido, o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada significa, em primeiro lugar, que o legislador deve "mediar" essa eficácia (eficácia imediata) garantindo a sua observância e respeito através da "legislação civil". Nestes termos, a questão exige o esclarecimento das relações entre o Provedor de Justiça e os *órgãos legislativos*. No sistema constitucional de tendencial separação de órgãos de soberania, cabe em primeira linha ao legislador assegurar a observância dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Noutra formulação, mais recente, ancorada na ideia funcional de *exigência de protecção* pelo Estado insita nos direitos fundamentais: é *dever do legislador* ter em conta a necessidade de protecção dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas.

Qualquer que seja o fundamento dogmático deste dever de protecção do *Estado-legislador* – *eficácia* dos direitos, liberdades e garantias fundamentais ou como *valores* impregnadores de toda a ordem jurídica – não existem quaisquer dúvidas quanto à função dos direitos, liberdades e garantias como regras jurídicas vinculantes da ordem jurídica privada. Sendo assim, pergunta-se: quais as possibilidades do Provedor de Justiça perante o "legislador do direito privado" relativamente à concretização, por este, dos direitos, liberdades e garantias? Em rigor, não se trata de uma questão autónoma de efeitos irradiantes nas relações jurídicas privadas, mas tão somente da *vinculação imediata* de um poder do Estado – o poder legislativo – pelas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Existe, pois, aqui uma direcionalidade pública e não uma direcionalidade privada. Não obstante, a inquestionabilidade dogmática desta orientação, sempre se poderá insistir neste ponto: quais as *consequências concretas* desta vinculação do legislador privado e o que é que o Provedor de Justiça pode fazer junto do "legislador do direito privado"?

a) Em primeiro lugar, pode fazer recomendações nos termos do Artigo 20º/1/b do Estatuto, dirigidas ao legislador no sentido de se alterarem ou revogarem normas de direito privado contrárias à Constituição.

b) Em segundo lugar, as "recomendações legislativas" podem visar uma maior densificação legal de alguns direitos de igualdade específica (exemplo: a Lei nº 84/95, de 31 de Outubro, opção dos pais pelo

exercício em comum do poder paternal).

c) Em terceiro lugar, cabe na acção do Provedor fazer recomendações no sentido de se recortar legislativamente com mais rigor e operacionalidade a eficácia de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada (caso do direito de resposta).

6. O Provedor e as acções/recursos de inconstitucionalidade e de ilegalidade

Através da sua competência para requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade nos termos do Artigo 281 /1/2:d da Constituição, o Provedor pode alargar a sua acção de "mediador" da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Recordámos os casos de convénios de compra e venda impositivos de cláusulas de "segregação racial" ou os contratos colectivos de trabalho impositivos da cláusula de *closed shop* e da regionalização. A primeira hipótese (a do célebre caso *Shelley v Kraemer*, nos Estados Unidos) já foi reconduzida nos Estados Unidos à categoria de *state public action* nos casos em que os tribunais conferiram forma executiva a contratos racistas de compra e venda de imóveis. Se e na medida em que os contratos de urbanização equivalerem a regulamentos urbanísticos ou densificação de planos urbanísticos, seria possível invocar a existência de "normas privadas equivalentes a normas públicas" para efeitos de requerimento de declaração de inconstitucionalidade. Como é óbvio, estes casos devem ser analisados com cuidado mas não deve arredar-se a hipótese da reconstrução de normas em sentido funcional que permitam ao Provedor de Justiça dirigir-se ao órgão de controlo da constitucionalidade para efeito de eliminar cláusulas inconstitucionais incorporadas em convénios entre particulares e a que os próprios tribunais já deram forma executiva.

A consagração de cláusulas inconstitucionais em contratos colectivos de trabalho exige uma retórica menos exigente que o caso anterior. Tendo os contratos colectivos uma "parte normativa" será sempre possível ao Provedor de Justiça requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas convencionais ofensivas de direitos, liberdades e garantias. Mas dever-se-ia ir mais além: o *dever de protecção* de direitos, liberdades e garantias pode justificar que, em alguns casos, o Provedor se assumia como "protagonista processual" impulsionando a anulação de cláusulas inconstitucionais contidas em contratos privados. É a questão que passaremos a analisar no número seguinte.

7. O Provedor e os "poderes privados"

O Decreto-Lei nº 44 G/85, de 25 de Outubro abriu uma outra e importante via para o Provedor dinamizar a observância e garantia dos direitos, liberdades e garantias. Referimo-nos à legitimidade para o Provedor indicar ao Ministério Público a necessidade de uma acção destinada a obter a condenação na obtenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais. Muitas das cláusulas contratuais proibidas sugerem a existência de *poderes privados* com possibilidades de agressão de direitos, liberdades e garantias semelhantes aos poderes públicos. Não se compreenderia que o Provedor possa chegar aos tribunais apenas para reagir contra este tipo de cláusulas. Isto leva-nos a um outro ponto que consideramos essencial. Sem subvertermos as disposições constitucionais referentes às competências dos tribunais – designadamente a que diz respeito à resolução de litígios entre os particulares – deve reconhecer-se ao Provedor uma legitimidade ampla para solicitar ao Ministério Público o desencadeamento de acções contra contratos entre particulares em que se insiram *cláusulas violadoras de direitos, liberdades e garantias*. Quando essas violações são causadas por "poderes sociais" dotados de instrumentos de coacção acrescidos e rotundamente desiguais em relação aos parceiros contratuais, o Provedor pode e deve transformar-se em "mediador" dos indivíduos desarmados. Aqui temos a passagem decisiva de um Provedor "introvertido" a um "Provedor extrovertido", e um "defensor do povo" perante os poderes públicos, para um defensor dos indivíduos perante as dimensões majestáticas dos "poderes privados".

Estaremos a aventurar-nos por terrenos escorregadios? A resposta é negativa. Mesmo em quadrantes individualistas como é o sistema suíço, houve quem, em sede de revisão constitucional, fizesse a proposta de inclusão de uma norma com o teor seguinte:

"1. O legislador e os tribunais asseguram a eficácia adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.

2. Quem exerce os direitos fundamentais deve respeitar os direitos fundamentais de outrem. Sobretudo, ninguém pode lesar os direitos fundamentais de outrem em virtude da sua posição de poder."

Os direitos, liberdades e garantias e a ordem jurídica privada não se encontram numa situação de "separação" ou de "divórcio". Qualquer "distância" do direito privado em relação à constituição não significa a existência de um terreno livre de direitos fundamentais nos órgãos jurídico-cívís. Acresce que a frontal posicionalidade dos direitos, liberdades e garantias contra o Estado, está longe de significar a desnecessidade de esta "frontalidade" ser alargada contra os novos "senhores dos poderes privados".

8. A unidade da ordem jurídica

Há alguns anos um célebre administrativista francês referiu-se à provocação de uma "dupla moral no seio da sociedade" a propósito da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. No espaço do *público político* proclama-se o pecado mortal dos actos públicos violadores dos direitos fundamentais; no domínio do privado reivindica-se energicamente a bondade dos comportamentos emocionais mais ou menos atentatórios dos mesmos direitos, liberdades e garantias.

Para um jurista atento não deixa de ser significativo que o Código de Procedimento Administrativo tenha considerado – e bem – como *nulos* os actos que ofendem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (Artigo 133º/2/d) e que o Decreto-Lei nº446/85, de 15 de Outubro – referente a cláusulas gerais dos contratos – não contenha em parte alguma uma norma semelhante, qual seja a da proibição de cláusulas gerais de contratos violadores do núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias!

Também, neste domínio, o Provedor de Justiça tem uma palavra a dizer no sentido de assegurar a *unidade da ordem jurídica* no campo sensível dos direitos, liberdades e garantias. Mas não haja equívocos quanto à unidade aqui referida e desejada. Bem sabemos que o *espaço do privado* é ainda o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha das nossas iras, o refúgio das nossa emoções, o espaço da nossa autonomia. Seria mau que ele se transformasse em arena de *política absoluta* com os *direitos-mitos* e o *mito-direitos*.

No entanto, a "cegueira cega" e estaríamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos. Compreender a conflitualidade das estruturas subjectivas é, afinal, a tarefa que se impõe a um órgão, como o Provedor de Justiça, na sua qualidade de garante dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Se ele, nos espaços comunicativos do Estado de Direito, puder contribuir para a solidificação de uma sociedade de homens livres onde os espaços de autonomia sejam entretecidos pelos princípios básicos de justiça, terá cumprido a sua missão.

Pulsate et aperietur vobis

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.