



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

O Poder da Recomendação*

*Catarina Sampaio Ventura***

1. *Nota introdutória*

Decorridos mais de 38 anos sobre a receção, no nosso ordenamento jurídico, da figura do Provedor de Justiça, é amplamente reconhecido o sucesso que a mesma logrou alcançar, enquanto elemento integrante do processo de democratização e de afirmação dos direitos fundamentais e do Estado de direito, ocasionado pelo momento de rutura ocorrido em 1974.

Com a compleição característica inspirada (ainda que não decalcada) no *Ombudsman* escandinavo, o Provedor de Justiça afirma-se, na sua essência institucional¹, como um órgão do Estado independente, eleito pelo Parlamento, de controlo não jurisdicional dos poderes públicos², com a finalidade principal de tutela dos direitos dos cidadãos.

Sem prejuízo do poder de iniciativa própria (artigos 4.º, n.º 1, e 24.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça³), o Provedor de Justiça configura uma instituição que lida fundamentalmente com as queixas dos cidadãos. Na verdade, relevando o direito fundamental de apresentar queixa ao Provedor de Justiça da tradição constitucional do direito de petição, a sua consagração confere a cada cidadão,

* O presente texto serviu de base à comunicação que apresentámos no *III Encontro Nacional de Provedores do Estudante*, que decorreu em Coimbra, em 11 de outubro de 2013.

** Assessora do Provedor de Justiça.

¹ Veja-se o artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (correspondente ao artigo 24.º, na numeração da versão primeira da Lei Fundamental), normativo que materializa a incorporação constitucional do Provedor de Justiça, ademais em pleno regime “jusfundamental” dos direitos e deveres fundamentais.

² Com exceção do domínio das opções políticas e do exercício de funções jurisdicionais.

³ Constante da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, alterada, por último, pela Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro (de agora em diante, de modo abreviado, EPJ).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

atuando individual ou coletivamente, a capacidade de intervir ativamente (num exercício que é também de cidadania atuante) perante situações percecionadas como de ameaça ou ofensa aos direitos das pessoas, na órbita de ação dos poderes públicos.

Nesta função de amparo, não são decretados limites à intervenção do Provedor de Justiça em razão da matéria ou do tipo de direitos em causa, numa abertura e amplitude que conduzem a que a doutrina lhe atribua o qualificativo de *Provedor plurifuncional*⁴. Na realidade, o Provedor de Justiça é um guardião dos direitos das pessoas, seja na sua veste de contribuintes, de beneficiários da segurança social, de consumidores, de agentes económicos, de trabalhadores, de reformados ou aposentados, de estudantes, entre outras (*i.e.* tantas quantas a pessoa humana, na riqueza existencial da sua vida individual e em coletivo, possivelmente corporiza).

Esperando não correr o risco de excesso de generalização, faz-se notar que a receção, em diversos países (sobretudo após a Segunda Grande Guerra e partindo do paradigma escandinavo), da figura do *Ombudsman* não deixou de procurar dar resposta às insuficiências ou incompletude dos meios clássicos de controlo político parlamentar, administrativo e judicial da administração pública ou, de outro modo, de complementar tais formas tradicionais de fiscalização com meio de distinta natureza⁵ – ou seja, enquanto mecanismo independente, de controlo “desformalizado”⁶ da atividade administrativa, operando em domínio próprio, com a função principal de garantia dos direitos dos cidadãos.

Outrossim e caracteristicamente, nos casos em que, conforme sucedeu no nosso país, a incorporação da figura do Provedor de Justiça ocorreu num quadro de democratização e de afirmação do Estado de direito e das liberdades fundamentais,

⁴ Vejam-se J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 442, e MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?», in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002, p. 53.

⁵ Seguimos de perto o que deixámos já escrito em *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2007, p. 83.

⁶ Veja-se FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Coimbra, 1979, p. 88.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

a institucionalização do *Ombudsman* em semelhante processo de construção de uma nova ordem político-constitucional e social não deixa de consubstanciar uma peça da engrenagem de “pesos e contrapesos” entre os vários poderes constituídos, afirmando-se, pois, o Provedor de Justiça, com a sua compleição específica, um garante da legalidade democrática e dos direitos fundamentais dos cidadãos *vis-à-vis* os poderes públicos⁷. Isto, num âmbito de atuação que extravasa a estrita esfera da função administrativa do Estado e de que é exemplo, desde logo, no caso português, a atribuição ao Provedor de Justiça (i) do poder de emitir recomendações legislativas⁸, (ii) de legitimidade processual ativa junto do Tribunal Constitucional em processos, quer de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade e da legalidade de normas, quer de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão⁹, (iii) e da competência para «[p]romover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais» (artigo 20.º, n.º 1, alínea d), do EPJ).

2. O poder de recomendação

No enquadramento que antecede, aludir ao poder do Provedor de Justiça de emitir recomendações significa reportarmo-nos a um dos elementos matriciais do “código genético” desta figura singular, a saber, a *ausência de poder decisório*¹⁰ na sua intervenção.

Na verdade, não se enquadrando o *Ombudsman* num dos típicos poderes do Estado (legislativo, executivo e judicial) a sua distinção – a qual representa

⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 83-84.

⁸ Veja-se a alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do EPJ.

⁹ Vejam-se os artigos 281.º, n.os 1 e 2, alínea d), e 283.º, n.º 1, da Constituição e, em conformidade, o artigo 20.º, n.os 3 e 4, do EPJ.

¹⁰ Veja-se FILIPE BOA BAPTISTA, «O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman: Uma tensão recorrente na experiência parlamentar», in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, *op. cit.*, p. 15-16.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

verdadeiramente a sua força, o seu *plus* – evidencia-se num específico poder de fiscalização e de recomendação em relação aos poderes públicos¹¹.

Assim não o deixou de reconhecer o legislador constituinte, porquanto, ao incorporar a figura do Provedor de Justiça na Constituição de 1976, o consagrou, justamente, como um órgão do Estado independente com a missão de apreciar as queixas dos cidadãos «*sem poder decisório*, dirigindo aos órgãos competentes as *recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças*» (artigo 23.º, n.º 1, da Lei Fundamental, *itálico nosso*).

Tentando, por conseguinte, perscrutar primeiramente a noção de recomendação, dir-se-á que, sob o ponto de vista do direito, esta configura um ato através do qual é proposta à entidade destinatária a adoção de uma determinada conduta.

A recomendação não se confunde, por conseguinte, com o parecer¹². Neste último, manifesta-se tão-somente um juízo opinativo acerca de dada questão ou problemática. De outro modo dito, o parecer circunscreve-se à emissão de opinião a respeito de dado assunto ou problema.

Não assim na recomendação, a qual vai mais além: naturalmente ainda que sustentada no entendimento que determinada matéria de facto e/ou de direito sugere, a recomendação leva necessariamente em si, conforme aludido, uma *proposta no sentido da adoção de determinado comportamento*, no que se revela, por conseguinte, o seu elemento distintivo.

Nesta linha, a recomendação consiste em um ato desprovido de coercibilidade, dirigido a impulsionar, face à realidade existente, a criação de uma nova situação jurídica ou de nova prática. Destituída de efeitos jurídicos vinculativos ou obrigatórios, o seu não acatamento pela entidade destinatária não traz

¹¹ Também como destaca ANA FERNANDA NEVES, «a actividade do provedor de Justiça não se exprime por meio de qualquer tipo de acto próprio das funções do Estado» («O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 86).

¹² Registe-se que, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do EPJ, também compete o Provedor de Justiça «[e]mitir parecer, a solicitação da Assembleia da República, sobre quaisquer matérias relacionadas com a sua atividade».



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

consequências jurídicas, o que vale por dizer que a sua rejeição não sinonimiza uma violação do direito.

O valor da recomendação reveste-se, por conseguinte, de uma outra índole: a recomendação carrega em si a força da ética, isto é, o peso de uma axiologia que procede da reta justiça, dimensão que, no caso específico do Provedor de Justiça, recobra, em plenitude, o sentido de “magistratura de persuasão” que dimana do exercício das suas funções, na defesa e proposição do comportamento que é esperado das entidades públicas.

Neste enquadramento, o poder do Provedor de Justiça de emitir recomendações¹³ representa aquele que é o seu “poder por excelência” (o qual é, de resto, indelegável¹⁴), sendo que o respetivo exercício pode abarcar, tanto as simples práticas, atos ou procedimentos administrativos, como o domínio da norma¹⁵. Tendo por destinatários os órgãos competentes, abrangidos no respetivo âmbito de atuação, as recomendações do Provedor de Justiça apresentam, fundamentalmente, a seguinte tipologia: (i) as recomendações sobre situações individuais e concretas ou específicos modos de agir da administração pública (recomendações não normativas); e (ii) as recomendações versando sobre normas e dirigidas à sua interpretação, alteração, revogação ou produção (recomendações normativas).

Nestes termos, as recomendações não normativas são aquelas que se dirigem à correção de atos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou à melhoria da organização e procedimentos administrativos dos respetivos serviços. Por seu turno, as recomendações normativas procedem da verificação de deficiências normativas e levam em si uma proposta para a interpretação, alteração ou revogação das normas em causa, ou ainda a sugestão para a elaboração de regulação em falta.

¹³ Vejam-se as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 20.º do EPJ.

¹⁴ Veja-se, *a contrario*, o disposto no n.º 3 do artigo 16.º do EPJ.

¹⁵ Seguimos de perto a conceptualização constante de *20 Anos do Provedor de Justiça*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1996, p. 20.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A este propósito importa ainda fazer notar que o poder de recomendação, não obstante a ausência, por natureza, de efeitos juridicamente vinculativos acoplados, surge ainda assim envolto no que os constitucionalistas J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira apelidam de “mínimo de injuntividade”¹⁶.

Na verdade, o exercício do poder em questão obriga a entidade destinatária a comunicar ao Provedor de Justiça, no prazo de 60 dias, a posição assumida quanto à recomendação formulada, devendo a recusa ser sempre fundamentada (artigo 38.º, n.os 2 e 3, do EPJ). A imposição dos deveres de resposta e de fundamentação sobre a entidade destinatária de uma recomendação indica, por conseguinte, que o visado não pode, pura e simplesmente, dela alhear-se ou ignorá-la em absoluto.

Acresce que, em caso de não acatamento e sempre que não seja obtida a colaboração devida, o Provedor de Justiça «pode dirigir-se ao superior hierárquico competente ou, sendo caso disso, ao respetivo ministro da tutela» (artigo 38.º, n.º 4, do EPJ). Tratando-se de órgão executivo de autarquia local que não acate a recomendação de que foi destinatário, o Provedor de Justiça «pode dirigir-se à respetiva assembleia deliberativa» (artigo 38.º, n.º 5, do EPJ). Por seu turno, poderá dirigir-se à Assembleia da República, caso seja a Administração Pública a rejeitar a recomendação ou a não colaborar nos termos solicitados (artigo 38.º, n.º 6, do EPJ).

Paralelamente, em uma outra dimensão, deve ter-se de igual modo presente a possibilidade que o Provedor de Justiça tem de dar publicidade da seu agir, seja junto da opinião pública (artigo 35.º, n.º 2, do EPJ), seja através dos relatórios anuais de atividade que apresenta ao Parlamento, dando conta das condutas que suscitaram a sua intervenção e da reação das entidades visadas às diligências realizadas (artigo 23.º, n.º 1, do EPJ).

Este poder de publicitação das conclusões alcançadas na apreciação das situações sobre as quais se debruça (que é também conatural a um órgão com as características do *Ombudsman*) não releva, naturalmente, apenas no quadro do recurso a fórmulas mais solenes – como será o caso, mesmo dentro da

¹⁶ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 443.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

informalidade que singulariza uma instituição como o Provedor de Justiça, da formulação de recomendações –, mas abarca as diversas expressões possíveis da respetiva intervenção conclusiva.

Com efeito, e como última nota nesta sede, sem que seja viável elaborar sobre uma tipologia fechada, classificatória, das possíveis “formas” de exteriorização das tomadas de posições do Provedor de Justiça¹⁷, é certo que este órgão do Estado pode externar as suas “decisões” sob distinta roupagem. Sem embargo, seja qual for a via tida por mais adequada a expressar a intervenção final do Provedor de Justiça em dado caso – *i.e.*, intervenha mediante recomendação ou outra diligência menos protocolar –, sempre a sua atuação estará marcada pela assinalada inexistência de poder decisório.

3. *O poder da recomendação*

Afirmado o sentido meramente recomendatório ou persuasório da intervenção do Provedor de Justiça, daqui resulta que o mesmo não dispõe do poder de impor as suas conclusões às entidades a que sua atuação vai dirigida, de modificar, revogar ou anular os respetivos atos ou sequer de as obrigar à adoção de determinadas condutas. Isso mesmo vem, outrossim, expressamente consignado no n.º 1 do artigo 22.º do EPJ, preceito que, sob a epígrafe “Limites de intervenção”, dispõe que «[o] Provedor de Justiça não tem competência para anular, revogar ou modificar os atos dos poderes públicos (...)».

¹⁷ Inviabilidade revelada pela contradição que um tal esquema classificatório fechado expressaria, perante a informalidade que caracteriza o órgão do Estado em apreço e que autoriza, por seu turno, uma variedade de “modos” no exercício das inerentes faculdades de crítica, reparo, chamada de atenção, advertência, sensibilização, exortação, sugestão ou intermediação, que, no quotidiano da atividade do Provedor de Justiça e na variedade de situações submetidas à sua apreciação, se encontram na respetiva disponibilidade, em plena harmonia com a autonomia que o distingue.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Na medida em que as entidades visadas pela atuação do Provedor de Justiça são livres de aceitar ou não as suas recomendações, cabe então colocar a questão de saber se estamos perante uma força ou fraqueza da instituição.

Ora, perante a interrogação, não deve hesitar-se em responder que equivocado estará quem considere ser esta uma fragilidade ou debilidade do órgão do Estado que é o Provedor de Justiça¹⁸. Diversamente, para além de conatural à essência da figura – parte integrante do seu “ADN” –, a ausência de poder decisório é a sua força motora, o seu húmus.

Contudo, se não estamos perante um mecanismo de “*hard law*”, onde reside o poder das recomendações do Provedor de Justiça, aquele *quid* que impele uma entidade, que a tal não está obrigada, a seguir as propostas ali formuladas? Em busca de possíveis respostas, alinhavam-se, de seguida, algumas das marcas de um órgão como o Provedor de Justiça que, caracteristicamente, robustecem a sua compleição como mecanismo de “*soft law*”, na defesa dos direitos dos cidadãos perante os poderes públicos.

Assim, as recomendações do Provedor de Justiça convencem, em primeira linha, pela solidez do argumentário, sustentada em uma prévia investigação apurada dos factos e do direito aplicável bem como na razoabilidade, bondade e competência técnica da fundamentação aduzida em favor das propostas em que as mesmas se consubstanciam, estribando a tomada de posição do Provedor de Justiça a respeito das situações trazidas à sua atenção ou que, *motu proprio*, ajuíze dever analisar.

Neste *iter* procedimental de apreciação e investigação das situações sobre as quais o Provedor de Justiça se debruce, deve, desde logo, ser realçada, a montante, a sua capacidade de “escutar” – recentemente e a este propósito, o Provedor de Justiça, Prof. José de Faria Costa, referiu-se justamente a uma «absoluta

¹⁸ Veja-se, em sentido consonante, o que deixámos já esboçado em *Direitos Humanos e Ombudsman*, *op. cit.*, p. 37-38 e referências bibliográficas aí citadas.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

disponibilidade institucional para “ouvir” e “sentir” as queixas ou as suas antecâmaras, as “lamentações”, dos seus concidadãos»¹⁹.

Esta postura de abertura revela uma outra característica distintiva do Provedor de Justiça, capaz de sustentar a força das suas recomendações. Temos em mente a sua compleição como um mecanismo de controlo “pró-ativo”, ao invés de “repressivo”. Ou seja, no exercício das suas funções, o Provedor de Justiça prossegue primacialmente um controlo de tipo colaborante, agilizador e persuasivo, em vista de uma mudança de comportamento nos poderes públicos que vá de encontro às soluções por si propugnadas²⁰.

Semelhante posicionamento institucional recebe expressão na consagração constitucional do Provedor de Justiça, porquanto aí se determina, de modo explícito, ir a sua atuação dirigida não apenas à reparação das injustiças, mas igualmente à sua prevenção (artigo 23.º, n.º 1, *in fine*, da Lei Fundamental). Este recorte funcional franqueia no Provedor de Justiça uma particular atitude institucional de abertura no tratamento das questões que lhe são colocadas, procurando, de modo inato, olhar sempre mais além do que possam ser as imediatas pretensões reveladas nas queixas que lhe são dirigidas ou nas problemáticas com as quais se confronta no exercício das suas funções.

Acresce a específica expressão estatutária do poder do Provedor de Justiça de colaborar com as entidades competentes na procura das «soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa» (artigo 21.º, n.º 1, alínea c) do EPJ), no que se também descortina uma sua função de sentido mediador²¹.

¹⁹ In *Razões de uma razão (II)*, artigo publicado no *Diário de Notícias*, de 7 de outubro de 2013 (texto disponível em <http://www.provedor-jus.pt/site/public/?ide=49&idi=15299>).

²⁰ A propósito da diversidade de tipos de controlo apontada no texto, veja-se LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 18-19 (citando os estudos de Marc Hertogh), e, já entre nós, JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «O Ombudsman: Suas origens e competências», *Administração: Revista de Administração Pública de Macau*, N.º 40, Vol. XI (1998), p. 419.

²¹ Vejam-se, neste preciso entendimento, *20 Anos do Provedor de Justiça, op. cit.*, p. 20-21, JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «Provedor de Justiça», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Lisboa, 1994, p. 660, e LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in *Portugal: O Sistema*



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Assim sendo, sem nunca abdicar de fazer vigoroso reparo nas situações de ofensa aos direitos dos cidadãos, o Provedor de Justiça encontra-se congenitamente predisposto para assumir uma atuação que procura ser positiva, construtiva, pedagógica, na busca de soluções e alternativas, promovendo a boa administração, o aperfeiçoamento da legislação e a elevação, sempre que possível, do grau de proteção dos direitos dos cidadãos.

Tal é, de resto, consentâneo com a circunstância de o *Ombudsman* de base parlamentar ter nascido para ocupar um espaço próprio de intervenção, colmatando as insuficiências dos meios tradicionais de controlo da administração e complementando-os, conforme ficou anteriormente assinalado.

Ainda em sede de tramitação procedimental e de atuação conclusiva, estando adstrita ao Provedor de Justiça a função principal de defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, importa, em todo o caso, enfatizar que o mesmo não se posiciona como um “advogado de parte”. O seu farol, o seu critério material de decisão, são a justiça e a legalidade dos comportamentos dos poderes públicos, pelo que o olhar que lança sobre determinada situação trazida ao seu conhecimento é sempre verdadeiramente equidistante, perscrutando as dimensões de juridicidade relevantes (sendo a justiça o fim último do direito) e sem perder de vista que uma situação problemática detetada, no plano individual e concreto, pode carecer, além da dimensão casuística, de uma solução de índole sistémica. Não é assim, por outro lado, de estranhar que sejam encerrados aqueles procedimentos encetados, sempre que o Provedor de Justiça «conclua que a queixa não tem fundamento ou que não existem elementos bastantes para ser adotado qualquer procedimento» (artigo 31.º, n.º 1, alínea b), do EPJ).

Político e Constitucional – 1974/87, Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, p. 718; veja-se, ainda, H. NASCIMENTO RODRIGUES, «O Provedor de Justiça, a mediação e os julgados de paz», *Newsletter DGAE*, N.º 5, Junho 2005, p. 3-5.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Aspeto igualmente digno de nota neste debate em torno do poder da recomendação traduz-se na consideração de que, na procura de um retrato completo da situação denunciada, o Provedor de Justiça dispõe de importantes poderes de investigação (artigos 21.º, n.º 1, e 28.º do EPJ), em plena observância dos princípios da informalidade, celeridade e do contraditório, incluindo a liberdade de acesso à informação e documentação pertinentes (salvaguardadas as restrições legalmente aplicáveis), bem como de visita aos serviços e estabelecimentos abrangidos no seu âmbito de atuação, sendo que o diálogo encetado, nesta sede, com as entidades visadas assenta num dever, constitucionalmente plasmado, de cooperação destas com o Provedor de Justiça na realização daquela que é a sua missão (artigo 23.º, n.º 4, da Constituição e, no plano estatutário, artigo 29.º do EPJ).

Se damos realce a estes poderes formais do Provedor de Justiça é porque os mesmos são igualmente instrumentais à robustez da argumentação em que se esteiam as suas recomendações. Na verdade, dado não serem vinculativas por natureza, as recomendações do Provedor de Justiça terão necessariamente de emanar de um procedimento de investigação e análise ponderoso, evidenciando um processo racional de apreciação e de “intervenção informada, esclarecida e correta”²², com conhecimento de causa, suscetível, como tal, de impelir a entidade destinatária a promover a mudança desejada.

Este processo dialógico ocasionado pela formulação de uma recomendação representa afinal o *iter* que conduz a entidade destinatária a ter de inevitavelmente refletir sobre os pontos de vista relevados pelo Provedor de Justiça a propósito da problemática que motiva a sua intervenção. É o que pode designar-se de um “efeito procedimental”²³ da recomendação, isto é, conforme o perspetivamos, um efeito no modo de proceder do seu destinatário, que fica compelido a ponderá-la no conjunto

²² Assim ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in *op. cit.*, p. 81.

²³ Referindo-se aos “efeitos procedimentais e não efeitos substantivos finais” das recomendações do Provedor de Justiça, veja-se RUI CHANCERELLE DE MACHETE, «As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção», in *O Provedor de Justiça: Estudos – Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2006, p. 105.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

de argumentos e na(s) proposta(s) que, respetivamente, a enforma e que a mesma encerra, deixando intocada a margem de decisão relativamente ao entendimento a assumir a final, aceitando ou rejeitando a recomendação do Provedor de Justiça. Ora, isto requer também por parte da entidade visada uma postura não passiva e de disponibilidade para “escutar” a “voz” do Provedor de Justiça. Assim sendo, em caso de acatamento, decidindo-se atuar em conformidade com o que vem proposto na recomendação, o destinatário não será vencido pela força imperativa de uma decisão, mas, distintamente, convencido pela bondade dos argumentos aduzidos²⁴. É nesta capacidade de convencer pela força do argumentário que se evidencia a chamada “magistratura da persuasão” exercida pelo Provedor de Justiça.

Numa outra nota, uma vez que os seus destinatários não estão obrigados a conformar-se com as recomendações formuladas pelo Provedor de Justiça, o poder em causa sai naturalmente reforçado pelo acatamento voluntário, ou seja, pela aceitação que a respeito das propostas formuladas as entidades visadas, sem a tal estarem obrigadas, venham a manifestar sobre o modo de prevenção ou reparação de iniquidades, tal como proposto pelo Provedor de Justiça.

Já nas situações de não acatamento de recomendação do Provedor de Justiça, a obrigatoriedade de fundamentação da recusa sempre contribuirá para tornar mais transparentes os motivos da decisão da entidade visada, assumindo esta, naturalmente, a responsabilidade “moral” de não assentir nas propostas contidas na recomendação emitida.

Aproximando-nos do final da presente anotação, cremos que a credibilidade das recomendações e a força de persuasão do Provedor de Justiça não podem dissociar-se das garantias institucionais deste órgão do Estado. A este respeito, salientam-se, em especial, a sua autonomia e independência (que o recortam como órgão absolutamente exógeno aos poderes destinatários das suas recomendações),

²⁴ O cuidado na motivação das recomendações será sempre, conforme ficou expresso na edição comemorativa do 20.º aniversário da instituição, «a melhor arma do bom sucesso, quando se pretende convencer e não simplesmente vencer, quando se invoca o império da razão em detrimento das razões do império» (*20 Anos do Provedor de Justiça, op. cit.*, p. 20).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

bem como, em conformidade, os requisitos de independência, reputação e integridade pessoais, a que acresce o consenso requerido em torno da eleição do seu titular, atenta a exigência da formação de maioria qualificada no seio do Parlamento.

Sem embargo de tão forte aparelhamento institucional, não se descortina, num derradeiro plano de análise, justificação para uma compleição do Provedor de Justiça enquanto órgão com poderes decisórios, nem a mesma seria sequer constitucionalmente viável, atenta a arquitetura, na nossa Lei Fundamental, da organização dos poderes do Estado.

É que o reconhecimento de efeitos vinculativos às tomadas de posição de uma instituição com o recorte característico do *Ombudsman* consubstanciaria uma desvirtuação da essência da figura, tal como ficou retratada.

Acresce que a intervenção de sentido persuasório, ancorada em propostas ou recomendações, é também conatural à amplitude do respetivo critério de atuação, pois é sabido que o Provedor de Justiça pode agir com base não apenas em critérios de estrita legalidade, mas também de equidade ou justiça, pelo que também sob esta perspetiva do referente da atuação ganha plenamente sentido um controlo de sentido recomendatório, não circunscrito à “sujeição à lei” (por vezes ela própria injusta ou lacunar), podendo ser mobilizadas dimensões do que seja uma solução justa do caso concreto.

Ou seja, o Provedor de Justiça não se confunde com um mecanismo jurisdicional de tutela dos direitos, não é um tribunal, regendo-se na sua missão pelo princípio da informalidade e exercendo uma “magistratura de influência”, o que lhe confere plasticidade singular, ocupando um espaço próprio e distinto de intervenção, muitas vezes sem substituto no conjunto dos meios de defesa dos direitos das pessoas, pela capacidade e tipo de resposta que logra alcançar em questões de maior complexidade técnica como na satisfação das mais simples carências.

Nesta linha e como é geralmente reconhecido, atribuir efeitos vinculativos às tomadas de posição do Provedor de Justiça seria transfigurá-lo em mais uma



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

instância de recurso, no que constituiria, afinal, uma réplica do paradigma de judicialização, desvirtuando-o na sua natureza específica, na autoridade própria que o marca e no seu modo característico de atuação.

Além de que, caso as suas tomadas de posição assumissem pendor decisório, colocar-se-ia, logicamente, a questão de saber que entidade externa fiscalizaria o *Ombudsman* ou, por outras palavras, de “quem vigia o vigilante”²⁵, com prejuízo para a referida compleição particular. De outro modo dito, o específico recorte de um órgão como o Provedor de Justiça, destituído de poderes para fazer cumprir a suas recomendações ou propostas, suprime a necessidade de um chamado controlo sucessivo²⁶, sem que tal signifique – importa fazê-lo notar – que a este órgão do Estado escape uma ideia de “responsabilidade pública”²⁷ ou de exigência de “prestação de contas” relativamente ao seu agir (e que se cumpre, designadamente, por via da apresentação à Assembleia da República de relatórios anuais da atividade desenvolvida).

4. *Nota conclusiva*

Em suma, podemos afirmar que a secular instituição do *Ombudsman* é, em certo sentido, verdadeiramente precursora dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Na riqueza e diversidade das relações que emanam da vida em sociedade, o Provedor de Justiça vela pelo respeito dos direitos dos cidadãos – constitui um elo de ligação entre o cidadão e os poderes públicos – ainda que de um modo diferente, verdadeiramente singular, de outros meios de garantia dos direitos dos cidadãos.

²⁵ Relevando já esta questão, veja-se *20 Anos do Provedor de Justiça*, *op. cit.*, p. 19-20, e VICTOR O. AYENI, «The Ombudsman in the Achievement of Administrative Justice and Human Rights in the New Millennium», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 5 (2001), p. 45.

²⁶ Note-se, a este respeito, que nos termos do disposto no artigo 36.º do EPJ, salvaguardadas as decisões em sede de gestão dos serviços da Provedoria de Justiça, «os atos do Provedor de Justiça não são suscetíveis de recurso e só podem ser objeto de reclamação para o próprio Provedor».

²⁷ Veja-se ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in *op. cit.*, p. 91.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Em Portugal, caminhando em direção a quase quatro décadas de existência, a prática da instituição, seja de sentido mais casuístico, seja no sentido de análise mais sistémica, tal como compendiada, designadamente, nos sucessivos relatórios anuais de atividade, permite ilustrar como é franqueado ao Provedor de Justiça assumir um papel na efetiva elevação do grau de proteção dos direitos dos cidadãos, no quadro dos mecanismos de tutela existentes, os quais não operam necessariamente apenas por via de decisões obrigatórias.

Enquanto mecanismo de “*soft law*”, o Provedor de Justiça revela, pois, uma capacidade institucional única de intervenção na defesa dos cidadãos, assente não só na observação vigilante do tempo em que se move, mas, acima de tudo, na recetividade e disponibilidade para sentir o pulsar das queixas que lhe vão dirigidas.

Ilustrando esta singularidade, terminamos citando as palavras do Provedor de Justiça, Prof. José de Faria Costa:

*O Provedor não legisla, não governa, não julga mas faz coisa diferente e é sua missão ir mais além e mais fundo.*²⁸

²⁸ In *Razões de uma razão (II)*, supracitado (nota 19).