

Democracia e Direitos Humanos no Século XXI

Provedor de Justiça

Democracia e Direitos Humanos no Século XXI

**Lisboa
2003**

Título - Democracia e Direitos Humanos no Século XXI
Edição - Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação
Composição – Provedoria de Justiça – Divisão de Informática
Impressão e acabamento – Norprint, SA
Tiragem – 1000 ex.
Depósito Legal – 196166/03
ISBN – 972-97623-6-8

Provedoria de Justiça, Rua do Pau de Bandeira, 7- 9, 1249-088 Lisboa
Telefone: 21 392 66 00 Telefax: 21 396 12 43
provedor@provedor-jus.pt
<http://www.provedor-jus.pt>

Índice

NOTA INTRODUTÓRIA Henrique Nascimento Rodrigues	5
DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI Mário Soares	9
LIMITES JURÍDICOS, POLÍTICOS E ÉTICOS DA ACTUAÇÃO DO “OMBUDSMAN” Diogo Freitas do Amaral	23
O PROVIDOR DE JUSTIÇA E O ACOMPANHAMENTO E AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS António Correia de Campos	53
A FUNÇÃO PREVENTIVA, PERSONALIZADORA E INOVADORA DO PROVIDOR DE JUSTIÇA Henrique Nascimento Rodrigues	69

Nota Introdutória

Tem sido consensual o reconhecimento de que existe um notório défice de investigação e uma incompreensível lacuna de literatura jurídica no nosso País a propósito do Provedor de Justiça, em contraste com o sucesso institucional que indubitavelmente ganhou nos seus já mais de vinte e cinco anos de existência.

Com efeito, as poucas monografias existentes e as referências ao Provedor de Justiça como instrumento de tutela de direitos fundamentais, colhíveis nos Manuais de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, estão longe de preencher as necessidades de esclarecimento dos exactos contornos do ADN do *Ombudsman* português e de compreensão do enquadramento das suas funções.

É certo que o próprio Estatuto do Provedor de Justiça – Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – comete-lhe a atribuição de “*promover a divulgação (...) da finalidade da instituição do provedor de Justiça, dos meios de que dispõe e de como a ele se pode fazer apelo*” [artigo 20.º, n.º 1, alínea d)]. Mas este comando legal parece muito mais virado a

objectivos de informação prática e de esclarecimento pragmático dirigidos ao cidadão comum – de que são exemplos o lançamento de folhetos descritivos, as sessões de esclarecimento, o *site* da Provedoria de Justiça – do que a labores de investigação ou a elaboração de estudos doutriniais. E, todavia, estes muita falta fazem.

Compreender-se-á, por isso, que na senda da publicação, em 2002, de *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, dê à estampa, agora, este opúsculo.

Nele se inserem as conferências de Mário Soares, Diogo Freitas do Amaral e António Correia de Campos proferidas por ocasião da realização do VII Congresso da Federação Ibero-americana de *Ombudsman*, que organizei e teve lugar pela primeira vez em Portugal (Lisboa, Novembro de 2002).

Eles foram vozes portuguesas ligadas à esfera dos Direitos Humanos, do Direito Administrativo e das Ciências da Administração que emprestaram aos *Ombudsmen* da Ibero-América, participantes nesse Congresso, o ensinamento da sua enriquecedora experiência e da alta valia dos seus saberes.

Foi para mim uma grande honra a aceitação tão pronta e amiga com que quiseram distinguir os *Ombudsmen* da Ibero-América. E é com justificada satisfação que torno públicas as suas conferências, prestando-lhes renovado testemunho do meu agradecimento.

Porque correlacionada com as questões que são alvo, na actualidade, de troca de experiências entre os provedores de Justiça, insiro no opúsculo a intervenção que proferi na “Reunião Intercontinental União Europeia, América Latina e Caribe”, realização conjunta do *Defensor del Pueblo* de Espanha e da Comissão Europeia (Madrid, 2002).

Espero, deste modo, estimular o surgimento de outros estudos acerca do Provedor de Justiça e das exigências que se lhe colocam perante os velhos e novos desafios da cidadania.

H. Nascimento Rodrigues

**Democracia
e Direitos Humanos
no Século XXI**

Mário Soares

1. Quero começar por agradecer a V. Exa., Senhor Provedor de Justiça, o honroso convite que me fez para participar no VII Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman e para aqui proferir umas palavras sobre o tema genérico “Democracia e Direitos Humanos, no Século XXI”.

2. Aproveito esta feliz oportunidade para saudar, respeitosamente, os distintíssimos “Ombudsmen” aqui presentes, vindos de toda a Ibero-América e de Espanha, desejar-vos uma excelente estadia em Portugal – e um fecundo trabalho – afirmando-vos quanto nos honra e satisfaz a realização do vosso VII Congresso em Portugal e que tenha lugar aqui, com todo o simbolismo, nesta bela sala da Assembleia da República, sede da legitimidade democrática portuguesa.

3. Começo por salientar a complexidade do tema da Democracia e também dos Direitos Humanos, no século XXI – ou seja, no tormentoso, incerto e inseguro tempo que vivemos e, designadamente, tratando-se da Ibero-América, sub-continente que conhece uma crise

profunda, importada em grande parte do exterior, talvez a mais séria e intrincada crise que viveu desde as transições democráticas efectuadas nos anos oitenta do século passado, influenciadas pelo fim pacífico das duas ditaduras ibéricas, ocorrido na segunda metade da década de setenta.

4. A crise da democracia é hoje – ao contrário do que se pensava após o colapso do comunismo, quando se admitia que a democracia liberal ia ser a regra comum de todos os países do mundo – uma situação a que não escapa nenhuma sociedade democrática do nosso tempo, por mais consolidada que aparente ser. Mas, é claro, que se faz sentir com maior acuidade nos países em via de desenvolvimento, esmagados pelas dívidas externas e pelos ataques especulativos às suas moedas nacionais.

A explicação desta crise da democracia – e de um certo apagamento da teoria e importância internacional dos Direitos Humanos, que tem a ver também com a tentativa de marginalização do sistema das Nações Unidas – tem várias causas. Apontarei algumas, que se me afiguram principais, por forma telegráfica.

A primeira é, sem dúvida, a revolução informática e a corrosão que sobretudo os meios audio-visuais estão a provocar nas democracias representativas clássicas, tais como as conhecemos no século passado. Concretamente, a progressiva perda de importância dos Parlamentos e a deslocação da centralidade dos debates, dos grandes temas políticos, dos

Parlamentos para os media, condicionando desta forma as mais sérias decisões dos Estados e dos Governos. É uma situação que contribui para desprestigiar a política e os políticos, banalizando os debates e obrigando-os, necessariamente, a descer de nível.

Há quem pense que as chamadas **democracias mediáticas**, alargando o debate político a vastas audiências, constituem uma forma benéfica de democratizar a política, tornando mais efectiva a participação dos cidadãos. É exacto. No entanto, há que ponderar também os seus aspectos perversos e que são graves: o abaixamento do nível dos debates, a confusão – e até a náusea – que provoca a política, quando vista e conhecida através dos media, por uma forma apressada, frequentemente deformada, pela hipertrofia das questões mesquinhas e pessoalizadas. É uma situação que manifestamente afecta o prestígio da classe política, invadindo o próprio direito à privacidade dos políticos e expondo-os a uma visibilidade permanente. Para não falar noutra problema muito preocupante, como é a rápida concentração a que estamos a assistir, por toda a parte, dos meios de comunicação social (jornais diários, semanários, revistas, rádios e televisões) concentrados nas mãos de cada vez menos grupos mediáticos – dois ou três, por país – geralmente entrecruzados se não dependentes do grande poder económico internacional. É um fenómeno, resultante da globalização das economias, que – escuso de sublinhar – é sobremaneira perigoso e

condicionante não só para a liberdade de imprensa e dos cidadãos como para o próprio bom funcionamento das democracias. Como está à vista.

5. Com efeito, a globalização das economias – a par da globalização da informação e do conhecimento – é outro fenómeno inelutável do nosso tempo, com aspectos obviamente positivos e outros muito negativos, que afecta consideravelmente o funcionamento das democracias, internacionalizando-o.

A questão que interessa compreender é que o capitalismo liberal, tal como o conhecemos, está a mudar de natureza. Evoluiu de uma fase essencialmente industrial e, depois, financeira, estando hoje, cada vez mais, a tornar-se um **capitalismo especulativo**, sem rosto, sem princípios éticos, com ténues vinculações nacionais e sem responsabilização, junto de nenhuma instância democrática.

6. Muitos respeitáveis economistas e politicólogos têm vindo a sublinhar, nos últimos anos, esta imensa alteração. Extremamente nefasta para o funcionamento das instituições democráticas. Por via dos fundos de pensões e das acções das multinacionais, o chamado dinheiro sujo – proveniente da droga, do comércio ilegal de armas, da prostituição, do tráfico infame de órgãos humanos, etc. – infiltrou-se nos fluxos de capital que hoje se movimentam especulativamente, de bolsa em bolsa, por todo o mundo, à velocidade da luz. O seu objectivo é o lucro pelo lucro, sem qualquer obediência a regras jurídicas, políticas ou éticas. É o que alguns chamam **império do capital**, que não

se deve confundir com a hiperpotência hoje dominante, os Estados Unidos, que em boa parte lhe deu origem. É um monstro que está a escapar ao criador, como se compreendeu melhor, quando os meios de comunicação mundiais levantaram a suspeita fundamentada de que empresas financeiras controladas por grupos terroristas, próximos da Al-Qaeda, especularam com as acções de companhias ligadas ao turismo, à aviação civil e aos seguros, vendendo-as na alta, antes dos actos terroristas de 11 de Setembro, e voltando depois a comprá-las, em baixa, depois dos atentados, fazendo fabulosos lucros... Na altura, a administração americana anunciou que iria proceder a um inquérito rigoroso e aprofundado sobre a questão investigando os chamados “paraísos fiscais” e as “off shores” especulativas, mas nada mais se soube. O escândalo das chamadas “contabilidades criativas”, descoberto em multinacionais tão importantes como a Enron, terá contribuído para aconselhar alguma prudência, nesse tipo de inquéritos, não fosse abrir-se, subitamente, a “caixa de pandora”...

7. A globalização, tal como a conhecemos, é um fenómeno inelutável no estágio do desenvolvimento humano e civilizacional em que nos encontramos. Não a podemos anular ou ignorar. Mas podemos, talvez, impor-lhe regras éticas, como preconizou a ex-Alta Comissária para os Direitos Humanos, Mary Robinson.

Como? Só vejo um meio: através da pressão da opinião pública mundial – a chamada **cidadania global**, outro aspecto, este positivo, da

globalização – e dos meios jurídicos internacionais, onde os Ombudsmen têm, seguramente, uma importante palavra a dizer, por forma a modificar radicalmente o comportamento e a acção das instâncias financeiras internacionais (B.M e FMI, mas também a O.M.C.), que deviam pronunciar-se claramente e condenar o gravíssimo problema da **globalização desregulada**, provocando um debate nas Nações Unidas, a fim de vir a impor-lhe regras éticas, de acordo com os princípios que fundamentam a própria Carta das Nações Unidas.

8. A **globalização desregulada** está a provocar uma enorme erosão nos próprios **Estados Nacionais** e, conseqüentemente, nos sistemas democráticos que ainda os regem. Numa assembleia composta, fundamentalmente, por ilustres juristas ibero-americanos não preciso de dar exemplos, porque surgem seguramente no pensamento de todos, com uma evidência meridiana.

Os ataques especulativos dirigidos contra as moedas nacionais, com o objectivo de fazer ajoelhar perante as imposições do **império do capital**, os seus dirigentes, por mais legitimados democraticamente, independentes e honestos que sejam, o problema asfixiante das dívidas externas – e dos respectivos juros – a injusta fixação dos preços das matérias primas e dos produtos agrícolas, sem audição nem acordo dos principais interessados, os países produtores, a tentativa de destruição do **Mercosul**, sem que a União Europeia tivesse interferido minimamente em seu favor – como aliás era do seu interesse, e em

particular da Espanha e de Portugal – são alguns exemplos manifestos e irrecusáveis da tremenda devastação “globalizadora” que estão a sofrer os Estados Ibero-Americanos e as suas democracias.

9. Contudo – note-se – a globalização desregulada não tem sido negativa tão só para a Ibero-América. Tem atingido por forma muito negativa a África, um continente à deriva, e a Ásia, para não falar do Médio Oriente, onde os perigos de um novo desenho do mapa da Região – especialmente das áreas onde há ou passa o petróleo – estão á vista. E não será a “fuga para a frente” de uma guerra contra o Iraque que os irá resolver. Bem pelo contrário: as consequências imprevisíveis de uma tal acção, a ocorrer, serão seguramente terríveis, para todos.

10. Não podemos ignorar que desde antes dos atentados de 11 de Setembro, o Japão, a América do Norte e a União Europeia (por esta ordem cronológica) estão a braços com uma persistente recessão económica para a qual não se vê saída à vista. Poderá mesmo agravar-se, na minha modesta opinião, se não forem impostas regras à globalização e emendados, pelos grandes centros de decisão económica mundial, os erros fatais do neo-liberalismo, através de ousadas políticas económicas e sociais de tipo neo-keynesiano.

11. É neste contexto económico-político, muito complexo, que lembra os anos trinta – embora os paralelos históricos sejam sempre perigosos – que temos de encarar e tentar resolver a crise das democracias e o relativo abrandamento, que se vem sentindo no plano

mundial, na defesa dos direitos humanos. Volto aos media, para dar um exemplo do que pretendo dizer: até aos atentados terroristas de 11 de Setembro, praticamente não se passou um dia em que as televisões não referissem a situação da Chechénia e os graves atentados aí cometidos, pelos russos, contra os direitos humanos. Com a guerra do Afeganistão – e a necessidade de recorrer ao apoio da Federação Russa – deixou de se falar da questão dos direitos humanos na Chechénia. Será que só se deve reclamar o respeito pelos direitos humanos quando politicamente isso convém, e como arma política? Creio, pelo contrário, que os Direitos Humanos são universais e indissociáveis e não podem ser avaliados, utilizando o critério dos dois pesos e duas medidas, segundo politicamente convém ou não.

12. A luta contra o terrorismo do fundamentalismo islâmico – definida pela administração americana como uma prioridade absoluta e uma “guerra” longa – tem, no entanto, características muito especiais, uma vez que nenhum Estado se assumiu como “inimigo” (autor ou responsável dos atentados) embora haja alguns que tenham sido designados como fazendo parte do “eixo do mal”, expressão imprópria, de sentido religioso e sem verdadeiro conteúdo em termos do Direito Internacional.

É obvio que a luta contra o terrorismo deve ser prosseguida com a maior determinação e energia, embora o inimigo seja incerto e esteja escondido. Está fora de questão outro procedimento. Mas, por isso

mesmo, deve ser conduzida com conhecimento efectivo, irrefutável e com muita inteligência. Não pode ser conduzida unilateralmente, apostando tão só na força militar, à margem das Nações Unidas e sem ter em conta os princípios fundamentais do Direito Internacional, tais como têm vindo a ser aprofundados, desde o fim da II Guerra Mundial.

Se a administração Bush pretende que se trata de uma “guerra”, então devem aplicar-se aos prisioneiros de Guantánamo, as Convenções de Genève, o que não tem sido o caso. E, de qualquer maneira, como pessoas humanas que são, apesar dos prisioneiros serem acusados de actos terroristas, mas não estarem ainda condenados por sentenças transitadas em julgado, como se diz no direito português, deve reconhecer-se-lhes aqueles direitos que têm todos os detidos antes de irem a julgamento, e nomeadamente o direito a advogado e à organização da defesa, o que também parece não ter estado a acontecer. São casos que ofendem a formação de qualquer jurista, por mais modesto que seja e que não podem passar sem reparo.

13. Não quero abusar da vossa paciência. Falei, seguramente, mais do que devia, numa sessão desta natureza. A verdade é que não resisti, pela alta consideração e respeito que todos me merecem, à oportunidade de partilhar convosco algumas reflexões – e mesmo angústias – que me suscita hoje a temática que me foi proposta.

Sou um democrata, que viveu mais de trinta anos da sua vida consciente, sob uma feroz e obsoleta ditadura e que sempre se bateu

pela liberdade e em defesa dos Direitos Humanos. Sou um apagado jurista e um político que acompanhou, com toda a atenção, o evoluir e as vicissitudes das democracias no mundo. Entendo que estamos a viver tempos muito difíceis e a Ibero América muito em especial. A Ibero-América, que eu tanto admiro pelo génio criativo dos seus Povos, pelo seu tão vincado multiculturalismo, pela admirável explosão das suas artes, letras e ciências, pelas excepcionais potencialidades das suas terras e gentes.

A democracia é uma flor frágil que deve ser permanentemente cuidada, para se aprofundar e adaptar aos novos tempos. É um sistema de boa governação, que repousa na separação dos poderes, no respeito das regras da Lei, no atempado funcionamento e isenção da Justiça, na transparência, na transitoriedade do poder, no desenvolvimento sustentado da economia e no equilíbrio social, obtido pela concertação e pelo diálogo.

Nos tempos que correm, de grande desequilíbrio social, em que o fosso entre pobres e ricos (pessoas e Estados) cada vez mais se aprofunda, de grande criminalidade internacional, em que o poder económico – sem qualquer legitimidade democrática - se sobrepõe ao poder político legitimado pelo voto e o condiciona, com algum descontrolo no plano da justiça, a luta pela democracia adquire, necessariamente, uma dimensão internacional e é indissociável da luta pelo Direito Internacional e pela paz.

Os “Ombudsmen” – como **defensores do Povo**, provedores de Justiça (como lhe chamamos em Portugal) ou como mediadores entre a Sociedade e o Estado, desempenham um papel da mais alta importância na credibilização da Justiça, ao serviço das populações e contra os abusos do poder.

Por isso se deposita tanta esperança no aprofundamento do vosso trabalho e na troca de experiências que resultam de Congressos, como o que se realiza em Lisboa. Por isso, ainda, volto a saudá-los, com o maior respeito, formulando os melhores votos de bom trabalho.

**Limites Jurídicos, Políticos e Éticos
da Actuação
do “Ombudsman”**

Diogo Freitas do Amaral

Sinto-me muito honrado por ter sido convidado pelo Sr. Provedor de Justiça português, Dr. Henrique Nascimento Rodrigues, para proferir esta palestra na sessão de encerramento do VII Congresso da "Federação Iberoamericana de Ombudman" (FIO), realizado em Lisboa.

Saúdo a todos os Ombudsmen presentes: vós sois os defensores do cidadão de múltiplos Estados e tendes sobre os vossos ombros uma enorme responsabilidade cívica - a protecção eficaz dos direitos humanos diante dos abusos e actuações ilegais do Poder. A vossa tarefa principal insere-se na tradição humanista e liberal oriunda da Revolução Francesa, mais tarde enriquecida com os novos conteúdos sociais, económicos e ambientais acrescentados durante o século XX. Sois todos, numa palavra, defensores da dignidade da pessoa humana.

Por isso mereceis o respeito dos autênticos democratas e humanistas. Sêde bemvidos a Portugal, uma jovem democracia e, simultâneamente, uma velha Nação com mais de oito séculos de

História, que legitimamente se orgulha de ter sido o primeiro país do mundo a decretar a abolição da pena de morte.

Estais em vossa casa. E os Portugueses sentem-se muito felizes por vos poderem acolher na sua capital, Lisboa - a cidade mais ocidental da Europa, em ligação permanente, através do Atlântico, com a América Latina que tanto amamos.

Estamos todos entre colegas e amigos. E é entre colegas e amigos que vamos reflectir sobre o tema que me foi proposto: "os limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do Ombudsman".

I

Todos conhecem, melhor do que eu, o conceito de "Ombudsman". Vou aqui partir do princípio de que, ao menos nos países de cultura latina, o "Ombudsman" é um órgão do Estado que defende o cidadão contra a ilegalidade ou a injustiça da actuação dos poderes públicos, sem que lhe pertença, além disso, fiscalizar o mérito da acção administrativa ou controlar a eficiência e produtividade dos serviços públicos. Destes outros aspectos se ocupam, nos nossos países, outros tipos de órgãos do Estado e, em especial, os órgãos jurisdicionalizados de controlo económico-financeiro oriundos do modelo napoleónico da Cour des Comptes.

Concentremos, pois, a nossa atenção na actuação do "Ombudsman" com vista à protecção do cidadão contra as ilegalidades e injustiças dos poderes públicos. É essa, na fase actual, a tarefa mais importante e característica do "Ombudsman". Quais os seus limites?

Falarei, primeiro, dos limites jurídico-políticos da actuação do "Ombudsman".

Depois, referirei os seus limites éticos.

Por último, extrairéi da análise efectuada as minhas conclusões.

A) As finalidades da acção do "Ombudsman" e os limites delas decorrentes

Diz o artigo 23º da Constituição da República Portuguesa que as finalidades da acção do "Provedor de Justiça" - e o mesmo se poderá afirmar, creio eu, de qualquer outro "Ombudsman" iberoamericano - são duas:

a) Apreciar e decidir as queixas dos cidadãos por acções ou omissões dos poderes públicos;

b) Dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

Da enumeração desta dupla finalidade – fiscalizar as acções ou omissões dos poderes públicos, prevenir e reparar injustiças – decorrem imediatamente alguns limites à actuação do “Ombudsman”.

Por um lado, este deve concentrar a sua actividade no controlo dos poderes públicos: ficam por isso de fora da sua esfera de competência os conflitos de direitos ou de interesses entre sujeitos de direito privado. É sabido que, por vezes, os particulares recorrem ao “Ombudsman” para dirimir conflitos de interesses privados com outros particulares: mas a resolução desse tipo de conflitos compete, em princípio, aos tribunais. Salvo quando os particulares – indivíduos ou pessoas colectivas – estejam investidos no exercício privado de funções públicas, como acontece, nomeadamente, com os concessionários de serviços públicos, de obras públicas ou do domínio público, bem como com as chamadas instituições particulares de utilidade pública administrativa.

O mesmo se diga em relação às empresas e sociedades de direito privado, mas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos: tais entidades devem considerar-se como fazendo parte do sector público e é preciso que a sua actuação não escape aos controlos públicos (“Ombudsman”, Tribunal de Contas, Inspeção-Geral de Finanças) para evitar os efeitos perniciosos do que se tem chamado a “fuga para o direito privado”.

O Estatuto do Provedor de Justiça português (Lei nº 9/91, de 9 de Abril) – contrariamente à opinião que acabo de defender – autoriza expressamente o nosso “Ombudsman” a actuar no terreno das “relações

entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias” (art. 2º, nº 2).

Mas, do meu ponto de vista, esta não é uma solução correcta “de jure condendo” e talvez seja mesmo inconstitucional. Porque a Constituição portuguesa confina a actuação do nosso “Ombudsman” ao âmbito das “acções ou omissões dos poderes públicos” – o que exclui as relações entre particulares. Além disso, dentro do espírito geral do nosso sistema jurídico, os conflitos de interesses entre particulares devem ser resolvidos, em primeira linha, pelos tribunais judiciais e pelos recém-criados “juízos de paz” e, em segunda linha, pelos centros institucionalizados de mediação e arbitragem – uns e outros bem mais indicados, a meu ver, do que o “Ombudsman” para dirimir conflitos de direitos ou interesses entre particulares.

Por outro lado, compete ao “Ombudsman” fazer as recomendações necessárias para prevenir ou reparar injustiças: a sua actuação situa-se, assim, no campo da Justiça e do Direito. Pois não ensinava já Aristóteles, na “Política”, que a Justiça consiste no acatamento da legalidade e, além disso, no respeito pela igualdade? Por conseguinte, a acção do “Ombudsman” enquadra-se no plano jurídico, deixando de fora outros planos que não podem ser, em regra, abordados em termos jurídicos, como por exemplo, de um lado, o controlo da eficiência e produtividade dos serviços públicos (já o vimos mais atrás) e, de outro lado, o controlo da moralidade administrativa – excepto, é

claro, se aqueles ou estes valores forem recebidos pela ordem jurídica e a sua violação for qualificada como ilícito penal, disciplinar, civil ou financeiro. Mas, nestes casos, a actuação do “Ombudsman” defrontar-se-á com outro limite, qual seja o de não invadir a esfera de competência reservada aos tribunais: a punição criminal da corrupção – caso extremo de violação do princípio da moralidade administrativa – pertence exclusivamente ao Poder Judicial, não entrando, por isso mesmo, na alçada do “Ombudsman”.

B) O âmbito da acção do “Ombudsman” e os limites dele decorrentes

Já vimos que o “Ombudsman” controla as acções e omissões dos poderes públicos a fim de prevenir ou reparar injustiças em sentido amplo, isto é, violações do princípio da legalidade ou do princípio da justiça.

Quererá isto dizer que a actuação do “Ombudsman” só pode exercer-se no campo da actividade vinculada dos poderes públicos, sendo-lhe vedado penetrar no âmago da actividade discricionária, seja ela de discricionariedade administrativa ou discricionariedade técnica? Responder afirmativamente, sem reservas nem modulações, seria por certo ir longe de mais no condicionamento da acção do “Ombudsman”.

É sabido como o Direito tem vindo progressivamente a limitar, por fora e por dentro, o exercício dos poderes discricionários: primeiro,

foi a afirmação de que a competência e o fim eram sempre elementos vinculados na actuação discricionária; depois, foi a admissão do erro de facto como fundamento de invalidade dos actos dos poderes públicos; a seguir, foi a abertura do controlo jurisdicional sobre a existência dos pressupostos de facto da competência dos órgãos; mais tarde, foi a imposição da obrigação legal de fundamentar as decisões discricionárias; e, por último, conquistou-se, já na segunda metade do século XX, a sujeição da acção dos poderes públicos a um vasto conjunto de princípios gerais de Direito – uns de carácter procedimental, como o princípio da audiência prévia dos interessados anteriormente à tomada de uma decisão final que os possa vir a lesar, e outros de natureza material, como os princípios da justiça, da imparcialidade, da proporcionalidade e da boa-fé.

Sendo isto assim, e podendo hoje em dia os tribunais efectuar todos estes controlos, quer extrínsecos, quer intrínsecos, de poder discricionário das autoridades públicas, não faz qualquer sentido, a meu ver, não permitir, pelo menos, idênticas indagações ao “Ombudsman”.

Este surgiu na história recente do Direito Público como um plus, e não como um minus, relativamente ao controlo jurisdicional dos poderes públicos. O “Ombudsman” pode e deve ir, portanto, mais além do que os tribunais no controlo jurídico da discricionariedade – embora não deva, como também os tribunais não podem, intrometer-se no controlo do mérito da actuação dos poderes públicos, salvo em casos de

“erro manifesto” (erreur manifeste), ou de “total desrazoabilidade” (pure unreasonableness).

C) O objecto da acção do “Ombudsman” e os limites dele decorrentes

Compete ao “Ombudsman” controlar a actuação dos poderes públicos. Como interpretar, neste contexto, a noção de “poderes públicos”?

Parece-me fora de dúvida que tal noção abrange, por um lado, tanto o Estado como os entes públicos menores – quer territoriais, quer institucionais ou corporativos –, bem como, inclusivamente, as autoridades administrativas independentes. Estas só são independentes no sentido de que não estão sujeitas a qualquer hierarquia ou tutela, mas não se encontram isentas do controlo do “Ombudsman”, o qual, se incide sobre os próprios órgãos de soberania, por maioria de razão tem de abranger autoridades que desempenham, ainda que de forma independente, a função administrativa. Por outro lado, dentro do Estado, a expressão “poderes públicos” abrange todos os poderes do Estado, isto é, o poder presidencial (quando autónomo), o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial.

Mas atenção: se o controlo do “Ombudsman” pode e deve abarcar, de um ponto de vista orgânico, todos os poderes do Estado, já o

mesmo se não pode dizer, de um ponto de vista material, em relação a todas as funções do Estado por ele exercidas.

Com efeito, o “Ombudsman” é uma figura típica de controlo do exercício da função administrativa – assim o impõe o princípio da separação dos poderes.

Daqui decorre que o “Ombudsman” não pode controlar, sob pena de excesso de poder, o conteúdo material das funções política, legislativa e jurisdicional, imiscuindo-se no cerne das opções e valorações próprias dos órgãos políticos, legislativos e jurisdicionais.

O campo natural de actuação do “Ombudsman” é, pois, a Administração Pública – central, regional e local, directa ou indirecta, integrada ou autónoma, territorial, institucional ou corporativa, burocrática ou empresarial.

Mas, se é verdade que todos os órgãos administrativos desempenham a função administrativa, não o é menos que esta – a função administrativa – é também desempenhada, ainda que em plano secundário, pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pelos Tribunais: há, com efeito, actos materialmente administrativos praticados pelo Presidente, ou pelos serviços da Presidência, pela Mesa do Parlamento, ou pelo seu Conselho de Administração e respectivos serviços, e ainda pelos juizes e funcionários de justiça.

É para mim evidente que o “Ombudsman” deve poder controlar a legalidade e a justiça das acções ou omissões, de carácter materialmente administrativo, imputáveis a todos os órgãos não administrativos do Estado, designadamente os órgãos políticos, legislativos e jurisdicionais.

Dito isto, são pertinentes duas ou três observações complementares.

Em primeiro lugar, quando falo na competência do “Ombudsman” para controlar, na sua totalidade, o desempenho da função administrativa, estou a empregar este conceito em sentido amplo, por forma a abranger não apenas os actos jurídicos (regulamentos, actos administrativos proprio sensu e contratos administrativos), mas também as operações materiais, a actividade técnica e a chamada actuação informal da Administração, bem como, por último, toda a actividade da Administração Pública exercida sob a égide do direito privado.

Em segundo lugar, e como corolário do princípio da separação dos poderes, entendo que o “Ombudsman” não pode deixar de respeitar, e abster-se de criticar, os actos típicos das funções não administrativas do Estado (v.g. os actos políticos, os actos legislativos e os actos jurisdicionais). Segue-se daí que o “Ombudsman” deve tomar as suas decisões em função das leis em vigor – sem prejuízo de poder recomendar a sua alteração e, em países como Portugal, requerer ao

tribunal competente a declaração da sua inconstitucionalidade -, e deve também, por outro lado, respeitar integralmente as decisões judiciais que constituam caso julgado. Uma queixa apresentada por um cidadão ao “Ombudsman” visando obter a não-aplicação de uma lei em vigor por este considerada conforme à Constituição não pode merecer provimento; o mesmo se diga, mutatis mutandis, de uma queixa destinada a pôr em causa, desrespeitar ou impedir a execução de uma sentença transitada em julgado.

E a litisprudência? Que atitude deve o “Ombudsman” tomar se alguém lhe apresentar uma queixa sobre um caso que esteja, simultaneamente, a ser julgado em tribunal? Deverá recusar-se a tomar conhecimento de tal queixa?

Depende.

Se a queixa tiver o mesmo objecto que o processo judicial, o “Ombudsman” deverá rejeitar liminarmente a sua apreciação, invocando a litispendência, para evitar a inútil e prejudicial duplicação de processos e a eventual contradição das decisões. Também aqui vale, em sentido diferente do original, o princípio non bis in idem.

Mas se a queixa ao “Ombudsman” tiver um objecto diferente – se por exemplo invocar a violação do princípio da justiça ou da boa-fé, ou for baseada em erro manifesto no exercício da discricionariedade técnica –, sendo o objecto do processo judicial diferente – v.g.,

limitando-se a aspectos de legalidade estrita –, então não vejo por que não há-de o “Ombudsman” poder examinar e decidir a queixa ao mesmo tempo que decorre o processo judicial: aqui não haverá duplicação de esforços, nem poderá haver contradição das decisões finais. Deverá aplicar-se, por analogia, a regra (de há muito existente em Portugal) de que, se de um mesmo acto se interpuser simultaneamente recurso hierárquico facultativo e recurso contencioso, o superior hierárquico só pode apreciar o mérito do acto recorrido e fica reservada ao tribunal a apreciação da respectiva legalidade.

Em terceiro lugar, uma última observação. Acontece com relativa frequência aparecerem queixas nos “Ombudsmen” apresentadas por órgãos de uma pessoa colectiva pública contra outros órgãos da mesma entidade (por ex., queixa de uma junta de freguesia contra a Mesa da respectiva Assembleia de Freguesia, ou queixa de membros da Assembleia Municipal contra a respectiva Câmara Municipal), bem como queixas de uma pessoa colectiva pública contra outra pessoa colectiva pública (por ex., queixas de um município ou Região Autónoma contra o Estado). Pode o “Ombudsman” tomar conhecimento destas queixas e emitir recomendações sobre elas?

Considero haver que distinguir.

Se se tratar de queixas sobre questões que tenham mecanismos próprios e específicos de solução estabelecidos na lei, entendo que estes devem ser accionados em primeiro lugar e só se forem bloqueados de

má-fé é que o “Ombudsman” poderá intervir (por ex., em princípio, uma queixa de um ou vários membros de uma assembleia local contra a actuação da respectiva Mesa deve, em primeira linha, ser apreciada e decidida pelo plenário da assembleia, e só se este se recusar, sem fundamento válido, a apreciar de boa-fé uma tal queixa é que deve abrir-se a porta à intervenção eventual do “Ombudsman”).

Se, pelo contrário, se tratar de queixas sobre questões para as quais não existam mecanismos próprios e específicos de solução estabelecidos na lei, devendo o lesado optar entre uma queixa dirigida ao "Ombudsman" e a propositura de uma acção judicial (como sucede, por ex., nos pedidos de indemnização por perdas e danos eventualmente apresentados por uma autarquia local contra outra, ou contra o Estado, ou contra um instituto público autónomo), nada impede que o interessado opte pelo recurso ao "Ombudsman", porquanto se estará sempre, de qualquer modo, no âmbito de queixas por acção ou omissão dos poderes públicos que tenham causado injustiças. Aliás, a Constituição portuguesa tem até o cuidado de afirmar, no seu artigo 23.º, n.º 2, que "a actividade do Provedor de Justiça ["Ombudsman"] é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis".

Considero, no entanto, que, em casos desses, se o interessado optar pela via do recurso ao "Ombudsman", deverá este, em cumprimento do dever de informação aos cidadãos e em observância do

princípio da boa-fé, esclarecer o queixoso acerca do prazo de que dispõe para levar o assunto a tribunal, advertindo-o de que, se o não fizer dentro do prazo legalmente estabelecido, perderá o seu direito de acção judicial e ficará completamente dependente do êxito ou inêxito das diligências a efectuar pelo "Ombudsman", cujos poderes - deverá também informar-se - são meramente persuasórios e não têm, por isso, carácter decisório.

D)O poder de iniciativa do "Ombudsman" e os limites que o condicionam

O teor redaccional de disposições como a do artigo 23.º da Constituição portuguesa - "Os cidadãos podem apresentar queixas (...) ao Provedor de Justiça, que as apreciará (...) " - é de molde a consentir, prima facie, uma interpretação puramente literal, de acordo com a qual o "Ombudsman", tal como os tribunais, deve aguardar passivamente que os casos a resolver lhe sejam trazidos pelos interessados para sua apreciação, só podendo tratar desses casos e sendo-lhe por isso vedado tomar a iniciativa de investigar sponete sua outros, mesmo que tenham por objecto "acções ou omissões dos poderes públicos".

No entanto, tal interpretação afigura-se-me demasiado restritiva, e anularia muitas das vantagens da existência da instituição: o "Ombudsman", que se pretende seja um mais em relação à tutela jurisdicional oferecida pelos tribunais, acabaria por se reduzir a um menos, porquanto seria um órgão tão passivo como os tribunais, mas

com muito menos poder do que estes - em vez de decidir, condenar ou anular, só poderia recomendar e tentar persuadir.

Por outro lado, a ratio do "Ombudsman" é, segundo a lição da história e do direito comparado, proteger mais eficazmente os direitos fundamentais dos cidadãos e melhorar o funcionamento da administração pública. Ora, pela teoria dos poderes implícitos, a norma que confere um poder para determinado fim deve ser interpretada como conferindo também todos os meios necessários e suficientes para atingir esse fim.

Parece-me, pois, constitucionalmente possível - e até necessário - reconhecer ao "Ombudsman" poder de iniciativa para investigar, fiscalizar, denunciar irregularidades e recomendar alterações visando a melhoria dos serviços públicos, independentemente de ter ou não ter havido, à partida, qualquer queixa de um lesado.

Neste sentido, parecem-me correctos e adequados os estatutos e leis orgânicas dos vários "Ombudsmen" que prevejam - como no caso português - a possibilidade de a actividade do "Ombudsman" ser exercida "por iniciativa própria" (art. 4.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril), bem como o poder de emitir recomendações "com vista à melhoria dos serviços públicos", ou sugestões "para a elaboração de nova legislação", e ainda o direito de promover a "divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais", de "intervir na tutela dos interesses

colectivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas", e, enfim, a competência para "requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas jurídicas" (cfr. o artigo 21.º, n.ºs 1 e 3, do Estatuto).

Parece-me que esta concepção ampla dos poderes do "Ombudsman" é a que melhor se coaduna com a razão de ser da existência da figura e a única que é compatível com o princípio do "máximo efeito útil" das instituições criadas pela Constituição ou pela lei.

Neste sentido, e a esta luz, parece-me desejável (como tem sido, dentro de certos limites, a prática portuguesa) que o "Ombudsman" não se deixe embaraçar pelo crescente número de processos de iniciativa particular que lhe são submetidos para apreciação, mas, antes pelo contrário, vá aumentando as suas iniciativas próprias, de modo a passar em revista, por forma regular e permanente, os mais diversos sectores e subsectores da administração pública: hoje as Forças Armadas ou as Forças de Segurança, amanhã as prisões ou os estabelecimentos tutelares de menores, depois as Universidades e os Institutos Politécnicos, seguidamente as autarquias locais e as Regiões Autónomas, mais tarde a Segurança Social e os sistemas de Habitação Económica, e enfim as Ordens profissionais e outras associações públicas que integrem o "Sector Público Administrativo" (SPA), para além do já referido "Sector Público Empresarial" (SPE).

O "Ombudsman" transformar-se-á, assim, paulatinamente, num instrumento que pode vir a ser muito útil e eficaz na promoção e impulso da tão necessária Reforma Administrativa.

Claro que também aqui, no plano das iniciativas próprias do "Ombudsman", há limites jurídico-políticos a respeitar: para além das inevitáveis contenções decorrentes da falta de meios, ao "Ombudsman" cumprirá ter sempre presente, por um lado, o dever de respeitar na íntegra o princípio da separação de poderes, e, por outro, o carácter meramente recomendatório - e não decisório - do conjunto das suas competências.

Nomeadamente, o "Ombudsman" deverá limitar-se a inspeccionar, fiscalizar e relatar o estado em que se encontra a administração pública - rectius: o desempenho da função administrativa por parte dos poderes públicos -, sem cair na tentação de se julgar investido na tarefa, que a Constituição atribui ao Governo, de "dirigir a administração directa do Estado, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma" (CRP, art. 199.º, alínea d)).

Mas, em compensação, o "Ombudsman" também não deverá ceder à tentação de se refugiar no anonimato, na actuação discreta e distante do olhar do público, e na fuga ao contacto com os órgãos da Comunicação Social. O "Ombudsman" deve utilizar a força da opinião

pública ao serviço das tarefas primaciais que constitucionalmente lhe competem.

Isto me leva a abordar o último ponto que cumpre tratar no presente capítulo da minha palestra.

E) A publicidade da acção do "Ombudsman" e os limites que a condicionam.

Pelo que acabei de dizer, já se tornou claro que, no meu modo de ver, a actuação do "Ombudsman", para ser eficaz e para inspirar confiança aos cidadãos e à opinião pública, deve conter um forte elemento de publicidade. Em Democracia, o público tem o direito de saber - e o sistema tem interesse em que o público saiba - o que faz o "Ombudsman" e que resultados obtém com a sua acção. É fundamental, nomeadamente, que se divulgue em toda a Comunicação Social - ao menos uma vez por ano, porventura mais frequentemente - quais os serviços públicos que cooperam com o "Ombudsman", e quais os que não cooperam; quais os que são objecto de maior número de queixas fundadas, e quais os que menos reclamações suscitam; quais os que melhor ou mais depressa aceitam e cumprem as recomendações do "Ombudsman", e quais os que as ignoram ou tardam a acatar; quais as recomendações legislativas que o Parlamento e o Governo decidem fazer suas, e quais as que não têm seguimento; e, enfim, qual o estado de boa ou má qualidade em que se encontram os sectores ou sub-

-sectores da administração pública fiscalizados em cada período por iniciativa própria do "Ombudsman".

Este recurso à opinião pública como meio de reforço da eficácia do "Ombudsman", sendo a meu ver em absoluto necessário e útil ao regime democrático, não deve, contudo, ultrapassar um certo número de limites, que importa acautelar. Destacarei três, de entre os mais relevantes.

Primeiro limite: em caso de queixa de um interessado contra a acção ou omissão de um serviço público certo e determinado, o "Ombudsman" não deverá tornar pública a queixa sem primeiro ouvir o serviço acusado para que este se possa explicar ou defender. Em regra, só no final da primeira fase dos processos, quando o "Ombudsman" tiver feito o seu juízo sobre o bem-fundado ou mal-fundado das queixas recebidas, é que os casos deverão ou poderão ser tornados públicos. É uma exigência de boa-fé e lealdade na cooperação entre instituições.

Segundo limite: o "Ombudsman", para garantir a sua isenção, independência e imparcialidade, deverá manter-se sempre afastado da luta política que se desenvolve livremente numa sociedade aberta. Ele não é protagonista da actividade política, nem como sujeito, nem sequer como árbitro: está completamente fora dessa arena de combate.

Não deve, portanto, o "Ombudsman" tomar posição a favor ou contra qualquer partido, nem participar nos debates e controvérsias que

alimentam o dia-a-dia da vida política democrática, nem apoiar ou criticar as propostas, projectos ou programas que o Governo ou a Oposição submetam à discussão pública ou pretendam ver aprovados, nomeadamente no Parlamento. Por maioria de razão, entendo também que o "Ombudsman" não deve, pelos mesmos motivos, divulgar quaisquer recomendações ou resultados de investigações que tenha efectuado, mesmo que já concluídas, em períodos de campanha eleitoral ou de elevada tensão política, sobretudo se tais recomendações ou investigações disserem respeito a pessoas directamente em foco na conjuntura do momento (queixa contra um presidente de câmara que se recandidata a novo mandato, investigação com resultados negativos a um ministério cujo titular disputa eleições, relatório sobre um serviço público cujos dirigentes sejam apontados como estando em vias de serem substituídos por outras razões, etc.). Trata-se de uma exigência do princípio da imparcialidade, que importa respeitar escrupulosamente em todos os casos e circunstâncias.

Terceiro limite: o "Ombudsman" é uma instituição que goza de grande prestígio em todo o mundo, e que por isso se generalizou um pouco por toda a parte, em larga medida porque constitui uma instituição independente, que não goza de poderes decisórios, que actua por meios informais, que avança discretamente enquanto cada caso não chega ao seu termo, e que mantém sempre carácter apartidário e apolítico. O "Ombudsman" é, pois, um poderoso órgão de fiscalização e

controlo da actividade administrativa dos poderes públicos, mas não é - nem deve ser tentado a parecer que é - um contra-poder. O "Ombudsman" não é um sindicato, não é um partido da Oposição, e não é um novo "tribuno da plebe", nem pode ceder nunca à tentação fácil da demagogia. Já Aristóteles condenava, há 25 séculos, a demagogia como perversão do que ele chamava a República, e nós hoje denominamos Democracia.

De novo se impõe sublinhar aqui, a esse respeito, que ao "Ombudsman" cumpre - em todos os momentos e sob todos os aspectos - respeitar o princípio da separação de poderes; e, por conseguinte, ele há-de ter sempre presente, nos passos que decide dar ou não dar, que numa Democracia quem legisla é o Parlamento, quem governa é o Governo, e quem administra a justiça resolvendo conflitos de interesses são os Tribunais.

O "Ombudsman" terá sempre, sem invadir a competência exclusiva dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, um largo campo de acção para exercer as suas atribuições. É essencial que o faça sem invadir as competências alheias, e sem querer aparecer, demagogicamente, como o único baluarte da honestidade pública, qual pequena ilha rodeada por todos os lados de políticos e funcionários desonestos, corruptos e indignos da confiança dos seus concidadãos. Honeste vivere é uma regra ética de valor superlativo cuja fórmula ficámos a dever aos juristas romanos da Antiguidade. Mas a obsessão

doentia com a purificação moral dos outros, imposta por um iluminado que a si próprio se considera como única encarnação da pureza, é um grande perigo que pode levar das melhores intenções aos piores resultados: Robespierre começou puro, em nome da pureza tornou-se tirano, e por causa da tirania acabou na guilhotina. Não é essa a trajectória recomendável para o "Ombudsman" de um regime democrático, equilibrado e pacífico.

II

De acordo com o tema que me foi proposto para a minha intervenção de hoje, deveria agora falar-vos dos pressupostos e limites éticos da actuação do "Ombudsman". Não desenvolverei, porém, esse aspecto do tema proposto. Por duas razões.

Em primeiro lugar, porque o fenómeno relativamente recente da "eticização do Direito", tornando completamente caduca e ultrapassada a velha noção do Direito como "mínimo ético", faz com que os principais critérios e limites éticos da actuação do "Ombudsman" tenham sido, em boa hora, assumidos e incorporados pela ordem jurídica dos regimes democráticos. Foi o que já vimos quando evocámos, a vários títulos, os princípios gerais a que está subordinada, por força da Constituição ou da lei, a actividade administrativa dos poderes públicos. É o caso dos princípios da justiça, da igualdade, da

proporcionalidade, da imparcialidade e da boa-fé (CRP, art. 266.º, n.º 2).

Em segundo lugar, entendo dever abster-me - hic et nunc - de fazer mais incursões no domínio dos critérios e limites éticos da actuação do "Ombudsman", porque considero que o Estado de Direito Democrático deve confiar inteiramente nas pessoas que em cada momento são escolhidas para exercer as altas funções de "Ombudsman". Não dizem as nossas Constituições democráticas, e as leis que aprovam o estatuto da figura, que o "Ombudsman" é um órgão isento e imparcial, designado pelo Parlamento por uma maioria de dois terços dos Deputados, e escolhido de entre cidadãos que gozem de "comprovada reputação de integridade e independência" (Estatuto do Prov. de Just., art. 5.º, n.ºs 1 e 2)?

Para mim, isso chega-me. Um cidadão escolhido por esta forma, e nos termos indicados, merece ser considerado, até prova em contrário, como um "Ombudsman" íntegro e independente - e, portanto, capaz de se auto-orientar e auto-vincular pelo critérios e limites éticos mais exigentes.

Devo aliás declarar que confio muito mais num cidadão designado pela maioria de dois terços, ou mesmo por maioria simples, de um Parlamento democrático do que pela unanimidade da Assembleia de qualquer ditadura militar ou de partido único.

Quais são, então, os critérios e limites éticos que devem orientar a actuação de um bom "Ombudsman"?

Pois são, precisamente, aqueles que resultarem da Constituição e da lei, por um lado, e, por outro, os que emanarem da consciência moral de cada um de vós, Senhoras e Senhores "Ombudsmen", em quem temos o direito e o dever de confiar plenamente.

III

Termino com a questão inicial: o que é, afinal de contas, o "Ombudsman"?

Ele é, sem dúvida, um órgão de Estado. E é um órgão constitucional, aí onde for criado e regulado, primariamente, pela própria Constituição do país.

Mas que tipo de órgão do Estado é o "Ombudsman"?

Não é, manifestamente, pelo menos na sua configuração mais típica, uma comissão presidencial, parlamentar, ou governamental. Não é, tão-pouco, um tribunal especial. Acaso será uma autoridade administrativa independente? Também não me parece, porque se situa num nível superior ao das autoridades administrativas, tanto que pode controlar, à sua maneira, certos aspectos da actuação de todos os órgãos de soberania - Presidente da República, Parlamento, Governo e Tribunais. Sob esse aspecto, o "Ombudsman" deverá, a meu ver, ser qualificado como autoridade constitucional independente - a qual

integra o sistema de "checks and balances" previsto na Constituição, a fim de defender o cidadão, por meios informais e de natureza persuasória, contra as ilegalidades e injustiças cometidas, por acção ou omissão, no exercício da actividade administrativa dos poderes públicos.

Será o "Ombudsman" um poder do Estado?

Se os três poderes imortalizados por Montesquieu legislam, executam e julgam, o "Ombudsman" fiscaliza e controla a actuação administrativa desses três poderes, com plena independência e imparcialidade, a fim de prevenir ou reparar injustiças. É, pois, fora e para além dos poderes legislativo, executivo e judicial, mas actuando sobre todos eles, um destacado e eminente órgão de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo face ao Estado.

Chame-se-lhe "Ombudsman", "Provedor de Justiça", "Defensor do Cidadão", "Mediador", ou outro nome qualquer - ele é, na realidade, o protector institucional do cidadão e dos seus direitos fundamentais em face do Poder.

É, pois, um dos pilares básicos em que assenta os seus alicerces o Estado de Direito Democrático. Esses pilares, durante cerca de dois séculos, foram três: mas depois, a partir do primeiro "Ombudsman", criado na Suécia em 1809, e rapidamente generalizado ao resto do mundo no século XX, esses pilares passaram a ser quatro.

O "Ombudsman" é, por consequência, em minha opinião, o quarto poder do Estado. Eu sei que esta designação costuma ser dada à Comunicação Social, aos mass media: mas, a meu ver, erradamente, porque esses não são um poder do Estado, mas sim um poder fáctico da sociedade civil: e, nesta, não são o quarto poder, mas hoje em dia o segundo, logo depois do primeiro, que é o poder eleitoral do povo soberano.

Sustento, pois, que o "Ombudsman" é o quarto poder. Se Montesquieu voltasse à vida, decerto não hesitaria, com todo o seu realismo e poder de observação, a proclamar, numa nova edição do Esprit des lois, que actualmente os três poderes do Estado são quatro.

Não sei que nome daria, em francês, ao quarto poder; mas tenho a certeza de que o consideraria tão importante como os três primeiros e - num aspecto, pelo menos - até poderia afirmar, como fundamento válido, que o quarto poder é mais importante que os outros três: é que o "Ombudsman" controla e fiscaliza, no todo ou em parte, os outros três poderes; mas nenhum desses três poderes pode controlar ou fiscalizar o "Ombudsman".

Digna, pesada e vasta é, pois, minhas Senhoras e meus Senhores, a vossa função cívica de "Ombudsmen".

Só posso desejar-vos, muito sinceramente, os maiores êxitos no desempenho dos vossos cargos. E a minha razão profunda é esta: por

cada ilegalidade por vós eliminada, por cada injustiça por vós reparada, por cada melhoria de funcionamento por vós conseguida, o cidadão que tiverdes conseguido defender sentirá no peito um novo raio de esperança no futuro - e acreditará que vale a pena defender os seus direitos e lutar por eles, porque fica a saber que tem, ao seu lado, e caminhando com ele, quem queira combater quotidianamente pelo primado do Direito, pelo triunfo da Justiça, e pela tutela efectiva do Direitos Humanos.

**O Provedor de Justiça
e o Acompanhamento e Avaliação
das Políticas Públicas**

António Correia de Campos

Quem estude as competências do Provedor de Justiça, em Portugal, fica certamente impressionado com a sua amplitude. O que se vai discutir neste ensaio é se o Provedor tem, entre nós, a possibilidade de acompanhar e avaliar as políticas públicas, parte das quais são definidas pelo Governo, um órgão de soberania do qual ele é independente sendo a outra parte da responsabilidade da Assembleia da República, justamente o órgão que nomeia o Provedor, e a quem ele presta contas, ainda que de forma independente. E, em segundo lugar, caso exista essa possibilidade, se tal deve ser visto como obrigação ou mera faculdade.

Existe um núcleo central de competências do Provedor de Justiça em Portugal: (a) a capacidade de formular recomendações com vista à correcção de actos ilegais ou injustos ou à melhoria dos respectivos serviços; (b) o assinalar as deficiências da legislação, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração, revogação ou substituição; (c) o emitir pareceres a pedido da Assembleia da

República; (d) o promover a divulgação do conteúdo e significação dos direitos e liberdades fundamentais; (e) o intervir na tutela dos interesses colectivos ou difusos¹.

Além destas atribuições, compete-lhe ainda requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação de inconstitucionalidades, nomeadamente a raríssima figura de inconstitucionalidade por omissão².

Todavia, existe uma amarra fundamental, uma função essencial: a defesa e promoção dos direitos liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos³.

Também a lei é clara quanto aos destinatários da sua acção: não apenas os serviços da administração pública central, regional e local, as Forças Armadas, os institutos públicos, as empresas públicas, incluindo as privadas que sejam concessionárias de serviço público. A sua acção estende-se às relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção dos direitos, liberdades e garantias⁴.

Ora as políticas públicas são definidas pela Assembleia da República e pelo Governo, sendo executadas pela administração, quer a administração directa quer a administração indirecta do Estado. Não há

¹ Artigo 20º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril.

² MENÉRES PIMENTEL, J., “O Provedor de Justiça” (Hoje e Amanhã), *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, III. Lisboa, Dez 1999, (1035-1059).

³ Artigo 1º, nº 1, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril.

⁴ Artigo 2º da Lei cit..

dúvidas que se o Provedor de Justiça pode solicitar a interpretação, revogação ou substituição dos instrumentos de execução das políticas, ou seja das leis e regulamentos e se até pode pedir a respectiva declaração de inconstitucionalidade, não restam dúvidas que está a analisar elementos constitutivos de políticas públicas.

A questão está em sair da árvore para o plano da floresta. Ou seja, sabido que pode, a questão essencial é discutir até que ponto tem o Provedor de Justiça possibilidade de ascender do casuísmo à orientação política, da queixa ou agravo individual à análise da malformação orientadora geral e abstracta. Essa a questão central da pergunta.

Um argumento forte a favor de uma interpretação lata dos poderes provedorais consiste no próprio carácter amplo da nossa Constituição. Uma vez que, na parte dos direitos e deveres fundamentais ela contempla primeiro os direitos, liberdades e garantias *pessoais*, depois os direitos, liberdades e garantias de *participação política* e depois os direitos liberdades e garantias dos *trabalhadores*, parece indiscutível que a acção do Provedor de Justiça pode abarcar domínios substantivamente tão díspares e tecnicamente tão variados como as leis criminais, de segurança, de asilo, de família, de uso da informática, de comunicação social, de consciência, religião e culto, da cultura, do ensino, das migrações, da reunião e associação. Tal como os assuntos de participação política, de direito de sufrágio, de acção

popular. Ou ainda matérias mais específicas como as da segurança de emprego, de liberdade sindical, de contratação colectiva, de greve.

Como a Constituição se projecta depois nos *direitos e deveres económicos sociais e culturais*, especificando autênticas políticas públicas para os defender e promover, então nada está vedado à inquirição do Provedor de Justiça: os direitos dos consumidores, a iniciativa privada, cooperativa e autogestionária, o papel da propriedade privada, os sistemas montados para garantir direitos e deveres sociais como os sistemas de saúde e de segurança social, os programas de habitação e urbanismo, de defesa do ambiente e de promoção da qualidade de vida, de protecção à família, paternidade, maternidade, infância, juventude, de apoio aos portadores de deficiência e idosos. Bem como o sistema de ensino, de cultura e de ciência, a organização das universidades, a cultura física e desporto.

O Provedor de Justiça, face a uma Constituição como a nossa, jamais corre o risco de pecar por incompetência em razão da matéria.

Confirmada a amplitude das legitimidades, entremos no campo das possibilidades e depois no das utilidades.

Com tão vasto espaço de manobra, não pode o Provedor de Justiça acorrer, induzir ou iniciar, *sponte sua*, actividades em todas estas áreas. Manda o bom senso identificar prioridades. Na sua capacidade de

passar do caso individual ao sistema, que balizas tem o provedor para a sua actuação?

Adiantaremos dois critérios essenciais: (a) a magnitude do direito violado ou a reparação e (b) a taxa de sucesso da intervenção, essencial para reforçar a sua credibilidade e por ela a eficácia da sua acção.

A magnitude do direito violado pode talvez medir-se em profundidade, mais dificilmente em extensão. No primeiro caso, não será impossível ao Provedor de Justiça criar uma escala de gravidade das infracções que motivem a sua acção.

Estamos perante matéria potencialmente controversa, mas que exige solução pragmática. Se outra não tiver, pode usar a do ordenamento constitucional: direitos, liberdades e garantias pessoais, depois as de participação política e depois as dos trabalhadores. Num outro plano, de nível diferente se devem situar as violações dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

No segundo caso, perante uma conduta generalizada de um órgão da Administração, geradora de inúmeras queixas individuais que fira, ainda que não muito profundamente, alguns dos direitos atrás referidos, ou outros, de ordem económica, social e cultural, para nos atermos à terminologia constitucional, aí haverá lugar ao que se chama

uma intervenção sistémica, passando da árvore para a floresta⁵. Um pequeno direito persistentemente violado ou não satisfeito, quando o podia e devia ser, pode gerar um mal-estar de cidadania. É certo que razões de escassez de recursos poderão impedir ou retardar o cumprimento. Mas essa é outra ordem de razões que adiante se analisarão. Neste caso interessa-nos apenas considerar o direito violado extensivamente e fácil de repor, ou seja, um potencial caso de sucesso na acção do Provedor de Justiça.

Como pode o Provedor curar da floresta, se, *ex officio*, conhece sobretudo a árvore? Por vários caminhos. Antes de mais, a riqueza do casuísmo faculta um retrato das disfunções. Um retrato que tem por observador um ser independente, descomprometido, capaz de um olhar fresco sobre a realidade. Depois, o rumor da floresta é feito do bramir do vento em muitas árvores. Quando a disfunção atinge proporções de rumor, podendo chegar ao fragor, o guarda da floresta preocupa-se. Finalmente, o privilégio raro de poder requerer a inconstitucionalidade por omissão permite-lhe total liberdade de iniciativa, mesmo sem solicitação prévia dos peticionários.

No limite, o Provedor de Justiça pode sempre questionar o Governo e a Administração sobre o atraso na criação de condições necessárias à fruição dos direitos económicos, sociais e culturais dos

⁵ BUCKLEY, M., “The effectiveness of the Ombudsman in the oversight of the administrative conduct of public bodies”, *Ombudsman and Similar Bodies Summit*, Proceedings, Nicosia, September 2001.

cidadãos, como sejam o funcionamento do sistema de segurança social, de saúde, de ensino, de educação, cultura e ciência. Nestes termos ele pode sempre questionar a forma como as políticas públicas são executadas.

Se nos parece fácil de aceitar a hierarquia de direitos da Constituição e operacional a sua adopção, ela não nos liberta de problemas. Uma coisa são os direitos, outra coisa os instrumentos para a sua reposição. Direitos com elevada prioridade, como o direito à vida e à integridade pessoal têm, além da Constituição, a protecção dissuasora do Código Penal, pela criminalização do homicídio e outros atentados à vida. No outro extremo da escala de prioridades a violação do direito ao trabalho com base na cor da pele, código genético ou outro factor discriminatório, dificilmente poderá ser reposta pela via judicial. O mesmo se poderá passar com abusos e erros da administração, ocorridos em serviços de finanças, de notariado, registos, que prejudiquem gravemente o património do cidadão e que se tornam dificilmente passíveis de recurso, quanto mais de reposição. Parecendo tudo simples, afinal tudo se pode complicar, recomendando uma especial atenção do Provedor para proteger direitos que não têm outra sede de protecção⁶.

⁶ O autor agradece a Paula Lobato Faria a especificação deste argumento e os demais contributos críticos para a redacção desta comunicação.

O segundo critério, o da taxa de sucesso das intervenções do Provedor⁷ é essencial, mas não isento de riscos. Essencial, pois dele depende a credibilidade e a eficácia futuras. Se as intervenções do Provedor, em País de experiência democrática consolidada, não alcançarem taxas de sucesso visíveis, pode colocar-se em causa a própria função. Mas se, por absurdo, o Provedor se sentir tentado a discriminar positivamente, tratando com mais recursos as intervenções que estatisticamente o favorecessem, então toda a essência da sua acção estaria mais fortemente em causa.

Existe certamente um ponto de equilíbrio que pode não ser encontrado no presente, mas certamente o será na pedagogia de uma acção persistente de frutos nem sempre imediatos. A vivência do Provedor, a sua cultura e experiência políticas podem ser aqui essenciais, na determinação das prioridades da sua iniciativa.

Demonstrada a capacidade de escrutínio das políticas públicas pelo Provedor de Justiça, comentemos agora a sua possibilidade ou viabilidade.

As políticas públicas devem obediência à Constituição, mas para os que as concebem (governo) e para os que as executam (administração) a sua ordenação por prioridades não é lexicográfica, isto é, não se torna necessário esgotar todas as necessidades a satisfazer

⁷ NASCIMENTO RODRIGUES, H., “Tutela dos Direitos Humanos”, *Comunicação apresentada à Reunião Intercontinental sobre Tutela dos Direitos Humanos*, Madrid, Abril 2002.

em cada patamar para se poder ascender ao seguinte⁸. Quase sempre os recursos são distribuídos de forma avulsa, com critérios nem sempre explícitos, forçados por equilíbrios de conjuntura, de conveniência dos decisores, ou de influência dos agentes económicos e sociais. Um bom Governo, em quase todas as políticas públicas, rege-se pelos valores da efectividade, da eficiência e da equidade; e deve reger-se, também, embora menos, pelos da satisfação dos cidadãos e da contenção de meios.

A *efectividade* consiste no grau de alcance dos objectivos finais da política, ou resultados pretendidos e mede-se por indicadores físicos. A *eficiência* consiste na maximização de resultados com os recursos disponíveis ou na utilização dos menores recursos para alcançar resultados pré-fixados e mede-se em custo benefício, ou em custo efectividade⁹. A *equidade* consiste na distribuição dos recursos de uma de duas formas possíveis: iguais recursos para iguais necessidades (equidade horizontal) e desiguais recursos para desiguais necessidades (equidade vertical ou diferenciação positiva)¹⁰. Ajudar a tornar explícitos estes critérios, forçando a racionalidade decisória distributiva, pode ser um excelente objectivo para a acção do Provedor. Mas não será a sua missão principal.

⁸ MOONEY, GAVIN, “Economia e Economia da Saúde”, mimeo, UNL/ENSP.

⁹ CAMPOS, A. C., “Avaliação Económica de Programas de Saúde”, ENSP, *Cadernos de Saúde* /10, série XII – nº 2, Lisboa, 1986.

¹⁰ PEREIRA, J., *Equity, Health and Health Care: an Economic Analysis with Special Reference to Portugal*, D.Phil Thesis, University of York, January, 1995.

O critério ou valor da *satisfação* dos cidadãos é de longe mais ambíguo¹¹. Desde logo pela dificuldade de medida, na comparação transversal e na comparação longitudinal. Na primeira, vale mais a satisfação dos cidadãos do meio urbano ou do meio rural? Vale mais a satisfação dos cidadãos das classes altas, normalmente mais vocais e mais próximos culturalmente do poder, ou a satisfação dos cidadãos das classes média e baixa? Vale mais a satisfação dos cidadãos destinatários de medidas de equidade horizontal, ou dos destinatários de medidas de equidade vertical? Vale mais a satisfação dos utilizadores do serviço público, ou dos prestadores? Vale mais a satisfação dos cidadãos com voz, ou a dos cidadãos que não têm expressão regular de opinião e que só esporadicamente se manifestam, por vezes por processos heterodoxos. Se eleitoralmente as respostas são quantitativas, do ponto de vista do progresso do País, a introdução de elementos qualitativos nas áreas de satisfação confunde a análise. Que critério pode então usar o Provedor de Justiça, para avaliar, neste atributo, as políticas públicas? À falta de melhor, regressamos às prioridades da cidadania e dos direitos, liberdades e garantias: primeiro os de natureza pessoal, depois os de participação política, depois os dos trabalhadores e finalmente os de natureza económica, social e cultural. Longe da perfeição, mas mais próximo do possível.

¹¹ CALDEIRA DA SILVA, J. M., “Garantia de Qualidade dos Cuidados Médicos em Hospitais”, *Guião de Lição de Síntese, Concurso para Professor Associado*, ENSP, Lisboa, 1985.

Quanto ao critério da contenção ou *economia* de meios, a solução dos conflitos de valores parece mais fácil. Sem termos de recorrer ao velho ditado “*Onde não há, El-Rei perde*”, um verdadeiro paradigma da justiça distributiva dos sacrifícios, podemos sempre reduzi-lo ao modelo da eficiência económica na economia do bem-estar: a melhor combinação de recursos escassos é aquela que assegura a maximização do somatório do bem-estar de todos os indivíduos. Sem esquecer as críticas da omissão distributiva, a que os teóricos responderam com a diferente utilidade marginal dos benefícios públicos: “*os pobres contentam-se com pouco*”. Parece porém mais correcto recorrer à teoria das externalidades positivas: a prioridade na provisão de bens e serviços públicos deve ir para aqueles que garantam maior quantidade de benefícios sociais marginais, por comparação com os benefícios individuais marginais. Os clássicos exemplos da vacinação e do ensino pré-primário e primário gratuitos e universais são um bom paradigma na caracterização das políticas públicas.

Mas a complexidade da avaliação das políticas públicas e os potenciais conflitos de valores não se ficam por aqui. Não falámos ainda de outros critérios bem mais prevalentes na história dos povos que os já mencionados: a *soberania nacional*, a *defesa e promoção da língua*, o *prestígio do País* no consenso das Nações. Devem as políticas públicas ser mais generosas com a segurança interna e externa que com o apoio aos idosos? Devem o Governo e a Administração atribuir mais alta

prioridade ao ensino do Português no Estrangeiro que à formação científica e tecnológica nacionais? Deve a contenção orçamental global, em obediência a compromissos internacionais, que nos granjeia respeito a curto prazo, sobrepor-se ao investimento público produtivo, que nos reforça a capacidade competitiva com o exterior?

Nesta senda cada vez mais complexa, arriscamo-nos facilmente a extravasar da avaliação de políticas públicas pré-definidas, para a geração de verdadeiras opções políticas, o que não é tarefa do Provedor de Justiça. Onde pára então a sua liberdade de análise das políticas públicas?

Dentro da busca de pragmatismo que tem norteado esta reflexão, creio que a resposta deve residir em políticas públicas já definidas ou aceites. Definidas na Constituição e escolhidas e aceites pelos mecanismos das maiorias parlamentares, nos programas de governo. Prouvera que eles se respeitem.

Regressemos aos conflitos mais prosaicos, entre os três atributos essenciais de qualquer política pública sectorial: efectividade, eficiência e equidade.

Em qualquer administração surgem conflitos entre políticas públicas, quanto à sua efectividade e a eficiência, normalmente fáceis de resolver a favor da segunda. Mas são também frequentes os conflitos entre eficiência e equidade, seguramente mais difíceis de solucionar.

Em situação de escassez, deve a Administração actualizar primeiro as pensões degradadas, ou usar esse dinheiro para atribuir prémios de produtividade aos trabalhadores com melhor desempenho? O conceito aqui, central a todo o raciocínio económico, é o de custo de oportunidade, ou valor do sacrifício do uso alternativo mais próximo para recursos limitados.

Tem o Provedor ao seu dispor meios para resolver estes conflitos, ou para sobre eles aconselhar o Governo ou a Administração? Dificilmente deles dispõe e face a tantas outras solicitações, seria porventura pagar um alto custo de oportunidade optar pelos meios técnicos de análise da eficiência económica, em detrimento dos esforços de reposição da legalidade e dos direitos violados.

Face ao acervo das suas competências, não nos parece que haja aqui qualquer conflito potencial entre eficiência económica e direitos de cidadania, sobretudo os mais esquecidos ou postergados. Outra não pode ser a opção dos Provedores que não seja a prioridade na defesa dos segundos. Para além dos argumentos já invocados, o da prioridade constitucional e legal, o da ausência de outra sede de protecção, o do custo de oportunidade, outros órgãos num estado democrático têm a seu cargo explicitamente a missão de zelar pela eficiência económica: os órgãos de auditoria formal das contas públicas, como os tribunais de contas, e sobretudo as comissões parlamentares da Conta do Estado.

É tempo de concluir. Confirmamos a legitimidade e utilidade do Provedor de Justiça em subir da árvore para a floresta, do casuísmo para a visão sistémica dos direitos, liberdades e garantias individuais, sem obliterar a janela de oportunidade de proteger direitos que não tenham outra sede de protecção. Confirmamos também a riqueza inovadora da entrada do Provedor de Justiça no campo da monitorização e avaliação das políticas públicas, desde que saiba afastar-se dos conflitos de valores e apoiar-se em políticas constitucionais ou parlamentarmente sufragadas e tanto quanto possível consensuais. Confirmamos, finalmente, a necessidade de, na sua própria acção, como bom gestor de recursos, o Provedor de Justiça definir prioridades de utilização dos meios que a comunidade a ele confia, centrando o seu bom uso nos temas essenciais à cidadania.

**A Função Preventiva,
Personalizadora e Inovadora
do Provedor de Justiça**

Henrique Nascimento Rodrigues

1. Contribuir para uma cultura de direitos humanos constitui, seguramente, uma tarefa fulcral do *Ombudsman*.

Nesta perspectiva se compreende que a consagração jurídico–normativa da figura do *Ombudsman* ocorra, no caso português, ao próprio nível jurídico-constitucional e precisamente na parte I da Constituição da República, que é consagrada aos direitos e deveres fundamentais.

Quando me reporto à protecção dos direitos humanos, não tenho apenas em mente os direitos inerentes à pessoa humana tal como estão consagrados e garantidos em dada ordem jurídica estadual (“direitos fundamentais”, na terminologia da Constituição Portuguesa), mas tomo igualmente em consideração o movimento de internacionalização, sobretudo saído das cinzas da 2.^a Guerra Mundial, através da consagração daqueles direitos em instrumentos internacionais, *maxime* convenções internacionais, como os adoptados sob a égide das Nações Unidas ou do Conselho da Europa.

Julgo importante salientar este ponto de vista, porquanto, em função da opção que cada Estado faça quanto à técnica de incorporação do direito internacional na respectiva ordem jurídica interna, as normas internacionais sobre direitos humanos podem fazer parte integrante dessa mesma ordem jurídica e, por conseguinte, estar incluídas no parâmetro normativo e principiológico de controlo, com referência ao qual um *Ombudsman* ou Provedor ajuíza a actuação dos poderes públicos. Porém, mesmo que as obrigações assumidas internacionalmente por um Estado em matéria de direitos humanos não tenham recepção normativa no respectivo direito interno, sempre o *Ombudsman* deve apoiar-se nas normas internacionais pertinentes para efeitos de uma metódica de interpretação das normas internas relativas a esses mesmos direitos. Neste plano, aliás, basta destacar a dimensão estruturante de um princípio comum a todos os povos, e que está na própria génese dos direitos humanos, como é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, o que acabo de dizer pretende apenas evidenciar que o *Ombudsman* do presente milénio não pode deixar de assumir, no desempenho das suas funções, uma *perspectiva universalista* em sede de protecção dos direitos humanos e, com ela, afirmar o carácter universal, indivisível e interdependente dos mesmos.

2. Neste contexto, cabe então indagar qual o papel reservado ao Provedor na promoção e defesa dos direitos humanos face aos órgãos

que no Estado de Direito desempenham, à luz da teoria da separação dos poderes, as clássicas funções legislativa, executiva e judicial.

A meu ver, a complementaridade e o ajuste dinâmico entre as actuações do *Ombudsman* ou Provedor e a actividade desenvolvida pelos distintos órgãos no Estado de Direito, tal como sugeridos no enquadramento dado à presente mesa redonda, pode manifestar-se a diferentes níveis, que passarei a referir, colhendo sobretudo a experiência portuguesa.

Assim, e começando pela relação entre o Provedor e o poder executivo, no que respeita especificamente à Administração Pública (visto que o Governo é o órgão superior desta), deve sublinhar-se a característica fundamental de órgão de controle externo assumida pelo *Ombudsman*.

É curioso registar que o artigo 23º da Constituição portuguesa começa por caracterizar o perfil do Provedor dispondo da seguinte maneira:

*“1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para **prevenir** e reparar injustiças”.*

Por seu turno, o artigo 1º da Lei que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça, vem complementar e clarificar o seu papel, atribuindo-lhe como função principal “*a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos*”.

É visível, portanto, que a Constituição portuguesa não confinou o Provedor de Justiça a uma função exclusivamente correctiva de actos ou de omissões ilegais cometidos pelos poderes públicos: conferiu-lhe, expressamente, também uma função preventiva, quer no plano da legalidade, quer no plano da justiça do exercício dos poderes públicos.

É verdade (pelo menos de acordo com a minha experiência) que o quotidiano do Provedor está muito absorvido pela apreciação e resolução das queixas recebidas. No meu país, o volume destas reclamações tem crescido de ano para ano. Isto comporta a consequência incontornável de o Provedor ter de responder e resolver as queixas dos cidadãos, o que significa que o exercício da sua magistratura se orienta predominantemente para tentar corrigir actos de ilegalidade ou de injustiça praticados pelos poderes públicos em relação aos reclamantes.

A função correctiva surge, por força destas circunstâncias, com maior peso no cômputo da actividade normal do Provedor.

E, todavia, é evidente para mim, como decerto para todos nós, que **mais vale prevenir do que reparar ou curar**.

Como podemos inverter um pouco a tendência em favor da função preventiva?

Em primeiro lugar, sempre que se analisa e se decide uma queixa concreta (de pessoa singular ou colectiva), para além de se procurar obter da Administração a reparação da ilegalidade eventualmente cometida (assim se arquivando a queixa com satisfação para o reclamante), deve também analisar-se o procedimento que a Administração protagonizou no caso reclamado. Esta análise pode levar-nos a concluir que a Administração procedeu com grave negligência, ou que adoptou uma interpretação infundada para o caso, ou que se verificaram outras disfuncionalidades administrativas.

Sempre que um *Ombudsman* consiga estabelecer uma “grelha” qualificativa da tipologia das ilegalidades ou irregularidades detectadas na instrução de cada queixa – por exemplo, desvio de poder, incorrecta aplicação da lei no caso reclamado, demora excessiva da administração no tratamento da queixa do cidadão, falta de equidade na decisão administrativa – poderá, então, partir para uma **visão sistémica** do comportamento dos poderes públicos. E esta visão facultar-lhe-á, mais do que a reprovação da ilegalidade ou da injustiça no caso concreto, uma **actuação preventiva**, pois terá ao seu alcance o conhecimento dos principais “estrangulamentos” da acção dos poderes públicos e deverá

actuar no sentido de apontar as medidas concretas para a melhoria do funcionamento das Administrações.

Por outro lado, **a análise sistemática** do comportamento da Administração através da instrução e decisão das queixas concretas dos cidadãos pode conduzir o Provedor a **formular um reparo ou censura à Administração pelo seu procedimento**, mesmo quando o processo da queixa termine com a reparação do acto ilegal.

Este reparo, censura, reprovação, ou simples chamada de atenção ao Serviço Público visado constitui também expressão de uma função preventiva, uma vez que, ao proceder assim, o que o Provedor está a dizer ou a sugerir à Administração é que **ela não deve, no futuro, repetir o mesmo tipo de procedimento que, ilegal ou erradamente, adoptou no caso concreto**, ainda que solucionado em favor do cidadão.

Deve reconhecer-se, porém, que a consecução mais completa e eficaz da função preventiva pressupõe a utilização de métodos que vão para além da averiguação dos casos concretos. O Estatuto do Provedor português é sensível a esta dimensão da sua actuação quando preceitua, por um lado, que ele pode agir **por iniciativa própria** (artigo 4º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril) e ao dispor, por outro lado, que nos seus poderes se incluem a realização de **visitas de inspecção** a todo e qualquer sector da Administração ou a quaisquer entidades sujeitas ao seu controlo; a realização de **investigações e inquéritos**; e a procura de soluções adequadas ao **aperfeiçoamento da acção administrativa**, em

colaboração com os órgãos e serviços competentes (artigo 21º da citada Lei).

Este tipo de intervenção tem um cariz muito mais pró-activo do que reactivo; visa um objectivo normalmente mais vasto do que aquele que se alcança com a análise e instrução da mera reclamação individual; e persegue finalidades que, não deixando de ser rectificativas das situações inquiridas, ou das realidades investigadas, **colocam o acento tónico na prevenção futura das anomalias detectadas, na melhoria dos sistemas e procedimentos administrativos, ou até, na sugestão e propostas para o estudo e implementação de novas normas legais.**

3. Com efeito, o Estatuto do Provedor português também lhe comete a incumbência de “assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua **interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação ...**” (artigo 20º da Lei citada).

Trata-se de um procedimento de impulso legislativo dirigido aos órgãos competentes (o Parlamento, o Governo).

Ao emitir uma recomendação nesta linha, o Provedor pode protagonizar uma função **simultaneamente preventiva e inovadora.** Preventiva, se, por exemplo, propõe à autoridade legislativa que altere uma legislação cujas disposições suscitem situações de potencial ilegalidade ou iniquidade administrativa. E inovadora também, quando,

por exemplo, sugere a criação de legislação para casos omissos com grave repercussão na tutela dos direitos dos cidadãos.

Devo advertir, porém, que, na experiência portuguesa, o número de recomendações legislativas é menor do que o número de recomendações normativas, isto é, as que visam a resolução das queixas concretas. E mesmo as recomendações legislativas despontam, frequentemente, por via de conclusões retiradas do estudo das reclamações individuais, através do qual terá sido possível constatar deficiências nas leis aplicáveis a essas reclamações.

4. No que toca às relações com os tribunais, não estando, regra geral, a actividade judicial sujeita à apreciação do *Ombudsman*, em nome da salvaguarda da independência destes órgãos de soberania, não deixa de ser despicienda a possibilidade da sua intervenção relativamente **à actividade administrativa dos tribunais**. Inclui-se aqui, por exemplo, a questão dos atrasos judiciais. A noção de Estado de Direito implica a salvaguarda do direito a uma tutela jurisdicional efectiva, o que implica que a justiça seja administrada em tempo útil ou num prazo razoável, pelo que o controlo que o Provedor faça nesse âmbito não deixa de ir ao encontro da garantia do respeito por uma das dimensões daquilo que os instrumentos internacionais sobre direitos humanos consagram como o direito a um processo equitativo.

Por outro lado, sendo a actividade do Provedor independente dos meios contenciosos, não está excluída a hipótese de a sua intervenção,

resolvendo a situação contestada, **afastar a necessidade de recurso aos tribunais**. Na situação portuguesa, temos a percepção de que isto ocorre com frequência.

5. O tema desta mesa redonda impõe, também, uma reflexão acerca da **função personalizadora** do *Ombudsman*.

Nesta perspectiva, destacaria, desde logo, a natureza pessoal do cargo. O Provedor é um **órgão unipessoal** e a sua legitimidade singular decorre do modo da sua designação – no caso português, é eleito pelo Parlamento, exigindo-se para a eleição um quorum qualificado de votação (artigo 163º da Constituição da República).

Tal singularização da figura do Provedor resulta igualmente fortalecida pelas características fundamentais que se impõem à sua actuação, isto é, a sua independência, imparcialidade e integridade. Neste sentido, as relações com as autoridades públicas podem beneficiar dessa singularização, sobretudo por via de **diligências pessoais e de contactos directos**, que valorizem uma abordagem construtiva, cooperante e eficaz, de sentido recíproco. Julgo que um dos elementos susceptíveis de contribuir para o sucesso da intervenção do Provedor na defesa dos cidadãos reside, justamente, na **“magistratura” de influência** que saiba estabelecer quer com as autoridades públicas, quer com os cidadãos. Esta “magistratura” depende muito do rigor técnico que o Provedor revele nas suas posições, mas em larga medida está dependente também de características de isenção moral, de coerência,

de equilíbrio entre a firmeza dos valores e a flexibilidade dos métodos de actuação.

Integraria, ainda, no âmbito da função personalizadora do Provedor o exercício daqueles actos que a lei lhe comete **a ele e só a ele** – **sendo, portanto, indelegáveis**: a emissão de recomendações aos poderes públicos; os pedidos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de normas dirigidos ao Tribunal Constitucional, bem como os requerimentos formulados ao mesmo Tribunal no sentido da verificação de inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (artigos 281º e 283º da Constituição da República); a participação nos trabalhos de comissões parlamentares, a seu pedido ou quando solicitada a sua presença; o poder de determinar a comparência pessoal de funcionários ou agentes da Administração na Provedoria de Justiça para prestação de esclarecimentos ou informações; a apresentação do relatório anual ao Parlamento; enfim, a publicação de comunicados em órgãos de comunicação social – para citar os exemplos porventura mais salientes.

Enfim, a função personalizadora do *Ombudsman* é incontornável no contexto da **especial relação de confiança** que se estabelece entre ele e o cidadão reclamante.

Este tipo peculiar de relacionamento impõe uma **metodologia de actuação** que procura a **informalidade** dos procedimentos, a sua

agilidade, a mediação entre o cidadão e as Administrações, o **tratamento humano** das queixas – mesmo quando seja para recusar fundamento à reclamação que nos é apresentada. Sugere **perseverança** na consecução do bom resultado, pois muitas vezes as Administrações esquivam-se a reconhecer o seu erro. E por isso também deve evitar a **burocratização** assente na repetida troca de infundáveis ofícios.

6. Finalizarei com algumas notas sobre a **função inovadora** do *Ombudsman*.

Com base na experiência portuguesa, gostaria de salientar a inclusão, no respectivo âmbito de intervenção, das *relações entre entidades privadas*, no que a observância dos direitos, liberdades e garantias fundamentais diz respeito.

Com efeito, na linha do reconhecimento expresso, na Constituição, da força vinculativa, nas relações jurídico-privadas, dos preceitos constitucionais que consagram tais direitos, liberdades e garantias, o Estatuto do Provedor de Justiça franqueia-lhe a **intervenção contra ilegalidades cometidas por privados contra privados e que ofendam aquela espécie de direitos fundamentais**.

Não está aqui em causa, como é óbvio, eliminar o princípio da autonomia privada, mas sim, ali onde se estabeleçam, na ordem jurídica privada, *especiais relações de domínio* – pense-se na área dos direitos que regem as relações individuais de trabalho –, ele pode actuar sobre

eventuais abusos que colidam, por exemplo, com o princípio da não discriminação, com os direitos de personalidade ou com a liberdade de associação sindical. Também nesta esfera específica, o Provedor não deixará de ser a “voz” de quem reclama perante uma ofensa dos seus direitos fundamentais, cometida por poderes privados com posição de domínio.

Outro aspecto porventura digno de menção, em sede do que possam ser práticas inovadoras do *Ombudsman*, será a sua intervenção no âmbito da protecção dos direitos humanos de cidadãos nacionais no estrangeiro.

No que respeita à experiência portuguesa, gostaria de salientar o que tem sido uma frutuosa cooperação com o *Defensor del Pueblo*, meu ilustre amigo Don Enrique Múgica Herzog, aliás recentemente formalizada em protocolo celebrado entre as duas instituições ibéricas, cooperação essa traduzida numa troca de informações sobre questões que possam afectar os direitos humanos dos cidadãos portugueses em Espanha e dos cidadãos espanhóis em Portugal, com destaque para a colaboração mútua relativamente a situações de privação de liberdade de cidadãos de ambos os países.

Julgo que protocolos de cooperação de teor semelhante estarão estabelecidos entre outros *Ombudsmen* europeus e/ou da América Latina e Caraíbas.

Considero também susceptível de qualificar como inovadoras certas iniciativas adoptadas por *Ombudsmen* no sentido de estabelecer “códigos de boa conduta administrativa”, ou “pactos sociais de protecção do cidadão”, de que é exemplo marcante o *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa*, aprovado pelo Parlamento Europeu sob proposta do Provedor de Justiça Europeu.

Em certo sentido, os protocolos de cooperação que a Extensão nos Açores da Provedoria de Justiça estabeleceu com algumas Câmaras Municipais daquela Região Autónoma enquadram-se no objectivo da prossecução de uma boa administração, do mesmo passo que evidencia manifestações de mediação entre os munícipes e as suas autarquias por parte do Provedor de Justiça.

Estes protocolos, lançados em 2001, têm constituído, ainda que de forma experimental, tradução prática de uma actividade inovadora.

Na linha de um controlo mais eficaz da Administração, e sem perder de vista a da cooperação eficiente que o Provedor deve manter com ela, recordaria também a possibilidade de criação da figura de “interlocutores do Provedor”, que tenho advogado seja instituída ao nível dos gabinetes dos Ministros e Secretários de Estado que tutelam áreas administrativas onde se revela a ocorrência de maior volume de queixas. Estes “interlocutores” não seriam senão colaboradores directos dos próprios membros do Governo, por eles designados, mas teriam a função específica e muito importante de **dinamizar** as respostas

solicitadas pelos Serviços do Provedor sobre as queixas dos cidadãos e de procurar **sensibilizar** os organismos visados (por exemplo, uma Direcção-Geral, a direcção de um estabelecimento escolar, ou de um centro regional da segurança social) para uma resolução justa e célere da queixa apresentada ao Provedor.

Trata-se de uma metodologia que visa ultrapassar as demoras excessivas que a própria Administração revela na resposta às solicitações do Provedor, mas que, de algum modo, pode favorecer também uma aproximação entre o *Ombudsman* e as Administrações, com vista à **mediação** dos conflitos entre os cidadãos e os poderes públicos.

7. Aflorei apenas alguns aspectos envolvidos no aliciante tema desta mesa-redonda. Não estou seguro, porém, de que, na prática, eu próprio atinja a realização de todas as funções a que aludi e, tão pouco, que consiga sempre desenvolvê-las com sucesso.

Glosando um distinto filósofo espanhol, Ortega y Gasset, eu diria que o “*Ombudsman* é a sua circunstância”. E a verdade é que as circunstâncias concretas não permitem, muitas vezes, exercer a plenitude de ambições que devem sustentar o objectivo da defesa dos direitos do Homem, do Estado de Direito e da Justiça.

É por isso que o Provedor também deve ser humilde e, portanto, manter a consciência de que a sua obrigação primeira é responder ao

cidadão e resolver a sua queixa, ainda que seja para lhe explicar que não tem razão ou fundamento. A cidadania faz-se de direitos e de deveres recíprocos e será enfraquecida se apenas defendermos aqueles e não exigirmos o cumprimento destes, quer à Administração, quer aos próprios cidadãos.

Se o *Ombudsman* conseguir garantir isto – e isto não pode deixar de o fazer –, então – citando ainda esse insigne poeta espanhol, António Machado –, o Provedor “fará caminho, caminhando”.