



Provedor de Justiça

DIREITOS HUMANOS OMBUDSMAN

**Paradigma para uma
instituição secular**

Catarina Sampaio Ventura

Ficha Técnica

Título: Direitos Humanos e *Ombudsman*. Paradigma para uma instituição secular

Autora: Catarina Sampaio Ventura

Edição: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação

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

Composição, paginação, impressão e acabamento: Tipografia da Escola dos Deficientes das Forças Armadas

Tiragem: 500 exemplares

Depósito Legal: 259689-07

ISBN: 972 – 97623 – 8879-00-8

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>

Prefácio

Nota introdutória

I. Questão terminológica: De que falamos quando falamos de direitos humanos?

1. Perspectivas de apreensão do conceito
2. Sentido da opção terminológica
3. Sequência

II. O *Ombudsman*: De mecanismo de controlo da Administração a defensor dos direitos humanos

1. Aproximação ao conceito de *Ombudsman*
 - 1.1. *Ombudsman* e Instituições Nacionais de Direitos Humanos
2. A tendente universalização do *Ombudsman*
3. A internacionalização do *Ombudsman*
 - 3.1. O papel do Conselho da Europa
 - 3.2. O Provedor de Justiça Europeu
4. Velhos e novos *Ombudsmen*? Questão em torno do mandato do *Ombudsman* e da sua incidência em matéria de direitos humanos
 - 4.1. A missão fundamental do *Ombudsman* no direito comparado
 - 4.1.1. Estados membros da União Europeia a Quinze
 - 4.1.2. América Latina
 - 4.2. Modelo de *Ombudsman* estritamente dirigido ao controlo da Administração e abertura à função de protecção dos direitos humanos: Entre adaptação do modelo e novos paradigmas da actuação provedoral

- 4.3. Sequência: O *Ombudsman*, “órgão de protecção cidadã”
5. Relevância dos direitos humanos para a actividade do *Ombudsman*
 - 5.1. Dimensões exegéticas: As normas sobre direitos humanos como referente da actuação do *Ombudsman*
 - 5.2. Dimensões processuais: “*Locus standi*” do *Ombudsman*
 - 5.3. Dimensões institucionais: A “balcanização” do *Ombudsman* ou a questão em torno dos *Ombudsmen* sectoriais
6. Interlúdio

III. O Provedor de Justiça como mecanismo não jurisdicional de protecção dos direitos humanos

1. A institucionalização do *Ombudsman* no ordenamento jurídico português
2. Sentido do marco constitucional
3. Marco legislativo: O Estatuto do Provedor de Justiça
4. O referente jusfundamental da actuação do Provedor de Justiça
5. Meios de acção do Provedor de Justiça na defesa dos direitos humanos
 - 5.1. Actuação do Provedor de Justiça na sequência de queixa e por iniciativa própria
 - 5.2. Poderes de investigação do Provedor de Justiça
 - 5.3. Meios de intervenção do Provedor de Justiça
 - 5.3.1. Em relação à Administração Pública
 - 5.3.2. Em relação ao legislador
 - 5.3.3. Em relação aos tribunais
6. Prospectos para a intervenção provedoral

IV. Conclusões

Bibliografia

PREFÁCIO

1. Não recearia fugir à verdade ao presumir que este estudo sobre *Direitos Humanos e Ombudsman* é, de algum modo, inovatório no panorama da nossa literatura jurídica que se tem debruçado sobre a figura do Provedor de Justiça. É certo que tenho lamentado alguma insuficiência neste nosso panorama doutrinário, que se revela longe de esgotar as potencialidades dos temas a que convoca o perfil jurídico-institucional e o concreto desempenho do Ombudsman português; mas venho tentando, pelos meus meios, incentivar a ultrapassagem dessa insuficiência, como o demonstra o conjunto de edições que levei a cabo nestes últimos anos¹. E também por isso saúdo esta publicação.

2. A centralidade genética do Provedor de Justiça, se assim me posso exprimir, foi claramente apontada ao coração dos direitos fundamentais. Basta recuar à pré-história da institucionalização do nosso Ombudsman e recordar os apelos e incitamentos lançados no I Congresso Nacional dos Advogados, em 1972, e no III Congresso da Oposição democrática, em 1973, que rememoro nestas sintéticas palavras de Vasco da Gama Fernandes:

«A instituição do Ombudsman torna-se indispensável em Portugal, no propósito de prevenir e de promover a defesa dos direitos em geral e das liberdades públicas em particular».

¹ <http://www.provedor-jus.pt/publicacoes.php>

Não se estranhará que assim fosse e não são necessárias muitas palavras para o explicar: o problema central suscitado pela sequência política do 25 de Abril foi o do estabelecimento da democracia e o do reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais.

Nesse preciso contexto, de constitucionalização do Estado de Direito, sob o qual os direitos fundamentais foram aparelhados com as suas características fortes de vinculatividade (artigo 18.º da Constituição da República) e de tutela jurisdicional (artigo 202.º da CRP); nesse exacto contorno histórico, de saída de um longo percurso castrador das liberdades nucleares para a democracia e o Estado de Direito - o que marcou, sobremodo, o perfil do Provedor de Justiça foi a sua intencional dimensão estruturante de garantia não jurisdicional dos direitos fundamentais: dos direitos cívicos e políticos, tanto quanto dos direitos sociais, económicos e culturais. E isso constituiu como que a sua *marca de água*.

3. É ao redor deste perfil do Provedor de Justiça (também) como Ombudsman dos Direitos Humanos que se concentra a tese nuclear deste estudo, alcançada com felicidade, o que me apraz sublinhar.

Como nele se refere com detalhado desenvolvimento, não se trata tanto de divorciar as figuras do Ombudsman clássico, como instrumento de fiscalização da actividade administrativa do Estado, e do Ombudsman de direitos humanos, mais virado para a tutela dos direitos fundamentais e a difusão dos direitos do homem, mas, sobretudo, de relevar esta sua última dimensão, de a esmiuçar e de lhe captar os desenvolvimentos e potencialidades funcionais.

Entendamo-nos, portanto: o Ombudsman de direitos humanos não vê necessariamente excluída da sua esfera de acção a clássica função de controlo de erros procedimentais das Administrações e de sinalização de irregularidades administrativas, mas ganha outra e importantíssima centralidade com o enfoque constitucional e estatutário que lhe é dado - como no caso português - pela dimensão de garante dos direitos fundamentais.

4. Esta matização identitária do Provedor de Justiça pode considerar-se pioneira, ou quase. Chamo à colação - porque «santos de casa não fazem milagres»... - os dizeres do meu colega, Defensor del Pueblo de Espanha, que escreveu o seguinte, a propósito de idêntica caracterização do Ombudsman deste país:

«De manera parecida sucedió con la creación de una figura paralela por la Constitución portuguesa en esos mismos años, a continuación de otro periodo histórico muy similar. Se puede decir por eso, que el Defensor del Pueblo español y el Proveedor de Justiça portugués son como dos hermanos gemelos», rematando assim: «Esa matización identitaria consiste básicamente en que el Ombudsman en España se propone ante todo la defensa y garantía de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, y sólo en un sentido instrumental debe considerarse como un organismo de supervisión de la actividad administrativa»².

5. Daí se partiu para a proclamação de um «modelo ibero-americano» de Ombudsman, integrante dos figurinos dos Ombudsmen de Espanha, de Portugal e dos países da América Latina. Não digo que não: mas digo que o Provedor de Justiça terá sido percursor, pois antecedeu a todos os outros dessa

² http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=eventos_listado.asp

família, já que a sua instituição legal data de 1975 (Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril) e a sua constitucionalização de 1976. Não desconhecendo, como é óbvio, a influência do figurino institucional do Defensor del Pueblo de Espanha na criação dos seus homólogos dos países da América Latina, haverá que buscar no desenho constitucional e legal do Provedor de Justiça o embrião desse modelo ibero-americano, afinal, de Ombudsman dos direitos humanos dos nossos tempos³.

6. A tese deste estudo vai, portanto, apontada ao desfibrar da configuração do Provedor de Justiça como Ombudsman dos Direitos Humanos e às implicações práticas daí decorrentes. Que cambiantes daí emergem?

Permito-me relevar estas:

a) como instrumento não jurisdicional de garantia dos direitos humanos, o Ombudsman não apenas procura a reparação do direito violado pelas entidades públicas, como pode ir mais além, assinalando ao Parlamento e ao Governo (aos poderes legislativos, em suma), numa perspectiva de valoração crítica, as deficiências legislativas e propondo novas disposições normativas, *maxime* as que sejam conformes ao direito internacional dos direitos humanos - e nisto se distingue bem do poder judicial, que aplica o Direito constituído, ainda que buscando a Justiça ou a equidade nesse Direito, tal como, aí, também o Ombudsman o faz embora na sua esfera própria de persuasão;

b) a extroversão da actividade do Ombudsman para fora dos limites clássicos da Administração Pública, atingindo

³ Neste sentido, vd. *Álvaro Gil Robles*, «O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes», Provedoria de Justiça, 2002, págs. 31-39.

o que a nossa lei designa por «poderes públicos» (artigo 23.º da CPR e artigo 2.º, n.º 1 do estatuto legal do Provedor de Justiça) - ou seja, incluindo serviços públicos privatizados e empresas de utilidade colectiva, em suma - e alcançando até, na delimitação da lei portuguesa, «as relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção dos direitos, liberdades e garantias» (artigo 2.º, n.º 2 do mesmo Estatuto), o que o faz situar muito para além da fronteira da Administração tradicional;

c) a legitimidade processual activa junto do Tribunal Constitucional (artigos 281.º e 283.º da CPR), não subordinada apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas importantíssimo meio indirecto de defesa dos mesmos;

d) a especial vocação, quase diria o dever, do Ombudsman de direitos humanos na «vigilância» das situações de grupos de pessoas mais vulneráveis (os imigrantes, as crianças, os reclusos, os idosos, por exemplo), exactamente porque a tutela dos seus direitos ou se confronta com embaraços na completude do acesso à justiça, ou esbarra com deficiências nos direitos sociais de prestações - no que dificilmente pode ser acompanhado por outras entidades públicas e a que se deve aliar, num trabalho de cooperação, com outras instituições nacionais de defesa dos direitos dos cidadãos;

e) enfim, no que se chamaria a garantia objectiva dos direitos fundamentais, ao elevar-se do encontro com a multiplicidade das queixas quotidianas e da sua resolução casuística para um patamar de análise sistémica e de busca

de soluções globais para as causas objectivas dessas mesmas queixas dos cidadãos⁴.

7. E, todavia, volto a repeti-lo, não queiramos encontrar nisto uma dicotomia abissal entre o Ombudsman clássico e o Ombudsman de direitos humanos.

Quase me apeteceria dizer que «o Ombudsman é a sua circunstância», para glosar leituras da minha juventude. Porque o Provedor de Justiça nada mais é do que **aquele que se depara com os problemas reais das pessoas reais**. Se, em Portugal, a dimensão do Provedor de Justiça como Ombudsman de direitos humanos foi decisiva - e ainda o é - pelo circunstancialismo histórico e político sob o qual se forjou; e também porque - como esquecê-lo? - os direitos fundamentais, os direitos inerentes à dignidade de cada pessoa, reconhecidos e consagrados pela Lei, não se cristalizam e não se enclausuram temporalmente - o certo é que o Provedor de Justiça foi, sempre, convocado pela realidade concreta do seu País e das suas gentes a um desempenho multifacetado e - porque não dizê-lo? - «desembaraçado» do seu mandato.

Aí estão as dezenas de relatórios à Assembleia da República a atestá-lo. E adivinho que muitos outros casos, que não ficaram estampados nas páginas desses relatórios, poderiam exemplificar, quem sabe se mais humanamente, esse tipo de desempenho.

8. Já tive oportunidade de o dizer⁵: a plasticidade do desenho constitucional e legal da figura do Provedor de Justiça em muito contribuiu para uma elasticidade de funções, que deram vida ao seu extenso e enriquecedor mandato.

⁴ Abordei este plano de actuação do Ombudsman em «A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça», in Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI, Provedoria de Justiça, 2003.

⁵ In Prefácio à edição «O Provedor de Justiça - Estudos», Provedoria de Justiça, 2006.

E se a isso aliarmos a «generosidade» com que o Ombudsman sempre deve interpretar esse mandato legal, modelando-o, na prática, de acordo com os valores ínsitos nos Direitos do Homem, aí descortinaremos sem dificuldade essa «face de Jano» que impregna o figurino constitucional do Provedor de Justiça como Ombudsman dos direitos humanos e o enroupa no dia-a-dia do seu trabalho.

Eis ao que vem esta edição, que estou convicto também servirá a cidadania.

H. Nascimento Rodrigues

NOTA INTRODUTÓRIA*

O presente estudo nasceu do propósito de lançar um olhar sobre a figura do *Ombudsman*¹ – ou Provedor de Justiça, na designação com que a instituição foi acolhida entre nós –, sob a óptica da defesa e promoção dos direitos humanos.

Os direitos humanos tornaram-se já expressão corrente no nosso vocabulário e percorrem hoje todos os domínios da actividade e pensamento humanos que convoquem a ideia de pessoa humana e da sua inerente dignidade. Assim no discurso filosófico, político, jurídico, cultural, social... A facilidade, porém, com que a expressão, plena de significado, brota entre as nossas palavras não nos pode fazer perder de vista o essencial: os direitos humanos não são um dado adquirido, antes se conquistam todos os dias. A História ensina-nos isso mesmo. Como uma planta que necessita de água para sobreviver e poder desabrochar, os direitos humanos alimentam-se de quem os arvora como bandeira, agitando-os, clamando-os, aprofundando-os e, sobretudo, efectivando-os.

A responsabilidade primária pela garantia e realização dos direitos humanos recai sobre o Estado, que tem a obrigação de não interferir com a esfera de liberdade e autonomia que aqueles direitos transportam, o dever de os proteger contra ingerências de terceiros, bem como, ainda, de criar

* As opiniões expressas no presente estudo são pessoais, não vinculando o Provedor de Justiça, nem os serviços que assessoram este órgão do Estado no desempenho da respectiva missão.

¹ A expressão “*Ombudsman*”, bem como as expressões congéneres, são utilizadas em termos inclusivos, no que aos géneros feminino e masculino concerne.

as condições necessárias para a sua implementação e gozo efectivos. Todavia, nem sempre os poderes públicos cumprem cabalmente estas obrigações, dimanando, em primeira linha, das suas acções e omissões a potencial ameaça aos direitos humanos.

Ora, o *Ombudsman* nasceu na Suécia, há quase dois séculos, como parte integrante do controlo da administração da *res publica*, verdadeiro guardião da legalidade contra a improbidade e os abusos no exercício do poder, em defesa dos cidadãos. A ideia ganhou ampla aceitação, sobretudo após a II Guerra Mundial, como mecanismo de as democracias reforçarem o controlo de uma Administração Pública crescentemente complexa e abrangente. Os processos de transição democrática a que assistimos ao longo do último quartel do século passado – com início, no marco europeu, em Portugal, Grécia e Espanha, e em movimento exponencial nos países europeus de Leste, na sequência da queda do Muro de Berlim em 1989 –, redobram o interesse pela figura do *Ombudsman* enquanto elemento estruturante da edificação dos novos Estados de direito democráticos, delineando-se como instituição também comprometida com a tutela dos direitos humanos. Nessa medida, os *Ombudsmen* são hoje também “defensores da dignidade da pessoa humana”² em face das injustiças e ilegalidades dos poderes públicos.

É esta missão do *Ombudsman* ou Provedor que pretendemos deixar evidenciada no presente estudo, dividido em três partes. Na primeira parte, traçamos os sentidos possíveis através dos quais o conceito de direitos humanos pode ser apreendido, com o objectivo de, por essa via, esclarecer o que seja, em termos substantivos, o referente de uma actuação provedoral dirigida à salvaguarda dos direitos humanos. Na segunda parte, centramo-nos na instituição do *Ombudsman*, *qua tale*, iniciando pelo elenco das suas características essenciais e pela referência à sua expansão em diferentes quadrantes político-jurídicos. Terá aqui, igualmente, lugar a discussão central em torno da assunção, por parte deste órgão clássico de controlo externo da Administração Pública, de um mandato em matéria de protecção dos direitos humanos, numa incursão que passa, outrossim, pela descrição comparatística de diversas instituições de *Ombudsman*. Com

² Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do *Ombudsman*», in AA.VV., *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2003, p. 25.

efeito, julgamos ser importante ter em linha de conta a universalidade desta figura singular, a qual, não obstante a diversidade de recorte constitucional e/ou legal de que é objecto, preserva um mesmo “ADN”. Os *Ombudsmen*, Provedores, Mediadores, Defensores ou Comissários, sejam de que país for, partilham um “mínimo denominador comum”, que se reforça quando assumem idêntica missão – a protecção dos direitos humanos. Na terceira parte, abordamos, em particular, a figura do Provedor de Justiça português, cuja institucionalização foi determinante para o reconhecimento de uma função eminentemente jusfundamental na actuação provedoral, no que se procura também contribuir para a divulgação da instituição e dos seus meios de acção.

[É] imperativo que eles [direitos humanos] mantenham o seu poder crítico num momento em que se tornaram de tal modo «evidentes» para todo o mundo que a sua banalização pode corromper-lhes as virtudes essenciais.

GUY HAARSCHER

I. QUESTÃO TERMINOLÓGICA: DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DIREITOS HUMANOS?

1. Perspectivas de apreensão do conceito

Se cada um dos séculos que marcam o passo da Humanidade merecesse um epíteto, então o séc. XX, entre tantas outras denominações imagináveis, poderia ser titulado de “século do despertar para os direitos humanos”.

Não significa esta asserção/caracterização que a salvaguarda das dimensões inerentes à dignidade humana pelo Direito tenha tido o seu germen apenas no século transacto. Nem pretende ela apagar a constatação de que o mesmo lapso de tempo foi percorrido por exemplos marcantes de bárbaro desrespeito pelos mais básicos direitos da pessoa. Apenas pretende colocar em evidência a “revolução copernicana” então ocorrida, consubstanciada na assunção, pela esfera universal, da tutela dos direitos humanos, não mais mero assunto encerrado na ordem interna estadual (“*non domestic affair*”) que escape à vigilância global (existência de um “*droit de regard*”).

Por outro lado, o que antecede leva implícita a percepção dos diversos enfoques, sob os quais o *substratum* a que os direitos humanos nos reconduzem

pode ser apreendido, a saber, as perspectivas *universalista ou internacionalista* e *estadual ou constitucional*, a que acresce a perspectiva *filosófica ou jusnaturalista*³.

Seguindo o ensinamento de VIEIRA DE ANDRADE, nesta última dimensão estão compreendidos os direitos de todas as pessoas, sem coordenadas de tempo ou espaço⁴. Estes direitos são, antes de mais, o fruto do pensamento humano, nas suas variações históricas da afirmação de uma dada ideia de dignidade, igualdade e liberdade da pessoa.

Desde a *polis* grega, passando pela Roma antiga, pela tradição humanista do cristianismo, pela *Aufklärung* que elevou a “Razão secularizada” e desembocando na edificação do Estado moderno sobre a base do contrato social, de concepção lockeniana, perpassam o mundo ocidental diferentes compreensões acerca do sentido do indivíduo *a se*, numa evolução que – com as devidas ressalvas, sempre decorrentes de uma imprescindível contextualização histórica⁵ – culminaria na afirmação da sua primordial primazia e no seu reconhecimento como *sujeito de direitos*.

Numa nova ordem social e política, foi, por conseguinte, possível a afirmação dos “*direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*”, na fórmula preambular da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, que preexistem à ordem positiva do Direito – daí a sua dimensão jusnatural – e cuja *declaração* franqueia a sua operatividade jurídica, o que é dizer, torna-os juridicamente relevantes. Tal asserção remete-nos, pois, para a segunda das perspectivas supramencionadas: a perspectiva *estadual ou constitucional*.

Nesta sede, os direitos em questão surgem referidos a um determinado

³ A perspectiva tríplice que invocamos cedo foi sistematizada, entre nós, por VIEIRA DE ANDRADE, na sua teoria sobre os direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional portuguesa. Cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 15-37. Numa abordagem que parte de distintas classificações de direitos fundamentais, v., ainda, na doutrina constitucional portuguesa, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 393 e seg.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 51 e seg. Por último, sobre o conceito de direitos fundamentais, v. CRISTINA M.M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 13 e seg.

⁴ J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁵ Ou seja, e entre tantos outros exemplos possíveis, a antiguidade clássica coexistiu com o escravagismo, o catolicismo com a Inquisição “da salvação das almas”, o Iluminismo com profundas desigualdades...

tempo e local, ou seja, são os direitos constitucionalmente vigentes em dada ordem jurídica estadual. Trata-se, no fundo, dos direitos recobertos pela categoria especificamente jurídico-constitucional dos *direitos fundamentais* (*Grundrechten*)⁶.

Com efeito, o Estado constitucional moderno nasceu como o marco em que os direitos universais são aplicáveis e válidos num determinado contexto espaço-temporal. Invocando, uma vez mais, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, proclamada pela Assembleia Nacional francesa, «*toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição*» (art.º 16.º). Nesta locução compendia-se, de modo paradigmático, o sentido do constitucionalismo moderno: garantia dos direitos dos cidadãos contra os ataques do poder, como forma, em concomitância, de legitimação desse mesmo poder em novos moldes, ou seja, enquanto poder limitado.

Sem prejuízo da variedade da sua expressão em diferentes momentos e distintos quadrantes geográficos⁷, o movimento constitucional, posto em marcha, sobretudo a partir da segunda metade do séc. XVIII, em pleno “*requiem*” por formas absolutistas de governo, resultou na inclusão no “bloco de constitucionalidade” (a Constituição como “*higher law*”), *i.e.*, num parâmetro superior à própria lei, de um conjunto de direitos do indivíduo – e daí a ideia de direitos fundamentais como direitos constitucionalmente consagrados –, que valem, conforme foi já expresso, como limites aos poderes do Estado, inerindo à própria organização político-social deste último.

A ideia constitucional afirmou-se, por conseguinte, como noção fundamental da compreensão do Estado. Presentemente, essa ideia consubstancia-se no chamado *Estado constitucional*, ou seja, um Estado subordinado ao Direito, erigido sobre o reconhecimento e a garantia dos direitos fun-

⁶ Sobre o assunto, cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 20-25.

⁷ Com efeito, não existiu um, mas vários movimentos constitucionais geradores da ideia de constituição em sentido moderno e cujos modelos históricos são o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o constitucionalismo francês, estribados, respectivamente, contra o poder autocrático dos Stuart, o Parlamento que impunha “*taxation without representation*” e o modelo político-social do *Ancien Régime*. Assim e para maiores desenvolvimentos, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 51-60.

damentais, com separação de poderes e legitimado pela soberania popular⁸.

A par de uma concretização diacrónica da ideia constitucional em si, nos distintos lugares do planeta, também o próprio catálogo dos direitos fundamentais se diversificou com a passagem dos tempos, não tendo permanecido imune à evolução histórica das sociedades e da respectiva organização política.

Na doutrina foi, pois, firmado o atractivo conceito de “gerações de direitos”, cuja mais-valia se traduz, justamente, em favorecer uma compreensão evolutiva da “conquista”, para o plano jusfundamental, de outros direitos, que não apenas os *direitos de liberdade*, próprios do Estado liberal, ou os *direitos de participação política* que a abertura à fórmula democrática de governo depois logrou. Assim, o movimento social, iniciado pelas exigências de protecção dos trabalhadores, franqueou, posteriormente, a afirmação dos *direitos sociais* e, mais recentemente, as novas necessidades da vida em sociedade e o desenvolvimento da técnica agregaram a tutela constitucional de *novos direitos* (alguns dos quais direitos colectivos), como os relacionados com o consumo, a ecologia, a sociedade da informação ou a biotecnologia⁹.

Por fim, a perspectiva *universalista ou internacionalista* aponta para os direitos válidos em todos os lugares¹⁰, em determinado tempo, para todas as pessoas, na base da consideração da igual dignidade e liberdade dos indivíduos, com o que se consolida a expressão *direitos humanos* (ou *direitos do Homem*)¹¹. Estes são direitos universais, plasmados em instrumentos de direito internacional (público), revelando-se juridicamente de acordo com o modo típico de formação da normatividade internacional.

Recuando no tempo, é possível descortinar, já no século XVIII, antece-

⁸ Neste sentido, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 87.

⁹ Note-se que a ideia de “gerações de direitos” não deve em caso algum apontar para uma dinâmica de sucessão de direitos, isto é, em que a nova geração destrona a antecedente em termos de relevância e significado jurídicos. Perante o risco de semelhante compreensão, há quem prefira aludir não a gerações, mas a distintas “dimensões de direitos”. Pondo em destaque este problema, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 386-387; JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ Ou, numa perspectiva geográfica à escala regional, nos grandes espaços de afirmação de solidariedades próprias em distintos pontos do planeta e daí a existência de sistemas regionais de protecção dos direitos humanos.

¹¹ Cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 25-37.

dentes de uma protecção internacional, ainda que tão-só ocasional, do que hoje designamos de direitos humanos, nomeadamente ao nível da tolerância religiosa e dos *standards* de tratamento dos estrangeiros. Na mesma linha, o século XIX testemunharia a proibição da escravatura e o edificar do direito da guerra, humanizando-a. Mais tarde, já no período após o primeiro conflito à escala mundial, seria lançado, no âmbito da Sociedade das Nações, o gérmen da protecção das minorias, por um lado, bem como dos trabalhadores, no contexto da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada na mesma ocasião, por outro¹².

São, todavia, os desenvolvimentos ocorridos na sequência da II Guerra Mundial que marcam a especificidade de um novo ramo do direito internacional, erguido à luz da necessidade de assegurar, agora à escala universal, o respeito efectivo pelos direitos fundamentais das pessoas, independentemente das particularidades nacionais ou regionais e das distintas concepções religiosas e culturais vigentes¹³.

Aqui, como já no despontar da protecção *constitucional* dos direitos fundamentais, foi uma vez mais determinante a imagem do Estado que se prefigura como a principal (ainda que não única) ameaça aos direitos do indivíduo. Nessa medida, o direito internacional dos direitos humanos afirma-se, desde logo, como o conjunto de normas que reconhecem esses direitos, impondo aos Estados a obrigação de os reconhecerem, respeitarem e assegurarem relativamente a todas as pessoas que se encontrem sob a respectiva jurisdição¹⁴.

Neste processo destaca-se, em primeiro lugar, a institucionalização da Organização da Nações Unidas (ONU) e do sistema *universal* de protecção dos direitos humanos estabelecido no seu seio.

¹². Para um esboço dos antecedentes do contemporâneo direito internacional dos direitos humanos, v. LOUIS HENKIN, «Human Rights», in RUDOLF BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, Amsterdam [etc.]: Elsevier, 1995, pp. 886-887.

¹³. Sobre este desenvolvimento do direito internacional público, v., entre nós, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 2.^a ed., Cascais: Principia, 2004, pp. 275-316; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional: Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 269-296; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 337-345.

¹⁴. O direito internacional, nesta sua vertente de protecção do indivíduo, rompe com certas características que classicamente lhe são apontadas. Com efeito, não se trata tanto, ou apenas, de regular relações interestaduais, mas, acima de tudo, criar acervo normativo e institucional dirigido, em primeira linha, à tutela internacional dos direitos da pessoa

Edificada sobre as cinzas da guerra de 1939-45, consciente de que o desprezo pela dignidade da pessoa humana degenerara nos horrores com que esse conflito ficara marcado e decidida a conjugar esforços para a prevalência da paz no mundo, a ONU apresentou-se à nascença comprometida com a promoção do respeito pelos direitos humanos, à luz dos princípios da universalidade e da não discriminação, tendo contribuído, de modo decisivo, para a integração dos direitos humanos no âmbito de aplicação do direito internacional¹⁵.

As iniciativas sob a égide da ONU, dirigidas à edificação, no plano internacional, de um sistema de protecção dos direitos humanos, logo se materializam na proclamação pela Assembleia Geral, em 10 de Dezembro de 1948, da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (DUDH)¹⁶. E se o projecto de uma “*Carta Internacional de Direitos Humanos*” só ficaria completo com a adopção, em 1966, do *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (PIDESC) e do *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos* (PIDCP)¹⁷ – convenções internacionais que vieram, fundamentalmente, concretizar e desenvolver os direitos enunciados na DUDH, conferindo-lhes, ao mesmo tempo, incontestável força jurídica vin-

humana, tendo como referente a sua inerente dignidade, com refracções decisivas na sua esfera jurídica. Como teve já oportunidade de esclarecer o Comité dos Direitos do Homem, instituído pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*, «[human rights] treaties (...) are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights» (Comité dos Direitos do Homem, *General Comment 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocol thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, adoptado na 52.^a sessão, 4 de Novembro de 1994 [Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6], § 17).

¹⁵. V. art.ºs 1.º, par. 3, 13.º, n.º 1, al. b), 55.º, al. c), 62.º, n.º 2, 68.º e 76.º, al. c), da *Carta das Nações Unidas*. Na expressão de CHRISTIAN TOMUSCHAT («International Law», in CHRISTIAN TOMUSCHAT (ed.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 1995, p. 287), «human rights (...) belong to the elements of a new ‘moral’ world order envisioned by the [UN] Charter».

¹⁶. Muito embora a DUDH conste de uma resolução da Assembleia Geral, destituída jurídico-formalmente de carácter vinculativo, a prática dos órgãos das Nações Unidas, no sentido de a utilizarem como base de medidas concretas para a realização dos direitos humanos, constitui argumento de peso para se fundamentar o carácter costumeiro que a DUDH terá já adquirido, fazendo parte do direito internacional geral, algumas das suas normas até com a nota de imperatividade característica do *ius cogens*.

¹⁷. Este último complementado com dois Protocolos Facultativos: o primeiro, de 1966, instituindo um mecanismo de queixas particulares; o segundo, de 1989, visando a abolição da pena de morte.

culativa –, a *internacionalização* dos direitos humanos não deixou, entretanto, de concretizar-se na adopção de outros tantos instrumentos internacionais, num processo de elaboração de normas que continua a ocupar a ONU, no quadro das responsabilidades que lhe estão cometidas pelo respectivo tratado constitutivo¹⁸.

Em todo o caso, a internacionalização de que vimos falando não operou apenas ao nível jurídico-normativo, isto é, não se bastou com o reconhecimento e a consagração dos direitos humanos em normas de direito internacional, mas manifestou-se, igualmente, no plano jurídico-institucional, abrangendo, por conseguinte, a previsão e o funcionamento de mecanismos internacionais de controlo do cumprimento, por parte dos Estados, das obrigações assumidas internacionalmente na matéria¹⁹.

Entretanto, e paralelamente a este sistema universal, assistimos, outrossim, à sedimentação de sistemas *regionais* de protecção dos direitos humanos,

¹⁸. Entre as convenções internacionais adoptadas, refiram-se, a título ilustrativo, a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (1948), a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* – CERD (1965), a *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* – CEDAW (1979), a *Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* – CAT (1984), a *Convenção sobre os Direitos da Criança* (1989), a *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias* (1990), o *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados* (2000) e o *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil* (2000).

¹⁹. No quadro da ONU, distinguem-se, basicamente, os chamados mecanismos convencionais de controlo (“*treaty-based mechanisms*”) e os mecanismos de controlo extra-convencionais (“*charter-based mechanisms*”). Os primeiros estão previstos em convenções internacionais sobre direitos humanos, adoptadas sob os auspícios da organização em apreço, através da instituição de *comités* específicos, que são órgãos de controlo da implementação dessas convenções. Nessa medida, vinculam apenas os respectivos Estados partes. Incluem a análise de *relatórios estaduais*, a apreciação tanto de *queixas interestaduais* como de *queixas individuais* (de particulares), ou ainda a realização de *inquéritos*, sendo certo que a sua previsão e regulação variam de convenção para convenção internacional. Já os chamados mecanismos de controlo extra-convencionais, não se baseando numa específica convenção internacional sobre direitos humanos, mas decorrendo antes da própria orgânica da ONU, vinculam, como tal, todos os Estados membros da organização. Traduzem-se numa grande variedade de procedimentos, em sintonia com o que sejam as competências próprias dos vários órgãos da ONU, seja ao nível da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Económico e Social

instituídos sobre a base de laços privilegiados de solidariedade e proximidade entre Estados de uma mesma região do globo. Assim ocorreu em organizações como o Conselho da Europa (CoE), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização da Unidade Africana (OUA), a que sucedeu, em 2002, a União Africana (UA)²⁰.

À semelhança do que se verifica no sistema onusino, também aqui a protecção dos direitos humanos é efectuada não só pela via da produção normativa – ou seja, da adopção de instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos²¹ –, mas igualmente pela da institucionalização de mecanismos de controlo, alguns dos quais de autêntica feição judicial. Neste contexto, é de realçar o regime do contencioso do Tribunal Europeu dos

(ECOSOC), do Tribunal Internacional de Justiça ou do Secretariado, bem como das suas agências especializadas. Neste âmbito, refira-se que o recentemente criado Conselho de Direitos Humanos, enquanto órgão subsidiário da Assembleia Geral (v. Resolução n.º 60/251, de 3 de Abril de 2006 [Doc. A/RES/60/251]), assumiu os mandatos, mecanismos, funções e responsabilidades da Comissão de Direitos Humanos (órgão subsidiário do ECOSOC que o novo Conselho substituiu), de forma a manter um sistema de procedimentos especiais, de peritos, bem como um procedimento de queixa. Sobre estes procedimentos, no quadro da extinta Comissão dos Direitos do Homem (constituição de *grupos de trabalho*, nomeação de *peritos independentes* ou de *relatores especiais*, temáticos ou por países, e o procedimento confidencial – o chamado “*procedimento 1503*” – para os casos de violações flagrantes e persistentes de direitos humanos), v. RAJJA HANKSIL/MARKKU SUKSI (ed.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2.ª ed., Turku, Åbo: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, pp. 63-150, e, desenvolvidamente, CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 379 e seg., 569 e seg.

²⁰ Para uma apreensão concisa de cada um dos sistemas instituídos no quadro destas organizações internacionais regionais, v. J.C. MERRILLS, «The Council of Europe (I): The European Convention on Human Rights», in RAJJA HANKSIL/MARKKU SUKSI (ed.), *An Introduction...*, *op. cit.*, pp. 287-306; J.C. MERRILLS, «The Council of Europe (II): The European Social Charter», *ibid.*, pp. 307-328; H. VAN DER WILT, «The OAS System for the Protection of Human Rights», *ibid.*, pp. 303-312; CEES FLINTERMAN/CATHERINE HENDERSON, «The African Charter on Human and Peoples' Rights», *ibid.*, pp. 315-322. Cf., ainda, CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 535-549.

²¹ Os textos paradigmáticos, no que toca à OEA e à OUA/UA, são: para a primeira, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, de 1948 (anterior à própria DUDH) e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de S. José), de 1969; para a segunda, a *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*, de 1981. No que concerne ao CoE, para além do marco que representa a *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (CEDH), adoptada em Roma em 1950, incluindo os seus Protocolos adicionais,

Direitos do Homem (TEDH), no quadro do CoE, porquanto se encontra hoje totalmente jurisdicionalizado, na sequência da entrada em vigor, em 1 de Novembro de 1998, do Protocolo n.º 11 à CEDH. Com efeito, por força deste Protocolo, passaram a estar concentradas num único órgão – o TEDH – a apreciação e decisão das queixas em que se alegue a violação, por qualquer Estado parte, dos direitos reconhecidos na CEDH ou nos seus Protocolos adicionais em vigor, uma vez esgotados, na ordem jurídica interna, os meios processuais de recurso disponíveis²².

Este acesso directo, por parte do indivíduo, a meios internacionais de tutela quase jurisdicionais (como no caso, v.g., dos Comitês onusinos), ou mesmo

e na medida em que é este o sistema regional que releva do ponto de vista do Estado português, salientam-se, entre outras: a *Carta Social Europeia* (1961), a *Convenção relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante* (1977), a *Convenção para a Protecção das Pessoas contra o Tratamento Automatizado de Dados Pessoais* (1981) e o seu *Protocolo Adicional* (2001), a *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes* (1987), a *Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais* (1995), a *Carta Social Europeia Revista* (1996), a *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (1997) e os seus *Protocolos Adicionais*.

²² Até à entrada em vigor do Protocolo n.º 11 à CEDH, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem partilhavam a tarefa de garantia do respeito pelos Estados partes dos direitos humanos consagrados na mesma Convenção, num processo basicamente arquitectado sobre a apreciação da queixa, uma vez admitida, pela Comissão e a eventual intervenção posterior do Tribunal, num mecanismo de controlo que podia envolver ainda, ao nível de uma decisão de fundo, o Comité de Ministros. Com aquele Protocolo procedeu-se à reforma deste mecanismo institucional, que resultou na fusão da Comissão e do Tribunal num único e permanente órgão judicial. Para uma percepção dos momentos da evolução do mecanismo de controlo instituído pela CEDH, cf. IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 243-258. V., ainda, entre nós, JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, op. cit., pp. 286-293; sobre o Protocolo n.º 11 à CEDH, pode ver-se o número especial da *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, Vol. I (1999). No âmbito do CoE, e para além do mecanismo jurisdicional centrado no TEDH, destacam-se os seguintes outros órgãos de controlo: o Comité Europeu dos Direitos Sociais (incumbido de velar pela aplicação dos compromissos jurídicos constantes da *Carta Social Europeia*), o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes – CPT (instituído pela *Convenção Europeia contra a Tortura* de 1987, com o propósito de reforçar, de modo preventivo, a protecção das pessoas privadas de liberdade contra as ofensas à integridade pessoal em causa), a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância – ECRI (órgão independente, de monitorização do respeito dos direitos humanos, na perspectiva da luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia, o anti-semitismo e a intolerância, v. Comité

jurisdicionais (de que o TEDH é o exemplo mais acabado), confirma que as normas internacionais consagradoras de direitos humanos afectam, *per se*, a esfera jurídica dos indivíduos²³, sem o que não teria sentido assegurar o gozo efectivo dos mesmos direitos através de um tal “direito de acção” no plano internacional, erigindo, assim, o indivíduo em sujeito autónomo (*i.e.*, sem a *interpositio* ou écran do Estado) de direito internacional²⁴.

Em suma, a protecção jusinternacional dos direitos humanos, que desde a queda do Muro de Berlim testemunhou uma “aceleração histórica” (VIEIRA DE ANDRADE)²⁵, contribuiu para a afirmação de um direito internacional axiologicamente comprometido (os direitos humanos como parte integrante da “ordem pública internacional”), também ele ao serviço da pessoa humana, com o que a noção de soberania nacional não pode deixar de ser perspectivada, nessa medida e agora também no plano das relações jurídicas internacionais, em novos moldes. Por outro lado, agora do ponto de vista dos “aplicadores do Direito” de uma dada ordem jurídica interna – entre os quais, na sua compleição específica, o *Ombudsman* –, o paradigma de protecção posto pelo direito internacional dos direitos humanos, pela sua fundamentalidade material – a mesma que inspira a protecção dos direitos constitucionais – não é, à partida, negligenciável e pode mesmo ser decisivo para alicerçar um nível ou conteúdo de protecção jusfundamental ainda não assegurado, de todo ou de modo adequado, nesse mesmo ordenamento jurídico.

de Ministros do CoE, Resolução n.º (2002) 8 *relativa ao Estatuto da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância*, de 13 de Junho de 2002); e o Comissário para os Direitos Humanos do CoE (instância complementar dos restantes mecanismos de controlo instituídos no âmbito do CoE, com uma função essencialmente preventiva e de monitorização do respeito, pelos Estados membros, dos direitos humanos, tal como consagrados nos instrumentos da organização regional – v. Comité de Ministros do CoE, Resolução n.º (99) 50 *sobre o Comissário para os Direitos Humanos do CoE*, de 7 de Maio de 1999).

²³ Sem embargo de, em último termo, a possibilidade da sua invocação, no plano de uma ordem jurídica interna, para efeitos de reivindicação de determinada pretensão jurídica, depender da solução constitucional quanto ao problema das relações entre direito internacional e direito interno – ou seja, da incorporação das normas internacionais *in foro domestico* –, bem como, o que é uma questão distinta, do seu carácter *self-executing*. Quanto a esta última, v. J.J. GOMES CANOTILHO, «Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Tomo 75 (2003), pp. 805-809.

²⁴ Mesmo que se defenda que de uma personalidade relativa se trata, como faz, *v.g.*, GERD SEIDEL, «Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert», *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 38 (2000), pp. 32-36.

²⁵ *In Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 32.

2. Sentido da opção terminológica

Perante tudo quanto precede, poder-se-á, em rigor, reservar a expressão “*direitos humanos*” para designar os direitos plasmados em normas de direito internacional, que compõem aquele “mínimo ético universal” (JORGE MIRANDA)²⁶, e a de “*direitos fundamentais*” para os direitos jurídico-constitucionalmente consagrados.

A locução “*direitos naturais*”, ainda que evocando a perspetivação filossófica ou jusnaturalista dos direitos em causa, não justifica, no que para o presente estudo releva, uma sua autonomização terminológica. Note-se, todavia, que tal não significa que recusemos de todo uma perspetivação jusnaturalista dos direitos humanos. Bem pelo contrário, esta apresenta-se imprescindível para uma compreensão materialmente fundada dos direitos fundamentais da pessoa, o que pressupõe uma ordem de valores, não inerte, cristalizada ou absoluta, mas antes susceptível de constante *actualização* (tanto mais premente, quanto é certa a inexorabilidade com que as transformações da sociedade ocorrem) em torno da ideia de pessoa humana e da sua inerente dignidade²⁷.

No fundo, a questão, que agora se agita, aponta para o problema da fundamentação dos direitos humanos/direitos fundamentais e, nessa medida, pressupõe uma concepção ético-axiologicamente fundada dos mesmos.

Não cabendo aqui desenvolver o tema, sempre se adianta que os direitos de que falamos, a par de corresponderem a “prerrogativas éticas” de todo o ser humano, independentemente do género, do país de origem, da condição religiosa, política ou social, preexistindo ao próprio Direito, transportam, pela sua incorporação em normas jurídicas, uma *ideia de Justiça* (fim último do Direito), consubstanciada nos valores e princípios que informam a consciência jurídica geral²⁸. Nessa medida, a diferença

²⁶. In PAULO FERREIRA CUNHA (org.), *Direitos Humanos: Teorias e Práticas*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 12.

²⁷. Cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 19-20; JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, op. cit., pp. 9-12; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 377-380.

²⁸. Esta dimensão afigura-se tanto mais relevante quanto é certo – e antecipando um traço característico da instituição do *Ombudsman* – que a actuação provedoral não está em regra limitada por critérios de estrita *legalidade*, podendo ter na sua base critérios de *justiça*. Acresce que, mesmo numa intervenção fundada na lei, *lato sensu*, uma concepção ético-axiologicamente fundada dos direitos humanos/direitos fundamentais pode apresentar-se decisiva, de forma a ultrapassar deficiências ou dificuldades na aplicação das normas jurídicas vigentes.

entre direitos humanos e direitos fundamentais – ou, reiteremo-lo, entre protecção internacional e protecção constitucional dos direitos do ser humano – poderá ser uma diferença de grau, mas já não de *natureza*.

Por outro lado, não é menos verdade que as diferentes expressões referidas, com o significado aludido, recobrem realidades justapostas que podem ser representadas à luz de uma *teoria dos círculos concêntricos*. De acordo com semelhante representação geométrica, e na lição de VIEIRA DE ANDRADE²⁹, ao conjunto dos três grupos de direitos assinalados – isto é, *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos naturais* –, correspondem três círculos, de diâmetro sucessivamente menor. No centro, integrado pelo círculo de diâmetro mais reduzido, temos os *direitos naturais*, ou seja, aquele núcleo de direitos tão intrinsecamente conexionsados com a integridade do indivíduo que compõem um reduto intangível da sua liberdade³⁰. Um segundo círculo, de diâmetro maior, acoitará os *direitos humanos* – retendo já os direitos incluídos no círculo anterior, mas não se esgotando neles –, enquanto direitos consagrados em normas internacionais aceites pela generalidade dos Estados (assim no sistema universal de protecção onusino), ou por um conjunto de Estados (assim no caso dos sistemas regionais de protecção dos direitos humanos), e que, basicamente, contempla duas grandes “categorias” de direitos – os *direitos civis e políticos*³¹, por um lado, e os *direitos económicos, sociais e culturais*³², por

²⁹ J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

³⁰ Este círculo recobre seguramente aqueles direitos que gozam de um regime jurídico reforçado, materializado, desde logo, numa tutela mais intensa em sede de situações de excepção (estado de sítio ou estado de emergência). Comporta, pelo menos, o “núcleo duro” dos direitos inderrogáveis ou direitos intangíveis, cujo respeito se impõe sempre. Assim, e com referência à ordem positiva constitucional portuguesa (art.º 19.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa (CRP)), esse núcleo duro é integrado pelo direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, pelo princípio da não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. Anote-se, em todo o caso, que deste conceito de inderrogabilidade ou intangibilidade não é legítimo retirar qualquer ideia de hierarquia de direitos. No plano jurídico, todos os direitos humanos, porque dimanações do princípio da dignidade da pessoa humana, são igualmente valiosos.

³¹ Entre os quais, o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade e à segurança, o direito de circulação e de emigração, o direito a um processo equitativo, as garantias do processo penal, o direito à reserva da vida privada, o direito de constituir família e de se casar, a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade de consciência e de religião, o direito de reunião, a liberdade de associação, o direito à instrução, o direito

outro –, a que se juntam os *direitos de “terceira geração”*³³. Por último, desenha-se um círculo tendencialmente mais amplo – seguramente assim nos países cujo sistema político-constitucional se encontre edificado sobre o princípio estruturante do Estado de direito democrático, materialmente conformado –, correspondente ao catálogo constitucional de *direitos fundamentais* vigente num determinado Estado³⁴.

Sem prejuízo da clarificação terminológica operada, a menção que no

de propriedade privada, o direito de participação na vida pública, o direito de sufrágio e o direito de acesso a funções públicas.

³² Como, por exemplo, o direito ao trabalho, o direito a condições de higiene e segurança no trabalho, o direito de negociação colectiva, o direito à segurança social, o direito à protecção da saúde, o direito à protecção de que gozam a família, a paternidade/maternidade, bem como as crianças, os jovens, os trabalhadores migrantes, os cidadãos portadores de deficiência ou as pessoas idosas, o direito a uma habitação condigna, o direito à protecção contra a pobreza e a exclusão social, o direito ao ensino e o direito à cultura e à ciência.

³³ Ou direitos colectivos, como, v.g., os direitos das minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas e o direito à sustentabilidade ambiental.

³⁴ Mesmo no caso em que as constituições dos Estados contemplam um vasto catálogo de direitos fundamentais – e assim é, desde logo, no caso da Constituição portuguesa –, não significa esta diversidade de âmbitos de protecção, entre o plano internacional e o plano constitucional, que a consagração de aspectos novatórios em matéria de protecção dos direitos fundamentais não possa, justamente, ser determinada de modo exógeno, vinda do exterior, o que é dizer, decorrer de solução jusinternacional. Trata-se daquilo que JORGE MIRANDA designa de “sentido prospectivo ou directivo” de muitas das normas do direito internacional dos direitos humanos, vinculando, nas suas palavras, «os Estados à atribuição de novos direitos e à adopção de medidas conducentes à sua concretização» (assim na sua “lição de sapiência”, por ocasião da sessão solene comemorativa, em 2000, do Dia Nacional dos Direitos Humanos, in ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, *Sessão Solene Comemorativa do Dia Nacional dos Direitos Humanos: 12 de Dezembro de 2000*, Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições, 2001, p. 22). Como exemplo próximo da inspiração em desenvolvimentos ocorridos no plano internacional, refira-se, no quadro do aprofundamento da “constituição ambiental” operada pela revisão constitucional de 1997, o acolhimento, no art.º 66.º da CRP, relativo ao direito ao ambiente, dos princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade entre gerações, antes proclamados por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Outro exemplo do “sentido prospectivo” apontado, pode descortinar-se, em sede do direito internacional da saúde, nos desenvolvimentos da protecção dos direitos humanos perante as aplicações da biologia e da medicina, firmados na *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, de 1997, adoptada sob a égide do CoE.

presente estudo fazemos, sem outra especificação, aos *direitos humanos* vem referida aos direitos fundamentais da pessoa humana (incluindo os de grupos de indivíduos), cuja consagração jurídico-normativa tem o seu fundamento último no princípio da dignidade humana – justamente, os direitos que «*decorrem da dignidade inerente à pessoa humana*», na locução preambular do PIDCP e do PIDESC, que «*derivam da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana*», para nos socorrermos da formulação, também preambular, constante da *Declaração e Programa de Acção de Viena*³⁵ –, independentemente de a sua forma de revelação operar por via do direito internacional ou do direito constitucional. Como tal, falamos, não de meras aspirações morais, mas de *direitos* juridicamente recortados, por via da sua consagração em normas jurídico-vinculativas, com valor de “*higher law*”.

Nesta linha, o presente discurso leva ínsita a “fenomenologia” de ambos os ramos do Direito mencionados, sem deixar de tomar em linha de conta o modo próprio de actuar de cada um deles. Julgamos ser essa a perspectiva mais consentânea com a função que aos *Ombudsmen* seja atribuída no plano da defesa e promoção dos direitos humanos. Salvaguardadas as especificidades próprias de cada instituição de provedoria e do sistema político-jurídico em que as mesmas se enquadrem, os direitos humanos, enquanto referente possível da intervenção do *Ombudsman*, exigem a abertura aos diferentes níveis da protecção jurídica de que são objecto, muitas vezes complementares entre si, na busca do mais elevado grau de protecção de uma dimensão jusfundamental.

3. Sequência

A especial dignidade de protecção dos direitos humanos deriva, desde logo, da sua dimensão legitimante e fundamentante do Estado. Os direitos humanos são hoje, nas palavras de MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, «*un factor determinante en la construcción de la legitimidad de las instituciones que conforman el Estado*»³⁶. Outrossim, o Estado não é um fim em si mesmo,

³⁵. Adoptados, em 25 de Junho de 1993, pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos [A/CONF.157/23, 12 de Julho de 1993].

³⁶. MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, «Reflexiones en torno a la construcción de la figura del Ombudsman nacional en México», *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)*, N.º 152 (2003), p. 30.

mas um meio dirigido à concretização das legítimas aspirações de todos quantos o compõem, expressas, antes de mais, num conjunto de tarefas fundamentais que sobre aquele recaem. Estas tocam dimensões pertinentes para a possibilidade de realização e autodeterminação da pessoa, na sua completude, ou seja, nas suas várias vestes, para aludirmos a tríade clássica, de indivíduo, cidadão da *polis* e trabalhador³⁷.

Neste sentido, a compreensão hodierna da legitimação de um Estado convoca a seguinte trilogia: *Estado de direito*, *democracia* e *direitos humanos*. Esta visão tríptica vem marcada por uma interdependência capital: basicamente, o Estado de direito democrático edifica-se sobre o respeito dos direitos humanos e os direitos humanos, por seu turno, apenas podem ser efectivamente realizados no seio de um Estado democrático e edificado sobre o primado do Direito, numa sua acepção materialmente fundada.

Além disso, no quadro da consagração dos direitos humanos, afigura-se como dimensão essencial do respectivo regime jurídico a existência de meios ao dispor das pessoas, através dos quais possam garantir a sua efectividade e reagir contra ameaças ou violações dos mesmos. É neste contexto dos meios de defesa dos direitos humanos que cabe indagar, então, qual o lugar aí reservado ao *Ombudsman*, questão a que vem dedicado o capítulo que se segue.

³⁷. V., uma vez mais no quadro do nosso ordenamento constitucional, o art.º 9.º da CRP, que inclui entre as tarefas fundamentais do Estado a garantia dos “direitos e liberdades fundamentais” (al. b)), a promoção do “bem-estar” e da “qualidade de vida do povo” e da “igualdade real entre os portugueses” bem como a “efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais” (al. d)), a protecção e valorização do “património cultural do povo português”, a defesa da “natureza” e do “ambiente”, a preservação dos “recursos naturais” e “um correcto ordenamento do território” (al. e)), a garantia do “ensino” e da “valorização permanente” (al. f)), e a promoção da “igualdade entre homens e mulheres” (al. h)).

Por eso es necesario el ombudsman, porque en las sociedades democráticas avanzadas cada día se necesitan más instancias con autoridad que limiten y controlen esta tendencia omnicompreensiva del poder, que aunque constitucionalmente dividida, está muy concentrada, y ésta puede ser una de las razones para explicar la actualidad y su auge en el mundo.

ANTONIO ROVIRA VIÑAS

II. O OMBUDSMAN: DE MECANISMO DE CONTROLO DA ADMINISTRAÇÃO A DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS

1. Aproximação ao conceito de *Ombudsman*

Centrado o presente estudo no *Ombudsman*, designação que dimana da origem sueca da instituição em apreço, interessa, antes de mais, explicitar o conceito respectivo³⁸.

Sem embargo de toda a tentativa de definição poder configurar-se redutora da riqueza do real – e, *in casu*, de uma realidade jurídico-institucionalmente singular, que comporta variações ao nível do conteúdo funcional, âmbito de competências e procedimentos de actuação –, não pretendemos aqui senão deixar delineados os traços fundamentais comuns da mesma, de forma a apreender-se o seu hùmus.

³⁸. Clarifique-se que nos debruçamos, exclusivamente, sobre o *Ombudsman* público, já não sobre as variações da instituição que, com idêntica ou similar designação, pululam hodiernamente no sector privado. Para uma aproximação tipológica à multiplicidade actual de *Ombudsmen*, v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 1-4.

Partindo do paradigma clássico, o *Ombudsman* é correntemente definido como um órgão público (tendencialmente unipessoal) independente e imparcial, que, tendo na base da sua criação, em regra, um acto legislativo parlamentar, é instituído como mecanismo de controlo da Administração Pública, de forma a velar pela legalidade e justiça dos comportamentos administrativos³⁹.

Na síntese feliz de G. CAIDEN, N. MACDERMOT e A. SANDLER:

*[t]he ombudsman (...) deals with specific complaints from the public against administrative injustice and misadministration. He has the power to investigate, report upon, and make recommendations about individual cases and administrative procedures. He is not a judge or a tribunal, and he has no power to make orders or to reverse administrative action. He seeks solutions to problems by a process of investigation and conciliation. His authority and influence derive from the fact that he is appointed by and reports to one of the principal organs of state, usually either the parliament or the chief executive.*⁴⁰

Intervindo com base em queixas dos cidadãos ou por sua própria iniciativa, o âmbito de actuação do *Ombudsman* abrange, regra geral, a função administrativa do Estado, ficando de fora da sua alçada o controlo do exercício dos poderes político, legislativo (ainda que possa ter poder para recomendar alterações legislativas) e judicial (ressalvadas, neste último caso, contadas excepções⁴¹).

³⁹. Cf. LINDA C. REIF, na introdução à obra LINDA C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Anthology: Selected Writings from the International Ombudsman Institute*, The Hague: Kluwer International Law, 1999, p. XXIII, bem como na monografia *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 1-4.

⁴⁰. *Apud* LINDA C. REIF, «The Promotion of International Human Rights Law by the Office of the Ombudsman», in LINDA C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Anthology...*, *op. cit.*, p. 299. V., ainda, entre outros, JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «O Ombudsman: Suas origens e competências», *Administração: Revista de Administração Pública de Macau*, N.º 40, Vol. XI (1998), p. 411; JORGE CARLOS FONSECA, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais e o instituto do Ombudsman – Uma introdução ao tema: “Ombudsman – Quadro normativo e experiência institucional”», *Direito e Cidadania*, Ano III, N.º 8 (Novembro 1999/Fevereiro 2000), p. 117.

⁴¹. Assim, paradigmaticamente, numa modelação “forte” da figura do *Ombudsman*, na Suécia e na Finlândia. Sobre a questão das relações entre o *Ombudsman* e o poder judicial, v. AA.VV., *Judicial Ombudsman: International Outlooks*, México: Comisión Nacional de Derechos

Não obstante o crescente número de ordenamentos jurídicos que, com a mesma ou outra denominação, acolheram a instituição – o que, por si só, comprova a sua adaptabilidade a diferentes sistemas político-constitucionais (sejam estes de tipo parlamentar, presidencialista ou semipresidencialista⁴²), mas da qual resultou, por seu turno, uma necessária modelação da figura à luz dos distintivos de cada uma dessas formas de governo, por um lado, e a sua compleição com esfera mais ou menos extensa de atribuições e competências, por outro –, certo é que persiste um conjunto de *traços característicos comuns* que permitem identificar a sua essência.

FILIPE BOA BAPTISTA refere, a este propósito, a existência de um “código genético” do órgão em apreço, composto pelos seguintes quatro critérios: acesso dos particulares; independência frente ao Executivo; critério – sobretudo informal – de actuação; e ausência de poder decisório⁴³.

O acesso dos particulares à instituição do *Ombudsman* (*acessibilidade*) permite-nos pôr em relevo a sua *imedição* e a circunstância de estarmos perante um mecanismo que lida essencialmente com *queixas*. Neste ponto,

Humanos, 1996; JACQUES MEUNIER, «The Special Relations of the Canadian Provincial Ombudsmen with the Courts and Quasi-Judicial Authorities», in LINDA C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Anthology...*, op. cit., pp. 491-517; OIRKKO K. KOSKINEN, «Investigating the Judiciary», *ibid.*, pp. 519-525; DONALD C. ROWAT, «Why an Ombudsman to Supervise the Courts?», *ibid.*, pp. 527-538; TIMOTHY J. CHRISTIAN, «Why No Ombudsman to Supervise the Courts in Canada?», *ibid.*, pp. 539-551; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 13-14. Entre nós, v. ANTÓNIO NADAIS/ANDRÉ FOLQUE/CELSE MANATA, na sua comunicação apresentada na 4.ª Mesa Redonda dos *Ombudsmen Europeus* (Assembleia da República, Lisboa, 16-17 de Junho de 1994), in PROVIDORIA DE JUSTIÇA, 4.ª Mesa Redonda dos *Provedores de Justiça Europeus: Organizada pelo Secretariado Geral do Conselho da Europa em colaboração com o Provedor de Justiça de Portugal*, Lisboa, 1995, pp. 91-96; CRISTINA SÁ COSTA, «O Provedor de Justiça e a actividade dos tribunais», in AA.VV., *XX Aniversário do Provedor de Justiça: Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1995, pp. 261-273; MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», in PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça: Estudos: Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pp. 41-53; JOÃO ZENHA MARTINS, *O Provedor de Justiça e a actividade administrativa dos tribunais* [policopiado].

⁴² Acerca desta tipologia, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 573 e seg.

⁴³ V. FILIPE BOA BAPTISTA, «O modelo de unidade e a criação de instituições afins do *Ombudsman*: Uma tensão recorrente na experiência parlamentar», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002, pp. 15-16.

a acessibilidade de que falamos revela-se, outrossim, num procedimento de apresentação de queixas simples, acessível, fácil e gratuito. Não obstante, o direito de apresentar queixa ao *Ombudsman* não obnubila a *autonomia* de que este, em geral, dispõe, consubstanciada num não menos importante *poder de iniciativa*, a exercer não só em face de disfuncionalidades reveladas por queixas concretas, mas também perante informação que através de qualquer outro meio chegue ao seu conhecimento.

Quanto à *independência* – que se afirma perante qualquer pessoa ou órgão –, trata-se de verdadeira condição *sine qua non* da instituição, o seu oxigénio, e não dimana apenas do perfil subjectivo de integridade e imparcialidade inerentes à pessoa do *Ombudsman*. Para além do que sejam os requisitos específicos da elegibilidade para o exercício da função provedoral (entre os quais, uma elevada reputação de integridade e imparcialidade), a independência em questão espelha-se, igualmente, em critérios objectivos, a conformar estatutariamente, no que são “garantias funcionais” imprescindíveis à instituição, de resguardo contra ingerências dos poderes públicos sujeitos à sua actuação, mas também de alicerce às garantias da sua auto-riedade. Edifica-se, por conseguinte, sobre um conjunto variado de critérios, os quais respeitam, designadamente, ao tipo de acto fundador do órgão em questão, à entidade que designa o respectivo titular, ao consenso alargado entre as diversas forças políticas sobre a pessoa a designar, ao seu estatuto de inamovibilidade, à duração no tempo do respectivo mandato, ao regime de incompatibilidades e de imunidade da pessoa do *Ombudsman*. Este não aceita nem segue instruções de qualquer outro órgão ou pessoa: é esta actuação independente e isenta que alimenta a sua *credibilidade* e *autoridade* perante as entidades sujeitas às suas investigações, bem como explica o sucesso que pode granjear, ao estribar única e exclusivamente as suas tomadas de posição na convicção do que é conforme ao Direito e à Justiça⁴⁴.

Quanto ao seu modo típico de actuação, o *Ombudsman* pauta-se, com efeito, pela *informalidade*, no que a previsão deste órgão contribui, de modo decisivo, para o reforço da protecção dos cidadãos, ao *complementar* os mecanismos de protecção jurídica previstos na Constituição ou na lei, alguns dos quais marcados, justamente, pelo formalismo ou burocracia exacer-

⁴⁴. Sobre as condições de independência da instituição do *Ombudsman*, v. as conclusões de LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 399-401.

bados. Neste sentido, e sem que o *Ombudsman* substitua, no desempenho das suas funções, outros meios de controlo existentes, sejam eles políticos, administrativos ou jurisdicionais, sempre a compreensão do *Ombudsman* como um *plus*⁴⁵ afigura-se-nos, outrossim, digna de distinção.

Noutra nota, releva, na verdade, ainda, o *carácter não vinculativo* das suas determinações, o que faz do *Ombudsman* um mecanismo de “‘soft’ justice”, para utilizarmos uma expressão do antigo *Protecteur du Citoyen* do Québec, DANIEL JACOBY⁴⁶. O *Ombudsman* não tem, por conseguinte, poder para modificar, revogar ou anular os actos dos poderes públicos. Equivocado estará, no entanto, quem pense ser esta uma fragilidade da instituição do *Ombudsman*⁴⁷. É que a credibilidade desta última alicerça-se sobre a qualidade técnica e a justeza da fundamentação em que o *Ombudsman* estribe as posições assumidas nos casos trazidos à sua apreciação ou que, *motu proprio*, entenda dever analisar e sai reforçada pelo acatamento que as entidades sujeitas ao seu escrutínio, sem a tal estarem obrigadas, venham a manifestar em relação à prevenção ou reparação de ilegalidades ou injustiças sugeridas por um órgão com a autoridade própria do *Ombudsman* ou Provedor. Ademais, caso as suas tomadas de posição assumissem pendor decisório, colocar-se-ia, logicamente, a questão de saber que entidade exógena controlaria o *Ombudsman* – ou, por outras palavras, a questão de “quem vigia o vigilante” –, hipótese que, a aceitar-se, desvirtuaria por completo a instituição e o seu enquadramento no conjunto dos poderes do Estado. Em terceiro lugar, deve igualmente evidenciar-se que o *Ombudsman* ou Provedor pode actuar não apenas com base em critérios de legalidade, mas também de justiça ou equidade, pelo que também nesta perspectiva ganha mais sentido uma sua intervenção de sentido recomendatório, porquanto

⁴⁵. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», *in op. cit.*, p. 31.

⁴⁶. *Apud* CLARE LEWIS, *Coping with Changes on all Fronts: Reaffirming the Ombudsman's Powers and Adapting its Actions*, International Ombudsman Institute Occasional Paper N.º 77, Alberta: Faculty of Law University of Alberta (s.d.), p. 1.

⁴⁷. Sobre esta questão, cf. o que ficou já escrito *in 20 ANOS do Provedor de Justiça*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1996, pp. 19-20. V., também, JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «O *Ombudsman*: Suas origens...», *in op. cit.*, p. 419; MARTEN OOSTING, «The Ombudsman and his Environment: A Global View», *in* LINDA C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Anthology...*, *op. cit.*, p. 10; VICTOR O. AYENI, «The Ombudsman and the Achievement of Administrative Justice and Human Rights in the New Millennium», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 5 (2001), p. 45; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 18.

não limitada à “sujeição à lei”, podendo mobilizar dimensões do que seja uma solução justa do caso concreto trazido à sua atenção.

Por último, julgamos que há a acrescentar o modo de *publicidade* dado à actividade do *Ombudsman*, que, na sua forma típica, consiste na apresentação de relatórios anuais, em regra ao órgão competente para a designação do respectivo titular. Além de “dar conta” da actividade desenvolvida (o que evidencia, por seu turno, o sentido de responsabilidade na actuação do *Ombudsman*)⁴⁸, a apresentação dos relatórios anuais permite, sobretudo, trazer ao conhecimento e juízo públicos os comportamentos que suscitaram a intervenção provedoral, bem como a reacção das entidades visadas às diligências efectuadas e posições tomadas. Neste sentido, os relatórios do *Ombudsman* assumem a importante função de proporcionar o exame, a análise e avaliação do estado da Administração Pública a partir das queixas. Paralelamente aos relatórios anuais de actividade, e servindo similar função, podem ser apresentados relatórios especiais intercalares, incidindo sobre matéria específica, objecto de investigação pelo *Ombudsman*.

1.1. *Ombudsman e Instituições Nacionais de Direitos Humanos*

Pela Resolução n.º 48/134, de 20 de Dezembro de 1993, a Assembleia Geral das Nações Unidas firmou os *princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais para a promoção e protecção dos direitos humanos*, isto é, um conjunto de princípios directores, incidentes sobre as respectivas atribuições e competências, composição e garantias, quer de imparcialidade, quer de pluralismo, bem como, ainda, relativos às modalidades do funcionamento dessas instituições⁴⁹. Estas “bases” ficaram conhecidas por *Princípios de Paris*⁵⁰.

Ora, na definição avançada pela ONU:

[a] *noção de instituição nacional de direitos humanos (...) identifica organizações cujas funções são especificamente definidas numa óptica de*

⁴⁸. Como afirma ANA FERNANDA NEVES («O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 91), «[a] *publicidade* é também um instrumento da responsabilidade pública do Provedor de Justiça».

⁴⁹. V. Anexo à citada Resolução [Doc. A/RES/48/134].

⁵⁰. Sobre o assunto, v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 95-99.

*promoção e protecção dos direitos humanos. Se é certo que entre as diferentes instituições não há uma identidade absoluta, é contudo possível detectar um certo número de semelhanças (...). As instituições nacionais em causa possuem todas uma natureza administrativa – no sentido de que não são nem judiciais nem parlamentares. Regra geral, dispõem de competências consultivas permanentes em matéria de direitos humanos, a nível nacional e/ou internacional. Elas prosseguem os seus objectivos tanto a nível geral, através de pareceres ou recomendações, como examinando queixas, e pronunciando-se sobre elas, que lhes são submetidas por indivíduos ou grupos. Em certos países, a Constituição prevê a existência de uma instituição nacional de direitos humanos. Na maioria dos casos, tais instituições são criadas mediante leis ou decretos. Se bem que muitas delas estejam adstritas, de uma maneira ou de outra, ao exercício de funções de natureza governamental, a independência de que elas efectivamente gozam dependerá de diversos factores, como a sua composição e o seu modo de funcionamento.*⁵¹

Por sua vez, da leitura dos Princípios de Paris, resulta que os mesmos foram primordialmente pensados para instituições independentes actuantes ao nível nacional, vocacionadas para a protecção e promoção dos direitos humanos, de composição mista, pluralista, cujos membros não são necessariamente designados por via electiva e cujo

⁵¹. NAÇÕES UNIDAS, *Instituições Nacionais para a Promoção e Protecção dos Direitos Humanos*, Fichas Informativas sobre Direitos Humanos N.º 19/Rev. 1, Genebra: ACNUDH, 1997, pp. 6-7 [edição portuguesa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da DUDH e GDDC]. Na síntese avançada por LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 96), as características essenciais de uma instituição nacional de direitos humanos, tal como decorrem dos Princípios de Paris, são as seguintes: independência em relação ao Governo; mandato amplo, estabelecido na Constituição ou por acto legislativo; representação plural da sociedade na escolha dos membros da comissão; competência para promover e defender os direitos humanos; financiamento adequado; incumbência de apresentar relatórios, recomendações, pareceres e propostas sobre qualquer questão relativa à promoção e protecção dos direitos humanos; de promover e assegurar a harmonização da legislação nacional com as obrigações internacionais do Estado; de encorajar o Estado a vincular-se por instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar a sua implementação no sistema interno; de contribuir para os relatórios que o Estado submete à apreciação dos órgãos das Nações Unidas; de cooperar com as Nações Unidas, outras organizações internacionais e outras instituições nacionais de direitos humanos.

mandato vem definido na Constituição ou em acto legislativo, seja parlamentar ou governamental – isto é, o que veremos mais abaixo descrito como caracterizando, em geral e com mais propriedade, as chamadas *comissões de direitos humanos*.

Além disso, na parte relativa às modalidades de funcionamento das instituições nacionais de direitos humanos, são os Princípios de Paris que aludem, de forma explícita, ao relacionamento dessas instituições «*com outros órgãos (...) responsáveis pela promoção e protecção dos direitos humanos (em particular ombudsmen, mediadores e instituições similares)*»⁵².

Tendo em conta a caracterização já feita, em traços gerais, da figura do *Ombudsman*, no seu recorte típico de órgão público dirigido ao controlo da legalidade e da justiça no exercício da função administrativa do Estado, assim como o exposto acerca das designadas instituições nacionais de direitos humanos, facilmente se conclui que o *Ombudsman* se afirma com uma identidade orgânico-funcional distintiva em face destas instituições⁵³.

Não obstante, segundo a conceptualização ampla entretanto adoptada pela própria ONU, já acolhida por alguma doutrina⁵⁴, resultou que «[a] maioria das instituições nacionais [de direitos humanos] (...) existentes pode ser agrupada em duas grandes categorias: “comissões de direitos humanos” e “ombudsman”»⁵⁵. Ou seja, a prática das Nações Unidas acabou

⁵². Al. f) do item relativo às “Modalidades de Funcionamento” dos Princípios de Paris.

⁵³. Isto, como é óbvio, sem prejuízo de o *Ombudsman* se reconhecer numa das ideias-motor dos Princípios de Paris e que se traduz nas garantias de independência da instituição. O juízo que deixamos expresso no texto é confirmado por LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 96-97 e 394), quando a Autora afirma que muitos dos aspectos dos Princípios de Paris estão essencialmente direccionados para as actividades das comissões de direitos humanos, capturando igualmente muitos dos elementos dos “*Ombudsmen* de direitos humanos”, mas não reflectem, todavia, de modo adequado, a estrutura, os poderes e as actividades em matéria de direitos humanos dos “*Ombudsmen* clássicos”. A clarificação da tipologia “*Ombudsmen* clássicos” e “*Ombudsmen* de direitos humanos” é feita, no presente estudo, mais adiante.

⁵⁴. Cf. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 81 e seg. e bibliografia aí citada.

⁵⁵. NAÇÕES UNIDAS, *Instituições Nacionais...*, *cit.*, p. 7. Acresce ainda a categoria das chamadas “instituições nacionais especializadas”, criadas para proteger os direitos de grupos de pessoas em situação de maior vulnerabilidade, como as minorias étnicas, linguísticas e religiosas, os estrangeiros, os refugiados, as crianças, as mulheres ou os portadores de deficiência, numa actuação particularmente centrada no combate à discriminação e na promoção de igualdade de oportunidades (*ibid.*, pp. 7 e 12).

por absorver a figura provedoral sob o chapéu das instituições nacionais de direitos humanos⁵⁶.

Assim sendo, e na medida em que, como veremos, existem, de facto, hoje instituições de *Ombudsman* que, a par da missão típica, clássica, de fiscalização, sem poderes injuntivos, da actuação da Administração Pública em defesa dos cidadãos contra casos de má administração, assumem um mandato, expresso ou implícito, de garantes dos direitos humanos – evolução esta muito patente, sobretudo, a partir da última década de 90 e que autoriza a compreensão do *Ombudsman* como mecanismo interno, extrajudicial, de defesa dos direitos e liberdades fundamentais –, mais do que discutir hoje o conteúdo dos Princípios de Paris diante da essência da instituição do *Ombudsman*, julgamos mais premente, e de maior utilidade, deixar, pelo menos, delineada aqui a fronteira entre as chamadas *comissões de direitos humanos* e o *Ombudsman*.

As comissões nacionais de direitos humanos devem ter composição plural, de modo a assegurar a representação no seu seio das várias forças sociais, cuja actividade toca a promoção e protecção dos direitos humanos, nessa medida podendo integrar representantes de ONGs, de sindicatos, de organizações sócio-profissionais, das diferentes correntes do pensamento filosófico e religioso, das universidades, do Parlamento e até das administrações públicas (neste último caso, porém, devem participar nas deliberações meramente a título consultivo). Este é um aspecto que distingue claramente as comissões de direitos humanos do *Ombudsman*. Por força de um acto legislativo, senão mesmo da Constituição, o *Ombudsman* constitui antes, numa

⁵⁶ Note-se que, no âmbito do CoE, também ocorre que, em alguns dos seus documentos, a noção de instituições nacionais de direitos humanos venha igualmente referenciada às “*comissões de direitos humanos de composição pluralista*”, aos “*Ombudsmen*”, ou a “*instituições comparáveis*” (assim, Comité de Ministros do CoE, Recomendação n.º R (97) 14, *relativa ao estabelecimento de instituições nacionais independentes para a promoção e a protecção dos direitos humanos*, adoptada em 30 de Setembro de 1997, al. a)). Contudo, na prática dessa mesma organização regional, no quadro da cooperação entre as instituições mencionadas, tanto entre si como com o CoE, distinguem-se, justamente, os *Ombudsmen* (v. Comité de Ministros do CoE, Resolução (85) 8, *sobre a cooperação entre os Ombudsmen dos Estados Membros e entre eles e o Conselho da Europa*, adoptada em 23 de Setembro de 1985), de um lado, e as *instituições nacionais de direitos humanos* (v. Comité de Ministros do CoE, Resolução (97) 11, *sobre a cooperação entre as instituições nacionais para a promoção e a protecção dos direitos humanos dos Estados membros e entre estas e o Conselho da Europa*, adoptada em 30 de Setembro de 1997), por outro.

caracterização geral, um órgão uno e personificado (mesmo quando órgão colegial), logo com marcada função personalizadora. E afirma-se, nessa unicidade, como órgão do Estado *qua tale*, que “dá conta” da sua intervenção (ideia de “responsabilidade pública”), informando, em regra o Parlamento, a esse respeito, através de relatórios anuais de actividade ou outros relatórios especiais.

Por outro lado, e quanto às diferenças ao nível das respectivas competências, a função primordial, clássica, de um *Ombudsman*, já o sabemos, é a de controlo da Administração Pública, instruindo e decidindo as queixas que lhe são apresentadas pelos cidadãos ou actuando por sua própria iniciativa. Já a esfera típica de competências de uma comissão de direitos humanos vem especificamente dirigida à promoção e protecção dos direitos humanos e, com vista a este fim, abrange antes, na sua diversidade, o acompanhamento e a análise sistemática das políticas do Governo em matéria de direitos humanos, vigiando, designadamente, o respeito da legislação nacional e internacional na matéria e propondo as medidas adequadas (legislativas, administrativas e outras) à implementação dos direitos humanos *in foro domestico*. O âmbito de actuação das comissões em apreço abrange não só os comportamentos da Administração Pública, mas também os de entidades privadas. Podem igualmente assumir uma função de assessoria e consultoria ao Governo e Parlamento em questões que incidam sobre matéria de direitos humanos e, numa outra perspectiva, desempenham, ainda, uma função de sensibilização, informação e educação no domínio dos direitos humanos (através, por exemplo, da organização de seminários e de sessões de divulgação, disponibilização de serviços de consulta, promoção da investigação científica, edição e difusão de publicações sobre direitos humanos). Por fim, o poder de investigar queixas dos cidadãos, que é conatural à instituição do *Ombudsman*, apresenta-se como meramente facultativo no caso das comissões de direitos humanos⁵⁷.

2. A tendente universalização do *Ombudsman*

As raízes do *Ombudsman* contemporâneo são comumente buscadas na figura do “*Justitieombudsman*”, introduzida na Suécia, no já longínquo ano de 1809.

O *rationale* da criação, há quase duzentos anos, de similar figura deve

⁵⁷. Sobre o que antecede, cf. NAÇÕES UNIDAS, *Instituições Nacionais...*, cit., pp. 7-11; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 83-85 e 96-97.

situar-se no quadro do então almejado equilíbrio entre o poder do Rei e o poder do Parlamento (este ainda composto, na época, por representantes dos quatro “estados” – nobreza, clero, burguesia e povo), assim como do sistema então decorrente da Constituição sueca, votada naquele mesmo ano, de controlo mútuo do exercício de ambos os poderes. Neste contexto, o *Ombudsman – Justitieombudsman* (JO) – surgiu como parte integrante desse equilíbrio, actuando na qualidade de “delegado” do Parlamento (*Riksdag*), com a missão de “vigiar a observância das leis e dos regulamentos” por parte da Administração Pública⁵⁸⁻⁵⁹.

Assim se definia, na sua génese, o perfil básico da instituição que constituiu o móbil do presente excursus. Decorridos quase dois séculos sobre a criação do *Justitieombudsman* sueco – ou *Ombudsmen Parlamentares* (*Riksdagens Ombudsmän*), como também é hoje oficialmente designada a instituição na Suécia –, os desígnios que desde o início moldaram a sua actuação continuam bem presentes nos termos que regem hoje a sua activi-

⁵⁸. Neste sentido, v. FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Coimbra, 1979, pp. 28-29. Como explica o mesmo Autor (*ibid.*, pp. 29-30; cf., também, ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave: Études comparées sur le contrôle de l'Administration*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, p. 9), a inovadora criação do *Ombudsman*, neste país, ficou ainda a dever-se à particularidade do sistema administrativo sueco, consubstanciada na clara separação entre Governo e Administração, permanecendo as autoridades administrativas centrais subtraídas à dependência directa dos Ministros. Não sendo o Governo responsável pela actividade destas autoridades, a solução encontrada pelo Parlamento consistiu num controlo pelo *Ombudsman* da actividade administrativa. De registar, ainda, que no âmbito de competências do JO foram, outrossim, incluídos o poder de controlar a aplicação da lei pelos juízes, bem como, numa posição originariamente baseada na de um titular do exercício da acção penal, o de iniciar processo judicial contra quem não cumprisse os seus deveres no desempenho de funções públicas. Sobre as origens e difusão do *Ombudsman* pode ver-se, entre outros, ALVARO GIL-ROBLES, *El defensor del pueblo*, Madrid: Editorial Civitas, 1979, pp. 20-28; ANTONIO ROVIRA VIÑAS, na Introdução à obra dirigida pelo mesmo Autor, *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 37-45; MARÍA LUISA CAVA DE LLANO Y CARRÍO, «Artículo I», *ibid.*, p. 64-67; JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo en Iberoamérica*, Miraflores: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 9-18; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 4-12.

⁵⁹. Note-se que a Suécia conhecia já, desde 1713, o que depois em 1719 ficou cunhado de *Justitiekansler* (JK). Sem prejuízo das evoluções que a figura sofreu até à revolução de 1809, por ocasião desta consolidara-se como um funcionário nomeado pelo Rei, com a missão de controlo do respeito da lei pelos juízes e funcionários da Administração no exercício das suas funções. Neste sentido, situando-se a instituição do JO num quadro de reequilíbrio

dade: a salvaguarda dos indivíduos perante as autoridades públicas, através de um mecanismo independente de fiscalização da Administração Pública.

A figura do *Ombudsman* não ficou, porém, encerrada no horizonte geográfico sueco, tendo sido importada nesta sua compleição essencial por outros países – hoje mais de cem –, o que faz dela uma “instituição quase universal”⁶⁰.

Deste modo procederam, primeiro, os restantes países escandinavos, consolidando o modelo clássico do *Ombudsman* de tipo parlamentar⁶¹: a Finlândia, em 1919 (*Riksdagens Justitieombudsman*)⁶²; a Dinamarca, em 1953 (*Folketingets Ombudsmand*); a Noruega, em 1952, no domínio das Forças Armadas, e, poucos anos mais tarde, em 1962, para toda a Admi-

de poderes, a mesma não pode deixar de ser igualmente vista na perspectiva da dotação do *Riksdag* de uma entidade auxiliar análoga à que o JK representava para o Monarca. Nesse sentido, v. ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, *op. cit.*, p. 35. Esta dualidade de “guardiões da legalidade” perdurou no tempo, subsistindo nos dias de hoje, com as necessárias adaptações: ao lado do *Ombudsman* parlamentar, coexiste o *Chancellor of Justice*, nomeado pelo Governo e que, a par da fiscalização, aproximadamente semelhante à levada a cabo pelo *Ombudsman*, sobre os tribunais e a Administração Pública, representa o Estado em juízo, sendo ainda o principal consultor jurídico do Executivo.

⁶⁰ FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *op. cit.*, pp. 38.

⁶¹ V. FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *op. cit.*, pp. 30-32. Sobre o *Ombudsman* nos países escandinavos, v. os estudos já clássicos de ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, *op. cit.*, e de DONALD C. ROWAT (ed.), *The Ombudsman: Citizen's Defender*, 2.^a ed., London [etc.]: George Allen & Unwin Ltd., 1968, p. 22 e seg. O modelo originário do *Ombudsman*, de inspiração escandinava, caracteriza-se pela moldura essencialmente parlamentar da figura. Semelhante enquadramento espelha-se na edificação do *Ombudsman* como parte integrante do controlo parlamentar sobre a Administração Pública, concebido como “órgão auxiliar” do Parlamento, actuando mesmo “em nome” deste, funcionalizado à duração da legislatura e requerendo a confiança daquele órgão representativo. Cf. VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor...*, *op. cit.*, pp. 107-108. Este paradigma clássico, na lição do mesmo Autor (*ibid.*, p. 108), influenciou em termos decisivos, na sua índole – ou seja, contemporizado, pela “natureza das coisas”, com as necessárias adaptações e degenerações do modelo na sua pureza –, o talhe do *Defensor del Pueblo* espanhol, do Comissário Parlamentar para as Forças Armadas alemão (bem como do Comissário Cívico de alguns *Länder* alemães), dos *Difensori Civici* regionais italianos ou, ainda, do Provedor de Justiça Europeu. Quanto aos *Ombudsmen* acabados de mencionar, v. as referências que lhes são feitas, *infra*, no texto.

⁶² Dados os laços históricos entre a Finlândia e a Suécia, o figurino do *Ombudsman* finlandês aproxima-se muitíssimo do referente sueco, nomeadamente no que toca à particularidade de o seu controlo de legalidade abranger também os tribunais. Por outro lado, também aqui persiste a dualidade de “guardiões da lei”, plasmada na coabitação entre o *Ombudsman* e a figura do *Chancellor of Justice*.

nistração Pública civil (*Stortingets Ombudsmann for Forvaltningen – Sivilombudsmannen*).

Depois, tal como ocorreu com a institucionalização dos *Ombudsmen* dinamarquês e norueguês – e potenciado pelo singular efeito impulsionador que acompanhou a criação da figura na Dinamarca⁶³ –, é sobretudo no período pós-II Guerra Mundial que assistimos à sua difusão um pouco por todo o mundo, num entusiasmo acolhedor que ficou cunhado de “*Ombudsmania*” (PATRICE GARANT)⁶⁴.

Fora do marco geográfico europeu, alguns dos países que hoje formam a *Commonwealth* figuram entre aqueles que mais cedo abraçaram a ideia do *Ombudsman*. O movimento foi inaugurado na Nova Zelândia, onde foi instituída a figura do *Parliamentary Commissioner* em 1962, seguindo-se-lhe, ainda na década de 60, a Tanzânia (1966, com a designação de *Permanent Commission of Enquiry*), a Guiana (*Ombudsman*, 1966) e as Maurícias (*Ombudsman*, 1968)⁶⁵.

O resto da Europa, por seu turno, não ficaria imune a esta vaga recepcionista, que logo atingiria o Reino Unido (*Parliamentary Commissioner for Administration*, criado em 1967), bem como a França (*Médiateur*, instituído em 1973).

Cingindo-nos sempre à consagração do *Ombudsman* com competência a nível nacional, a experiência seria depois seguida, já num contexto específico de transição democrática, por Portugal (*Provedor de Justiça*, consagrado legalmente em 1975 e constitucionalizado em 1976) e Espanha (*Defensor del Pueblo*, previsto na Constituição espanhola de 1978).

⁶³. Cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *op. cit.*, p. 32; ROLAND DRAGO, Prefácio à obra de ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, *op. cit.*, p. I. Como assinala JORGE CARLOS FONSECA («Estado de direito democrático, direitos fundamentais...», *in op. cit.*, pp. 114-115), ao sublinhar que o modelo dinamarquês de *Ombudsman* é usualmente apontado como aquele que, de modo mais directo, influiu o padrão do *Ombudsman* que outros países depois acolheram, «o reconhecido êxito deste modelo tem a ver, em boa parte, com o seu relativamente mais apertado âmbito de actuação, facto que teria contribuído para uma sua mais fácil aceitação por quem detinha o poder, não faltando também quem admita ser um tipo de mediador com maiores probabilidades de um funcionamento efectivo em países onde a democracia constitucional e a rule of law existem mas são ainda recentes ou pouco consolidadas» [notas de rodapé omitidas]. Sublinhe-se que a restrição do âmbito de actuação do *Ombudsman* dinamarquês se traduziu, essencialmente, na exclusão do controlo do poder judicial, afastando-se, nessa medida, dos predecessores sueco e finlandês.

⁶⁴. Sobre essa evolução, v. FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, *op. cit.*, pp. 32-39.

⁶⁵. O mesmo movimento seria desencadeado no Canadá, ainda em 1967, mas aqui ao nível provincial.

Após a previsão legal, em 1977, do *Volksanwaltschaft* austríaco⁶⁶, as décadas de 80 e 90 seguintes confirmariam o êxito da instituição nos Estados membros da União Europeia (UE) a Quinze: na Irlanda (*Ombudsman*), em 1980; nos Países Baixos (*Nationale Ombudsman*), em 1981; na Bélgica, país que, em 1995, vê criado o *Colégio dos Ombudsmen Federais*; na Grécia (*Ombudsman*), em 1997. Este quadro fica completo, no momento, pelo acolhimento, em 2003, da instituição no Luxemburgo, com a designação de *Médiateur*⁶⁷.

À escala mundial, a expansão da figura do *Ombudsman* despontou, primeiramente, do movimento de descolonização⁶⁸. Um segundo surto, se assim podemos chamar-lhe, dirigido a essa universalização ocorreu já no último quartel do séc. XX, tendo sido determinantes para o desenvolvimento exponencial da figura os processos de democratização a que assistimos no período em causa, tanto na América Latina, como, sobretudo após 1989, na Europa Central e de Leste.

Quanto à América Latina, os modelos constitucionais do Provedor de Justiça português e, muito especialmente, do *Defensor del Pueblo* espanhol surgem de um modo geral repercutidos, com as necessárias adaptações, na consagração, no espaço geográfico em apreço, de instituição nacional con-

⁶⁶. Em 1977, o Parlamento austríaco aprovou uma lei federal relativa às funções e organização do *Volksanwaltschaft* para um período limitado no tempo (1977-1983). Em 1981, as normas pertinentes seriam incorporadas na Constituição Federal austríaca (art.ºs 148.ºa a 148.ºj).

⁶⁷. Diferentemente, não existe um *Ombudsman* a nível nacional, com competência genérica, na Alemanha nem na Itália. Em relação à primeira, e por razões históricas bem conhecidas, a *Grundgesetz* de 1949 prevê, no art.º 45.ºb, a figura do *Comissário Parlamentar para as Forças Armadas* (*Wehrbeauftragter des Bundestages*) enquanto “órgão auxiliar” do Parlamento, funcionando como instrumento adicional de controlo parlamentar das Forças Armadas, com a missão de velar pelo respeito dos direitos fundamentais no domínio em questão. A experiência de um *Ombudsman* para as Forças Armadas, cuja legislação pertinente veio a ser adoptada em 1957, nunca foi, todavia, estendida ao resto da Administração. Para além do *Wehrbeauftragter*, existe, outrossim, um Comité de Petições, a que a Lei Fundamental alemã também confere dignidade constitucional (art.º 45.ºc da *Grundgesetz*), com competência para apreciar os pedidos e queixas apresentadas ao *Bundestag* no exercício do direito de petição. Quanto à Itália, a solução vigente é a da consagração da figura ao nível das regiões – os chamados *Difensori Civici*.

⁶⁸. Cf. LINDA C. REIF, in *The International Ombudsman Anthology...*, op. cit., p. XXIV.

gêneres⁶⁹, o que ocorreu sob a designação mais comum de *Defensor del Pueblo* (assim na Argentina (1993), Bolívia (1994), Colômbia (1991), Equador (1996), Panamá (1997), Paraguai (1992), Peru (1993) e Venezuela (1999)) ou, ainda, de *Procurador de los Derechos Humanos* (Guatemala, 1985), de *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos* (El Salvador (1991) e Nicarágua (1995)), de *Defensor de los Habitantes* (Costa Rica, 1992), de *Comisionado Nacional de los Derechos Humanos* (Honduras, 1992), de *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* (México, 1992). Em todo o caso, e inserido num movimento anterior de acolhimento da instituição, já em 1977 Porto Rico instituíra a figura do *Procurador del Ciudadano*⁷⁰.

⁶⁹. Naturalmente que a influência que o modelo constitucional do Provedor de Justiça possa ter exercido em relação aos países latino-americanos ocorre, mormente, de forma mediata, isto é, já diluída no influxo que pudera transpirar para o desenho do *Defensor del Pueblo*, fundamentalmente traduzido no *enquadramento da instituição no marco do regime jurídico dos direitos fundamentais*. Conforme explica hoje a voz autorizada de ALVARO GIL-ROBLES (que, como é sabido, foi encarregue, na sequência da aprovação da Constituição espanhola de 1978, de elaborar um projecto de lei orgânica que regulasse a instituição do *Defensor del Pueblo* nesse país – v., do Autor, *El defensor del pueblo*, *op. cit.*, pp. 149-164), «a Lei Portuguesa foi um elemento de trabalho fundamental, porque constituiu uma mudança significativa na evolução que existira da Instituição do ombudsman, desde a sua origem, até ao ano de 1982 em que se iniciou a experiência espanhola» (*id.*, «Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor...*, *op. cit.*, p. 31). Cf., igualmente, as palavras do antigo – e primeiro – *Defensor del Pueblo* do Peru: «la vinculación de la institución con el Derecho Constitucional y la promoción y defensa de los derechos humanos que conocen las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica a fines del siglo XX tiene directa relación con el modelo consagrado en las Constituciones ibéricas de Portugal (1976) y España (1978), las que (...) han tenido – especialmente la última de las citadas – particular repercusión en las naciones de este lado del océano» (JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, pp. 10-11, notas de rodapé omitidas). Referindo a influência das instituições do *Defensor del Pueblo* espanhol e do Provedor de Justiça português na criação de órgãos congêneres na América Latina, v., por último, EMILIO ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, «La necesidad de un ombudsman autónomo e independiente en México», *CDHDFensor*, N.º 8 (2004), p. 45.

⁷⁰. Adiante-se que o *Procurador del Ciudadano* porto-riquenho foi criado por lei, em 1977, como um órgão que integrava ainda o poder executivo e só na sequência de reforma legislativa ocorrida em 1987 passou a estar adstrito ao poder legislativo. Este *Procurador* assume, no seu desenho estatutário, uma modelação mais estritamente administrativa, nessa medida singularizando-se no quadro de um “modelo latino-americano” de *Ombudsman*, como veremos *infra*. Compreende-se que assim seja, atendendo ao momento da sua institucionalização (tal como consta da exposição de motivos da lei que criou o *Procurador*

Em relação aos países da Europa Central e de Leste, e limitando-nos aos novos Estados membros que, desde 1 de Maio de 2004, integram a UE, todos acolheram, no respectivo sistema jurídico, idêntica ou similar instituição a nível nacional, a saber: Eslováquia (*Defensor Público dos Direitos*, 2001), Eslovénia (*Ombudsman dos Direitos Humanos*, 1991), Estónia (*Legal Chancellor*, 1992), Hungria (*Comissário Parlamentar para os Direitos Civis e Comissário Parlamentar para os Direitos das Minorias Nacionais e Étnicas*, 1990⁷¹), Letónia (*Comissão Nacional de Direitos Humanos*, 1996), Lituânia (*Seimas Ombudsmen*, 1992), Polónia (*Comissário para a Protecção dos Direitos Civis*, 1987) e República Checa (*Defensor Público dos Direitos*, 1999). Quanto aos novos Estados membros mediterrâneos, Chipre instituiu a figura do *Comissário para a Administração* em 1991 e Malta a do *Ombudsman* em 1995.

Por último, e para fechar o presente capítulo, não podemos deixar de fazer alusão ao acolhimento do *Ombudsman* ou Provedor no espaço próprio da lusofonia. Assim, entre os países africanos de língua portuguesa, Angola, Cabo Verde e Moçambique admitiram nas respectivas Constituições, à semelhança de Portugal, um *Provedor de Justiça*, tendo, no primeiro caso, a instituição em apreço sido já operacionalizada, na sequência da eleição do seu titular em Abril de 2005⁷². Para Oriente, também Macau – hoje

del Ciudadano (Lei n.º 134, de 30 de Junho de 1977), ressaltava então a importância da figura do *Ombudsman* como «instrumento para controlar os excessos burocráticos» da Administração Pública) e à proximidade de Porto Rico ao sistema anglo-saxónico, dado o seu estatuto de Estado associado aos EUA. Aliás, no marco geográfico das Caraíbas, de língua não castelhana, prevalece, de uma maneira geral, o modelo clássico de *Ombudsman* (v. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, op. cit., pp. 12-13; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 205-213).

⁷¹. A previsão de ambos os Comissários Parlamentares resultou da revisão de 1990 da Constituição húngara de 1949 (art.º 32.º-B), inovação essa que franqueou, por outro lado, a possibilidade de o Parlamento eleger outros Comissários Parlamentares especiais, para a protecção de direitos individuais consagrados na lei fundamental da Hungria. Dando execução a este normativo, foi criado, por via legal (1992), um *Ombudsman* sectorial, designado *Comissário Parlamentar para a Protecção de Dados e Liberdade de Informação*.

⁷². V. art.ºs 142.º a 144.º da Lei Constitucional de Angola, na versão de 1992, e Lei n.º 4/06, de 28 de Abril. Quanto a Cabo Verde, v. art.ºs 20.º, n.ºs 3 e 4, 180.º, n.º 1, 249.º, n.º 2, e 253.º da Constituição deste país, de 1992, tal como revista em 1999, bem como a Lei n.º 29/VI/2003, de 4 de Agosto, que regula o Estatuto do Provedor de Justiça. Por fim, v. art.ºs 137.º, n.º 1, 164.º, 179.º, n.º 2, al. i), 245.º e 256.º a 261.º da Constituição moçambicana de 2004 e Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto, que estabelece o âmbito de actuação, estatuto, competências e processo de funcionamento do Provedor de Justiça em Moçambique.

Região Especial Administrativa da República Popular da China – dispõe de um *Comissariado contra a Corrupção (CCAC)*, órgão que, a par de um mandato específico de combate à corrupção, desempenha funções típicas de provedoria no que à ilegalidade administrativa respeita, procedendo do antigo Alto Comissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa (ACCIA), instituído no período da administração portuguesa do território⁷³. Por último, refira-se o país que marcou a passagem do milénio com a consecução do direito de autodeterminação do seu povo – Timor-Leste – e cuja Constituição, aprovada em 2002, incorporou a figura do *Provedor de Direitos Humanos e Justiça*, tendo o primeiro titular da nova instituição sido eleito em Março de 2005⁷⁴.

3. A internacionalização do Ombudsman

No capítulo que antecede seguimos o rasto de como uma inovação na história constitucional comparada⁷⁵, desabrochada num contexto particularíssimo, teve a virtualidade de se expandir pelos quatro cantos do mundo e afirmar-se, em consequência, como uma espécie de *património institucional comum da humanidade*.

Semelhante feito é tanto mais surpreendente quanto é certo que a figura do *Ombudsman* ultrapassou entretanto as próprias fronteiras dos Estados, operando já a sua disseminação também no plano internacional, o que comprova, de modo irrefutável, o sucesso da instituição.

O movimento de *internacionalização*, a que agora nos referimos, manifestou-se fundamentalmente de duas formas. A primeira traduz-se na importância reconhecida à figura por parte de organizações internacionais actuautes no domínio da promoção do Estado de direito, da democracia e

⁷³. V. Lei n.º 10/2000, de 14 de Agosto (Lei Orgânica do CCAC).

⁷⁴. V. art.ºs 27.º, 150.º e 151.º da Constituição de Timor-Leste, assim como a Lei n.º 7/2004, de 5 de Maio, que aprova os Estatutos do Provedor de Direitos Humanos e Justiça, diploma legislativo ao abrigo do qual o Provedor timorense se viu atribuídas competências também no âmbito do combate quer à corrupção quer ao tráfico de influências. V., por fim, a referência que é feita a esta instituição em LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 283-284.

⁷⁵. De modo sugestivo, ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO («Do Provedor de Justiça Europeu: Algumas Considerações», in AA.VV., *XX Aniversário do Provedor de Justiça...*, *op. cit.*, p. 317), referindo-se ao *Ombudsman*, fala-nos de um «órgão clássico mas atípico na óptica do constitucionalismo clássico».

dos direitos humanos. Neste contexto, o destaque vai para o CoE e para as tomadas de posição que, no seu seio, têm dimanado da Assembleia Parlamentar e do Comité de Ministros respectivos, nomeadamente no sentido de reconhecerem ao *Ombudsman* um papel em matéria de protecção dos direitos humanos. A segunda tange a própria institucionalização do *Ombudsman* no âmbito de uma organização internacional, a saber, o Provedor de Justiça Europeu, instituído no seio da UE.

3.1. O papel do Conselho da Europa

Tão cedo quanto o ano de 1973, iniciou a então ainda designada Assembleia Consultiva do CoE o debate sobre os sistemas nacionais de *Ombudsman* à data existentes e a sua possível extensão à escala europeia⁷⁶. Na sequência da reunião que, no ano que se seguiu, juntou em Paris os *Ombudsmen* dos Estados membros do CoE e a Comissão de Assuntos Jurídicos da Assembleia Parlamentar, esta última, pela Recomendação n.º 757 (1975), instava o Comité de Ministros a convidar os Governos daqueles Estados, nos quais a instituição do *Ombudsman* não tivesse ainda sido adoptada, a estudarem tal possibilidade⁷⁷.

Na linha desta exortação, o Comité de Ministros, por meio da Recomendação n.º R (85) 13, acabou por instar os Estados membros no sentido de considerarem a possibilidade de instituir a figura do *Ombudsman*, fosse «ao nível nacional, regional ou local ou em domínios específicos da Administração Pública»⁷⁸, tomando nomeadamente em linha de conta, tal como a Assembleia Parlamentar deixara antes expresso, a utilidade não só de completar os mecanismos habituais de controlo judicial da Administração, dada a complexidade crescente desta última, como também, atendendo às funções típicas da instituição provedoral, de intensificar a protecção do indivíduo

⁷⁶. V. Assembleia Consultiva do CoE, Resolução n.º 549 (1973), *relativa a uma reunião sobre os sistemas nacionais de Ombudsman e à sua eventual extensão ao nível europeu*, adoptada em 4 de Julho de 1973.

⁷⁷. V. Assembleia Parlamentar do CoE, Resolução n.º 757 (1975), *relativa às conclusões da reunião da Comissão de Assuntos Jurídicos da Assembleia com os Ombudsmen e os Comissários Parlamentares dos Estados membros do Conselho da Europa (Paris, 18-19 de Abril de 1975)*, adoptada em 29 de Janeiro de 1975.

⁷⁸. Comité de Ministros do CoE, Recomendação n.º R (85) 13, *relativa à instituição do Ombudsman*, adoptada em 23 de Setembro de 1985, al. a).

nas suas relações com as autoridades administrativas, ou ainda, e perante a situação específica de cada país, os benefícios de uma instituição como a do *Ombudsman* ao nível do reforço do controlo parlamentar sobre o Executivo⁷⁹. Neste contexto, e sem perder de vista as relações de cooperação promovidas entre os *Ombudsmen* europeus e entre estes e o próprio CoE⁸⁰, não é difícil ajuizar acerca do papel desempenhado por esta organização regional na generalização daquela figura nos países europeus que agrega.

Mais recentemente, a Assembleia Parlamentar adoptou a Recomendação n.º 1615 (2003), relativa ao *Ombudsman*⁸¹. Teremos oportunidade de revistar o texto desta Recomendação, que introduz uma análise abrangente da instituição e da respectiva missão nos dias de hoje. Não obstante, alguns aspectos que constam do acto aprovado merecem, desde já e nesta sede, uma particular referência.

Note-se, antes de tudo, que a Recomendação n.º R (85) 13, supracitada, não perdeu de todo o sentido. Na ideia dos membros da Assembleia Parlamentar do CoE, mantém-se actual a questão da implementação das proposições ali contidas, só que complementada agora com as disposições mais detalhadas, constantes da nova recomendação parlamentar⁸².

Neste sentido, e uma vez que a Assembleia renova a exortação aos Estados membros do CoE de «*criarem a nível nacional (e aos níveis regionais e locais, se for caso disso), na medida em que a mesma não exista ainda, uma instituição com um título similar ao de “ombudsman parlamentar (regional/local)” (...)*»⁸³, a Recomendação em apreço avança, no que porventura constitui um dos traços mais significativos do documento, com um *elenco de características tidas como essenciais à instituição do Ombudsman*, numa abordagem que pretende fundamentalmente dar resposta às consequências da diversidade de instituições homólogas ou similares no espaço, hoje verdadeiramente paneuropeu, abrangido pelo CoE⁸⁴.

Em síntese, as características enunciadas como sendo fundamentais ao

⁷⁹. *Id.*, 6.º, 7.º e 8.º parágrafos preambulares.

⁸⁰. V. Comité de Ministros do CoE, Resolução (85) 8, *sobre a cooperação entre os Ombudsmen dos Estados Membros e entre eles e o Conselho da Europa*, supra nota 56.

⁸¹. Assembleia Parlamentar do CoE, Recomendação n.º 1615 (2003), *relativa à instituição do Ombudsman*, adoptada em 8 de Setembro de 2003.

⁸². *Id.*, § 11, al. i).

⁸³. *Id.*, § 10, al. i).

⁸⁴. Cf. Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport (Commission des questions juridiques et des droits de l'homme): L'institution du médiateur*, Doc. 9878, de 16 de Julho de 2003.

funcionamento da instituição de provedoria respeitam essencialmente: à consagração da instituição preferentemente ao próprio nível constitucional; à garantia de independência na sua actuação; a procedimentos exclusivos e transparentes, seja de designação do seu titular (por uma maioria qualificada parlamentar), seja quanto à cessação de funções; aos regimes de incompatibilidades e de imunidade; à designação de um *Ombudsman*-Adjunto; aos recursos financeiros e humanos da instituição; ao direito do *Ombudsman* de acesso à informação; aos procedimentos internos, informados pelos mais elevados *standards* administrativos; à acessibilidade do público à informação sobre a instituição, bem como à divulgação da actividade realizada; ao modo de apresentação das queixas; à garantia de confidencialidade; à competência sobre matéria normativa; ao dever de resposta das entidades visadas às posições do *Ombudsman*; e, por último, à apresentação de relatórios quer anuais quer especiais⁸⁵.

Num momento em que uma “*Ombudsmania degenerativa*” (ou seja, uma proliferação de instituições auto-intituladas de *Ombudsman*, às quais, porém, falham os requisitos fundamentais da mesma) pode corromper a essência da instituição, enfraquecendo-a, as exigências postas pela Assembleia Parlamentar do CoE representam um importante contributo para a salvaguarda da figura, naquilo que constitui a base irrecusável de legitimação de um “verdadeiro” *Ombudsman* ou Provedor, enquanto mecanismo dirigido à protecção dos particulares contra os erros, as insuficiências e os abusos das administrações públicas.

⁸⁵. Pelo seu interesse, e sem prejuízo de uma visão de conjunto do documento, transcrevemos a parte pertinente (§ 7) da Recomendação n.º 1615 (2003), na sua versão original francesa:

7. *C'est la raison pour laquelle l'Assemblée conclut que certaines caractéristiques sont essentielles au fonctionnement efficace de toute institution du médiateur, à savoir:*

- i. sa création au niveau constitutionnel par un texte qui garantisse l'essence des caractéristiques décrites dans ce paragraphe, le détail et les mesures de protection de ces caractéristiques devant être fixés par les dispositions de la loi d'application et le statut de la fonction;*
- ii. la garantie de son indépendance à l'égard de l'objet de ses enquêtes, y compris, notamment, en ce qui concerne la réception des plaintes, les décisions relatives à la recevabilité ou à l'irrecevabilité des plaintes ou à l'ouverture d'enquêtes de sa propre initiative, les décisions relatives aux dates et aux modalités des enquêtes, à l'examen des preuves, à l'établissement des conclusions, à l'élaboration et la présentation des recommandations et des rapports, ainsi que la communication au public;*

- iii. une procédure exclusive et transparente de nomination et de révocation par le parlement à la majorité qualifiée des voix, suffisamment large pour impliquer le soutien des partis d'opposition, selon des critères rigoureux qui établissent de façon incontestable les qualifications et la compétence appropriées du médiateur, ainsi que sa haute valeur morale et son indépendance politique, à des mandats renouvelables d'une durée au moins équivalente au mandat parlementaire;
- iv. l'incompatibilité de la fonction avec toute autre activité rémunérée et toute participation personnelle à des activités politiques;
- v. une immunité personnelle contre toute poursuite disciplinaire, administrative ou pénale, ou contre toute sanction relative à l'exercice de ses attributions officielles, autre que sa révocation par le parlement pour incapacité ou faute grave contraire à la déontologie;
- vi. la nomination d'un adjoint défini, sur recommandation du médiateur et avec l'approbation du parlement, habilité à agir pleinement, le cas échéant, en qualité de médiateur;
- vii. la garantie de moyens suffisants à l'exercice de l'ensemble des attributions conférées à l'institution, alloués indépendamment de toute ingérence éventuelle de l'objet des enquêtes, et une autonomie complète en matière budgétaire et de personnel;
- viii. la garantie d'un accès rapide et illimité à toutes les informations nécessaires à l'enquête;
- ix. une procédure interne garantissant le respect des normes administratives les plus exigeantes dans l'activité même de l'institution, notamment l'équité, l'efficacité, la transparence et la courtoisie;
- x. l'accessibilité au public (en termes à la fois de disponibilité et de compréhensibilité) de l'information relative à l'existence, à l'identité, au but, à la procédure et aux pouvoirs du médiateur, parallèlement à une diffusion large et efficace de l'information relative aux activités, aux conclusions, aux avis, aux propositions, aux recommandations et aux rapports de l'institution;
- xi. une procédure de dépôt des plaintes facilement et largement accessible, simple et gratuite, et dont la confidentialité est établie de façon probante dans tous les cas;
- xii. la garantie de la confidentialité et, en cas de communication publique, de l'anonymat des enquêtes;
- xiii. la compétence de donner des avis sur des propositions de réformes législatives ou réglementaires et de faire de telles propositions proprio motu, en vue d'améliorer les normes administratives et le respect des droits de l'homme, lorsque cela s'avère conforme aux termes de son mandat;
- xiv. l'exigence que l'administration fournisse, dans un délai raisonnable, des réponses complètes, décrivant la mise en œuvre des conclusions, des avis, des propositions et des recommandations ou exposant les motifs pour lesquels ils ne peuvent être mis en œuvre;
- xv. la présentation par le médiateur d'un rapport annuel au parlement, ainsi que de rapports spécifiques sur des problèmes particulièrement préoccupants ou en cas de manquement de l'administration à mettre en œuvre les recommandations.

3.2. O Provedor de Justiça Europeu

A internacionalização da figura do *Ombudsman* não se bastou, porém, com a exortação aos Estados, feita em *fora* internacionais, com vista ao acolhimento da instituição e adquiriu uma segunda forma de manifestação muito própria, de sentido inovatório sem precedentes. Temos em mente a situação específica da incorporação do modelo clássico do *Ombudsman* parlamentar na própria orgânica de uma organização internacional, de que constitui exemplo singular a criação do *Provedor de Justiça Europeu* no quadro da UE.

Enquanto organização supranacional, a UE consubstancia o exercício em comum dos poderes necessários ao processo de integração europeia, consentindo os Estados membros na limitação da sua soberania e na correspondente transferência de poderes para a esfera da União⁸⁶. Materializando um ordenamento jurídico *a se*, com instituições e órgãos próprios e específicos modos e instrumentos de produção normativa, a previsão de um *Ombudsman* Europeu não pode senão significar a consecução, no âmbito do processo de construção europeia, de uma “União de direito”, com refracções óbvias no plano da garantia do ordenamento jurídico comunitário, bem como da protecção dos particulares cujas relações jurídicas se alicercem nessa mesma normatividade.

Anunciado com o *Tratado da União Europeia* (TUE), logo na versão primeira de Maastricht, o Provedor de Justiça Europeu tem competência para receber queixas, apresentadas por qualquer cidadão da União⁸⁷ ou qual-

⁸⁶. Para a caracterização jurídico-internacional das Comunidades Europeias, v. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 10-19.

⁸⁷. Satisfazendo uma aspiração já antiga (cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, *op. cit.*, p. 57), o TUE introduziu, igualmente em 1992, a cidadania da União (cf. actuais art.ºs 17.º a 22.º do *Tratado que institui a Comunidade Europeia* (Tratado CE)), que, como se sabe, é complementar da cidadania decorrente da nacionalidade de cada um dos Estados membros, estando na dependência desta – é cidadão da União todo aquele que tenha a nacionalidade de um Estado membro – e não a substituindo de todo (a matéria da aquisição/atribuição da cidadania de determinado Estado membro continua, pois, a integrar a respectiva reserva de competência). Erigida sobre o reconhecimento de um conjunto de direitos, a cidadania da União contempla expressamente, entre outros, o direito de apresentar queixa ao Provedor de Justiça Europeu (cf. art.º 21.º do Tratado CE). Sobre a cidadania da União, v. RUI MOURA RAMOS, «Maastricht e os direitos dos cidadãos europeus», in *Das Comunidades à União Europeia: Estudos de Direito Comunitário*,

quer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado membro, e investigar, inclusive por iniciativa própria⁸⁸, «casos de má administração na actuação das instituições ou organismos comunitários», na letra do actual art.º 195.º, n.º I, do Tratado CE, com a salvaguarda da actividade exclusivamente jurisdiccional do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância⁸⁹⁻⁹⁰.

Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 323-358; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, *op. cit.*, pp. 359-380.

⁸⁸. O que, no presente caso, permite estender a protecção providoral a pessoas que não sejam cidadãos da ou residentes na União Europeia. V. NIKIFOROS DIAMANDOUROS, *La defensa y protección de los derechos humanos fundamentales en la Unión Europea* [discurso do Provedor de Justiça Europeu proferido na Universidade das Ilhas Baleares, Eivissa, 5 de Setembro de 2005], disponível em <www.euro-ombudsman.eu.int>.

⁸⁹. Para além do disposto no Tratado CE, a base jurídica actual da intervenção do Provedor de Justiça Europeu encontra-se plasmada na *Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções do Provedor de Justiça Europeu* (alterada pela *Decisão do Parlamento Europeu*, de 14 de Março de 2002 – *in Jornal Oficial* n.ºs L 113, de 4 de Maio de 1995, p. 15, e L 92, de 9 de Abril de 2002, p. 13, respectivamente), bem como na *Decisão do Provedor de Justiça Europeu que adopta disposições de execução*, de 8 de Julho de 2002 (alterada por *Decisão do Provedor de Justiça*, de 5 de Abril de 2004). Sobre o Provedor de Justiça Europeu, v. ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, «Do Provedor de Justiça Europeu...», *in op. cit.*, pp. 303-337; EPAMINONDAS MARIAS, *The European Ombudsman*, Innsbruck: European Ombudsman Institut, 1994; JACOB SÖDERMAN, «El Defensor del Pueblo Europeo como garante en el sistema comunitario de defensa de los derechos ciudadanos», *in AA.VV., El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*, Madrid: Universidad de Alcalá, 1999, pp. 11-21; JUAN FRANCISCO CARMONA Y CHOUSAT, *El Defensor del Pueblo Europeo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 367-391; e, por último, AA.VV., *The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution: Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.

⁹⁰. O Provedor de Justiça Europeu cedo foi exortado pelo Parlamento Europeu a estabelecer um conceito claro de *má administração*. Neste sentido, no seu Relatório Anual de 1997, foi proposta a seguinte definição: «[a] *má administração* ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado» (O PROVIDOR DE JUSTIÇA EUROPEU, *Relatório Anual de 1997*, p. 25; v., também, o primeiro relatório de actividade do Provedor de Justiça Europeu, relativo ao ano de 1995, que se debruçava já sobre o conceito de má administração, no capítulo sobre a admissibilidade das queixas (§ 1.3.2.)). Tanto o Parlamento Europeu como a Comissão Europeia manifestaram o seu acordo quanto ao teor desta definição. Entre os exemplos de má administração, contam-se: a ausência ou negação de informação, a negligência, a demora injusti-

Em caso algum, portanto, e para evitar conflitos inadmissíveis de competências com os seus homólogos, o Provedor de Justiça Europeu intervém quando estejam em causa as administrações dos Estados membros da UE, ainda que a conduta contestada respeite a má aplicação do direito comunitário. Neste sentido, e no que toca ao ordenamento jurídico da União, os *Ombudsmen* instituídos ao nível dos Estados membros permanecem também como “guardiões” do direito comunitário e muito especialmente, numa perspectiva de defesa dos direitos humanos, dos próprios direitos fundamentais já autonomamente recortados no plano da UE, perante os poderes públicos nacionais sujeitos ao seu controlo⁹¹.

4. Velhos e novos *Ombudsmen*? Questão em torno do mandato do *Ombudsman* e da sua incidência em matéria de direitos humanos

A recepção da figura do *Ombudsman*, registada em países com distintas formas de governo e em contextos conjunturais tão díspares, confirma a

ficada, as irregularidades administrativas, a injustiça, a discriminação, o abuso de poder (cf. JACOB SÖDERMAN, «A Boa Administração como Direito de Cidadania», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Ombudsman: Novas Competência, Novas Funções: VII Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman – Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2004, p. 97). A iniciativa de propor uma definição de má administração foi seguida da elaboração do *Código de Boa Conduta Administrativa*, aprovado pelo Parlamento Europeu sob proposta do Provedor de Justiça Europeu (v. Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de Setembro de 2001).

⁹¹: Sem prejuízo de o respectivo destino apresentar-se ainda incerto, refira-se que o *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, assinado em Roma, em 29 de Outubro de 2004 (*Jornal Oficial* n.º C 310, de 16 de Dezembro de 2004, p. 1) – de agora em diante, *Tratado Constitucional* –, enquadrou a figura do Provedor de Justiça Europeu em sintonia com a refundação dos Tratados constitutivos, que a nova Constituição da UE procurou operar. Nesta perspectiva, destaca-se a inserção formal da figura, a par de elemento integrante da cidadania da União (incluindo a sua refracção no quadro da “constitucionalização” da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que o mesmo Tratado opera) – art.ºs I-10.º, n.º 2, al. d), e II-103.º do *Tratado Constitucional* –, bem como da relação institucional com o Parlamento Europeu – art.º III-335.º do *Tratado* –, no novel título dedicado à “Vida Democrática da União” – art.º I-49.º. Sobre os preceitos do *Tratado Constitucional* relativos ao Provedor de Justiça Europeu, v. NIKIFOROS DIAMANDOUROS, *The European Ombudsman and the European Constitution* [discurso do Provedor de Justiça Europeu proferido na 34.ª sessão do *Asser Colloquium on European Law*, Haia, 15 de Outubro de 2004], disponível em <www.euro-ombudsman.eu.int>.

potencialidade deste mecanismo de garantia extrajudicial dos direitos dos cidadãos nas suas relações com a Administração⁹². Outrossim, acarretou modelações múltiplas do mandato originário da instituição em apreço.

De acordo com o modelo tradicional, como noutro momento ficou já expresso, o *Ombudsman* anuncia-se como meio de controlo do exercício da função administrativa do Estado. Enquanto ente público independente, ao *Ombudsman* é atribuído o poder de investigar os casos de má administração, apresentar relatórios públicos e recomendar as alterações necessárias para prevenir ou remediar os comportamentos administrativos feridos de ilegalidade ou injustiça⁹³.

Sem prejuízo de este modelo subsistir, na sua essência, nos países que receberam o *Ombudsman* no quadro de democracias bem sedimentadas, a experiência do acolhimento da figura no quadro de reformas políticas mais profundas – algumas das quais de verdadeira inflexão no sentido de um processo de transição democrática, outras de consolidação democrática – franqueou a introdução de novos traços no desenho do *Ombudsman* ou Provedor que, sem o aniquilar ou desfigurar de todo no seu paradigma clássico, verdadeiramente permitem fundar uma sua nova perspetivação.

Neste passo de surgimento de “novos paradigmas” para o *Ombudsman*, é forçoso mencionar os casos português e espanhol – e este último, sublinhe-se, tendo já no primeiro uma referência importante⁹⁴. Com efeito, ambos revelam a conexão entre a institucionalização do Provedor ou *Defensor* e os processos de democratização por que ambos os países passaram, assim como – correlacionado decisivamente com esse primeiro aspecto – o enquadramento da figura do *Ombudsman* no marco da protecção constitucional dos direitos fundamentais. Tal configuração veio a influenciar a modelagem posterior dos *Defensores* da América Latina, à medida que os respectivos Estados foram acedendo a fórmulas democráticas de governo.

Na sua senda, o similar abandono de regimes ditatoriais e totalitários nos países da Europa Central e de Leste consentiu na pronta sedimentação

⁹² Em termos paradigmáticos, registre-se o caso francês, em que, não obstante a forte resistência inicial ao seu acolhimento – dir-se-ia que o “melhor *Ombudsman*” era o *Conseil d’État* (v. ROLAND DRAGO, in ANDRÉ LEGRAND, *L’Ombudsman scandinave...*, op. cit., p. III) –, a mesma acabou por vingar nesse país com forte tradição de controlo da Administração Pública. V., ainda, FERNANDO ALVES CORREIA, *Do Ombudsman...*, op. cit., pp. 36-37.

⁹³ V. LINDA C. REIF, «The Promotion of International Human Rights Law...», in op. cit., p. 271.

⁹⁴ *Supra*, nota 69.

de novas facetas da figura. Aqui, como ali,⁹⁵ o florescimento de uma instituição já secular como a do *Ombudsman* encontra-se intrinsecamente associado à edificação do próprio Estado de direito e de um sistema democrático pluralista, bem como à assunção de compromissos internacionais relativos a direitos humanos, pelo que não surpreende que a instituição desponte, neste marco, com um mandato explícito em matéria de protecção dos direitos humanos e liberdades fundamentais⁹⁶.

Na linha das considerações expendidas, iniciemos, pois, por traçar, numa perspectiva juscomparística, a visão sinóptica do enquadramento jurídico da missão provedoral, nos exactos termos em que interessem à asserção da relevância da tutela dos direitos humanos no âmbito de actuação respectivo. Para esse efeito, limitaremos a nossa incursão aos países membros que constituíam a UE a Quinze⁹⁷ e aos países latino-americanos que incorporaram órgão homólogo ao nível nacional, porquanto julgamos que ambos os grupos constituem uma base de análise ilustrativa da adaptação

⁹⁵ Para a compreensão do sentido da institucionalização da figura do *Ombudsman* noutras regiões do planeta, que ora não mencionamos, em particular África, Ásia e região do Pacífico, pode consultar-se LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 215 e seg.

⁹⁶ Note-se que este processo não pode ser alheado da concomitante difusão dos já mencionados Princípios de Paris, relativos às instituições nacionais de direitos humanos. Daí que, verdadeiramente, algumas das entidades, então emergentes, apresentem um carácter híbrido, situando-se entre a figura do *Ombudsman proprio sensu* e a de uma comissão de direitos humanos, que respeite os *standards* mínimos constantes do Anexo à Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral da Nações Unidas, acima citada. Pondo em destaque este aspecto, v. LINDA C. REIF, nas obras *The International Ombudsman Anthology...*, *op. cit.*, p. XXV, «The Promotion of International Human Rights Law...», *ibid.*, p. 273, e *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 188. Com efeito, se o modelo ibérico foi importante para a afirmação de um mandato de direitos humanos no quadro da actuação de certos *Ombudsmen*, os Princípios de Paris contribuíram, depois, para um processo de “hibridização”: várias das instituições que proliferam a partir dos anos 90, e que se afirmam como mecanismos nacionais de protecção dos direitos humanos, misturam as duas dimensões, partindo de um modelo institucional aproximado ao *Ombudsman* clássico, parlamentar, mas com esfera de competências inspirada no que os Princípios de Paris ditaram para as comissões de direitos humanos, ou seja, com mandato predominante em matéria de direitos humanos face ao controlo estrito dos abusos da Administração Pública.

⁹⁷ Com excepção de Portugal, na medida em que o presente estudo inclui capítulo autónomo dedicado ao Provedor de Justiça, bem como da Alemanha e Itália, pelas razões noutro momento expressas (*supra*, nota 67).

do modelo clássico de *Ombudsman*, por um lado, e da assunção de um mandato explícito em matéria de direitos humanos, por outro. A esta opção não é, por fim, indiferente a circunstância de a introdução da figura do *Ombudsman* ter ocorrido, nuns casos, no seio de “velhas democracias”, noutros, no quadro de processos de transição democrática e como elemento estruturante, justamente, desses mesmos processos de democratização⁹⁸.

4.1. A missão fundamental do Ombudsman no direito comparado

4.1.1. Estados membros da União Europeia a Quinze

4.1.1.1 – ÁUSTRIA

O “Defensor do Povo” (*Volksanwaltschaft*) ou o Conselho do Ombudsman Austríaco⁹⁹ é um órgão colegial composto por três membros, com recorte institucional-funcional definido, desde 1981, ao nível constitucional¹⁰⁰. Com perfil marcadamente administrativo na sua missão, ao *Volksanwaltschaft* compete investigar, na sequência de queixa ou *ex officio*, alegados casos ou suspeitas de má administração ao nível federal, recomendando, se tal se justificar, as medidas adequadas para a inflexão da situação¹⁰¹. Pode, igualmente, dirigir-se ao Tribunal Constitucional, para que este aprecie a conformidade com a lei de regulamentos de uma autoridade federal.

⁹⁸. Cf. MARTEN OOSTING, «The Ombudsman and his Environment...», *in op. cit.*, p. 1 e seg. Este antigo *Ombudsman* Nacional dos Países Baixos, ao explicitar que é o ambiente (entendido como o clima social, político e administrativo de dado país), no seio do qual a instituição do *Ombudsman* surge, que em larga medida determina a natureza desta última, identifica, para efeitos da análise respectiva, duas categorias de países, a saber: por um lado, os países que há muito conhecem democracias sedimentadas e o princípio do Estado de direito e, por outro, os países com “novas democracias”, sucessoras de regimes ditatoriais ou, de qualquer modo, autocráticos.

⁹⁹. A partir da tradução para inglês, *Austrian Ombudsman Board*.

¹⁰⁰. Cf. art.ºs 148.ºa a 148.ºj da Constituição Federal austríaca. A *Volksanwaltschaftsgesetz*, de 1982, é a lei federal que regula, fundamentalmente, os aspectos organizatórios e procedimentais da instituição em apreço.

¹⁰¹. O art.º 148.ºj, n.º 1, da supracitada Constituição autoriza a extensão da actuação do *Volksanwaltschaft* ao nível dos *Länder* (entidades federadas).

4.1.1.2. – BÉLGICA

A Bélgica integra o grupo de países da UE que mais recentemente abraçou a figura do *Ombudsman*. Tal como na situação precedente, estamos perante um órgão colegial – o *Colégio de Mediadores Federais* – integrado por um Mediador francófono e um Mediador neerlandófono. De igual modo, o respectivo mandato, legalmente definido, encontra-se direccionado para o bom funcionamento da administração pública, apreciando as queixas relativas aos comportamentos das autoridades administrativas federais, assim como procedendo, a pedido da Câmara dos Representantes, a investigações nos serviços administrativos federais¹⁰². No termo do exame que levem a cabo, os Mediadores Federais podem denunciar, se assim for necessário, as situações de mau funcionamento e propor soluções para as mesmas, com vista ao respeito dos princípios de boa administração, da equidade e da legalidade¹⁰³.

4.1.1.3. – DINAMARCA

A Constituição dinamarquesa de 1953 estatuiu no sentido de ser elaborada norma legislativa que franqueasse a designação pelo Parlamento (*Folketing*) de uma ou mais pessoas que, não sendo membros dessa assembleia, procedessem ao controlo da administração civil e militar do Estado¹⁰⁴. Neste enquadramento, a actividade do *Ombudsman* dinamarquês estende-se a todos os domínios da administração pública, nos termos do respectivo estatuto legal actualmente vigente¹⁰⁵. Na sequência de queixa ou no quadro de investigação iniciada por sua própria iniciativa, o *Folketingets Ombudsmand* (*Comissário Parlamentar para a Administração Civil e Militar*) avalia em que medida as autoridades ou pessoas visadas actuaram em contração à legislação existente ou, de outra maneira, cometeram erros

¹⁰² Cf. art.º 1.º da *Loi instaurant des médiateurs fédéraux*, de 22 de Março de 1995, modificada por Lei de 11 de Fevereiro de 2004. Nos termos do mesmo preceito, ficam excluídas do âmbito de actuação dos Mediadores Federais as autoridades administrativas federais que disponham do seu próprio Mediador em virtude de uma disposição legal especial.

¹⁰³ Cf. art.º 3.º do *Règlement d'ordre intérieur du collège des médiateurs fédéraux*, de 19 de Novembro de 1998.

¹⁰⁴ Cf. art.º 55.º da Constituição da Dinamarca, de 5 de Junho de 1953. Por Lei de 11 de Junho de 1954, seria dado cumprimento a este normativo constitucional.

¹⁰⁵ Cf. capítulo II do *Ombudsman Act*, Lei n.º 473, de 12 de Junho de 1996.

ou actuaram com incúria no cumprimento dos seus deveres¹⁰⁶.

Dirigido, por conseguinte, à garantia do “exercício correcto” da função administrativa, civil e militar, do Estado, o desenho da função do *Ombudsman* dinamarquês não ficou tolhido no quadro típico, dos anos 50, das relações entre os cidadãos e a Administração Pública, tendo a sua “casa-mãe” – o Parlamento – dado espaço àquele órgão de monitorização da Administração para se adaptar às novas exigências, de forma a afirmar-se verdadeiramente como um “defensor dos cidadãos”, num desempenho em que assumem crescente importância as questões de direitos humanos e o respeito da lei fundamental¹⁰⁷.

4.1.1.4. – ESPANHA

À semelhança do Provedor de Justiça português, o *Defensor del Pueblo* espanhol foi, no seu recorte jurídico-formal, além dos modelos tradicionais de *Ombudsman* e apresentou-se como «*un valioso instrumento de defensa del proceso democrático e de defensa de los derechos fundamentales*»¹⁰⁸.

Na realidade, o art.º 54.º da Constituição espanhola de 1978 determinou que uma lei orgânica regulasse a «*instituição do Defensor del Pueblo, como alto comissário das Cortes Gerais, designado por estas para a defesa dos direitos compreendidos [no] Título [I da Constituição], para cujo efeito poderá fiscalizar a actividade da Administração, dando conta da*

¹⁰⁶ Cf. art.º 21.º do *Ombudsman Act*. De destacar, numa perspectiva de direitos humanos, que, não obstante o estatuto legal do *Ombudsman* dinamarquês salvaguardar a apreciação das queixas relativas ao tratamento de *personas privadas da liberdade*, em virtude de qualquer outro procedimento que não por via da administração da justiça penal, por um Conselho de Fiscalização, nomeado pelo Parlamento, em conformidade com o disposto no art.º 71.º, n.º 7, da Constituição dinamarquesa, sempre este órgão pode solicitar a assistência do *Ombudsman* relativamente às queixas na matéria em causa contra qualquer pessoa sujeita à esfera de competência deste último (cf. art.º 15.º do *Ombudsman Act*).

¹⁰⁷ Cf. *The Danish Ombudsman: An Institution with farreaching consequences*, texto disponível em <www.ombudsmanden.dk/international/ombudsman-eng.htm>. De notar, por último, a protecção outorgada, no estatuto que o rege, à utilização da designação de *Ombudsman*, porquanto esta, bem como qualquer outra designação que com ela possa ser confundida, não podem ser utilizadas, salvo autorização por lei do Parlamento (v. art.º 30.º do *Ombudsman Act*).

¹⁰⁸ Assim, ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., p. 43, § 98.

sua intervenção às Cortes Gerais»¹⁰⁹. A mesma Constituição reconheceu ao *Defensor del Pueblo* legitimidade processual para interpor, perante o Tribunal Constitucional, os recursos de inconstitucionalidade e de amparo¹¹⁰. Pode, outrossim, desencadear processo de *habeas corpus*¹¹¹, bem como instaurar acção de responsabilidade contra quaisquer autoridades, funcionários e agentes civis do Governo ou Administração, incluindo a local¹¹².

Poder-se-á antecipar, desde já, não traduzir, de modo algum, o modelo ibérico (incluindo, portanto, o paradigma português) de *Ombudsman* uma desvirtuação desta figura enquanto órgão de controlo informal da Administração Pública, na relação desta com os cidadãos. A inovação ou adaptação, se assim lhe podemos chamar, reside antes no facto de o mesmo precipitar a assunção de um papel explícito em matéria de direitos fundamentais.

Com efeito, no que especificamente tange ao *Defensor del Pueblo* espanhol, e perante a circunstância de os elementos literal e sistemático, mobi-

¹⁰⁹. No plano sistemático, a disposição constitucional citada insere-se no Título I da Constituição espanhola, com a epígrafe “Dos direitos e deveres fundamentais”, mais concretamente, no respectivo Capítulo IV, referente às “Garantias das liberdades e direitos fundamentais”. Para uma análise pormenorizada, à data da elaboração de um projecto de lei orgânica do *Defensor del Pueblo*, das principais questões suscitadas pela regulação da nova figura no quadro jurídico espanhol, v. ALVARO GIL-ROBLES, *El defensor del pueblo*, op. cit., p. 69 e seg.

¹¹⁰. Cf. art.º 162.º, n.º 1, al. a) e b), da Constituição espanhola e art.º 29.º da *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de Abril, del Defensor del Pueblo*, modificada pela *Ley Orgánica 2/1992, de 5 de Março* (de agora em diante, LODP). Quanto ao recurso de amparo, meio jurídico de protecção contenciosa específica dos direitos fundamentais que inexistia no nosso ordenamento jurídico, cf. art.ºs 53.º, n.º 2, e 161.º, n.º 1, al. b), daquela Constituição. Sobre a legitimidade processual do *Defensor del Pueblo* em questão, v. CARLOS LUNA ABELLA, «Artículo 29», in ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., pp. 713-748.

¹¹¹. Cf. art.ºs 3.º a 9.º da *Ley Orgánica 6/1984, de 24 de Mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus*, numa aparição do *Defensor del Pueblo* que CARLOS LUNA ABELLA (*ibid.*, pp. 730-732, §§ 51-54) qualifica mais como de “denunciante qualificado”, do que de verdadeira parte processual. Este poder é, todavia, raramente utilizado, dada a multiplicidade de pessoas com legitimidade processual activa para desencadear tal mecanismo (v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., p. 147, em nota).

¹¹². Quanto a esta última, cf. art.º 26.º da LODP. Sobre o assunto, v. JOSÉ MARÍA DE PALACIO VALLE-LERSUNDI, «Artículo 26», in ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., pp. 661-674.

lizados na metódica interpretativa do art.º 54.º da Constituição espanhola, penderem a favor da compreensão do controlo da Administração como meio para prosseguir o *objectivo* principal de defesa dos direitos constitucionalmente consagrados, há quem, justamente, chame à colação os trabalhos preparatórios, em sede de procedimento constituinte, que evidenciam a configuração do Defensor com duas funções independentes: defesa dos direitos fundamentais e fiscalização da Administração¹¹³.

4.1.1.5. – FINLÂNDIA

A dimensão de protecção dos direitos humanos afigura-se, nos dias de hoje, igualmente asseverada em relação a um dos mais antigos *Ombudsmen*. Com efeito, à luz do recorte constitucional hodierno do *Ombudsman Parlamentar* finlandês, a este cumpre assegurar «*que os tribunais, as outras autoridades e funcionários, os trabalhadores dos serviços públicos e outras pessoas no exercício de funções públicas observem a lei e cumpram as suas obrigações*» – a chamada função de “controlo da legalidade” –, explicitando-se que «*no exercício das suas funções o Ombudsman monitoriza o respeito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos*»¹¹⁴⁻¹¹⁵.

¹¹³ Nesse sentido, LORETO FELTRER RAMBAUD, «Artículo 9», in ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., p. 207, § 31 e seg. A mesma Autora, tomando em linha de conta que o *Defensor del Pueblo*, nos termos do preceito constitucional pertinente, depois reproduzido no art.º 1.º da LODP, exerce as funções determinadas pela Constituição e pela própria Lei Orgânica, conclui no sentido de o Defensor ter, em primeiro lugar, a missão constitucionalmente delineada de defesa dos direitos compreendidos no Título I da mesma Constituição e, em segundo lugar, uma função mais ampla e autónoma de controlo ordinário (i.e., sem correlação com aqueles direitos) das administrações públicas, outorgada pela LODP (*id.*, *ibid.*, p. 208, § 35). A favor desta interpretação pesa, ainda, o disposto no art.º 9.º da LODP, segundo o qual a apreciação da actividade da Administração, nas suas relações com os cidadãos, para além do respeito devido aos direitos fundamentais, deve ser feita à luz dos próprios princípios fundamentais, consagrados na Constituição (art.º 103.º, n.º 1), que regem a actuação da Administração Pública, a saber, os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, prossecução com objectividade dos interesses gerais e submissão à lei e ao Direito. Sobre este debate, v., ainda, PEDRO CARBALLO ARMAS, *El Defensor del Pueblo: El Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*, Madrid: Editorial Tecnos, 2003, pp. 147-150.

¹¹⁴ Art.º 109.º da Constituição da Finlândia de 1999. De registar a precisão terminológica deste preceito, ao mobilizar os conceitos, tanto de direitos fundamentais, como de direitos humanos (“*basic rights and liberties*” e “*human rights*”, respectivamente, na versão

Partilhando a instituição finlandesa, com o *Ombudsman* sueco, um modelo “forte” de *Ombudsman*, apenas ficam excluídas do seu âmbito de actuação o Parlamento e os membros deste, bem como as pessoas singulares ou colectivas privadas, quanto a estas, naturalmente, na medida em que não estejam investidas no exercício de funções públicas¹¹⁶. De harmonia com semelhante configuração “robusta” ou “maximalista”, o *Ombudsman* finlandês tem, inclusive, legitimidade processual para intentar acções contra magistrados por conduta ilegal no desempenho das suas funções¹¹⁷. Registando a ênfase impressa no mandato deste *Ombudsman* em matéria de direitos humanos, sempre sobressai a amplitude da sua esfera de intervenção, na sua vigilância do estado da administração da justiça e dos assuntos públicos, incluindo as deficiências da legislação¹¹⁸.

inglesa), denotando a relevância da protecção, quer constitucional, quer internacional, dos direitos da pessoa humana. Este mandato expresso em matéria de direitos humanos constava já formalmente da Constituição finlandesa precedente (de 1919, por força da revisão de 1995) e entretanto revogada.

¹¹⁵ A autoridade independente e imparcial que é o *Ombudsman* integra, no país em apreço, um *Ombudsman* Parlamentar e dois *Ombudsmen* Parlamentares Adjuntos. Todos são eleitos pelo Parlamento para um mandato de quatro anos (cf. art.º 38.º da Constituição finlandesa) e actuam com plena autonomia nos casos submetidos à respectiva apreciação, ¹¹⁶ V., ainda, o art.º 1.º do *Parliamentary Ombudsman Act* (Lei 197/2002). Paralelamente ao *Riksdagens Justitieombudsman*, o sistema finlandês comporta como “guardião da legalidade” o chamado *Chancellor of Justice* (art.ºs 69.º, 108.º, 110-115.º e 117.º da Constituição finlandesa). Trata-se de uma autoridade independente, cuja matriz se situa no poder executivo, sendo designada pelo Chefe de Estado. Participa nas reuniões plenárias do Conselho de Ministros, bem como nas sessões com o Presidente da República. A sua presença não constitui condição jurídica de validade das decisões em ambas as sedes tomadas, mas tão-somente uma garantia de controlo do respeito pelo primado do Direito.

¹¹⁷ Cf. art.º 110.º da Constituição finlandesa. Sobre o papel do *Ombudsman* finlandês, na sua actuação sobre os tribunais, v. JACOB SÖDERMAN, «The *Ombudsman* and Judicial Power», in AA.VV., *Judicial Ombudsman...*, *op. cit.*, pp. 144-154.

¹¹⁸ V., por fim, art.º 10.º, n.º 2, e o art.º 12.º, n.º 1, do *Parliamentary Ombudsman Act*: o primeiro, relativo às chamadas de atenção por parte do *Ombudsman*, dirigidas às entidades sujeitas ao seu escrutínio, para requisitos de boa administração e considerações à luz dos direitos fundamentais e direitos humanos; o segundo, sobre o relatório anual do *Ombudsman* e em que expressamente se determina a especial atenção que no mesmo deve ser dada à perspectiva de implementação daqueles direitos.

4.1.1.6. – FRANÇA

Criado por Lei de 3 de Janeiro de 1973¹¹⁹, que o qualifica hoje, expressamente, como “autoridade independente”, o *Médiateur de la République* é, na sua feição matricial, um garante do bom funcionamento da administração pública. Com efeito, sendo nomeado pelo Chefe de Estado¹²⁰, tem competência para apreciar as queixas relativas à «*actividade das administrações do Estado, das colectividades territoriais, dos estabelecimentos públicos e de qualquer outro organismo encarregue de missão de serviço público, nas suas relações com os administrados*» (art.º 1.º da citada Lei)¹²¹. Nesta linha,

¹¹⁹. *Loi n.º 73-6 instituant un Médiateur* (com as alterações decorrentes, por último, do Regulamento n.º 2004-281, de 25 de Março de 2004).

¹²⁰. O Mediador é nomeado por decreto do Presidente da República, adoptado em Conselho de Ministros (cf. art.º 2.º da Lei n.º 73-6, *supra* citada; LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République: Trentième anniversaire 1973-2003*, Paris, 2003, p. 21). Tal solução legislativa ficou a dever-se à percepção de que as intervenções do Mediador seriam mais bem recebidas se as mesmas derivassem de uma autoridade da iniciativa do Governo, em vez de surgirem como uma forma de controlo do poder legislativo sobre o executivo. Nesse sentido, LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République...*, cit., p. 10.

¹²¹. À semelhança do *Parliamentary Commissioner for Administration* britânico (referido *infra*), o *Médiateur* francês desponta marcado pelo acesso limitado das pessoas à instituição, porquanto a apresentação das queixas é feita com a necessária intermediação de um deputado ou senador. Aliás, atendendo a que ambos têm ainda em comum o facto de serem nomeados pelo Chefe de Estado, autores há que demarcam, precisamente, um modelo anglo-francês de *Ombudsman*. Cf., a este propósito, MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor...*, *op. cit.*, p. 55, em nota. De todo o modo, há que assinalar a evolução registada no estatuto do Mediador da República quanto ao modo de a ele aceder, traduzida, num primeiro momento (logo no ano de 1976), na possibilidade de os próprios parlamentares, também *motu proprio*, lhe submeterem qualquer questão relevando da sua competência; já em 2000, foi adrede consagrada a possibilidade de a actividade do *Médiateur* ser desencadeada na sequência de assunto submetido por órgão homólogo estrangeiro ou pelo Provedor de Justiça Europeu, bem como, estando em causa uma proposta de reforma (visando o aperfeiçoamento da acção administrativa ou a alteração de normas legislativas ou regulamentares) apresentada pelo Mediador, a mesma poder ser desencadeada por sua própria iniciativa ou com base em queixa directamente apresentada pelos cidadãos, o que implica a supressão total, no caso do exercício deste poder em concreto, do filtro parlamentar. Cf. redacção actual dos art.ºs 6.º e 9.º, 3.º par., da Lei que institui o *Médiateur*; v., por último, LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République...*, cit., pp. 12 e 44-45.

o art.º 6.º da mesma Lei reconhece a qualquer pessoa, singular ou colectiva, o direito de apresentar queixa ao *Médiateur*, na medida em que considere que, num assunto a si respeitante¹²², determinada entidade abrangida pelo âmbito de actuação daquele não actuou em conformidade com a “missão de serviço público” que a mesma deve assegurar.

A par das competências típicas de um *Ombudsman*, a instituição francesa congénere tem legitimidade para, perante a inércia da autoridade competente, desencadear procedimento disciplinar contra o funcionário responsável e, se as circunstâncias o justificarem, apresentar queixa na jurisdição competente; nos casos de inexecução de decisão judicial transitada em julgado, pode ordenar à entidade pública em falta que se conforme, no prazo por si fixado, com aquela decisão e, mantendo-se a inexecução, a mesma será objecto de um relatório especial a apresentar, tal como os relatórios anuais de actividade, ao Chefe de Estado e ao Parlamento¹²³.

Como última nota, destaque-se ser o *Médiateur*, desde 1993, membro de pleno direito, com voz deliberativa, da *Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme*¹²⁴, dimensão institucional esta que confirma a evolução, na prática, da instituição do *Ombudsman* francês, na assunção de um papel de defesa dos direitos e liberdades fundamentais e de promoção dos direitos humanos¹²⁵.

4.1.1.7. – GRÉCIA

O *Ombudsman* grego recebeu consagração legal em 1997 (Lei n.º 2477/97). Na sequência da revisão de 2001 da Constituição de 1975, o capítulo da lei fundamental grega relativo à Administração passou a incorporar preceito sobre a instituição e funcionamento de “autoridades independentes” (art.º 101.º A), remetendo-se para acto legislativo a regulação das questões atinentes à organização e esfera de competência do *Ombudsman*

¹²² Significa isto que a situação contestada tem de respeitar a um interesse pessoal e directo do autor da queixa (ou ao interesse da respectiva colectividade ou grupo, no caso das pessoas colectivas). V. LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République...*, cit., p. 26.

¹²³ V. art.ºs 10.º e 11.º, respectivamente, da Lei que institui o *Médiateur*.

¹²⁴ Entidade com as características de uma comissão de direitos humanos, à luz dos Princípios de Paris, instituída pelo Decreto n.º 84-72 de 30 de Janeiro de 1984 (modificado, por último, pelo Decreto n.º 99-377, de 10 de Maio de 1999).

¹²⁵ V. LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République...*, cit., p. 14.

grego que, justamente, na expressão do legislador constituinte, «*actua como uma autoridade independente*» (art.º 103.º, n.º 9, da mesma Constituição).

Neste quadro, tratando-se hoje de uma autoridade constitucionalmente estabelecida, foi, na continuação, aprovada uma nova lei sobre o *Ombudsman* – a Lei n.º 3094/2003, de 22 de Janeiro –, de que resultou um reforço do âmbito de actuação respectivo¹²⁶. A sua missão, tal como claramente explicitada no art.º 1.º da citada Lei, consiste em mediar entre os cidadãos e as administrações públicas, com o objectivo de «*proteger os direitos dos cidadãos, combater a má administração e assegurar o respeito da legalidade*»¹²⁷. Refira-se, por último, que, no plano organizatório, os serviços do Provedor helénico estão estruturados em cinco departamentos temáticos, encabeçados, respectivamente, por um Provedor-Adjunto, um dos quais dedicado às questões de direitos humanos¹²⁸.

4.1.1.8. IRLANDA

Na Irlanda, o *Ombudsman* tem estatuto legal desde 1980¹²⁹. Modelado de acordo com a missão típica da figura, a sua actuação vai dirigida às acções

¹²⁶ Entre as inovações destaca-se, por um lado, a expansão da esfera de actuação do *Ombudsman* de forma a incluir as empresas públicas e outras empresas directa ou indirectamente ligadas ao Estado e, por outro lado, a institucionalização de um Provedor-Adjunto (*Deputy Ombudsman*) para a protecção dos direitos das crianças. De notar também que a legislação relativa ao *Ombudsman* grego foi sensível ao fenómeno da proliferação de instituições que adoptam a designação de “*Ombudsman*”, sobretudo patente em esferas de actuação sectorial, pública ou privada, e em que a criação da figura ocorre intestivamente, ou seja, no seio orgânico da própria actividade sujeita a controlo. Com o propósito de salvaguarda daquela designação, a Lei n.º 3094/2003 (art.º 6.º) reservou o título de *Ombudsman* à autoridade sobre a qual versa, interditando o uso, por qualquer pessoa singular ou colectiva, do mesmo ou de título similar que possa gerar confusão entre os cidadãos em relação à autoridade em apreço.

¹²⁷ V., ainda, o art.º 3.º, n.º 3, da Lei n.º 3094/2003. De salientar que, estando limitada a possibilidade de intervenção do *Ombudsman*, *inter alia*, no caso de acto administrativo gerador de direitos ou, de outro modo, de situação favorável em relação a terceiros e que apenas pode ser anulado por uma decisão judicial, sempre fica franqueada a sua actuação nas hipóteses de se estar perante uma *ilegalidade manifesta* ou, no que representa uma dimensão relevando especificamente da defesa de direitos fundamentais, quando o objecto principal da questão concerne à *protecção do ambiente* (cf. art.º 4.º, n.º 3, da mesma Lei).

¹²⁸ Para a análise deste *Ombudsman*, à luz da protecção dos direitos humanos, v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 152-155.

¹²⁹ *Ombudsman Act*, Lei n.º 26, de 14 de Julho de 1980.

ou omissões no exercício da função administrativa que, não respeitando critérios de boa administração, tenham afectado ou possam afectar uma pessoa¹³⁰. Não obstante, de fora do poder de apreciação ou de investigação deste *Ombudsman* sempre ficam, entre outras, as matérias relativas ao recrutamento, termos ou condições de emprego público, aos estrangeiros e naturalização, bem como à administração dos estabelecimentos prisionais¹³¹.

4.1.1.9. - LUXEMBURGO

A mais jovem instituição do *Ombudsman* no espaço da UE foi criada por via legislativa¹³². A este novo *Médiateur* está, em todo o caso, adstrita uma função de estreito controlo do funcionamento das administrações do Estado, bem como das comunas em que o respectivo território se encontra dividido¹³³.

¹³⁰ Cf. art.º 4.º do *Ombudsman Act*. A desconformidade com as exigências da boa administração manifesta-se, à luz do disposto no mesmo Estatuto (art.º 4.º, n.º 2, al. b)), numa actuação: marcada por abuso de poder, infundada, resultante de negligência ou falta de zelo, baseada em informação errónea ou incompleta, ilegitimamente discriminatória, baseada numa prática administrativa indesejável, ou, de outro modo, contrária a uma administração justa ou eficiente (“*fair or sound administration*”).

¹³¹ Cf. art.º 5.º do *Ombudsman Act*.

¹³² *Loi instituant un Médiateur*, de 22 de Agosto de 2003.

¹³³ Cf. art.º 1.º, n.º 2, da citada Lei. Não vingou, pois, a sugestão feita pela Comissão de Veneza do CoE, em parecer emitido sobre o projecto de lei relativo à instituição do *Médiateur* neste país, no sentido de ser aditado ao corpo do art.º 1.º uma alínea dispondo que «[o] *Médiateur* prestará uma atenção particular às questões relativas aos direitos humanos», tomando em linha de consideração a Recomendação n.º (85) 13 do Comité de Ministros da mesma organização internacional (v. Comissão de Veneza do CoE, *Avis sur le projet de la loi n.º 4832 relative à la mise en place d'un Médiateur au Luxembourg*, adoptado na 52.ª reunião plenária, 18-19 de Outubro de 2002, § I-8). Seja como for, a experiência como antigo juiz do TEDH do primeiro Mediador designado, MARC FISCHBACH, favorece, seguramente, a inclusão, na prática da nova instituição, de uma perspectiva de direitos humanos na análise das situações trazidas ao seu conhecimento, no quadro do exercício dos poderes que lhe estão estatutariamente confiados. Esta predição foi, de resto, confirmada pelo primeiro relatório, intermédio, da actividade do Mediador luxemburguês, que logo revelou argumentação fundada em preceitos da CEDH. Assim aconteceu, v.g., nos casos paradigmáticos de demora excessiva no tratamento dos assuntos e na prestação de uma resposta ao cidadão pela Administração Pública, bem como dos atrasos judiciais, que são analisados à luz do disposto no art.º 6.º, n.º 1, da CEDH e da jurisprudência correspondente do TEDH, mas também em caso que suscitou a questão da dissociação do direito de contrair casamento (art.º 12.º da CEDH) do poder do Estado

Excluídos do seu âmbito de actuação estão os diferendos em sede de relação de emprego público; assim também quanto às queixas relativas ao funcionamento da Administração em geral, que devem reportar-se, antes, a um caso concreto que afecte o reclamante¹³⁴. Sem prejuízo, as recomendações do *Médiateur* luxemburguês podem conter sugestões com vista à melhoria do serviço visado. Por outro lado, a sua intervenção, nos termos legalmente conformados (art.º 4.º, n.º 1), privilegia uma resolução amigável da situação contestada. Em caso de iniquidade, o *Médiateur* pode recomendar, no respeito das disposições legislativas e regulamentares, uma solução equitativa do caso, bem como sugerir as modificações legislativas e regulamentares que estão na base da decisão conducente à iniquidade detectada (art.º 4.º, n.º 2). À semelhança do seu homólogo francês, em caso de inexecução de uma decisão judicial transitada em julgado, pode determinar que a entidade em causa se conforme com tal decisão no prazo por ele fixado¹³⁵.

4.1.1.10 – PAÍSES BAIXOS

O *Ombudsman Nacional* neerlandês, instituído no início da década de 80, também por via legislativa¹³⁶, com o desiderato de monitorizar o modo como a Administração actua em relação aos cidadãos, é, desde 1999, uma instituição enxertada na própria lei fundamental do país¹³⁷.

Dentro dos limites estatutariamente postos, o *Ombudsman Nacional* tem competência para investigar, na sequência de queixa, o comportamento, numa dada situação, por parte de autoridade administrativa *vis-à-vis* pessoa singular ou colectiva, podendo também actuar *motu proprio*¹³⁸. Tanto a latitude e flexibilidade do padrão de controlo da actividade administrativa, como a possibilidade de iniciativas próprias, têm constituído a base para

de controlar a entrada, permanência e afastamento de cidadãos estrangeiros, ou, ainda, numa recomendação legislativa visando o reexame das disposições legislativas e constitucionais relativas à interdição do direito de voto para condenados a uma pena privativa da liberdade e/ou a medida correcional (art.º 3.º do Protocolo n.º 1 à CEDH). V. MÉDIATEUR, *Rapport d'activité: Du 1^{er} mai 2004 ao 30 septembre 2004*, 2004.

¹³⁴ Cf. art.º 3.º, n.ºs 4 e 5, do diploma em apreço.

¹³⁵ Cf. art.ºs 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 5, da Lei que institui este *Ombudsman*.

¹³⁶ *Wet Nationale Ombudsman*, de 4 de Fevereiro de 1981, modificada, por último, por lei parlamentar de 3 de Fevereiro de 2005.

¹³⁷ V. art.º 78.ºa da Constituição dos Países Baixos de 1983.

¹³⁸ Cf. art.ºs 9:18.º, n.º 1, e 9:26.º da *Algemene Wet Bestuursrecht*.

este *Ombudsman* mobilizar *standards* de direitos humanos nas suas actuações e prestar atenção a questões de índole mais estrutural na conduta administrativa das entidades sujeitas ao seu poder de controlo¹³⁹.

4.1.1.11. – REINO UNIDO

No Reino Unido, o *Comissário Parlamentar para a Administração* é uma entidade independente, com competência para apreciar as queixas de pessoas que tenham sofrido uma injustiça devida a má administração por parte dos departamentos governamentais e outras entidades designadas no respectivo estatuto legal¹⁴⁰. Em conformidade com semelhante enquadramento, a actuação deste *Ombudsman*, que é nomeado pela Rainha, vai direccionada, em primeira linha, à obtenção da protecção adequada dos que tenham sido vítimas de má administração e, numa perspectiva mais abrangente, velar pelos *standards* de boa administração no exercício de funções administrativas.

No modelo britânico de *Ombudsman* destaca-se uma singular articulação com os membros do Parlamento: as queixas não são apresentadas

¹³⁹ Exemplos de intervenções baseadas em normas internacionais de direitos humanos (*maxime* da CEDH) podem ver-se em LINDA C. REIF, «The Promotion of International Human Rights Law...», *in op. cit.*, pp. 283-285. Destacam-se os casos de escrutínio da actuação da polícia, designadamente em matéria de detenção de pessoas, com respeito ao direito à liberdade e à segurança ou ao direito à reserva da vida privada e familiar. O *Ombudsman* neerlandês tem também procurado mobilizar as convenções internacionais para alicerçar princípios jurídicos, como, por exemplo, relacionados com a necessidade de disponibilizar informação aos cidadãos sobre direitos e obrigações, que tenham para eles particular importância (assim no que toca à informação dos cidadãos votantes, residentes no estrangeiro, sobre eleições a realizar), ou de uma reclamação ou recurso hierárquico serem decididos pelas autoridades administrativas num prazo razoável (por analogia com o disposto no art.º 6.º, n.º I, da CEDH, relativo ao direito a uma decisão judicial em prazo razoável). V., por último, MARTEN OOSTING, «The National Ombudsman of the Netherlands and Human Rights», *ibid.*, pp. 317-336; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 142-145.

¹⁴⁰ Cf. art.ºs 4.º e 5.º do *Parliamentary Commissioner Act 1967*. Para uma abordagem contemporânea da situação da instituição do *Ombudsman* britânico, com referências ao sector tanto público, como privado, v. MARY SENEVIRATNE, «Ombudsmen 2000», *Nottingham Law Journal*, Vol. 9/1 (2000), pp. 13-24. Para o debate sobre a reforma dos *Ombudsmen* do sector público, pode ver-se, mais recentemente, CABINET OFFICE, *Reform of Public Sector Ombudsmen Services in England: A Consultation Paper issued by the Cabinet Office, August 2005*, disponível em <www.cabinetoffice.gov.uk/propriety_and_ethics/parliamentary_ombudsman/ombudsmenreform>.

directamente ao Comissário Parlamentar, mas por intermédio de um membro do Parlamento¹⁴¹, a quem é apresentado um relatório sobre o resultado da investigação levada a cabo ou, consoante o caso, uma exposição das razões que fundamentam a decisão de não desencadear qualquer investigação¹⁴²; acresce que o *Ombudsman* britânico não pode actuar *ex officio*.

4.1.1.12. – SUÉCIA

A instituição do *Ombudsman* sueco evoluiu consideravelmente desde a sua conformação oitocentista, adaptando-se às mutações por que têm passado a sociedade e o próprio Estado, de forma a poder desempenhar cabalmente a missão para que foi originariamente pensada e que continua plenamente válida no seu desiderato¹⁴³.

Oficialmente designada, nos nossos dias, de *Ombudsmen Parlamentares* (*Riksdagens Ombudsmän*), a instituição permanece, bem em conformidade com o recorte constitucional vigente, como um instrumento de controlo parlamentar, com a função de fiscalizar a aplicação da lei no exercício do poder público¹⁴⁴. A concretização legal da missão do *Ombudsman* sueco

¹⁴¹ Cf. art.º 5.º, n.º 1, do *Parliamentary Commissioner Act 1967*. De notar, outrossim, que em Outubro de 1999 foi criado o *Ombudsman para a Administração do País de Gales*, seguido, três anos depois, da introdução, em Outubro de 2002, do *Ombudsman para os Serviços Públicos Escoceses*, com a correlativa retirada das entidades públicas envolvidas em questões pertinentes a ambas as regiões da alçada do *Comissário Parlamentar*. Tanto num caso como no outro, as queixas podem ser apresentadas directamente aos *Ombudsmen* em causa. A discussão, no Reino Unido, em torno do acesso directo dos cidadãos ao Comissário Parlamentar é uma questão candente, tendo a Comissária Parlamentar ANN BRAHAM defendido uma reforma legislativa que franqueasse esse acesso directo, sem o filtro parlamentar, ao *Ombudsman* (v. THE PARLIAMENTARY OMBUDSMAN, *Annual Report 2003-04: 2nd Report – Session 2003-04*, London: The Stationery Office, 2004, pp. 3-4). Aliás, uma proposta legislativa chegou a ser introduzida na Câmara dos Lordes, em 24 de Novembro de 2004, visando a modificação do *Parliamentary Commissioner Act 1967*, de forma a atribuir ao Comissário Parlamentar competência para investigar queixas recebidas directamente dos cidadãos (*Parliamentary Commissioner (Amendment) Bill [HL]: A Bill to amend the Parliamentary Commissioner Act 1967 so as to enable the Parliamentary Commissioner for Administration to investigate complaints received directly from the members of the public*, Lord Lester of Herne Hill, 24th November 2004).

¹⁴² Cf. art.º 10.º, n.º 1, do *Parliamentary Commissioner Act 1967*.

¹⁴³ Cf. ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., p. 39, §§ 79-81; IBRAHIM AL-WAHAD, *The Swedish Institution of Ombudsman: An Instrument of Human Rights*, Stockholm: LiberFörlag, 1979, pp. 27-39.

determina o seu compromisso para com a defesa dos direitos humanos nos seguintes termos: «os Ombudsmen devem especialmente assegurar que os tribunais e as autoridades públicas obedçam, no exercício das suas actividades, ao prescrito nas 'Regeringsformen' sobre objectividade e imparcialidade, assim como que os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos não sejam lesados pela administração pública»¹⁴⁵. Consubstanciando o modelo “maximalista” de *Ombudsman*, descortinamos no paradigma sueco um dilatado âmbito de actuação¹⁴⁶, em que se destaca, como decorre já do preceito supramencionado, a extensão da sua actividade de fiscalização, para além das autoridades administrativas em geral, aos próprios tribunais.

Aos *Ombudsmen Parlamentares* é também atribuída competência para apontar deficiências na legislação, a que se soma a legitimidade para desencadear, nos termos definidos na lei, procedimento criminal contra servidores públicos, no que desempenham um «*papel de Procurador extraordinário*»¹⁴⁷.

4.1.2. América Latina¹⁴⁸

4.1.2.1. – ARGENTINA

Criada primeiramente por lei do Congresso de 1993¹⁴⁹, a figura do

¹⁴⁴. Cf. art.º 6.º do Capítulo 12 do *Instrument of Government (Regeringsformen)*, uma das quatro leis fundamentais que integram a constituição sueca vigente. Por determinação normativa, a instituição integra hoje quatro *Ombudsmen*, evolução ditada pela necessidade de aumentar a capacidade de resposta face ao incremento do número de queixas e à expansão da Administração Pública. Para além do art.º 6.º citado, v., também, art.º 10.º do Capítulo 8 do *Riksdag Act (Riksdagordningen)* e § 1 da *Act with Instructions for the Parliamentary Ombudsmen (Lag [1986:765] med instruction för Riksdagens ombudsmän – “JO-instruktionen”)*, de 13 de Novembro de 1986. A repartição de competência entre os quatro *Ombudsmen* é feita em razão da matéria e consta das *Administrative Directives for the Secretariat of the Parliamentary Ombudsmen (Arbetsordning för Riksdagens ombudsmannexpedition)*, de 19 de Março de 1993.

¹⁴⁵. Art.º 3.º das citadas “*JO-instruktionen*”.

¹⁴⁶. Para a delimitação desse âmbito, v. art.º 2.º das “*JO-instruktionen*”.

¹⁴⁷. Art.º 6.º, 2.º parágrafo, das “*JO-instruktionen*”. No que respeita a procedimento criminal a instituir contra membro do Supremo Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Administrativo, rege o art.º 8.º do Capítulo 12 das *Regeringsformen*.

¹⁴⁸. Os laços privilegiados que ligam os países ibero-americanos encontram-se institucionalizados, no que ao *Ombudsman* concerne, na *Federação Ibero-Americana de Ombudsman (FIO)*, cujos Estatutos foram adoptados na cidade de Cartagena das Índias (Colômbia),

Defensor del Pueblo do país em apreço logo recebeu dignidade constitucional. Assim, prevista na parte da Constituição da Nação Argentina de 1994 relativa às “Autoridades da Nação”, a sua missão reside, de harmonia com o disposto no art.º 86.º, na «defesa e protecção dos direitos humanos e demais direitos, garantias e interesses tutelados [na] Constituição e nas leis, perante acções, actos ou omissões da Administração», bem como «o controlo do exercício das funções administrativas públicas», tendo esta constitucionalização do *Defensor del Pueblo* concretizado um mandato expresso em matéria de direitos humanos, em vista das violações desses direitos pela Administração Pública ou seus agentes.

4.1.2.2. – BOLÍVIA

Introduzido na revisão de 1994 da Constituição Política de 1967, na parte relativa à organização do Estado – integrando, juntamente com o Ministério Público, o respectivo Título Quarto, sob a epígrafe de “Defesa da Sociedade” –, ao *Defensor del Pueblo* boliviano, para além de velar «pela vigência e pelo cumprimento dos direitos e garantias das pessoas em relação à actividade administrativa de todo o sector público», compete ainda «velar pela defesa, promoção e divulgação dos direitos humanos» (art.º 127.º). Noutra preceito da mesma lei fundamental, é atribuída ao *Defensor* legitimidade processual para interpor perante o Tribunal Constitucional os recursos de inconstitucionalidade, de nulidade, amparo e de *habeas corpus*, expli-

em 5 de Agosto de 1995. Assumindo como objectivos primordiais a promoção e o fortalecimento da instituição do *Ombudsman*, bem como fomentar uma cultura de respeito dos direitos humanos, o Estado de direito e a democracia, a FIO congrega, além das quinze instituições nacionais latino-americanas elencadas no texto, três ibéricas (Andorra, Espanha e Portugal), bem como mais de cinquenta instituições estatais, regionais-autónomas e provinciais (do México, de Espanha e da Argentina, respectivamente). Sobre a FIO, v. ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 46 e seg. Para uma visão de conjunto do *Ombudsman* na América Latina, v. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, p. 18 e seg., LORENA GONZÁLEZ VOLIO, «The Institution of the Ombudsman: The Latin American Experience», *Revista IIDH*, Vol. 37 (2003), p. 222 e seg., e, por último, LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 187 e seg.

¹⁴⁹ Lei n.º 24.284, de 1 de Dezembro de 1993 (modificada pela Lei n.º 24.379), que criou a instituição do *Defensor del Pueblo* argentino, incumbindo-a do objectivo fundamental «de proteger os direitos e interesses dos indivíduos e a comunidade frente aos actos, acções e omissões da administração pública nacional» (art.º 1.º).

tando-se, igualmente, neste plano jurídico-constitucional, a sua liberdade de acesso a centros de detenção, reclusão e internamento (art.º 129.º da Constituição).

O mandato do *Ombudsman* boliviano, tal como constitucionalmente conformado, aparece amiúde desenvolvido na *Ley del Defensor del Pueblo*¹⁵⁰, com destaque para a inclusão, entre as suas atribuições, do poder de investigar e denunciar, por iniciativa própria ou com base numa queixa, «os actos ou omissões que impliquem violação dos direitos humanos, das garantias, direitos individuais e colectivos estabelecidos na Constituição (...), leis, tratados e convenções internacionais aprovados pelo Estado Boliviano» (art.º 11.º, n.º 2), o de «propor modificações a Leis, Decretos e Resoluções não judiciais, relativas a direitos humanos» (art.º 11.º, n.º 5), ou, ainda, o de «recomendar ao Poder Executivo a subscrição de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e sua aprovação ao Poder Legislativo» (art.º 11.º, n.º 7). Resalta, igualmente, da citada Lei, a atenção dada à questão da protecção dos direitos humanos de grupos de pessoas em situação de particular vulnerabilidade, a saber, os povos indígenas e as mulheres¹⁵¹.

4.1.2.3. – COLÓMBIA

Com forte tradição na Colômbia, ao Ministério Público – encarado aí como um verdadeiro “quarto poder” – foi classicamente atribuída a tarefa constitucional de defesa dos direitos dos cidadãos. Destarte, não surpreende que quando foi introduzida a figura do *Ombudsman* no quadrante jurídico colombiano, com a Constituição Política de 1991, a solução adoptada tenha sido a de o integrar naquele órgão de controlo, competindo à Câmara de Representantes a eleição da pessoa do *Defensor del Pueblo*¹⁵².

Neste enquadramento tão específico (que reencontraremos na instituição homóloga de El Salvador), o *Ombudsman* colombiano auxilia o Procurador-Geral da Nação nas funções de protecção dos direitos humanos e de garantia da sua efectividade, complementando a sua actuação¹⁵³. Sublinha-

¹⁵⁰ Lei n.º 1818, de 22 de Dezembro de 1997.

¹⁵¹ Cf. art.º 11.º, n.ºs 9 e 10, e art.º 30.º, § III, da *Ley del Defensor del Pueblo*.

¹⁵² Cf. art.ºs 118.º e 178.º, n.º 1, da Constituição colombiana.

¹⁵³ Cf. art.º 277.º, n.º 2, da Constituição colombiana. Os art.ºs 281.º a 284.º da mesma Constituição corporizaram o cerne do estatuto constitucional deste *Defensor*, depois desenvolvido em diploma legislativo relativo à organização e funcionamento da *Defensoría del Pueblo* (Lei n.º 24, de 15 de Dezembro de 1992).

-se a amplitude de atribuições e competências confiadas ao *Defensor del Pueblo*, centradas na promoção, exercício e divulgação dos direitos humanos, incluindo funções no domínio do acesso ao direito e aos tribunais, numa esfera de actuação que visa não apenas as autoridades públicas, mas também os particulares. A extensão do seu mandato encontra refracção na organização da instituição, que contempla, nomeadamente, a designação de Defensores Delegados sectoriais «*para o estudo e defesa de determinados direitos*»¹⁵⁴.

4.1.2.4. – COSTA RICA

A *Defensoría de los Habitantes* da Costa Rica foi instituída pela Lei n.º 7319, de 17 de Novembro de 1992¹⁵⁵. Sem estar inscrita na Constituição costa-riquenha, o desenho normativo-legal das suas competências permite atestar o compromisso desta *Defensoría* para com a protecção dos “direitos e interesses dos habitantes” contra violações decorrentes da actividade administrativa. Assim, este órgão emanante da Assembleia Legislativa tem como missão geral velar «*por que o funcionamento do sector público se ajuste à moral, à justiça, à Constituição Política, às leis, às convenções, aos tratados, aos pactos subscritos pelo Governo e aos princípios gerais do Direito*», devendo, ainda, «*promover e divulgar os direitos dos habitantes*»¹⁵⁶. Nos termos da mesma legislação, é reconhecida legitimidade à *Defensoría* para «*interpor qualquer tipo de acções jurisdicionais ou administrativas previstas no ordenamento jurídico*» (art.º 13.º), incluindo os recursos de inconstitucionalidade, de amparo e de *habeas corpus*. Por último, incluem-se no âmbito de intervenção deste *Ombudsman* as actuações do chamado Organismo de Investigação Judicial (órgão auxiliar de justiça em matéria de investigação penal), no que respeita aos “direitos humanos dos

¹⁵⁴ Art.º 9.º, n.º 13, da citada Lei.

¹⁵⁵ *Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica*, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 7423, 7741 e 7935, de 18 de Julho de 1994, 19 de Dezembro de 1997 e de 25 de Outubro de 1999, respectivamente. Logo por força da Lei n.º 7423 foi abandonada a designação primitiva da instituição de *Defensor de los Habitantes* (cf., a propósito desta alteração, o comentário de JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, p. 10, em nota).

¹⁵⁶ Art 1.º da citada Lei. De notar que a mesma lei, no capítulo atinente ao relacionamento da *Defensoría de los Habitantes* com os órgãos públicos, qualifica expressamente a violação dos direitos constitucionais, independentemente da sua relevância delitual, como infracção dos deveres da relação de serviço do funcionário que a cometa.

cidadãos”, informando o Tribunal Supremo de Justiça das investigações levadas a cabo e das suas conclusões¹⁵⁷.

4.1.2.5. – EQUADOR

Na sequência da revisão constitucional de 1996 da Constituição Política de 1979, que introduziu no ordenamento jurídico equatoriano a figura do *Defensor del Pueblo*¹⁵⁸, foi aprovada, em 1997, a *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, em cujo preâmbulo logo se destaca a consideração da figura em causa como «o órgão idóneo para a promoção, tutela e a defesa dos direitos humanos consagrados universalmente nas constituições dos Estados».

A Constituição Política de 1998 manteve o estatuto constitucional de que já gozava este *Ombudsman*. Assim, prescreve o art.º 96.º da Constituição a existência de «um *Defensor del Pueblo*, com jurisdição nacional, para promover ou patrocinar o *habeas corpus* e a acção de amparo das pessoas que o requirem; defender e fomentar a observância dos direitos fundamentais que [a] Constituição garante; observar a qualidade dos serviços públicos e exercer as demais funções que lhe atribua a lei». O art.º 145.º da mesma Constituição reconhece ao *Ombudsman* do Equador, entre outros órgãos, a faculdade de apresentar projectos de lei nas matérias correspondentes às suas atribuições específicas. Acresce que mediante parecer prévio favorável do *Defensor del Pueblo* sobre a procedência do pedido, os cidadãos podem apresentar ao Tribunal Constitucional pedido de inconstitucionalidade de normas ou de actos administrativos, nos termos constitucionalmente previstos, além de que a competência do mesmo Tribunal para conhecer das denegações de *habeas corpus*, *habeas data* e de amparo, bem como dos recursos de apelação previstos na acção de amparo, pode ser exercida, a par do pedido das partes, a pedido do *Defensor del Pueblo* (art.º 277.º, n.º 5, da Constituição).

A Lei Orgânica supracitada desenvolve, por sua vez, o mandato constitucionalmente definido do *Ombudsman* equatoriano enquanto defensor dos direitos humanos, conferindo-lhe um amplo conjunto de atribuições na matéria¹⁵⁹. A sua esfera de actuação não se encontra limitada ao sector público, abrangendo também os particulares, nos termos legalmente previstos¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Qualquer ulterior decisão caberá, todavia, sempre, ao referido tribunal superior (v. art.º 19.º, n.º 3, da *Ley de la Defensoría de los Habitantes*).

¹⁵⁸ V. art.º 29.º da Constituição mencionada.

¹⁵⁹ V. art.º 8.º da referida Lei, relativo aos deveres e atribuições do *Defensor del Pueblo*.

¹⁶⁰ V. art.º 13.º da mesma Lei.

4.1.2.6. – EL SALVADOR

À semelhança do caso colombiano, assiste-se em El Salvador ao enquadramento institucional do *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos* no seio do Ministério Público, atribuindo-lhe a Constituição, que introduziu a figura na sequência da revisão de 1991, um mandato extenso e especificamente dirigido ao respeito e garantia dos direitos humanos, de forma a fazer face às violações dos mesmos, incluindo pela via de interposição de recursos judiciais ou administrativos, para além da competência própria de controlo da actuação da Administração Pública¹⁶¹.

Tal como concretizado e desenvolvido esse mandato pela lei que regula o funcionamento da *Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*, sobressai, a este nível, o poder do titular respectivo de não apenas emitir parecer sobre projectos de lei que afectem o exercício dos direitos humanos, como também apresentar propostas de anteprojectos de lei para o progresso dos direitos humanos no país¹⁶².

4.1.2.7. – GUATEMALA

Na Guatemala a figura do *Ombudsman*, aqui designada de *Procurador de los Derechos Humanos*, encontra-se consagrada ao nível constitucional. Este desenvolvimento ocorreu no âmbito do procedimento constituinte que culminou na aprovação da Constituição Política de 1985.

De acordo com o art.º 274.º desta Constituição, entretanto revista em 1993, «o procurador dos Direitos Humanos é um comissário do Congresso da República para a defesa dos Direitos Humanos que a Constituição garante», com o poder de fiscalizar a Administração. Em consonância com este perfil constitucional, entre as suas atribuições contam-se, entre outras, a promoção do bom funcionamento e da agilização da gestão administrativa governamental, em matéria de direitos humanos, e a investigação de denúncias de violações dos direitos humanos; destaque-se, ainda, a sua legitimidade processual activa, em acções ou recursos tanto de natureza judicial como administrativa¹⁶³.

¹⁶¹. Cf. art.ºs 191.º, 192.º e 194.º da Constituição Política de El Salvador de 1983.

¹⁶². Cf. art.ºs 11.º e 12.º do Decreto n.º 163, de 6 de Março de 1992, com alterações sucessivas.

¹⁶³. Cf. art.º 275.º da Constituição guatemalteca, assim como a *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y el Procurador de los Derechos Humanos*, de 1987.

4.1.2.8. – HONDURAS

Na sequência da revisão de 1995 da Constituição Política das Honduras aprovada em 1982, foi elevada ao plano constitucional a instituição do *Comisionado Nacional de los Derechos Humanos*, cuja missão é a de «*garantir os direitos e liberdades reconhecidos [pela mesma] Constituição*»¹⁶⁴. Neste contexto e na própria sistemática constitucional, o *Ombudsman* hondurenho constitui um mecanismo fundamental de tutela dos direitos humanos. Assim, segundo o art.º 16.º da respectiva Lei Orgânica, aprovada na sequência deste fortalecimento institucional, «*poderá iniciar ex officio ou a petición de parte, qualquer investigação conducente ao esclarecimento de factos que impliquem exercício ilegítimo, arbitrário, abusivo, defeituoso, negligente ou discriminatório por parte da administração pública e entidades privadas que prestem serviços públicos, da mesma maneira no que se refere a violações dos Derechos Humanos, no seu mais amplo conceito*»¹⁶⁵. Note-se que, neste mesmo plano normativo-legal, se explicita que os direitos e liberdades a velar pela instituição em apreço não são apenas aqueles reconhecidos pela Constituição, mas também os que decorrem da DUDH, bem como das convenções internacionais em que o Estado hondurenho seja parte¹⁶⁶.

4.1.2.9. – MÉXICO

Criada primeiramente pelo Executivo, em 1990, uma *Comisión Nacional de Derechos Humanos* como órgão desconcentrado da Secretaria da Governação – ou seja, ainda como parte integrante da Administração Pública federal mexicana –, a sua constitucionalização em 1992 franqueou o nascimento de uma instituição, não só funcional, mas também organicamente autónoma¹⁶⁷. A revisão constitucional de 1999, que modificou a

¹⁶⁴ Art.º 59.º da referida Constituição. Note-se que o Comissariado em questão tinha já sido criado por via de decreto executivo (Decreto Executivo n.º 26-92, de 8 de Junho de 1992, modificado pelo Decreto Executivo n.º 51-92, de 8 de Setembro de 1992).

¹⁶⁵ *Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos*, constante do Decreto n.º 153-95, de 24 de Outubro de 1995.

¹⁶⁶ Cf. art.º 1.º e art.º 9.º, n.º I, da citada Lei Orgânica. Tal como já denotado noutras instituições homólogas da América Latina, o *Comisionado Nacional* presta atenção imediata e dá seguimento a toda a denúncia de violação de direitos humanos. Na sua actuação em relação à Administração Pública, incumbe-lhe acautelar a conformidade dos comportamentos desta com tais direitos.

¹⁶⁷ V. art.º 102.º, § B, da Constituição mexicana. Este aditamento do § B ao art.º 102.º «*significó el ingreso del Ombudsman en el sistema jurídico mexicano y la certificación constitucional que necesitaba la CNDH*», nas palavras de MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ («*Reflexiones...*», *in op. cit.*, p. 47). Para uma visão da formação da figura do *Ombudsman* nacional no México, v. MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, *ibid.*, pp. 37-50.

redacção do art.º 102.º, § B, da lei fundamental mexicana, veio consolidar a instituição, que passou a designar-se *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* (CNDH), deixando expressa a sua autonomia, bem como determinando a eleição parlamentar do respectivo Presidente e restantes membros do Conselho Consultivo da CNDH. Por força do seu estatuto jurídico-constitucional e legal¹⁶⁸ a CNDH – como, de resto, as similares Comissões Nacionais dos Direitos Humanos estabelecidas ao nível das entidades federadas – é um órgão de protecção dos direitos humanos garantidos pela ordem jurídica mexicana, com competência para apreciar as queixas contra actos ou omissões de índole administrativa de autoridade ou servidor público que violem aqueles direitos.

4.1.2.10. – NICARÁGUA

O ordenamento jurídico nicaraguense abraçou a ideia do *Ombudsman* por força da revisão constitucional de 1995¹⁶⁹. Remetida para a legislação ordinária a disciplina jurídica do funcionamento da instituição, é na *Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos* que descortinamos a missão fundamental deste *Ombudsman*, depois concretizada num extenso rol de atribuições – a da «*promoção, defesa e tutela das garantias constitucionais dos cidadãos e seus direitos humanos, para cujo efeito poderá vigiar e controlar a actividade da Administración Pública*»¹⁷⁰.

4.1.2.11. – PANAMÁ

Neste país a *Defensoría del Pueblo* foi criada pela Lei n.º 7, de 5 de Fevereiro de 1997, com a missão primordial de proteger os direitos consagrados na Constituição, bem como os direitos reconhecidos em convenções internacionais sobre direitos humanos e nas demais leis, contra comportamentos da Administração Pública ou dos prestadores de serviços públicos (art.º 2.º). Entre outras, mencione-se a competência do *Defensor del Pueblo* para

¹⁶⁸. Lei da Comissão Nacional dos Direitos Humanos, de 25 de Junho de 1992.

¹⁶⁹. Esta recepção da figura do *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos* traduziu-se, no plano jurídico-constitucional, numa sua regulação fundamentalmente dedicada ao relacionamento respectivo com o Parlamento, determinando o modo de designação do *Procurador* e aludindo ao dever de apresentação de relatórios anuais e outras informações que a Assembleia Nacional entenda solicitar-lhe (v. art.º 138.º, n.ºs 9, 29 e 30, da Constituição Política da Nicarágua, de 1987, revista em 1995 e 2000).

¹⁷⁰. Cf. art.ºs 3.º e 18.º da referida Lei (Lei n.º 212, de 8 de Janeiro de 1996).

recomendar anteprojectos de lei nas matérias que caibam nas suas atribuições, bem como a sua legitimidade processual activa em sede de acção popular, recurso de amparo, contencioso administrativo de plena jurisdição e contencioso de protecção dos direitos humanos¹⁷¹. Na sequência da revisão de 2004 da Constituição do Panamá, a instituição da *Defensoría del Pueblo* foi elevada ao plano constitucional, tendo sido prevista no título relativo aos “direitos e deveres individuais e sociais”¹⁷².

4.1.2.12. – PARAGUAI

De harmonia com o art.º 276.º da Constituição Política, de 1992, do Paraguai, que acolheu a *Defensoría del Pueblo* como órgão do Estado, «o Defensor del Pueblo é um comissário parlamentar cujas funções são defender os direitos humanos, apreciar as queixas dos cidadãos e atender aos interesses comunitários». Os deveres e atribuições deste Ombudsman vêm também plasmados em preceito constitucional (art.º 279.º), de que se destacam a investigação de queixas contra violações dos direitos humanos e outros factos previstos na Constituição e na lei, a condenação pública dos actos e comportamentos contrários aos direitos humanos, assim como a elaboração e divulgação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos que, em sua opinião, careçam de pronta atenção pública¹⁷³.

4.1.2.13. – PERU

O art.º 162.º da Constituição Política do Peru, aprovada em 1993, atribui duas missões à *Defensoría del Pueblo*: «defender os direitos constitucionais e fundamentais da pessoa e da comunidade» e «fiscalizar o cumprimento dos deveres da administração estatal e a prestação dos serviços públicos aos cidadãos»¹⁷⁴. A mesma Constituição reconhece-lhe, quer

¹⁷¹ Cf., respectivamente, art.ºs 4.º, n.º 5, e 5.º da citada Lei.

¹⁷² V. art.ºs 129.º e 130.º da Constituição de 1972, tal como revista em 2004.

¹⁷³ O estatuto constitucional do *Defensor del Pueblo* foi desenvolvido no plano legislativo, com a aprovação da *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, Lei n.º 631, de 13 de Julho de 1995. Sobre este Defensor, em particular, v. LAURA VILLALBA BENÍTEZ, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2003, p. 39 e seg.

poder de iniciativa em sede de procedimento legislativo (art.º 162.º), quer legitimidade processual activa nos recursos de inconstitucionalidade de normas legislativas (art.º 203.º)¹⁷⁵.

No plano organizatório e atendendo às necessidades específicas de determinados grupos, a nível da protecção dos direitos humanos, salienta-se a determinação legal de designação, no seio da *Defensoría del Pueblo*, de um *Defensor Adjunto Especializado* para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência¹⁷⁶.

4.1.2.14. – PORTO RICO

Numa modelação normativa mais estritamente administrativa, o *Procurador del Ciudadano* porto-riquenho, instituído por lei em 1977, tem competência para apreciar queixas contra a actividade administrativa do poder executivo, não podendo intervir sempre que haja remédio jurídico adequado a reparar a situação contestada, bem como se a matéria objecto da queixa estiver a ser investigada por outra entidade e, no juízo do Procurador, uma sua intervenção representar uma duplicação desnecessária¹⁷⁷. Entre as causas que justificam uma investigação do Procurador, contam-se os comportamentos administrativos que aparentem ser “irrazoáveis”, “injustos”, “arbitrários”, “ofensivos” ou “discriminatórios” (art.º 13.º da citada Lei). A

¹⁷⁴ Em consonância com o mandato assim recortado, o art.º 9.º, n.º 1, da *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo* (Lei n.º 26520, de 8 de Agosto de 1995, alterada pelas Leis n.º 26535 e n.º 27831, de 4 de Outubro de 1995 e de 21 de Outubro de 2002, respectivamente), explicita a competência do *Defensor del Pueblo* em apreço para «iniciar e prosseguir, ex officio ou a petición de parte, qualquer investigação conducente ao esclarecimento dos actos e decisões da Administración Pública e seus agentes que, implicando o exercício ilegítimo, defeituoso, irregular, moroso, abusivo ou excessivo, arbitrário ou negligente, das suas funções, afecte a vigência plena dos direitos constitucionais e fundamentais da pessoa e da comunidade».

¹⁷⁵ Quanto à legitimidade processual activa do *Defensor del Pueblo* do Peru no âmbito de meios jurisdicionais de defesa de direitos fundamentais – as chamadas “acções de garantia constitucional” –, v., ainda, art.º 9.º, n.º 2, da respectiva Lei Orgânica. Ademais, a mesma disposição, no n.º 5, singulariza a competência do Defensor para «promover a assinatura, ratificação e efectiva difusão dos tratados internacionais sobre direitos humanos».

¹⁷⁶ Cf. art.º 50.º da Lei n.º 27050, *Ley General de la Persona con Discapacidad*, aprovada em 18 de Dezembro de 1998.

¹⁷⁷ Cf. art.ºs 10.º e 11.º, al. a) e e), da *Ley del Procurador del Ciudadano (Ombudsman)*, Lei n.º 134, de 30 de Junho de 1977, modificada pelas Leis n.º 6, de 16 de Março de 1987, n.º 48, de 25 de Julho de 1997, n.º 128, de 31 de Outubro de 1997, n.º 432, de 21 de Dezembro de 2000 e n.º 454, de 28 de Dezembro de 2000.

proximidade aos restantes *Defensores* da América Latina tem, no entanto, influenciado a prática da instituição para uma atenção específica às questões de direitos humanos¹⁷⁸, sendo, aliás, na base destes direitos que as queixas contra as actuações da Administração são classificadas e tratadas na instituição em apreço¹⁷⁹.

4.1.2.15. – VENEZUELA

Constitucionalmente moldado como parte integrante do chamado “*poder ciudadano*”¹⁸⁰ e bebendo na lei fundamental a especificação das respectivas atribuições, a figura do *Defensor del Pueblo* foi acolhida na Venezuela em 1999, enquanto titular de uma instituição incumbida da «*promoción, defensa e vigilancia dos direitos e garantías establecidos [na] Constitución e nos tratados internacionales sobre derechos humanos, além dos intereses legítimos, colectivos e difusos, dos cidadãos*»¹⁸¹.

Em face deste enquadramento funcional, ao *Ombudsman* venezuelano são atribuídas competências com considerável refracção no plano da tutela dos direitos humanos, contra actuações dos órgãos e funcionários públicos compreendidos na respectiva esfera de actuação, a par do que é a sua missão de garante dos “direitos, garantías e intereses” das pessoas *vis-à-vis* a actividade administrativa, incluindo a prestação, ainda que por privados, de serviços públicos¹⁸².

4.2. Modelo de Ombudsman estritamente dirigido ao controlo da Administração e abertura à função de protecção dos direitos humanos: Entre adaptação do modelo e novos paradigmas da actuação providoral

Partindo do excuro comparatístico traçado e num ensaio de arrumação dogmática dos formatos que o *Ombudsman* assume em distintos quadran-

¹⁷⁸. Nesse sentido, v. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁷⁹. V. OFICINA DEL PROCURADOR DEL CIUDADANO, *Vigésimo Séptimo Informe Anual 2003-2004*, San Juan, 2004, p. 23 e seg.

¹⁸⁰. Cf. art.ºs 136.º, 156.º, n.º 31, e 273.º a 279.º da Constituição da Venezuela de 1999, assim como a *Ley Orgánica del Poder Ciudadano*, de 25 de Outubro de 2001.

¹⁸¹. Art.º 280.º da Constituição venezuelana.

¹⁸². Cf. art.º 281.º da Constituição venezuelana, bem como art.ºs 4.º, 7.º, 15.º e 29.º da *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, publicada em 5 de Agosto de 2004.

tes geográficos, por referência à missão que lhe está estatutariamente confiada, é possível identificar, *a priori*, dois grandes modelos de *Ombudsman* ou Provedor: o *Ombudsman* com âmbito material de actuação estritamente administrativo e o *Ombudsman* defensor dos direitos humanos.

No primeiro caso, o *Ombudsman* surge como mecanismo independente de controlo externo da Administração Pública; é, dir-se-á, um *Ombudsman* “especializado em administração pública”¹⁸³. Corresponde, *grosso modo*, ao modelo clássico da instituição. Neste recorte, o *Ombudsman* assume o papel fundamental de velar pelo primado do Direito no âmbito do exercício da actividade administrativa, bem como, através da reacção às más práticas e disfuncionalidades administrativas detectadas, de promover o que hoje, no fundo, se congrega num conceito amplo de “boa administração”¹⁸⁴.

Esta modelação rigorosamente administrativa da missão do *Ombudsman* disseminou-se, sobretudo, nos ordenamentos jurídicos que, ancorados em “velhas democracias”, procuraram, por via da sua recepção, dar fundamentalmente resposta às insuficiências ou incompletude dos meios clássicos de controlo político/parlamentar, administrativo e jurisdicional da Administração¹⁸⁵ ou, de outro modo, complementar, com esse meio de distinta natureza, aquelas formas tradicionais de controlo.

Já a visão do *Ombudsman* como defensor dos direitos humanos surge associada à emergência de “novas democracias”. Edificadas sobre os resquícios de regimes repressivos, coniventes com a violação dos mais básicos direitos humanos, bem se compreende que estas democracias *in statu oriendi* ou *in statu consolidandi*, no processo de construção de um nova ordem político-constitucional e social, perscrutem bases sólidas de um sis-

¹⁸³: Cf. JOÃO CAUPERS, «A pluralidade do *Ombudsman*: Vantagens e inconvenientes para a Administração Pública», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor...*, op. cit., p. 85, que, num outro contexto, refere como característica do *Ombudsman*, justamente, a “especialização em administração pública”.

¹⁸⁴: Defendendo um conceito amplo de boa administração, integrado por dimensões jurídicas e não jurídicas, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», in PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça: Estudos*, op. cit., pp. 11-39.

¹⁸⁵: Cf. ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, op. cit., pp. 2-8. Dando conta dessa inófia, v., ainda, entre outros, IBRAHIM AL-WAHAD, *The Swedish Institution...*, op. cit., pp. 13-14; JORGE CARLOS FONSECA, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais...», in op. cit., p. 114; ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», in op. cit., p. 32.

tema de “pesos e contrapesos” entre os vários poderes constituídos – busca de equilíbrio esta no contexto da qual, já o sabemos, recobre a instituição do *Ombudsman* o seu sentido matricial – e elejam o respeito dos direitos humanos, até então inexistente, como condição *sine qua non* do estabelecimento e da possibilidade de consolidação de um Estado de direito democrático.

Deste modo se compreende que ao *Ombudsman*, nesta específica textura, sejam destinadas tarefas fundamentais de tutela dos direitos humanos e de garantia da “boa governação”, bem como de educação da população para os direitos humanos, numa função pedagógica que constitui um instrumento vital de “capacitação [empowerment] para a cidadania”¹⁸⁶. Como explicita ANTONIO ROVIRA VIÑAS, na linha do que precede, a obra do *Ombudsman* «no debe limitarse al conocimiento de las quejas sobre mala administración o supervisión de los servicios públicos, sino que interviene decisivamente en la defensa de los derechos fundamentales, en los procesos de transformación social, incluso en la consolidación de los procesos democráticos, como en Iberoamérica, y en la adaptación de las estructuras políticas»¹⁸⁷.

Note-se, então, que não está em causa, neste segundo modelo, postergar o paradigma clássico da função provedoral. Por outras palavras, continuamos a estar perante um *Ombudsman*, *et pour cause*, perante uma instituição com o mesmo “ADN” do seu recorte típico: órgão público independente, acessível aos particulares, vigilante do modo como é exercida a função administrativa do Estado, através de uma actuação marcada pela informalidade e intervenção destituída de carácter vinculativo. Em rigor, deparamo-nos ainda com um *Ombudsman* dirigido ao controlo da Administração, a que, todavia, sobrevém algo mais: o reconhecimento de

¹⁸⁶. A expressão é de ALBERT K. FIADJOE, *Access to justice: Where does the Ombudsman of Belize fit in?* (Paper presented at Belize Country Conference, November 21-24, 2001), disponível em <www.uwichill.edu.bb/bnccde/belize/conference/paperdex.html>. Cf., também, sobre o exposto, MARTEN OOSTING, «The Ombudsman and his Environment...», *in op. cit.*, pp. 4-5; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 8-9 e 100; LAURA VILLALBA BENÍTEZ, *La tutela de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 82-85. Por último, sobre o papel do *Ombudsman* num quadro de transição democrática, na base da experiência recente dos *Ombudsmen* de alguns países da Europa Central e de Leste, v. IVAN BIZJAK, «Special Features of the Role of the Ombudsman in Transition Conditions», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 5 (2001), pp. 83-97; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *cit.*, pp. 155-168.

¹⁸⁷. ANTONIO ROVIRA VIÑAS, *in Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 26, § 25.

um mandato explícito em matéria de direitos humanos¹⁸⁸.

Nesta leitura, os “novos paradigmas” de *Ombudsman* representam, afinal, um “*upgrade*” do modelo original, clássico, da instituição e, nessa medida, a presença neles de uma dimensão de defesa dos direitos humanos revela-se, sobretudo, como decorre do *iter* comparatístico antes trilhado e sem prejuízo do desenho estatutário específico de cada uma das instituições pertinentes, nos (pelo menos, em alguns dos) seguintes aspectos: função de protecção e promoção dos direitos humanos; função de divulgação do conteúdo e significação dos direitos humanos; atribuição, em maior ou menor latitude, de legitimidade processual activa (desde logo, em processos de fiscalização da constitucionalidade de normas, e, num quadro mais generoso, para interposição dos recursos de amparo, de *habeas corpus* ou de *habeas data*, ou para proposição de acções populares); poder de recomendação legislativa (em alguns casos, já sob forma de anteprojectos ou projectos de lei) em matérias relevando da protecção dos direitos humanos; poder de recomendar aos órgãos competentes a vinculação a convenções internacionais em matéria de direitos humanos; elaboração e divulgação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos; competência *ratione personae*, nos termos estatutariamente definidos, em relação a particulares.

Duas notas, porém, se impõem desde já.

¹⁸⁸JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, p. 9 e seg.) alude, justamente, à matriz do *Ombudsman* enquanto “*instituição do direito administrativo*” e à sua evolução no sentido de “*instituição com vínculo ao direito constitucional e à promoção e defesa dos direitos humanos*”, tendo o quadro ibero-americano como referente de semelhante evolução. Por seu turno, LINDA C. REIF distingue entre “*Ombudsman clássico*” e “*Ombudsman híbrido*”, categoria esta em que enquadra o que designa de “*Ombudsman de direitos humanos*”, este último tendo um mandato adicional em matéria de protecção dos direitos humanos (LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 2 e seg., 7 e seg.), e comenta o seguinte (*ibid.*, p. 8): «[t]he human rights ombudsman dates back to the “third wave” democratization movement in Southern Europe and the creation of hybrid institutions in Portugal and Spain in the 1970s. The Provedor de Justiça (...) of Portugal, established in 1975 on the country’s return to democracy, was given the power to defend and promote rights and freedoms in addition to monitoring public administration. The Spanish transition to democracy included a new constitution in 1978 that provided for a Defensor del Pueblo (...) to supervise the protection of human rights in the new constitution and government administration». Para além dos casos de Portugal e Espanha, a mesma Autora refere, para a Europa, como exemplos de *Ombudsmen* de direitos humanos, as instituições da Finlândia, Suécia, Chipre, Grécia e a maioria dos países do centro e leste europeu (*ibid.*, p. 9).

A primeira respeito à evolução assinalada, no sentido de ao *Ombudsman* serem atribuídas competências adicionais em matéria de protecção dos direitos humanos, que não apenas enquadradas na sua função típica de controlo da Administração Pública. É que uma extensão sem limites do mandato do *Ombudsman* poderá não se afigurar inócua: é certo que a mesma ocorre em consonância com as características próprias do sistema político-constitucional de cada país e deriva, sempre, das opções político-legislativas, legítimas nesse quadro, quanto ao desenho das competências estatutárias da instituição. Ora, e sem prejuízo do reconhecimento de um mandato suplementar específico em matéria de direitos humanos, sempre importa manter presente que o *Ombudsman* constitui, na sua essência, um elo de ligação entre o cidadão e a Administração Pública¹⁸⁹, entendida aqui *lato sensu*.

Esta consideração conduz-nos a uma segunda nota, que postulamos sob a forma interrogativa: relativamente aos *Ombudsmen* que se mantêm fiéis à modelação clássica, privados de um mandato explícito de defesa dos direitos humanos, significa isto que aos mesmos escape de toda a possibilidade de uma intervenção em salvaguarda desses direitos? É que, *prima facie*, numa sua “visão exclusivamente administrativa”¹⁹⁰, o âmbito jurídico-normativo de actuação do *Ombudsman* encontrar-se-á refreado à função administrativa do Estado, não se apresentando as questões de direitos humanos, *qua tale*, matéria que interesse, de modo expresso, à sua esfera de competências.

Ora, uma tal percepção poderá ser mais aparente do que real. Com efeito, numa abordagem dogmática, nem o mandato, de feição administrativa, do *Ombudsman* posterga o controlo das condutas administrativas à luz das normas pertinentes sobre direitos humanos, antes o exige, nem a sua limitação formalmente explícita à actividade administrativa dos poderes públicos constitui necessariamente óbice a uma interpretação do mandato do *Ombudsman* que atenda, em termos exegeticamente adequados, à relevância dos *standards* de direitos humanos na actividade que o mesmo

¹⁸⁹ Pondo em destaque semelhante compreensão, v. Assembleia Parlamentar do CoE, Recomendação n.º 1615 (2003), 3.º parágrafo preambular.

¹⁹⁰ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, «O papel do Provedor de Justiça na feitura das leis», in AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário: Sessão Comemorativa na Assembleia da República, 30 de Novembro de 1995*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1996, *op. cit.*, p. 76.

desenvolve¹⁹¹. E, na verdade, como bem nota LINDA C. REIF, «*increasing numbers of the classical ombudsman offices have recognised that human rights issues do come into play in some investigations, that these matters can often be interpreted as being within their jurisdiction and that human rights norms are relevant in the resolution of these cases*»¹⁹². Concretizemos, pois, sobre que esteio pode ter lugar este desenvolvimento.

4.3. Sequência: O Ombudsman, “órgão de protecção cidadã”

Uma suposta tensão entre “visão estritamente administrativa” do *Ombudsman* e expansão do seu mandato de forma a acolher uma função de protecção dos direitos humanos, e sem cairmos em “surrealismo institucional”, resulta ainda mais enfraquecida diante do sentido último, irrecusável, que podemos descortinar na instituição da figura há quase duzentos anos: o da protecção do indivíduo face ao Estado.

Não nasceu, justamente, o *Ombudsman* sueco da luta contra os resquícios do absolutismo monárquico, que culminou na deposição de Gustavo IV Adolfo, no quadro da reforma constitucional de 1809?¹⁹³ Não constituiu também o então novel órgão unipessoal um pilar imprescindível da implementação, naquele contexto, de um “contrato social”, de que é elemento essencial a inalienabilidade dos direitos dos governados frente aos governantes?¹⁹⁴

As interrogações que precedem não têm outro sentido senão o de pôr em

¹⁹¹ Na asserção de VICTOR O. AYENI («The Ombudsman and the Achievement...», in *op. cit.*, p. 36), «(...) the human rights field increasingly provides a useful source of complementary legal principles against which the work of contemporary administrative institutions may be judged».

¹⁹² LINDA C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Anthology...*, *op. cit.*, p. XXV. Sobre este reconhecimento de uma componente de protecção de direitos humanos no *Ombudsman* clássico, v. também LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁹³ Para uma leitura do significado da revolução de 1809 no quadro da história sueca, v. ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, *op. cit.*, pp. 15-19.

¹⁹⁴ Chamemos à colação, a este propósito, as palavras de ANDRÉ LEGRAND (*ibid.*, pp. 27-28), ao enquadrar as origens do JO sueco: «[s]i l'on anticipe sur des développements ultérieurs, on peut distinguer dans l'institution de l'Ombudsman deux aspects bien distincts; un aspect constitutionnel d'abord: la surveillance de l'administration et de la justice était déjà un contrôle de l'activité royale et gouvernementale, d'autant plus nécessaires que l'on n'imagine pas encore le principe parlementaire. Mais l'Ombudsman répondait en outre au souci de protéger les droits du peuple contre l'administration. Ce double souci était tout à fait actuel en Europe au XVIII^e

evidência que, mesmo enquanto meio de controlo da actividade administrativa, o *Ombudsman* é, acima de tudo, um instrumento fundamental de defesa dos direitos das pessoas. Ou seja, mesmo no seu domínio típico de actuação, visando os comportamentos administrativos das entidades sujeitas à sua jurisdição, o *Ombudsman* delinear-se-á, essencialmente, como um “*órgão de protecção cidadã*”¹⁹⁵.

Em conformidade, mais do que uma leitura desta instituição já secular numa lógica de “*checks and balances*” – *i.e.*, como meio de garantia do exercício são (= sem mácula de ilegalidade ou injustiça) do poder na esfera do “governo dos Homens pelos Homens”, corporizada, quanto à satisfação das necessidades colectivas, na máquina administrativa do Estado –, a criação do *Ombudsman* deve ser encarada, primordialmente, na perspectiva da defesa dos cidadãos contra actuações ilegais ou injustas dos poderes públicos. Nesta perspectiva, aliás, recobra todo o sentido realçar, *hic et nunc*, que a institucionalização da figura do *Ombudsman* surge ela própria correlacionada com uma posição jurídica subjectiva fundamental dos particulares, a saber, o direito de petição¹⁹⁶.

Nesta linha, certa doutrina não hesita em colocar em primeiro plano a

et au début du XIX^e siècles». Cf., outrossim, ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», *in op. cit.*, p. 32, que coloca, precisamente, em destaque a dupla função presente, na sua origem, no modelo escandinavo de *Ombudsman*, a saber, controlo da Administração e defesa dos direitos humanos.

¹⁹⁵ A expressão é utilizada por MIGUEL PÉREZ (*apud* MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, «Reflexiones...», *in op. cit.*, p. 42). Cf., também, LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁶ Cf. ANDRÉ LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave...*, *op. cit.*, pp. 28-29 e, entre nós, a propósito do *Ombudsman* português, ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, p. 56. No caso do JO sueco, durante o primeiro século de existência da instituição, em que o peso das queixas era menor, estas perfizeram um total de cerca de 8.000 (fonte: <www.jo.se>). Não será, porventura, despiciendo recuperar a compreensão hodierna do direito de petição, em toda a sua amplitude, concretizando-o, nas diversas faculdades que comporta, na sua interacção específica com um órgão como o *Ombudsman*. Neste caso, o exercício do direito em apreço traduzirá, em regra, a apresentação de uma queixa, *proprio sensu*, mediante a qual é dada a conhecer ao *Ombudsman* a existência ou risco de um comportamento ilegal ou injusto por determinada entidade pública ou com poderes públicos, solicitando-se-lhe que, no exercício das suas competências, adopte posição adequada contra o órgão visado, postulando a correcção ou prevenção da situação denunciada. Mas também poderá tão-simplesmente ter como móbil a vontade de expressar uma opinião ou fazer uma chamada de atenção em face de determinada actuação dos poderes públicos, levando o *Ombudsman* a reflectir, no quadro das suas competências, sobre os efeitos da mesma, com vista a uma sua eventual tomada de posição.

função do *Ombudsman* como defensor dos direitos humanos, chegando mesmo ao ponto de reconhecer como tendência imperante a modelação do *Ombudsman* como meio não jurisdicional de defesa dos direitos humanos.

Assim, na elocução de FREITAS DO AMARAL, «[c]hame-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»¹⁹⁷.

JORGE CARLOS FONSECA afirma, por seu turno, que «a tendência actual é a da maioria dos *Ombudsmen* ou institutos análogos combinarem a actuação na fiscalização da actividade da administração com a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, senão mesmo dos direitos fundamentais vistos na sua globalidade (...)»¹⁹⁸.

Aliás, e com relevo para a compreensão do *Ombudsman* no horizonte europeu, a sua apetência e adequação umbilicais quanto à protecção dos direitos humanos aparece já bem patente na Recomendação n.º R (85) 13, do Comité de Ministros do CoE, noutra momento citada. Com efeito, recorde-se que este órgão político, ao recomendar aos Estados membros que incorporassem a instituição provedoral nas respectivas ordens jurídicas, não deixou de debruçar-se sobre a *questão do respectivo mandato*. E, nesse sentido, instou os mesmos Estados a considerarem «*habilitar o Ombudsman, quando assim não fosse já o caso, a prestar uma atenção particular, no quadro da sua competência geral, às questões de direitos humanos sub-*

O acesso dos particulares ao *Ombudsman*, no exercício do direito de petição, poderá, ainda, traduzir-se na apresentação de pedido, no sentido de ser desencadeado processo judicial relativamente ao qual o *Ombudsman* veja estatutariamente reconhecida a sua legitimidade processual activa, dimensão esta que é particularmente relevante nos casos em que os particulares não têm *locus standi* (como entre nós acontece, em sede de contencioso constitucional, nos processos de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade ou da ilegalidade).

¹⁹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», in *op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁸ JORGE CARLOS FONSECA, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais...», in *op. cit.*, pp. 115, 117-118. Cf., já entre nós, LUÍS LINGNAU SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in MÁRIO BAPTISTA COELHO (coord.), *Portugal: O Sistema Político e Constitucional – 1974/87*, Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, p. 707. V., por último, VICTOR O. AYENI, «The Ombudsman and the Achievement...», in *op. cit.*, p. 48, para quem a expansão do papel do *Ombudsman* de forma a cobrir dimensões de direitos humanos é não só inevitável como essencial para a sobrevivência da instituição no futuro.

metidas à sua apreciação e, se a legislação nacional o permitir, de desencadear inquéritos e de dar pareceres quando estejam em causa questões relativas aos direitos humanos», por um lado, e «aumentar e reforçar por outros meios os poderes do Ombudsman, de forma a encorajar o respeito efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no funcionamento da Administração», por outro¹⁹⁹.

Volvidos quase vinte anos, a Assembleia Parlamentar do CoE, na sua Recomendação n.º 1615 (2003), igualmente citada, confirma a importância do *Ombudsman* no contexto dos sistemas nacionais de protecção dos direitos humanos. Neste sentido, é feito notar que a evolução dos modos de protecção dos direitos humanos se repercutiu no papel do *Ombudsman*, na medida em que o respeito desses direitos integra o conjunto das normas jurídicas que se impõem à Administração Pública e que, como tal, condicionam a legalidade da respectiva actuação²⁰⁰. Ou seja, e numa outra formulação, o respeito dos direitos humanos/direitos fundamentais integra o princípio da legalidade da Administração, cujo respeito o *Ombudsman* ou Provedor está, pela sua natureza e no quadro das suas atribuições estatutárias, habilitado a escrutar²⁰¹.

Assim sendo, a Assembleia Parlamentar do CoE acabou por recomendar

¹⁹⁹ Comité de Ministros do CoE, Recomendação n.º (85) 13, al. b) e c), respectivamente. O interesse do CoE por uma instituição com as características do *Ombudsman*, numa perspectiva de protecção dos direitos humanos, não se circunscreve a exortações de índole política. Lembre-se que esta organização internacional é igualmente palco de reuniões regulares entre os *Ombudsmen* europeus (v. Comité de Ministros do CoE, Resolução (85) 8, de 23 de Setembro de 1985, *supra* nota 56), por cuja organização passou, no final do ano de 2002, a ser responsável o Comissário para os Direitos Humanos do CoE (v. LE COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 3e Rapport Annuel janvier – décembre 2002, au Comité des Ministres et à l'Assemblée parlementaire, Strasbourg, 19 juin 2003 [CommDH (2003) 7] p. 7). Semelhante iniciativa no seio de uma organização comprometida, desde a sua nasença, com os princípios da liberdade, do Estado de direito e da democracia não pode senão corroborar o reconhecimento do papel fundamental do *Ombudsman* nas sociedades contemporâneas, enquanto vigilante atento do desempenho das entidades administrativas submetidas ao seu escrutínio, à luz de critérios de legalidade e justiça, e pilar adequado ao reforço, nesse domínio, da protecção dos direitos e liberdades fundamentais.

²⁰⁰ Recomendação n.º 1615 (2003), cit., 1.º e 3.º parágrafos preambulares.

²⁰¹ A esta luz, adquirem sentido as palavras de HÉCTOR GROS ESPIELL («The Judicial *Ombudsman* an the International Protection of Human Rights», in AA.VV., *Judicial Ombudsman...*, *op. cit.*, p. 217), quando afirma o seguinte: «[t]oday no one can doubt that the institution of *Ombudsman* (...) constitutes, in Comparative Law and in the current political reality, one of the most efficient means in order to make the Public Administration within the framework of Law, so that it may be efficacious and nondiscriminatory and so that Human Rights may find an additional form of protection and defence».

aos seus Estados membros que «atribuam a esta instituição [do Ombudsman] um mandato que englobe claramente os direitos humanos enquanto elemento essencial da noção de boa administração e que compreenda um papel mais amplo em matéria de protecção dos direitos humanos, na medida em que, na ausência de outros mecanismos complementares específicos, as condições nacionais assim o exijam»²⁰².

Daqui resulta, é certo, que a questão da extensão do mandato do *Ombudsman* a matérias relevando dos direitos humanos acabará, em último termo, por ser regulada no contexto constitucional e legal próprio de cada país, na base da consideração da cultura política, jurídica e administrativa vigente²⁰³. Esta é uma premissa insofismável²⁰⁴.

Por outro lado, não podemos desconsiderar que é o próprio enquadramento jurídico-normativo de algumas das instituições de *Ombudsman*, desde logo, as de recorte clássico, que não autorizam determinadas intervenções que colocariam o respectivo titular mais próximo de um defensor dos direitos humanos. Tal pode ocorrer, designadamente, por via da exclusão de determinados sectores de actividade ou entidades do âmbito de actuação do *Ombudsman* com competência genérica, como sejam, por exemplo, as forças de segurança e as forças armadas, cuja inclusão na esfera de competência do *Ombudsman* nem sempre se verifica, num domínio, no seio do qual podem suscitar-se questões sensíveis ao nível do respeito dos direitos humanos²⁰⁵. Assim acontece, por exemplo, no panorama dos *Ombudsmen* europeus mais antigos, no Reino Unido, estando precisamente excluídas do poder de investigação do *Comissário Parlamentar* as queixas contra a polícia²⁰⁶.

De todo o modo, fora a hipótese de uma dilatação do mandato do *Ombudsman* de forma a abranger expressamente a defesa dos direitos humanos, bem como salvaguardadas as limitações estatutárias postas à sua

²⁰² Recomendação n.º 1615 (2003), § 10, al. iii).

²⁰³ Cf., também, Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport...*, Doc. 9878, cit., §§ 22, 23 e 25.

²⁰⁴ Como afirma LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 81), «[e]ach ombudsman institution is unique in the extent of its human rights activities, based on the particular legal environment of the state in which the ombudsman office is located».

²⁰⁵ Cf. LINDA C. REIF, *ibid.*, pp. 3 e 102.

²⁰⁶ V. THE PARLIAMENTARY OMBUDSMAN, *How to complain to the Ombudsman*, Office of the Parliamentary Commissioner for Administration: Central Office of Information, 2003, p. 4 (disponível em <www.ombudsman.org.uk/publications.html>).

intervenção quanto a determinados sectores/entidades da Administração Pública, já a consideração dos direitos humanos como dimensão legitimante e fundamentante do próprio Estado, a penetração desses direitos em toda a esfera pública, incluindo a actividade administrativa, o enquadramento do *Ombudsman* como “órgão do Estado”²⁰⁷ e a sua compleição como mecanismo de defesa dos cidadãos constituem, a nosso ver, bases sólidas para alicerçar competências, dentro do regime jurídico que conforma cada instituição e ainda que implícitas (isto é, na medida em que se estimem ainda ser necessárias ao desempenho das funções do *Ombudsman*, tal como estatutariamente definidas), em matéria de protecção e promoção dos direitos humanos²⁰⁸.

Decisivo é que o *Ombudsman*, mesmo na sua feição estritamente administrativa e no quadro da sua competência geral, tenha a capacidade (e a vontade) de perspectivar as questões submetidas à sua apreciação à luz dos direitos humanos, sempre que esteja em causa animar o respeito efectivo desses e outros direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, na actividade da Administração Pública.

Procuremos ilustrar o que precede, cotejando a prática de algumas instituições de *Ombudsman*, de entre os países europeus percorridos na descrição comparatística, feita em capítulo anterior.

Assim, refira-se, a título de exemplo, o caso dos Mediadores Federais da Bélgica. Com efeito, não obstante o delineamento de sentido administrativo do respectivo mandato, a instituição belga assume intervir, no quadro das suas competências, no plano da defesa dos direitos da pessoa em domínios como o do acolhimento de estrangeiros e da concessão de asilo

²⁰⁷. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», *in op. cit.*, p. 48.

²⁰⁸. Na verdade, e segundo conclusão de LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 393), «[t]he reality of contemporary ombudsman work is that human rights protection and promotion is an express function for many and is part of the work of a number of classical ombudsmen based on their functions of monitoring legality and fairness in public administration». Que assim é, confirmam-no os *Ombudsmen* europeus ocidentais, os quais, reunidos com o Comissário para os Direitos Humanos do CoE, concluíram que, não obstante as respectivas legislações nacionais pudessem não reconhecer-lhes expressamente uma função de defesa dos direitos humanos, na prática os mesmos interpretavam o seu mandato como incluindo questões de direitos humanos (v. OFFICE OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Conclusions of the Meeting Between the Western European Ombudsmen and Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights*, Paris, 1 December 2000 [CommDH (2000) 5], § 4).

(v.g., em defesa do respeito da dignidade dos estrangeiros, requerentes de asilo ou refugiados, no decurso do tratamento dos respectivos processos, da análise imparcial e não discriminatória dos seus direitos à luz da lei belga e das convenções internacionais pertinentes), ou do respeito dos direitos das pessoas privadas de liberdade, seja em estabelecimentos prisionais ou em centros para estrangeiros em situação irregular²⁰⁹.

Também assim em relação a instituições de *Ombudsman*, que figuram entre as primeiramente criadas na Europa ocidental.

Vejam o caso do Mediador da República francesa. Este nasceu de uma iniciativa legislativa governamental²¹⁰, precedida, no entanto, de iniciativas de parlamentares mais direccionadas para a consagração de uma instituição de defesa das liberdades (um “alto-comissariado para a defesa dos direitos do Homem” ou um “delegado parlamentar para as liberdades”)²¹¹. No debate em torno da proposta de lei em questão, o Governo recusou conferir ao Mediador uma função legal de defensor dos direitos e liberdades, com base no entendimento de que, no sistema jurídico francês, uma tal função caberia aos tribunais, posição esta que acabou por vingar, porquanto na legislação adoptada em 1973 foi adstrita ao Mediador uma missão primordial de melhoria das relações quotidianas entre a Administração e os cidadãos²¹².

Não obstante, da avaliação que é feita do desenvolvimento da instituição francesa, hoje com mais de trinta anos de existência, e sem perder de vista que a vocação primeira do *Médiateur* é a de proteger os cidadãos con-

²⁰⁹. Nesse sentido, cf. PIERRE-YVES MONETTE, *Le médiateur et les droits de la personne: Missions et rôle du médiateur* [intervenção proferida em Argel, 10-11 de Dezembro de 2003], texto disponível em <www.federalombudsman.be/Artikels/Alger.doc>; v., igualmente, com exemplos de casos tratados pela instituição, em matéria de estrangeiros, com argumentação fundada, nomeadamente, na CEDH e seus Protocolos, PIERRE-YVES MONETTE, *La promotion des droits de l'homme et la stabilité démocratique par l'Institution de l'Ombudsperson dans le contexte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* [intervenção proferida na Moldavia, 5-6 de Outubro de 2004], texto disponível em <www.federalombudsman.be/Artikels/Moldavie.doc>. V., por último, COLLÈGE DES MÉDIATEURS FÉDÉRAUX, *Bilan & Jurisprudence 1997 – 2002*, Bruxelles, 2003.

²¹⁰. Em 2 de Outubro de 1972, o então Primeiro-Ministro PIERRE MESSMER anunciava a apresentação no Parlamento de uma proposta de lei visando a instituição, em França, da figura do Mediador. V. LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République...*, cit., p. 9.

²¹¹. *Ibid.*, p. 10.

²¹². *Ibid.*

tra os abusos da actividade administrativa, destaca-se a seguinte conclusão: «*si les personnes qui s'adressent à lui [Médiateur de la République] se fondent rarement sur le respect des libertés publiques, il apparaît que les difficultés administratives dont elles se plaignant mettent aussi fréquemment en cause l'exercice effectif de leur droits*»²¹³. Neste contexto, são apontadas intervenções relativamente a queixas apresentadas por estrangeiros em questões relacionadas com a sua entrada e permanência em território francês, seja em defesa de liberdades individuais, seja, sobretudo, visando a garantia dos seus direitos sociais. Por outro lado, o Mediador da República presta particular atenção aos grupos de pessoas em situação de maior vulnerabilidade e ao reconhecimento dos seus direitos, nomeadamente nos domínios da luta contra a pobreza extrema e a exclusão²¹⁴. Acresce que, no plano das propostas de reforma normativa, sobressaem, numa abordagem temática, as questões relacionadas com a protecção devida aos portadores de deficiência, às crianças, aos idosos e aos direitos dos pacientes²¹⁵. Em consequência, significa isto que, na prática, a instituição francesa enquadra as questões que lhe são submetidas, bem como as iniciativas de reforma que sugere, numa perspectiva do respeito dos direitos humanos. Tanto assim é que a tradução institucional da afirmação de um papel do Mediador na defesa dos direitos e liberdades fundamentais teve já lugar, como noutra oportunidade referimos, por via da sua nomeação como membro de pleno direito da *Commission Nationale Consultive des Droits de l'Homme*.

De modo distinto, já uma análise da actividade do Comissário Parlamentar para a Administração britânico revela uma intervenção mais centrada nas disfuncionalidades estritamente administrativas das entidades submetidas ao seu controlo, circunstância a que não são alheios a cultura e o sistema jurídicos próprios da monarquia constitucional em questão, bem como o enquadramento estatutário específico deste *Ombudsman*²¹⁶. A este propósito, aliás, não será porventura despicienda a limitação que decorre do estatuto legal do Comissário Parlamentar, segundo a qual este

²¹³ *Ibid.*, p. 14.

²¹⁴ Nesse sentido, *ibid.*

²¹⁵ Cf. *ibid.*, pp. 47-49.

²¹⁶ Como refere MARY SENEVIRATNE («Ombudsmen 2000», *in op. cit.*, p. 16), ao pôr em evidência as diferenças de interpretação, à escala mundial, acerca do que sejam exactamente as funções de um *Ombudsman*, «[t]he focus in the United Kingdom is on maladministration, whereas in some countries, the emphasis is on human rights».

está, por via de regra, impedido de actuar relativamente a questões em que a pessoa ofendida pode ver a situação remediada através do recurso à via judicial²¹⁷. Neste sentido, a actuação do *Ombudsman* em apreço ocorre, em geral, em matérias não judiciáveis, que não violem direitos legalmente protegidos (estes últimos invocáveis perante os tribunais)²¹⁸.

Em consonância com o que antecede, a actuação do Comissário Parlamentar vem dirigida, muito claramente, contra as injustiças sofridas pelos administrados²¹⁹ em virtude de má administração²²⁰ por parte de departamentos governamentais ou outras entidades sujeitas à jurisdição do Comissário. Note-se, por outro lado, que, a par da resolução das queixas individuais, está igualmente presente na sua actuação a melhoria da acção e prática administrativas, com benefícios para o conjunto dos administrados em geral.

Neste enquadramento, e de acordo com as súmulas de actividade do Comissário Parlamentar britânico, as questões tratadas por esta instituição respeitam, na verdade, essencialmente a situações de erros, informações erradas e atrasos nos organismos visados, assim como de tratamento deficiente pela Administração das reclamações que lhe são apresentadas, com efeitos prejudiciais para os reclamantes que aquela não reconheceu ou admitiu.

Este *Ombudsman*, por força do respectivo estatuto legal, firma, por conseguinte, as suas investigações em casos de má prática administrativa, lesiva para os administrados, e não tanto na defesa dos respectivos direitos

²¹⁷ Salvaguardada sempre a possibilidade de o Comissário Parlamentar poder actuar, na medida em que, atendendo às circunstâncias particulares do caso, não seja razoável esperar que a pessoa recorra ou pudesse ter recorrido aos tribunais. Cf. art.º 5.º, n.º 2, do *Parliamentary Commissioner Act 1967*.

²¹⁸ Cf. MARY SENEVIRATNE, «Ombudsmen 2000», *in op. cit.*, pp. 17-18; DOUGLAS LEWIS/RODA JAMES, «Joined-up Justice: Review of the Public Sector Ombudsman in England», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 4 (2000), p. 128.

²¹⁹ V.g., o cidadão não foi informado acerca de um benefício a que tinha direito, não obstante ter questionado a Administração acerca desse benefício. V. THE PARLIAMENTARY OMBUDSMAN, *How to complain to the Ombudsman*, *cit.*, p. 7.

²²⁰ São exemplos de má administração: a entidade pública visada demorou demasiado tempo para que actuassem, não respeitou os seus próprios regulamentos ou procedimentos, tratou o cidadão injustamente, forneceu ao cidadão informação errada, ou não tomou de modo correcto uma decisão. *Ibid.*, p. 6; v., também, MARY SENEVIRATNE, «Ombudsmen 2000», *in op. cit.*, p. 18.

fundamentais, que sejam sindicáveis perante uma outra instância, designadamente judicial.

Semelhante realidade não desanima, porém, a posição já antes manifestada quanto à adequação da instituição do *Ombudsman* para o exercício de uma missão de defesa dos direitos fundamentais. E a comprová-lo temos, justamente, os casos das instituições de *Ombudsman* mais remotas – assim, quer na Suécia²²¹, quer na Finlândia²²², e, ainda, na Noruega²²³ –, porquanto, no quadro jurídico-normativo que delimita as respectivas funções, vêem hoje expressamente consignada a atenção devida aos direitos fundamentais/direitos humanos nos seus mandatos, actuando os respectivos titulares em conformidade²²⁴.

Com referência, por último, aos casos paradigmáticos do Provedor de Justiça português e do *Defensor del Pueblo* espanhol, cujo enquadramento institucional acontece em pleno regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, é importante sublinhar que a função clássica de controlo da

²²¹ Art.º 3.º das “JO-instruktionen”: «os Ombudsmen devem especialmente assegurar (...) que os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos não sejam lesados pela administração pública».

²²² Art.º 109.º da Constituição finlandesa: «(...) no exercício das suas funções o Ombudsman monitoriza o respeito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos».

²²³ Art.º 3.º da Lei relativa ao *Stortingets Ombudsman* para a Administração Pública (Lei n.º 8, de 22 de Junho de 1962, alterada por último em 2004): «[o] Ombudsman tem por missão (...) esforçar-se por assegurar que não seja cometida injustiça pela Administração Pública contra o cidadão e contribuir para assegurar que os direitos humanos sejam respeitados». O aditamento final deste preceito resulta, justamente, de alteração, em vigor desde 1 de Janeiro de 2004, feita ao estatuto legal do *Ombudsman* norueguês e teve por fim explicitar que, no exercício das suas competências, uma parte importante da base das investigações levadas a efeito por este *Ombudsman* consiste em clarificar se a Administração, nas suas actuações, seja na aplicação estrita da lei, seja no exercício de poderes discricionários, tomou na devida medida a protecção dos direitos humanos. Neste sentido, a presente modificação, sem ter consequências substantivas directas na actuação do *Stortingets Ombudsman*, está, outrossim, concatenada com o processo de incorporação no ordenamento jurídico norueguês de convenções internacionais relativas a direitos humanos, a que a Noruega se vinculou. V. SIVILOMBUDSMANNEN/THE PARLIAMENTARY OMBUDSMAN FOR PUBLIC ADMINISTRATION – NORWAY, *Annual Report 2003: Summary in English*, Oslo: 2004, p. 12.

²²⁴ Quanto à actuação, em particular, do *Ombudsman* finlandês em matéria de direitos humanos, v. ILKKA RAUTIO (ed.), *Parliamentary Ombudsman of Finland: 80 Years*, Helsinki: Parliamentary Ombudsman of Finland, 2000, p. 61 e seg.; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 138-141.

Administração Pública conserva o seu lugar próprio na esfera das competências estatutárias atribuídas a ambas as instituições. Ou seja, a influência do *Ombudsman* clássico, no seu âmbito típico de actuação, está nelas bem presente e podemos mesmo afirmar que reside na base da maioria das intervenções dos dois *Ombudsmen* ibéricos.

Nessa medida, o Provedor de Justiça e o *Defensor del Pueblo* não se distinguem dos restantes *Ombudsmen* europeus de feição administrativa. Aliás, e sem prejuízo da configuração estatutária específica de cada uma dessas instituições, uma análise da actividade dos *Ombudsmen* europeus perscrutados, sob o ponto de vista das principais questões de direitos humanos que são trazidas à respectiva atenção, revela que, na prática, os problemas tópicos abordados são, em grande medida, comuns a todos eles. Não há, por conseguinte, grandes disparidades quanto ao que sejam as situações reclamadas nas queixas apresentadas aos vários *Ombudsmen* nacionais do espaço da União, que interessam à salvaguarda dos direitos fundamentais/direitos humanos²²⁵.

Porém, se assim é, sempre cabe indagar, então, qual o conteúdo específico da função de defesa dos direitos fundamentais, que o mandato constitucional, quer do Provedor de Justiça, quer do *Defensor del Pueblo*, expressa.

Julgamos, quanto a este ponto e numa perspectiva dogmática, ser possível alicerçar a seguinte distinção. Nos *Ombudsmen* de recorte clássico, a

²²⁵ Baseamo-nos na compilação das respostas a questionário, elaborado pelo Gabinete do Comissário para os Direitos Humanos do CoE, sobre a actividade dos *Ombudsmen* dos Estados membros, em matéria de direitos humanos, nos anos 2001/2002 – BUREAU DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 8ème Table Ronde des Ombudsmans Européens (Oslo, 3-5 novembre 2003): *Analyse de l'activité des Ombudsmans Européens en 2001/2002*, p. 39 e seg. Assim, a actividade destes *Ombudsmen* mostra que persistem problemas ao nível do respeito pelo princípio da igualdade, defrontando-se com situações de tratamento discriminatório. Outras preocupações comuns tocam ao sistema penitenciário, *maxime* quanto às condições de detenção e ao estatuto jurídico dos reclusos, assim como à imigração e direito de asilo, com destaque para o estatuto jurídico dos imigrantes, os atrasos nos procedimentos de emissão de autorizações de residência e de apreciação dos pedidos de asilo, a efectivação do direito ao reagrupamento familiar, as medidas de integração social, a expulsão de estrangeiros e os procedimentos de aquisição da nacionalidade. Relevam, ainda, questões relacionadas com o sistema de protecção social (desemprego, doença, família, idosos, cidadãos portadores de deficiência), o acesso a cuidados de saúde, os atrasos nos processos judiciais e o respeito dos direitos da criança.

relevância dos direitos humanos no respectivo âmbito de actuação, coincidente com a fiscalização, por meios informais, da Administração Pública, será uma relevância *indirecta ou mediata*, no sentido de que as questões de direitos humanos que os mesmos possam abordar surgem, necessariamente, por *intermediação* da actividade administrativa, que representa o domínio típico de incidência das competências dos *Ombudsmen* em apreço. Já no caso dos apelidados “*Ombudsmen* de direitos humanos” (LINDA C. REIF), em que se enquadram, designadamente, o Provedor de Justiça português e o *Defensor del Pueblo* espanhol, verifica-se uma relevância *directa ou imediata* dos direitos humanos no desenho do respectivo mandato, podendo intervir em defesa destes direitos sem necessidade de um filtro materializado na existência de qualquer comportamento materialmente administrativo²²⁶.

Quanto ao Provedor de Justiça português, o estudo do mesmo será autonomizado na terceira parte deste nosso excursão, pelo que não pretendemos aqui senão deixar expressa a enumeração geral do que consideramos traduzir a margem de competência para uma relevância *directa* dos direitos humanos na actividade do *Ombudsman* luso. Nesse sentido, a função de protecção e promoção dos direitos humanos do Provedor de Justiça, sem correlação *directa*, num caso concreto, com a actuação da Administração Pública, manifesta-se, nomeadamente, na sua competência estatutária de intervenção no quadro das relações entre particulares que consubstanciem relações especiais de domínio, sempre que estejam em causa direitos, liberdades e garantias²²⁷, na sua legitimidade processual activa nos processos de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas e da inconstitucionalidade por omissão²²⁸, na sua competência para emitir recomendações legislativas, assinalando as deficiências de legislação²²⁹, bem como

²²⁶. Numa outra formulação, segundo LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 60), «*classical ombudsmen receive complaints that raise primarily issues of administrative and legal accountability, while others – such as those with an express human rights protection function – will work extensively in areas of constitutional and legal accountability*».

²²⁷. V. art.º 2.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça – de agora em diante EPJ (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pelas Leis n.º 30/96, de 14 de Agosto, e n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro).

²²⁸. V. art.º 20.º, n.ºs 3 e 4, respectivamente, do EPJ.

²²⁹. V. art.º 20.º, n.º 1, al. b), do EPJ.

na sua incumbência de divulgar o conteúdo e a significação dos direitos fundamentais²³⁰.

No caso do *Defensor del Pueblo* espanhol, destaca-se igualmente, em particular, a sua legitimidade processual activa para interpor recursos de inconstitucionalidade, a qual se estende, ainda, aos recursos de amparo e de *habeas corpus*²³¹. Por outro lado, afigura-se-nos bastante distintivo na prática desta *Defensoría*, para além do que seja o *modus operandi* típico de um *Ombudsman*, a divulgação de vários relatórios especiais e outros documentos monográficos, incidentes sobre questões de direitos humanos, procedimento este que tem permitido uma análise de problemas mais estruturais na sociedade espanhola, com vista à efectivação dos direitos constitucionalmente protegidos. Entre as temáticas alvo deste tipo de iniciativa por parte do *Defensor del Pueblo*, contam-se, entre outras, as seguintes: situação penitenciária e outros centros de detenção; lares para a terceira idade; organização tutelar de menores; saúde mental; situação dos estrangeiros em Espanha; direitos das pessoas com deficiência; segurança e prevenção de acidentes em recintos infantis; violência doméstica contra as mulheres; violência no meio escolar; sistema nacional de saúde (listas de espera)²³².

Em suma, reconhecer uma função de protecção dos direitos humanos ao *Ombudsman* não significa que uma qualquer queixa, na qual se alegue violação dos direitos humanos, possa ser apreciada e decidida pelos mecanismos de provedoria. Importa, por conseguinte, antes de mais, verificar se a ques-

²³⁰ V. art.º 20.º, n.º I, al. d), do EPJ. Note-se, desde já, que, quanto ao poder de iniciativa junto do Tribunal Constitucional, bem como ao poder de recomendação legislativa do Provedor de Justiça, não estando os mesmos estatutariamente funcionalizados à função de protecção ou promoção dos direitos fundamentais, os mesmos constituem, à partida, instrumentos não despidiendos para uma intervenção activa do *Ombudsman* português na tutela desses direitos, bem em conformidade com uma leitura constitucionalmente adequada do mandato conferido ao órgão do Estado em apreço.

²³¹ Estes últimos, porém, e como também já foi feito notar, raramente saídos da iniciativa do *Defensor*, insistindo-se no sentido objectivo, de defesa da ordem jurídica, e não tanto de actuação como mandatário do ofendido, que se descortina na atribuição do correlativo *locus standi* (v., quanto ao recurso de amparo, CARLOS LUNA ABELLA, «Artículo 29», in *op. cit.*, pp. 739-740, §§ 79-80). Para uma análise geral da actividade do *Defensor del Pueblo* espanhol, na perspectiva da protecção dos direitos fundamentais, v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 145-149.

²³² Informação disponível em <www.defensordelpueblo.es>.

tão suscitada se enquadra nas competências do *Ombudsman* ou Provedor, *maxime* a sua competência *ratione personae* (ou seja, o conjunto das entidades destinatárias da sua actuação), já que, no plano substantivo, a *matéria* dos direitos humanos relevará, potencialmente, de toda a actividade do Estado (legislador, tribunais e Administração Pública), bem como, *mutatis mutandis*, do mundo das relações entre pessoas privadas (neste plano – e sem prejuízo de uma relevância directa, dogmaticamente adequada, das normas de direitos humanos nas relações jurídicas privadas –, designadamente, através da sua densificação em normas de outros ramos do direito (penal, civil, do trabalho...)). Por outro lado, para além do ambiente político-constitucional e jurídico-estatutário em que cada instituição de *Ombudsman* se insere, como já diversas vezes sublinhado, em última análise serão determinantes a abertura e receptividade do *Ombudsman* para, no quadro das suas competências, mobilizar, na prática, as normas relativas a direitos humanos/direitos fundamentais na resolução das questões que investiga²³³, aspecto este tanto mais pertinente, quanto mais acentuada for a feição administrativa da instituição.

5. Relevância dos direitos humanos para a actividade do *Ombudsman*

Delineados dois modelos tendenciais de *Ombudsman* – um “voltado para o Estado de direito e a boa administração”, outro “centrado na protecção e promoção dos direitos humanos”²³⁴ – e sugerida, enfim, uma delusória tensão entre ambos, no que à matéria da protecção dos direitos humanos concerne, sem prejuízo da delimitação, mais estreita num caso, mais ampla noutro, da respectiva função, debrucemo-nos, agora, sobre algumas das dimensões possíveis de relevância dos direitos humanos na actividade do *Ombudsman*, incluindo as instituições que se aproximam mais do modelo clássico de vigilância estrita da actividade administrativa dos poderes públicos. Para este efeito, serão abordadas, sucessivamente, as dimensões exegética, processual e institucional.

²³³ LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 105.

²³⁴ Cf. Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport...*, Doc. 9878, *cit.*, § 24.

5.1. Dimensões exegeticas: As normas sobre direitos humanos como referente da actuação do Ombudsman

Mesmo nos casos em que o âmbito de actuação do *Ombudsman* se encontra limitado ao controlo da Administração Pública, convém ter presente que esta não representa um espaço fora dos direitos humanos. Mais, a Administração Pública, pela sua própria natureza, interfere com os direitos humanos. Desde logo, na actividade administrativa de autoridade, mas também na actividade administrativa de execução de prestações. Com efeito, que mais não é a satisfação das necessidades colectivas de uma comunidade senão, em grande medida, muitos dos direitos fundamentais “em acção” – boa ou má, e daí um espaço possível de intervenção para o *Ombudsman* –, a começar pela implementação das condições materiais necessárias para a sua garantia e gozo efectivos? Por outro lado, há toda uma difusa prática administrativa que pode configurar agressões ilegítimas a esferas de autonomia jusfundamentais, oponíveis contra as entidades públicas.

Tudo isto reflectido na vida das pessoas, e na medida em que as mesmas se considerem afectadas nas suas posições jurídicas subjectivas, desde logo, nos seus direitos fundamentais, abre-se, naturalmente, a possibilidade de “recurso” ao *Ombudsman* com vista à tutela desses mesmos direitos²³⁵.

A não insignificância daquela ingerência deve ainda ser lida à luz da própria expansão da actividade administrativa, na evolução, no decurso do passado século, de uma Administração Pública de “defesa da ordem social existente” para uma Administração “conformadora de uma ordem social mais justa”²³⁶, e, como tal, crescentemente interventora, complexa e burocratizada. E deve sê-lo ainda também perante a tendência de inflexão quanto à abrangência da máquina administrativa, consubstanciada, nos tempos mais recentes, designadamente, na entrega aos privados da prestação ou da gestão de certos serviços públicos, podendo não ser aí suficientes os mecanismos de auto ou hetero-regulação do exercício de determinadas actividades. Pelo que também aqui se desenha um espaço de intervenção do *Ombudsman*, não devendo a fuga para esquemas privatísticos

²³⁵ Cf. ENRIQUE MÚGICA ERZOG, «A Boa Administração como Direito de Cidadania», in PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Ombudsman: Novas Competências...*, op. cit., p. 114.

²³⁶ Seguimos os termos utilizados por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 84.

esvaziar o sentido da sua missão, tanto mais quanto esteja em causa acautelar aspectos básicos de uma vida condigna para os cidadãos²³⁷.

Os princípios da dignidade humana e do respeito dos direitos fundamentais, pelo seu significado estruturante de um Estado de direito que se pretenda credor de semelhante epíteto, constituem inegáveis parâmetros jurídicos conformadores não só da actividade da Administração mas dos poderes públicos em geral. Como afirma GOMES CANOTILHO, «nenhum acto das entidades públicas é “livre” dos direitos fundamentais»²³⁸.

Como a acção do *Ombudsman* pode não estar limitada às administrações públicas, estendendo-se também, como vimos, aos órgãos do poder legislativo, aos quais possa dirigir recomendações no sentido de revogação, reforma ou criação legiferantes, ou até mesmo ao poder judicial, pelo menos na sua dimensão administrativa de “serviço público da Justiça” (GIL-ROBLES)²³⁹, retira-se, deste alcance potencial do seu âmbito de actuação, uma considerável margem de intervenção dirigida à garantia e implementação efectivas dos direitos humanos. Estes integram necessariamente o “bloco de juridicidade” que vincula os poderes públicos – de todos eles –, a sua não observância podendo ser monitorizada pelo *Ombudsman*, mesmo no seu domínio típico (= administrativo) de intervenção, na medida em que a entidade pública faltosa esteja sujeita ao seu escrutínio²⁴⁰.

Neste seu figurino, e na formulação de G. CAIDEN, N. MACDERMOT e A. SANDLER, o *Ombudsman* «acts as deterrent against the misuse and abuse of

²³⁷ Sobre a questão da privatização da prestação dos serviços públicos, na perspectiva das competências do *Ombudsman*, v. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Ombudsman: Novas Competências...*, *op. cit.*, pp. 185-221; MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, «Reflexiones...», *in op. cit.*, pp. 31-33. Dado o fenómeno crescente da prestação, por privados, de serviços de utilidade pública, poderá ser conveniente, quando esse não seja já o caso, explicitar, em norma estatutária, o âmbito de actuação do *Ombudsman*, de forma a abranger expressamente as entidades privadas prestadoras de serviços públicos ou que, de todo o modo, desempenhem funções administrativas com base em acto habilitante do Estado – competência esta que se enquadra perfeitamente no âmbito da função do *Ombudsman* de controlo da administração pública.

²³⁸ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 439.

²³⁹ ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», *in op. cit.*, p. 39.

²⁴⁰ V., também, sobre a intervenção do *Ombudsman* de feição clássica, relativamente a queixas contra condutas administrativas que possam suscitar preocupação em termos do respeito dos direitos humanos, LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 101.

public power to deny basic rights by upholding the dignity of the individual and giving people the opportunity to question the legality and fairness of public laws and directions and to challenge official behaviour and actions»²⁴¹.

Daí a importância, para o *Ombudsman*, de ter como referente as normas relativas aos direitos humanos/direitos fundamentais. Ao proceder sistematicamente a uma apreciação dos actos dos poderes públicos de forma a aferir da sua conformidade com as normas em apreço, o *Ombudsman* estará a assumir na plenitude uma função de defensor desses mesmos direitos.

Perante este enquadramento, recebida uma queixa, cuja apreciação caiba na sua esfera de competências, ou desencadeada *sponte sua* determinada investigação em domínio que releve do seu âmbito de actuação, o *Ombudsman* deve metodologicamente privilegiar, sempre que pertinente, o enquadramento da questão controvertida numa perspectiva de direitos humanos. O que significa, contudo, esta opção metodológica e em que é que a mesma pode concretizar-se?

Significa que, na tessitura por vezes complexa das relações que se estabelecem entre os poderes públicos e os particulares, importa indagar, na perspectiva de actuação de um *Ombudsman*, em que medida releva alguma posição jurídica subjectiva ou dimensão objectiva²⁴² atinentes, quanto ao nível de protecção jurídica, aos direitos humanos/direitos fundamentais, inclusive como conformação infra-constitucional de uma dimensão jusfundamental²⁴³.

Ainda no plano metodológico, tudo se passa como se se partisse de uma tabela que identifique os principais bens jurídicos tutelados pelas normas constitucionais e internacionais na matéria, estabelecendo-se as necessárias conexões com os direitos humanos/direitos fundamentais que as mesmas consagram.

Depois, a consideração de cada um destes direitos pressupõe ter pre-

²⁴¹ Apud LINDA C. REIF, «The Promotion of International Human Rights Law...», *in op. cit.*, p. 271.

²⁴² Para a construção dogmática das dimensões subjectiva e objectiva dos direitos fundamentais, inspirando-se na teorização de ROBERT ALEXY, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1253 e seg.

²⁴³ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1261 e seg., quanto ao que o Autor designa de imbricação entre “direito da constituição” e “direito da lei” no âmbito dos direitos fundamentais.

sente o respectivo conteúdo e alcance normativos, de modo a poder delinear-se quais as obrigações do Estado em questão²⁴⁴ e verificar se, *in casu*, as mesmas estão a ser cumpridas, franqueando-se, do ponto de vista da intervenção do *Ombudsman*, que este proceda a uma recordatória de deveres, sempre que a entidade pública visada se encontre em situação de incumprimento. Por outro lado, confrontando-se, como frequentemente ocorre no âmbito de aplicação do direito constitucional e do direito administrativo, com uma eventual situação de colisão ou conflito de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos, pode o *Ombudsman*, tirando benefício da sua posição equidistante e actuação de sentido recomendatório, estudar e propor uma solução à entidade pública competente, de acomodação dos direitos e bens em causa.

Esta perspectiva metodológica de aproximação ao trabalho do *Ombudsman* comporta, pois, diversas vantagens, algumas das quais passamos, em síntese, a enunciar.

Primeiro e na linha do que precede, do ponto de vista da solução do caso concreto submetido à apreciação provedoral, na medida em que a mesma se situe no plano dos direitos humanos/direitos fundamentais, a referência ao direito pertinente aplicável permite, antes de mais, definir o feixe das posições jurídicas co-envolvidas – consoante estejam em causa direitos *negativos* ou *de defesa*, direitos *de participação*, direitos *processuais* e *procedimentais*, direitos *a prestações*, *garantias institucionais*, direitos que imponham aos poderes públicos um *dever de protecção perante terceiros* (*Schutzpflicht*) ou mesmo, o que vale para todos os direitos fundamentais, uma *função de não discriminação* –, e, em consequência, aferir a correcção ou não do comportamento público visado.

Neste momento, que no fundo corresponde à delimitação do “conteúdo ou efeito de protecção”²⁴⁵ das normas consagradoras de direitos humanos/direitos fundamentais, o *Ombudsman* não estará, em regra, limitado

²⁴⁴ No caso do direito internacional dos direitos humanos, as obrigações do Estado, juridicamente relevantes na ordem jurídica interna, são determinadas em função dos instrumentos internacionais pelos quais o Estado em questão tenha aceite estar vinculado, assim como da incorporação *in foro domestico* das respectivas normas. Sobre o assunto, cf. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 104-106, bem como o que fica escrito *infra* no presente estudo.

²⁴⁵ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1262.

pelas normas que jurídico-formalmente vinculem a entidade visada. No seu *iter* dirigido a uma decisão do caso concreto em conformidade com os direitos humanos, o *Ombudsman* pode socorrer-se, para além das normas constitucionais pertinentes e do direito infra-constitucional que as regula, desenvolve ou concretiza, da *normatividade internacional* na matéria e, quanto a esta, independentemente do Estado em causa estar à mesma formalmente vinculado. Vejamos, pois, por que razão se perfila potencialmente um parâmetro de controlo assim tão extenso, que possa servir de base à actuação de um *Ombudsman*, em matérias que contendam com dimensões da protecção *internacional* dos direitos humanos.

No caso de normas internacionais consuetudinárias, ou, como é mais comum, constantes de convenções internacionais que o Estado tenha ratificado ou às quais tenha aderido – normas que, como tal, vinculam esse Estado –, pode suscitar-se um problema de não respeito pelas obrigações internacionalmente assumidas. Com efeito, e generalizando, num sistema de recepção²⁴⁶, essas normas farão parte integrante do direito nacional, logo válidas e eficazes no ordenamento jurídico interno. Se vigorar um sistema de transformação²⁴⁷, inexistindo acto interno de acomodação das normas internacionais, para efeitos da sua vigência na ordem jurídica nacional, essa inactividade relevará *prima facie* no plano jurídico-internacional.

Em ambos os casos, porém, há espaço para que o *Ombudsman* chame a atenção para a necessidade de adequação dos comportamentos dos poderes públicos ao direito internacional dos direitos humanos a que se obrigaram: no primeiro caso, por força de critérios de legalidade (isto é, direito vigente no sistema jurídico interno ou “bloco de juridicidade”), no segundo, mobilizando critérios de justiça ou equidade, através de uma interpretação dinâmica das normas de direitos humanos, porquanto, ainda que a norma pertinente não tenha sido incorporada na ordem interna, existe já, pelo menos, um compromisso internacional do Estado que o *Ombudsman* pode pôr em evidência, desde logo se tal permitir alicerçar

²⁴⁶ Na definição de JORGE MIRANDA (*Curso de Direito Internacional...*, *op. cit.*, p. 142), nos sistemas de recepção «as normas internacionais vigoram enquanto tais [na ordem interna de um Estado], interpretadas e integradas de acordo com os critérios de Direito Internacional e sofrendo as vicissitudes que aí sofram».

²⁴⁷ Ainda na definição de JORGE MIRANDA (*ibid.*), nos sistemas de transformação «as normas internacionais só vigoram na ordem jurídica interna se convertidas em normas de Direito interno».

um nível de protecção mais elevado dos direitos da pessoa, quando cotejado com o nível assegurado pelo direito interno, percorridas e valoradas que sejam todas as especificidades da situação concreta que está na base da intervenção do *Ombudsman*.

Fora das obrigações internacionais assumidas em matéria de direitos humanos pelo Estado em questão, o *Ombudsman*, porque não limitado a estritos critérios de legalidade (aqui no sentido de direito constringente para os poderes públicos), sempre pode fazer apelo a outras normas jurídicas internacionalmente vigentes para recomendar à entidade visada a acomodação aos *standards* de direitos humanos que as mesmas já consagram. Na modelação do *Ombudsman* como defensor dos direitos humanos, esta necessidade de aprofundar o respeito pelos direitos humanos no Estado em questão pode conduzir o próprio *Ombudsman* a não apenas recomendar que determinada autoridade se conforme com o que são já *standards* de direitos humanos internacionalmente aceites, mas, inclusive, saltando do particular para o geral, recomendar às entidades competentes a própria vinculação a determinada convenção internacional, no que constitui um poder do *Ombudsman* que vimos expressamente consagrado no quadro estatutário de alguns Defensores ou Procuradores latino-americanos.

Acresce que, na mesma lógica da não limitação do *Ombudsman* por estritos critérios de legalidade, em matéria de protecção dos direitos humanos não relevam apenas normas jurídicas vinculativas (*hard law*), mas também disposições destituídas de efeito jurídico obrigatório (*soft law* ou “direito mole” ou “frágil”). Trata-se de disposições tão-somente exortatórias ou incitativas, como sejam as que constam de “declarações”, “princípios”, “*standards* mínimos” ou recomendações emanados de órgãos internacionais. Neste sentido, o *Ombudsman* pode contribuir, de modo decisivo, para um processo de aceleração jurídica, impulsionando a transformação de um espaço de pré-normatividade em “força de lei”.

Por fim, quanto a uma acção do *Ombudsman* não estritamente firmada no que é legalmente devido, refira-se que os princípios da dignidade humana e do respeito pelos direitos humanos comportam potencialmente as soluções maximizadoras que, na apreciação do *Ombudsman*, a “*justa solução do caso*” exija²⁴⁸, ainda que *praeter* ou mesmo *contra legem*.

²⁴⁸ Cf. o que deixámos já expresso, a este propósito, in CATARINA SAMPAIO VENTURA/JOÃO ZENHA MARTINS, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Landmark in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 7 (2003), p. 137.

O segundo grupo de vantagens, associadas à opção metodológica proposta – i.e., de perspectivação da intervenção do *Ombudsman* sobre a base tipológica dos direitos humanos/direitos fundamentais –, tem o seu eixo, já não na decisão de um caso concreto, mas na abertura de margem para uma actuação sistémica por parte desta instituição e na sua capacidade de fazer o retrato do nível de realização dos direitos humanos no respectivo país, nos domínios sobre os quais detenha competência. No fundo, o que se sugere é que o *Ombudsman* incorpore, na sua metodologia de trabalho e no quadro do seu mandato, para além da análise de base casuística ou tópica, a análise estrutural da realidade que lhe é dada a conhecer, saltando do particular para o geral, no interesse de todos, com relevo no plano da efectivação dos direitos humanos.

Assim, em primeiro lugar, o enquadramento das queixas com referência aos direitos humanos/direitos fundamentais que a apreciação das mesmas suscita pode ser a base da “arrumação” tipológica das próprias intervenções do *Ombudsman*. A mera publicidade do tratamento estatístico dado a tal qualificação, desde logo nos relatórios anuais de actividades, trará ao conhecimento público quais os problemas mais prementes em matéria de direitos humanos/direitos fundamentais que foram objecto de actuação por parte do *Ombudsman*.

Em segundo lugar, o *Ombudsman* passa a dispor de uma base de trabalho não despicienda que o habilita a extrapolar do individual e concreto, traçando os diagnósticos necessários sob uma perspectiva dos direitos humanos que, inclusivamente e sempre que se justifique, podem estar na origem de uma intervenção da sua própria iniciativa, com valência geral.

Tomando em linha de consideração o conjunto de poderes de que, em regra, o *Ombudsman* dispõe, uma abordagem sistémica deste tipo, sustentada na dimensão de protecção e promoção dos direitos humanos, pode convolar-se na realização de investigações, inquéritos ou inspecções e sequente elaboração e apresentação de relatórios especiais, na formulação de recomendações (administrativas e/ou legislativas) estruturais ou, ainda, na realização de seminários ou estudos monográficos.

Por último, e em harmonia com que o antecede, similar abordagem sistémica apresenta-se relevante para o papel que o *Ombudsman* possa assumir na *avaliação e seguimento das políticas públicas sob a perspectiva dos direitos humanos*, domínio este que desde há algum tempo atrai o debate em torno do que possam ser as novas funções do *Ombudsman*, com vista

a prevenir as situações com impacte negativo em termos de realização dos direitos humanos, bem como influenciar as mudanças necessárias para a sua efectiva implementação²⁴⁹. Esta abordagem, ajustável tanto a direitos civis e políticos, como a direitos económicos, sociais e culturais, pode, quanto a esta segunda “categoria”, adquirir particular relevo do ponto de vista da actuação de uma instituição com as características do *Ombudsman* (por exemplo, quando cotejadas com os limites próprios de uma intervenção jurisdicional)²⁵⁰ e sem que este contenda com o espaço de conformação política que neste domínio persiste, aceitando-se que, não obstante a variedade de densidade normativa com que os direitos fundamentais sociais são consagrados nos diversos países (assim, por exemplo, dentro do próprio espaço da UE), os mesmos prescrevem “políticas públicas socialmente activas”²⁵¹.

5.2. Dimensões processuais: “*Locus standi*” do *Ombudsman*

A compreensão do papel do *Ombudsman* como defensor dos direitos humanos suscita, de modo particular, a consideração do *direito de estar em justiça*, que estatutariamente lhe seja reconhecido.

Trata-se agora de perspectivar a actuação provedoral no quadro de uma relação específica com o poder judicial, consubstanciada na intervenção do

²⁴⁹. Com valiosas contribuições para este debate, v. ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, «O Provedor de Justiça e o acompanhamento e avaliação das políticas públicas», in AA.VV., *Democracia e Direitos Humanos...*, op. cit., pp. 53-68; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Ombudsman: Novas Competências...*, op. cit., p. 135 e seg.; EDUARDO CIFUENTES, «El Seguimiento de las Políticas Públicas», in AA.VV., *El Trabajo y la Práctica de los Defensores del Pueblo y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, Copenhaga: El Centro Danés de Derechos Humanos, 2002, pp. 89-96; LUIS EDUARDO PÉREZ MURCIA, «Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: La experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia», in COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima: CAJ, 2004, pp. 293-314.

²⁵⁰. A este propósito, cf. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., pp. 113-114.

²⁵¹. Sem dúvidas que assim é quanto aos direitos económicos, sociais e culturais consagrados na Constituição portuguesa, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 408-409. O mesmo decorre das normas constantes de convenções internacionais na matéria, na medida em que, aqui, a noção de realização progressiva dos direitos sociais, *lato sensu*, não retira de modo algum força normativa às obrigações internacionais que impendem sobre os Estados partes.

Ombudsman como actor processual, em sede de administração da justiça, matéria que, de resto, foi objecto de análise especial no relatório que esteve na base da já mencionada Recomendação n.º 1615 (2003) da Assembleia Parlamentar do CoE.

Não existe uma solução estatutária uniforme quanto a este *locus standi*. A abertura a uma participação do *Ombudsman* em juízo merece diferentes soluções normativas, que variam em função do sistema político-jurídico vigente nos diversos países que recepcionaram a figura do Comissário, Defensor ou Provedor, bem como – aspecto que não deixa de estar intrinsecamente imbricado com o primeiro – da opção constituinte e/ou político-legislativa prevalecente quanto ao desenho da mesma.

Não obstante tal variedade, é, contudo, possível delinear algumas tendências. Cremos que, uma vez mais, os dois modelos de *Ombudsman* noutro momento alinhados podem orientar-nos nessa tarefa, sem prejuízo do risco de toda a generalização acarretar, por natureza, forçosas insuficiências.

Feita a ressalva, sempre diremos que, quanto às instituições mais direccionadas para o controlo estrito da Administração, as soluções normativas pendem para a limitação do reconhecimento ao *Ombudsman* de legitimidade processual activa para interposição de acções jurisdicionais.

Já na configuração do *Ombudsman* com mandato explícito em matéria de direitos humanos, sobressai o reforço dos respectivos poderes quanto à possibilidade de desencadear acções perante os tribunais.

Neste contexto e no que respeita ao tipo de intervenção processual, temos, em primeiro lugar, o impulso de *processos de fiscalização da constitucionalidade e/ou da legalidade de normas*, com o reconhecimento da competência do *Ombudsman* para requerer à jurisdição constitucional a prolação de uma decisão positiva de inconstitucionalidade ou ilegalidade²⁵². Ainda que não necessariamente funcionalizada à defesa dos direitos fundamentais e comportando, por conseguinte, a tutela, em geral, do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade na produção normativa, esta legitimidade processual activa do *Ombudsman* pode servir, efectivamente, para atalhar a normas jurídicas desconformes com dimensões jusfundamentais, intervenção esta não despicienda, sobretudo nos casos em que os cidadãos não tenham acesso directo à jurisdição constitucional.

²⁵² Assim, limitando-nos aos *Ombudsmen* europeus elencados, *supra*, em sede de abordagem juscomparatística, nos casos paradigmáticos do Provedor de Justiça e do *Defensor del Pueblo* de Espanha, a que se junta o *Ombudsman* austríaco.

Numa intervenção mais próxima de uma concreta violação de direitos fundamentais, temos, depois, a competência do *Ombudsman* para desencadear meios judiciais de garantia jusfundamental, como o recurso de *amparo* ou a providência de *habeas corpus*²⁵³. Acresce, num modelo de intervenção processual que vimos particularmente difundido no marco latino-americano, sem embargo das variantes possíveis relativamente a cada uma das instituições em causa, a competência para desencadear outro tipo de acções, na jurisdição comum ou administrativa, tal como previstas no ordenamento jurídico, designadamente para fins de tutela dos direitos humanos/direitos fundamentais e outros direitos legalmente previstos²⁵⁴. Similar ampliação do direito de estar em justiça é observável nos novos *Ombudsmen* da Europa Central e de Leste²⁵⁵.

A discussão em torno da temática do *Ombudsman vis-à-vis* o sistema de justiça, a par da questão de saber quais as situações em que o primeiro pode intervir em relação aos tribunais, sem beliscar a actividade propriamente judicial destes, abrange, pois, o problema da legitimidade processual activa do *Ombudsman*. O sinal de interesse e da importância deste debate, pelo menos com relevo para os *Ombudsmen* europeus, esse podemos descortiná-lo, como já referido, na Recomendação n.º 1615 (2003) da Assembleia Parlamentar do CoE. Aqui, a disceptação surge necessariamente acoplada ao que sejam as características fundamentais da instituição do *Ombudsman*, que importa salvaguardar.

Com efeito, L. NABHOLZ-HAIDEGGER, Autora do relatório que esteve na base daquela recomendação, coloca a questão, considerando que «*le fait d'intenter une action en justice (...) place le médiateur dans une situation*

²⁵³ V. o caso do *Ombudsman* espanhol, que posteriormente inspirou soluções estatutárias relativas a alguns Defensores latino-americanos.

²⁵⁴ Cf. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, pp. 67-68. Como afirma JORGE LUIS MAIORANO, quanto aos *Ombudsmen* da América Latina, «[p]or la necesidad de asegurar el ejercicio pleno de esas funciones, las normas constitucionales les han asignado legitimación procesal amplia superando incluso la del Defensor del Pueblo de España; ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y aun de actos particulares que violaren derechos fundamentales» (*apud* CARLOS LUNA ABELLA, «Artículo 29», *in op. cit.*, p. 734, em nota). Cf., por último, o estudo comparado de CARLOS LUNA ABELLA, *ibid.*, pp. 749-762.

²⁵⁵ Cf. Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport...*, Doc. 9878, cit., §§ 31-33.

déplaisante»²⁵⁶. De acordo com o seu ponto de vista, o *Ombudsman* estará em melhores condições de desempenhar eficazmente o seu papel adotando uma postura de estrita neutralidade, sendo certo que aquele mesmo papel não é o de um mandatário privado, adversário da Administração, mas de mediador entre o cidadão e esta última. Em conformidade com este entendimento, julga preferível evitar toda a demanda em justiça, a menos que o interessado não disponha de outro meio de acesso, por exemplo, ao Tribunal Constitucional. Aliás, e no que especificamente tange ao acesso à jurisdição constitucional, L. NABHOLZ-HAIDEGGER salvaguarda expressamente a possibilidade de o *Ombudsman* requerer ao Tribunal Constitucional decisões interpretativas ou sobre a legalidade ou constitucionalidade de normas legislativas ou regulamentares, em questões submetidas à sua apreciação²⁵⁷.

É certo que a amplitude de legitimidade processual dos *Ombudsmen* que, sobretudo desde a década de 90 do século passado, têm sido instituídos no quadro de processos de transição democrática indicia uma intenção de reforço da tutela dos direitos dos cidadãos e dos respectivos meios de defesa, e fará parte do processo de consolidação do Estado e de normalização do funcionamento das instituições, incluindo dos órgãos que

²⁵⁶ Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport...*, Doc. 9878, cit., § 34. Com preocupação similar, v., também, o documento final da 8ª Mesa Redonda dos *Ombudsmen Europeus*: «[w]hereas ombudsmen can in some countries bring cases before the courts, they cannot do so in most countries. Whereas ombudsmen can become parties to court cases, the wide investigative powers they enjoy for the sake of their function as mediators – indeed their primary role, which requires impartiality and neutrality – may collide with the principle of equality of arms» (OFFICE OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 8th Round Table of European Ombudsmen, Oslo, 3-5 November 2003, Final Document, Strasbourg, 5 November 2003 [CommDH/OMB (2003) 24], p. 4, § 5).

²⁵⁷ Nesta linha, a Assembleia Parlamentar do CoE sustentou a exclusão, por via de regra, da legitimidade do *Ombudsman* para representar cidadãos em juízo (com a possível salvaguarda das situações em que não existe um direito de acesso individual a uma jurisdição particular), bem como para intentar acções judiciais ou intervir em processos judiciais, invocando para tal a exigência fundamental de neutralidade e respeito universal do *Ombudsman* tidos como essenciais ao bom funcionamento da instituição – cf. §§ 5, 6 e 10-iv) da Recomendação n.º 1615 (2003). De modo equívoco, porém, limitou *prima facie* a possibilidade de acesso do *Ombudsman* ao Tribunal Constitucional apenas para obter decisões interpretativas, quando não se vê razão válida para afastar, nesse caso, a legitimidade para requerer a invalidação de normas, isto é, uma decisão sobre a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

intervêm no sistema judiciário – forças policiais, Ministério Público ou órgão similar e tribunais. No caso da América Latina, por exemplo, tal parece não ter prejudicado o potencial da figura “defensorial”²⁵⁸.

Sem pôr em causa que, num plano puramente teórico, a generalização de uma presença do *Ombudsman* em juízo acarreta uma certa descaracterização na sua habilitação funcional como “magistratura de persuasão”, equidistante das partes em conflito, julgamos que o direito do *Ombudsman* de estar em justiça deve ser aferido, em última instância, em função do sistema político-constitucional e do conjunto de poderes constituídos em que a instituição se insere, incluindo a percepção dos órgãos e instituições que tenham a seu cargo a defesa da legalidade, bem como do sistema de justiça constitucional vigente (v.g., controlo concentrado ou difuso, abstracto ou concreto, legitimidade *quisque de populo* ou legitimidade restrita²⁵⁹), afigurando-se-nos difícil, senão impossível, impor uma solução normativa homogénea na matéria.

No que especificamente respeita à participação do *Ombudsman* em sede de contencioso da constitucionalidade, *maxime* para desencadear processos de fiscalização da constitucionalidade ou legalidade de normas, como defendido no Relatório de L. NABHOLZ-HAIDEGGER, permitindo a defesa objectiva, em benefício dos cidadãos em geral, dos direitos fundamentais, estamos ainda, a nosso ver, perante a manifestação de uma “legitimação independente” do *Ombudsman*, como “órgão colaborador da justiça constitucional”, o que é dizer, da salvaguarda do primado do Direito.

5.3. Dimensões institucionais: A “balcanização” do Ombudsman ou a questão em torno dos Ombudsmen sectoriais

Em alguns países, tem-se registado a tendência para a proliferação de *Ombudsmen* públicos sectoriais²⁶⁰, isto é, Provedores com âmbito temático de actuação restrito, limitado a determinadas matérias sujeitas a interposição

²⁵⁸. Nesse sentido, precisamente, v. CARLOS LUNA ABELLA, «Artículo 29», *in op. cit.*, p. 734, § 59.

²⁵⁹. Sobre os modelos de justiça constitucional, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 895-905.

²⁶⁰. O fenómeno de “balcanização” – como lhe chamamos, sugerindo a imagem de fraccionamento da ideia do *Ombudsman* “generalista” ou com competência genérica em vários *Ombudsmen* “especializados”, que com aquele coexistem – não se manifesta apenas no espaço público. Por força da apropriação pela esfera privada da noção de *Ombudsman*, a multiplicação de “*Ombudsmen*” sectoriais tem encontrado aqui o seu modo privilegiado de expressão. Não obstante, limitamo-nos no texto a enquadrar a questão com referência à esfera pública.

pública, incluindo em áreas que relevam do domínio dos direitos humanos, atendendo, seja ao direito específico objecto de tutela, seja, de modo mais frequente, às particulares necessidades de protecção de grupos mais vulneráveis – teríamos, assim, *Ombudsmen* ou Provedores do ambiente, da saúde, das crianças, dos deficientes, dos idosos, das mulheres, do recluso..., numa imaginável multiplicação *ad infinitum* em função dos bens jurídicos tutelados pelas normas relativas a direitos humanos ou da condição de maior vulnerabilidade dos seus sujeitos activos.

Não pretende ser este o lugar para discutir a opção de criar *Ombudsmen* sectoriais, com mandato para intervir em dada matéria atinente à protecção dos direitos humanos, *maxime* nos casos de países que comportam já um *Ombudsman* com âmbito de actuação genérico.

Não obstante, não se omitirá que a institucionalização de *Ombudsmen* sectoriais ou especializados, a par da existência de um *Ombudsman* “generalista”, no sentido de que a competência *ratione materiae* do segundo recobre já o domínio de incidência atribuído aos primeiros, redundante, no nosso entendimento, numa duplicação tanto desnecessária como prejudicial à figura do *Ombudsman*, gerando confusão nos cidadãos, principais beneficiários da instituição²⁶¹.

Condescende-se, todavia, que esta afirmação poderá afigurar-se simplista, porquanto sempre haverá que considerar, caso a caso, a variedade de soluções encontradas em cada país com múltiplos *Ombudsmen*. Esta análise torna-se ainda mais complexa se descermos do plano da instituição desta figura ao nível nacional e, tomando igualmente em linha de consideração a organização político-territorial própria de cada Estado, introduzirmos a variável que se traduz na coexistência, num dado Estado, de *Ombudsmen* com diferentes âmbitos territoriais de jurisdição (*Ombudsmen* nacionais, estaduais, regionais, locais...) e de *Ombudsmen* sectoriais (também eles, por seu turno, susceptíveis de, a par de um âmbito temático específico, terem um âmbito territorial restrito de actuação).

Perante a variedade de hipóteses, surgem dificuldades acrescidas em termos de análise, pelo que o debate em torno dos *Ombudsmen* sectoriais, que

²⁶¹. Com posição adversa à criação de *Ombudsmen* sectoriais, v. ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», *in op. cit.*, p. 34 e seg., e, no caso específico da defesa dos direitos da criança, MANUEL AZNAR LOPES, «La defensa de los derechos de la infancia en un contexto internacional», *in AA.VV., El Ombudsman Iberoamericano y los Derechos de la Infancia*, Alcalá de Henares (Madrid): CICODE, 1999, p. 22.

deve principiar pela questão da própria legitimidade constitucional da sua criação, não prescindindo, em último termo, do enquadramento político-constitucional e jurídico-estatutário devido, consoante o país em questão²⁶².

Feita esta advertência e limitando-nos agora à hipótese simplificada de pretender fazer coexistir um *Ombudsman* com competência genérica e um *Ombudsman* sectorial, ambos actuantes, ainda que parcialmente, em idêntico nível territorial, é certo que semelhante opção pode consubstanciar a abertura do *Ombudsman* sectorial a uma esfera de intervenção que esteja vedada ao seu par, como seja, por exemplo, a expansão do seu âmbito de actuação de forma a abranger entidades privadas, uma vez que o *Ombudsman* tem, em regra, esse âmbito limitado às entidades públicas, fazendo depender a sua competência relativamente a particulares do exercício, por estes, de poderes administrativos.

Ainda assim, semelhante limitação do *Ombudsman* típico – que, reiteradamente, não se verifica no caso do Provedor de Justiça português, cuja intervenção, como já referido, vai também dirigida às relações privadas que impliquem uma especial relação de domínio, em caso de ofensa a direitos, liberdades e garantias fundamentais – pode ser ultrapassada ao nível do próprio enquadramento jurídico-estatutário da instituição generalista, evitando-se a proliferação de *Ombudsmen* sectoriais. Significa isto que, como alternativa à pulverização de *Ombudsmen* com competência material limitada, a especialização temática da instituição em domínio relevando dos direitos humanos pode ser realizada, inclusive pela via *formal-institucional*, no seio da própria instituição do *Ombudsman* originária, desde logo, através da adjudicação de áreas específicas de responsabilidade aos Provedores-Adjuntos, que possibilite aquela especialização.

Foi essa, justamente, a solução perfilhada na Grécia, com vista à pro-

²⁶² Em geral, v. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 34-36. Sobre essa discussão, entre nós, face à ordem jurídica portuguesa, v. FILIPE BOA BAPTISTA, «O modelo de unidade...», in AA.VV., *O Cidadão, o Provedor...*, *op. cit.*, pp. 13-28; MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia...», *ibid.*, pp. 53-73; JOSÉ MANUEL MENÉRES PIMENTEL, «A pluralidade do *Ombudsman*: Vantagens e inconvenientes para a Administração Pública», *ibid.*, pp. 77-81; JOÃO CAUPERS, «A pluralidade do *Ombudsman*...», *ibid.*, pp. 83-90; JORGE MIRANDA, «O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?», *ibid.*, pp. 43-51, bem como JORGE MIRANDA, «A unicidade do Provedor de Justiça», *O Direito*, Ano 136.º (2004) I, pp. 215-224, e, ainda, a sua anotação ao art.º 23.º da CRP, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 220, § IX.

tecção, pelo *Ombudsman* grego, dos direitos da criança. De harmonia com o art.º 1.º da legislação vigente, reguladora da instituição,²⁶³ depois de se especificar que o *Ombudsman* «também tem a missão de defender e promover os direitos das crianças» (n.º 1, *in fine*), determina o n.º 2 do mesmo preceito que «o *Ombudsman* é assistido por cinco *Ombudsmen-Adjuntos*, um dos quais será nomeado como *Ombudsman-Adjunto para as Crianças*», tendo o âmbito de actuação da instituição em apreço sido alargado de forma a abranger, neste último caso, situações de ofensa aos direitos da criança envolvendo particulares (pessoas singulares ou colectivas)²⁶⁴.

Por outro lado, se não estiver em causa sequer uma expansão da competência *ratione personae* da instituição, como ocorreu no caso grego, acabado de descrever, a especialização em razão da matéria na actuação do *Ombudsman* sempre pode ser encarada como uma questão de organização interna dos serviços que o assessoram no desempenho das suas funções, estruturando-os em departamentos temáticos, com relevo para o tratamento e análise de distintas questões de direitos humanos.

Existem, por conseguinte, diversas vias de operar a especialização em causa, mantendo a unidade e integridade da figura do *Ombudsman*, sem a dispersar em tantos outros *Ombudsmen*, formalmente distintos, quantas as matérias susceptíveis de protecção específica. Uma tal “balcanização” fragiliza, afinal, a instituição do *Ombudsman*, com prejuízo para os cidadãos, como já apontado, mas igualmente também para uma visão abrangente, integrada e sistémica das fragilidades da Administração submetida ao seu controlo.

Por último, e na perspectiva estrita da protecção dos direitos humanos, recordemos que, nos termos da *Declaração e Programa de Acção de Viena*, «*todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados*», devendo os mesmos ser considerados, «*globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase*»²⁶⁵. Na linha desta asserção, importa não perder de vista, no debate sobre os *Ombudsmen* sectoriais, o *princípio da indivisibilidade* dos direitos humanos, bem como a noção de *transversalidade* que percorre a sua efectiva realização.

De acordo com o primeiro princípio, afirmar que os direitos humanos

²⁶³ Lei n.º 3094, de 22 de Janeiro de 2003.

²⁶⁴ Cf. art.º 3.º, n.º 1, *in fine*, da citada Lei.

²⁶⁵ *Supra*, nota 35, § 5.

são indivisíveis significa afirmar a sua “unidade de sentido”, reconhecer que nenhuma das “categorias” tradicionalmente mobilizadas para “arrumar” os distintos direitos – basicamente, direitos civis e políticos, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, do outro – é mais importante que a outra. A realização de cada uma delas beneficia a outra, e vice-versa, numa relação de interdependência que favorece o nível de protecção que, relativamente a cada um dos direitos, seja alcançado. Daí que a tarefa de implementação dos direitos humanos, que também pode caber ao *Ombudsman*, exija uma consideração de conjunto desses direitos, não a sua espartilhagem em excesso.

Reconhecer, em segundo lugar, que as questões de direitos humanos são de índole transversal significa que as mesmas perpassam a variedade da actividade humana. Ora, a percepção do real, que, na sua completude, é dada a conhecer a um *Ombudsman* com âmbito de actuação genérico, permite não só perspectivar cada caso trazido à apreciação deste à luz das necessidades de protecção e promoção dos direitos humanos, mas também estabelecer as necessárias interdependências e interrelações de que uma defesa adequada desses mesmos direitos carece, sem perder de vista as necessidades específicas de protecção de grupos de pessoas em situação de maior vulnerabilidade (crianças, jovens, mulheres, idosos, pessoas portadoras de deficiência, minorias, migrantes...).

Em suma, a consideração global, em pé de igualdade e com idêntico grau de comprometimento, dos direitos humanos propugnada em Viena será indubitavelmente mais bem prosseguida por um modelo de unicidade do *Ombudsman*, modelo que, outrossim, melhor garante a instituição provedoral e a integridade da sua função.

6. Interlúdio

No presente capítulo procurámos pôr em destaque a assunção, pelo *Ombudsman*, de um papel como defensor dos direitos humanos, mesmo nos casos das instituições, como ocorre na maioria dos países da Europa ocidental, que mantêm preponderantemente o perfil clássico e característico de órgão de controlo dos comportamentos da Administração Pública.

A apreciação da actividade da Administração, que permanece como o domínio típico de actuação do *Ombudsman* ou Provedor, não se esgota, seguramente, no controlo do respeito efectivo dos direitos humanos. Muitos outros aspectos inerentes à boa administração, que o *Ombudsman* inves-

tiga, respeitam a posições jurídicas subjectivas não jusfundamentais, bem como a dimensões de organização e eficiência dos serviços, que, em todo o caso, servirão, mediatamente, a qualidade do Estado de direito, bem como o aprofundamento da democracia participativa e, *a fortiori*, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por seu turno, o reconhecimento, no *Ombudsman*, de um mandato (explícito ou implícito) em matéria de direitos humanos transporta a virtualidade de superar o estrito controlo da Administração e explica que, em distintos moldes, o *Ombudsman* possa relacionar-se, na sua actividade e de modo adequado, com outros poderes. Com o poder legislativo, sugerindo, por exemplo, alterações legislativas ou recorrendo, com fundamento em inconstitucionalidade, contra actos do legislador que atentem contra os direitos fundamentais. Com o poder judicial, vigiando, na sua dimensão administrativa, o respeito dos direitos a uma tutela jurisdicional efectiva e a um processo equitativo. Explica também a mobilização crescente do poder de iniciativa próprio do *Ombudsman* para intervenções de sentido mais transversal e sistémico. Explica ainda que o *Ombudsman* assuma um papel específico, pedagógico, de difusão do significado e sentido dos direitos humanos – cujo desempenho pode iniciar-se em cada tomada de posição dos Provedores, dirigida à salvaguarda desses mesmos direitos –, por esta via capacitando as pessoas para um exercício pleno da cidadania. Esta dimensão não só é fundamental no caso de países em processo de transição/consolidação democrática, mas mantém-se também imprescindível em democracias bem sedimentadas. Aqui, o *Ombudsman* será não só válvula de segurança, principalmente para os que mais dificuldades têm em ultrapassar a complexidade tentacular, crescente, da Administração, mas também arauto do exercício competente, eficiente e ao serviço dos cidadãos da função administrativa do Estado, num aperfeiçoamento constante do que sejam as boas práticas e a prossecução justa dos interesses públicos²⁶⁶.

Em jeito de conclusão quanto ao presente capítulo, seja qual for a modelação específica do *Ombudsman*, existe espaço para este assumir, no dia-a-dia da instituição, os *standards* de direitos humanos como uma dimensão *imperativa* do seu mandato. Para tanto, bastará ter presente o sentido último da garantia desses direitos contra os poderes públicos e o lugar, que no quadro dos poderes do Estado, lhe está reservado enquanto instituição “guardiã da juridicidade”.

²⁶⁶ Cf. MARTEN OOSTING, «The Ombudsman and his Environment...», *in op. cit.*, p. 3.

A instituição do “ombudsman” (...) assegura a cada cidadão a certeza de poder viver em condições de liberdade e de segurança, na medida em que, com total independência, censura e controla os erros, excessos e abusos dos poderes constituídos.

MÁRIO RAPOSO

III. O PROVIDOR DE JUSTIÇA COMO MECANISMO NÃO JURISDICIONAL DE PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1. A institucionalização do *Ombudsman* no ordenamento jurídico português

Na expressão de VITAL MOREIRA, o Provedor de Justiça encontra-se seguramente «entre os maiores sucessos institucionais no âmbito da Constituição de 1976»²⁶⁷. JORGE MIRANDA qualifica a Provedoria de Justiça como «uma das instituições mais marcantes do Estado de Direito democrático português»²⁶⁸. Outras citações poder-se-iam suceder, todas convergentes quanto ao significado que a institucionalização do Provedor de Justiça representou na história político-constitucional recente de Portugal.

Reescrevendo os principais passos normativos que marcam essa evolução, lembremos que a recepção, entre nós, da figura do *Ombudsman*²⁶⁹ foi

²⁶⁷ VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes...», *in op. cit.*, p. 93.

²⁶⁸ JORGE MIRANDA, «A inconstitucionalidade por omissão e o Provedor de Justiça», *in AA.VV., Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁹ Recorde-se que Portugal foi dos primeiros países, na Europa, a acolher a instituição, logo a seguir aos países escandinavos, ao Reino Unido e à França.

proporcionada pelo “momento constitucional extraordinário”²⁷⁰, fracturante, de mudança de regime político, ocorrido em 1974. Nessa conjuntura, afigurou-se mesmo como instrumento essencial ao próprio processo de democratização então desencadeado no país²⁷¹.

Constante do *Plano de Acção do Ministério da Justiça*, aprovado em Conselho de Ministros, em 20 de Setembro de 1974²⁷², e no qual se preconizava a instituição do Provedor de Justiça como meio de assegurar a justiça e a legalidade da Administração através de meios informais, foi por via legal que primeiramente se concretizou a iniciativa de adoptar a figura no nosso ordenamento jurídico, através do Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril, que criou o Provedor de Justiça e fixou as suas atribuições²⁷³.

À nascença, o *Ombudsman* português anuncia-se como órgão unipessoal de protecção dos direitos dos cidadãos. Na fórmula preambular do Decreto-Lei progenitor, o Provedor de Justiça «*exercerá uma função de controlo sobre a administração pública, com a finalidade principal de garantir as liberdades fundamentais estabelecidas em favor dos cidadãos*».

Não tardou, todavia, a constitucionalização da figura, operada logo na versão primeva da CRP, no então art.º 24.º, hoje art.º 23.º, cujos termos, na sua redacção actual, desde já se transcrevem:

²⁷⁰ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 77, em sede do que o Autor designa de “fenomenologia do procedimento constituinte”.

²⁷¹ As aspirações no sentido de ver a figura do *Ombudsman* acolhida na ordem jurídica portuguesa tinham raízes anteriores, sementeas já no regime político que então caducava. Na narrativa de MÁRIO SOARES, «*conhecíamos a figura do Ombudsman, um nome um pouco arrevesado, que, para nós, era difícil pronunciar, mas que sabíamos ser alguém que procurava assegurar uma certa respiração à sociedade civil, por forma a haver uma entidade idónea e prestigiada, na sociedade, que pudesse ser o porta-voz natural de certos descontentamentos legítimos e, ao mesmo tempo, assegurar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, quando postos em causa, injustamente, pela Administração Pública ou por quaisquer outros poderes do Estado*» (discurso, na qualidade de Presidente da República, na Sessão Comemorativa do 20.º Aniversário do Provedor de Justiça, in AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, *op. cit.*, p. 32). Para uma síntese das posições manifestadas nesse período, bem como para uma sinopse da consagração da figura em Portugal, v. *Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, Lisboa: Secretaria de Estado da Comunicação Social, 1977, p. 6 e seg.

²⁷² In *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 240 (1974), pp. 11-29.

²⁷³ Depois alterado pelos Decretos-Leis n.º 120/76, de 11 de Fevereiro, e n.º 794-A/76, de 5 de Novembro.

Artigo 23.º
(Provedor de Justiça)

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.
2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.
3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.
4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.²⁷⁴⁻²⁷⁵

²⁷⁴ V., ainda, art.ºs 142.º, al. d), 163.º, al. h), 281.º, n.º 2, al. d), e 283.º, n.º 1, da CRP. A numeração actual do art.º 23.º resulta da 1.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro). A redacção originária do mesmo preceito foi alterada, no seu n.º 3, na sequência da 2.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho), ocasião em que foi igualmente aditado o n.º 4 ao corpo respectivo. A 4.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro), por sua vez, fixou a redacção actualmente vigente do art.º 23.º da Constituição, nessa ocasião tendo sido alterado, uma vez mais, o seu n.º 3. *Breviter*, as modificações introduzidas neste último traduziram-se, primeiro, na qualificação do Provedor de Justiça como “órgão independente” e, depois, na remissão para a lei ordinária da limitação no tempo do mandato do respectivo titular, fixado no presente em quatro anos, com possibilidade de recondução por uma vez (cf. art.º 6.º, n.º 1, do EPJ). Quanto ao sentido desta evolução normativa, entre outras, com vista à compreensão do modelo institucional de *Ombudsman* acolhido entre nós, cf. VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes...», *in op. cit.*, p. 108 e seg. Este Autor, tomando em linha de conta o giz do estatuto constitucional-legal da instituição, muito especificamente no que concerne à sua independência, afirma a especificidade do *Ombudsman* português, apartado do modelo clássico de *Ombudsman* de tipo parlamentar – onde o *Ombudsman* surge como órgão parlamentar ou órgão auxiliar do Parlamento – encerrando-o, antes, no chamado “modelo de *Ombudsman* independente”, destacado do Parlamento. Semelhante caracterização não obstaculizará, naturalmente, à existência de uma “relação privilegiada” (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 218, § 1) do Provedor de Justiça com a Assembleia da República.

²⁷⁵ Quanto à designação da instituição, comenta LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», *in op. cit.*, p. 703, que «a Assembleia Constituinte optou por manter a que já fora adoptada pelo legislador ordinário. E isto, fundamentalmente, porque se entendeu que a expressão «Provedor de Justiça» dava o devido realce quer à postura activa, de promoção, que dele se esperava, quer ao valor que, por essa forma, primordialmente lhe caberia realizar». Por seu turno, o Deputado ANTÓNIO ESTEVES, na sua declaração de voto após a votação na

Registe-se que a dignidade constitucional a que o Provedor de Justiça foi prontamente elevado não traduzia, na altura, a tendência prevalecente noutros ordenamentos jurídicos quanto ao enquadramento jusnormativo das instituições homólogas, sendo parcas as Constituições que, em meados da década de 70, albergavam a figura do *Ombudsman*. Este assento constitucional é tanto mais significativo, quanto são certas as implicações daí decorrentes no que toca ao alcance da inserção do Provedor de Justiça na sistemática da nossa lei fundamental e à compreensão/definição orgânico-funcional da instituição. Asserção esta que adquire particular sentido quando se trata de perspectivar o Provedor de Justiça na óptica da tutela dos direitos humanos²⁷⁶.

O primeiro estatuto pós-constitucional do Provedor de Justiça consta da Lei n.º 81/77, de 22 Novembro. Esta seria revogada pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, diploma que, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 30/96, de 14 de Agosto, e n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro, incorpora o Estatuto do Provedor de Justiça (EPJ) actualmente vigente²⁷⁷.

2. Sentido do marco constitucional

O modo precursor com que o Provedor de Justiça foi enxertado na lei fundamental revela-se num aspecto decisivo para a temática que nos ocupa e que se traduz no afastamento, pelo legislador constituinte, da opção de proceder à respectiva constitucionalização na parte do texto constitucional sobre a organização dos poderes do Estado. Numa óptica de arrumação sistemática, o art.º 23.º da CRP encontra-se inserido na Parte I da Constituição, relativa aos “direitos e deveres fundamentais”, mais concre-

especialidade, em 1977, do projecto de lei relativo ao Provedor de Justiça (visando adequar o regime legal da instituição ao disposto na Constituição entretanto aprovada), recorda que «[f]oi o Deputado Salgado Zenha que pela primeira vez utilizou a denominação de *Provedor de Justiça*» (in *Diário da Assembleia da República*, n.º 143, 15 de Outubro de 1977, p. 5264).

²⁷⁶ Para a resenha dos momentos de tensão, ao tempo da constitucionalização do Provedor de Justiça, quanto ao modelo de *Ombudsman* a seguir, v. FILIPE BOA BAPTISTA, «O modelo de unidade...», in *op. cit.*, pp. 17-19. V., também, MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia...», in *op. cit.*, pp. 55-56; LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in *op. cit.*, p. 703.

²⁷⁷ Para uma visão de conjunto da matriz constitucional do Provedor de Justiça e das suas refracções ao nível estatutário-legal, v. *20 ANOS do Provedor de Justiça*, *op. cit.*, pp. 13-24.

tamente no Título I, que consagra os “princípios gerais” na matéria²⁷⁸.

O Provedor de Justiça apresenta-se, por conseguinte, antes de mais, como dimensão estruturante do sistema de direitos fundamentais que informa toda a ordem jurídica portuguesa. Na afirmação de JORGE MIRANDA, o Provedor «*insere-se de pleno no regime comum dos direitos fundamentais*»²⁷⁹, ou, na locução de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é um «*órgão de garantia dos direitos fundamentais*»²⁸⁰.

E reside indubitavelmente aqui a feição inovadora com que a instituição do *Ombudsman* foi acolhida em Portugal: o Provedor de Justiça emergiu precipuamente referido à tutela dos direitos fundamentais, dimensão que até então não fora consagrada no quadro típico das atribuições e competências dos *Ombudsmen*²⁸¹. Em consonância com o que já ficou expresso quando delineámos dois modelos tendenciais de *Ombudsmen*, o desenho constitucional do Provedor de Justiça português não aniquila uma missão típica de controlo da actuação da Administração, mas, em termos pioneiros, situou primordialmente a instituição provedoral no plano da defesa dos direitos humanos²⁸².

Neste contexto, dois aspectos merecem relevo à luz do enquadramento sistemático do Provedor de Justiça na Constituição.

O primeiro concerne ao *direito de apresentar queixa* ao Provedor, momento em que se materializa o traço característico da instituição quanto à sua acessibilidade pelos particulares. Trata-se de um direito fundamental,

²⁷⁸. Registe-se que, por ocasião da revisão constitucional de 1982, chegou a ser feita proposta, no sentido de transferir a previsão do Provedor de Justiça para o título referente à Administração Pública e a substituição da expressão “poderes públicos” pela de “órgãos da Administração Pública”, num intento de circunscrever a intervenção do Provedor à esfera estritamente administrativa. V. MARCELO REBELO DE SOUSA, «O papel do Provedor de Justiça na feitura das leis», in AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, op. cit., p. 86; J.J. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais», in PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça: Estudos*, op. cit., p. 62, em nota.

²⁷⁹. JORGE MIRANDA, «O Provedor de Justiça...», in op. cit., p. 44, bem como na sua anotação ao art.º 23.º da CRP in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 218, § I.

²⁸⁰. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 171, § II.

²⁸¹. Realçando, precisamente, o significado dessa inovação, v. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, op. cit., pp. 15-16.

²⁸². Cf., já nesse sentido, LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in op. cit., p. 707.

manifestação «*de um particular direito de petição*»²⁸³. Como *direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*²⁸⁴, aplica-se-lhe o regime específico (material e orgânico-formal) próprio desta “categoria” de direitos (art.º 17.º da CRP), incluindo a reserva de lei e a dimensão de limite material de revisão constitucional.

O segundo aspecto é marcadamente institucional e nele sobressai o órgão *a se*. O Provedor de Justiça é um *órgão constitucional*, «*porque está previsto na Constituição e desempenha funções eminentemente constitucionais*»²⁸⁵. Não se nos afigura dissociável a protecção do direito de queixa ao Provedor de Justiça da protecção da instituição em si, pelo que vale aqui também, nomeadamente, a salvaguarda da extensão e alcance do seu conteúdo essencial contra investidas do legislador ordinário que corrompam a sua missão, competências ou poderes, tal como constitucionalmente conformados.

Por outro lado, a doutrina concorda quanto à sua percepção como *mechanismo não jurisdicional de garantia dos direitos fundamentais*. Assim, a título ilustrativo, anota-se que GOMES CANOTILHO autonomiza, em termos dogmáticos, o Provedor de Justiça no quadro do direito de petição, sistematicamente abordado em sede de “meios de defesa não jurisdicionais” dos direitos fundamentais²⁸⁶. JORGE MIRANDA refere-se, por seu turno, a “tutela graciosa ou não contenciosa dos direitos fundamentais”, na qual integra o direito de queixa ao Provedor de Justiça²⁸⁷. Na mesma senda se posiciona ainda VIEIRA DE ANDRADE, para o que mobiliza a terminologia de “remédios”²⁸⁸.

Os termos do acolhimento constitucional do Provedor de Justiça revelam, portanto, uma base jurídica sólida para alicerçar a sua competência na promoção e defesa dos direitos humanos diante os distintos poderes públicos. Vejamos, agora, como o legislador ordinário deu seguimento a este recorte constitucional, de forma a apreendermos, outrossim, o âmbito subjectivo e material da actuação provedoral.

²⁸³ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 171, § III.

²⁸⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 142, § IV. V., também, JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «O Ombudsman: Suas origens...», *in op. cit.*, p. 415.

²⁸⁵ VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes...», *in op. cit.*, p. 113.

²⁸⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 512 e seg.

²⁸⁷ JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 276 e seg.

²⁸⁸ J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 352 e seg.

3. Marco legislativo: O Estatuto do Provedor de Justiça

O preceito inaugural do EPJ retoma o sentido constitucional da função do Provedor, ao estatuir que este «é, nos termos da Constituição, um órgão do Estado eleito pela Assembleia da República, que tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos» (art.º 1.º, n.º 1).

Antes de prosseguirmos na análise deste normativo, deixemos, porém, uma pequena nota, quiçá despicienda, de mero pendor terminológico, que não de relevo quanto à substância. Julgamos que a expressão “direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos”, que flui já do art.º 1.º do Estatuto de 1977, poderia ser apurada de modo a acolher explicitamente a competência *ratione materiae* do Provedor, tal como constitucionalmente firmada no âmbito dos *direitos fundamentais*. Na sistemática da CRP, assim como na dogmática dos direitos fundamentais, vinga a distinção entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos económicos, sociais e culturais”, distinção que o próprio EPJ abraça, quando determina o âmbito de actuação do *Ombudsman* português a respeito das relações entre privados. Com efeito, aqui, a sua intervenção apenas se encontra autorizada se, para além de uma “relação especial de domínio”, estiverem em causa, justamente, “direitos, liberdades e garantias”, opção legislativa esta plenamente consentânea com a regulação constitucional da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e com o próprio sentido da problemática da “*Drittwirkung*”, para invocarmos a terminologia clássica alemã²⁸⁹. Ora, sem que dúvidas existam quanto ao sentido da norma contida no art.º 1.º do EPJ, que conforma, desde logo, o Provedor de Justiça como órgão de garantia de posições jurídicas subjectivas dos particulares perante os poderes públicos, incluindo, como é óbvio, direitos constitucionalmente consagrados, sempre a referência estatutária expressa à função de defesa e promoção dos *direitos fundamentais*, aco- plada à menção de *outros direitos e interesses legalmente protegidos* dos cidadãos, explanaria com maior rigor terminológico a função constitu- cional jusfundamental do Provedor.

²⁸⁹ Referimo-nos, naturalmente, ao art.º 18.º, n.º 1, da CRP, que determina o efeito vinculativo das normas consagradoras de “direitos, liberdades e garantias” nas relações jurídicas privadas. Sobre a inclusão da esfera privada, nos termos recortados, no âmbito de actuação do Provedor de Justiça, v. o que fica dito *infra*.

Aliás, a expressão “direitos e liberdades fundamentais” – ainda que, a nosso ver, preferíssemos, uma vez mais, a de “direitos fundamentais” – consta já do EPJ, quando, em sede do elenco das competências do Provedor de Justiça se singulariza uma eminente função pedagógica deste órgão, dispondo que ao Provedor compete «*promover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais (...)*»²⁹⁰. O reconhecimento explícito desta função clarifica, outrossim, o perfil do Provedor na tutela dos direitos fundamentais. Ao Provedor de Justiça cabe, por conseguinte, assumir um papel pró-activo de sensibilização e capacitação dos cidadãos, dando-lhes a conhecer os seus direitos, e, mais latamente, de educação para a cultura de direitos humanos. E nesta função de “despertar das consciências” sempre se cumpre o desiderato já plasmado na própria DUDH, «*de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades (...)*», e a sua consagração no quadro das competências do Provedor foi igualmente pioneira, tendo inclusive servido de inspiração a soluções estatutárias de *Ombudsmen* de outros quadrantes geográficos²⁹¹.

Creemos que o desempenho desta função pedagógica se inicia com a própria decisão sobre as queixas recebidas, não só quando é dada razão ao reclamante, mas também quando inexistente argumento legítimo que fundamente a sua pretensão. Este representa, de facto, o momento privilegiado para o Provedor se debruçar de modo claro e inteligível sobre o conteúdo dos direitos fundamentais conectados com a situação contestada, independentemente do bem-fundado da queixa. A par do momento de decisão das queixas e dos processos iniciados *sponte sua*, delinea-se uma ampla margem para a realização de iniciativas específicas de divulgação dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a participação em ou organização de acções de sensibilização ou seminários, a edição de folhetos informativos e a publicação de estudos monográficos.

Concretizada a *função principal* do Provedor de Justiça no art.º 1.º, n.º I, do EPJ, supracitado, resulta, depois, da conjugação deste preceito com o disposto no art.º 23.º, n.º I, da CRP, que a sua actuação vem dirigida à

²⁹⁰ Art.º 20.º, n.º I, al. d), do EPJ.

²⁹¹ Assim, desde logo, quantos aos *Defensores latino-americanos*. V. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *El Defensor del Pueblo...*, *op. cit.*, pp. 15 e 56-58.

prevenção e reparação das ilegalidades e injustiças cometidas pelas poderes públicos.

Deste modo, é conferido ao Provedor de Justiça um vastíssimo campo de acção em defesa dos direitos fundamentais. Por um lado, não está limitado à reacção a uma ofensa a esses direitos, com vista à sua correcção, mas pode intervir igualmente em antecipação à possibilidade de uma sua violação, de forma a impedir que a mesma tenha lugar. Ou seja, à actuação provedoral estão adstritas, quer *funções correctivas*, quer *funções preventivas*²⁹².

Por outro lado, a actuação do Provedor de Justiça não está limitada por estritos critérios de *legalidade*, mas pode basear-se igualmente em exigências de *justiça* ou *equidade*. O Provedor não está, por conseguinte, confinado a indicar uma solução de acordo com as normas jurídicas vigentes. Pode ir além da lei, senão mesmo contra a lei, sempre que os princípios de Justiça ou a exigência de uma solução equitativa para o caso submetido à sua apreciação o imponham, sendo certo que, no limite, o conteúdo essencial dos direitos humanos não comporta transacções.

Note-se que a ideia de Justiça – afinal, o sentido último do Direito – é particularmente relevante na função provedoral de promoção e defesa dos direitos fundamentais, porquanto entre os princípios materiais de justiça contam-se, precisamente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP), o princípio do respeito e da garantia de efectivação dos direitos fundamentais (art.º 2.º da CRP), o princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP) e o princípio da proibição do excesso, entre outros. Trata-se de princípios tópicos hermenêuticos operativos, mobilizáveis pelo Provedor de Justiça, enquanto aplicador do Direito, no momento de concretizar a “norma de decisão” relevante para o caso sob apreciação, o que pode e deve fazer para efeitos de, nomeadamente, conferir maior eficácia aos direitos fun-

²⁹² Cf. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», *in op. cit.*, p. 710; H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça», *in AA.VV., Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2003, p. 73 e seg. Ambas as funções podem relevar-se, simultaneamente, numa mesma intervenção do Provedor de Justiça: ao impelir as entidades públicas a remediarem dada ofensa a um direito fundamental, numa situação concreta, o Provedor buscará igualmente que seja prevenida a recorrência do agravo, por exemplo, adiantando sugestões quanto ao melhor modo de as entidades públicas visadas cumprirem as suas obrigações para com os cidadãos.

damentais. Assim, a título de exemplo, e para além do que sejam as exigências do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros, quando esteja em causa assegurar a universalidade de direitos cuja garantia efectiva não consinta diferenças de tratamento em razão da nacionalidade.

Quanto aos *destinatários da actuação* do Provedor de Justiça, e segundo o expressamente preceituado no art.º 23.º, n.º I, da CRP, eles são, em primeira linha, os *poderes públicos*, expressão também acolhida no art.º I.º, n.º I, do EPJ²⁹³.

Nesta configuração, o Provedor de Justiça distancia-se de um recorte estritamente administrativo, na medida em que a Administração Pública não esgota o âmbito subjectivo da sua actuação²⁹⁴. Esta amplitude de destinatários molda-se perfeitamente a uma missão de defesa dos direitos fundamentais e, ainda que nela não se esgote, nela recobra base jurídica para uma compreensão aberta das possibilidades de intervenção *vis-à-vis* autoridades situadas, via de regra, fora do âmbito de acção do *Ombudsman* típico clássico, como sejam o legislador e os tribunais.

Já no seu comentário à Constituição portuguesa, sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA não existir, no plano jurídico-constitucional, nenhum limite expresso imposto à competência do Provedor de Justiça, pelo que a sua actividade pode compreender todos os poderes públicos e todos os tipos de actos públicos, com a devida ressalva feita aos actos jurisdicionais, por força dos princípios da independência dos tribunais e da prevalência das suas decisões. Neste sentido, os mesmos Autores, ao retirarem do art.º 23.º da CRP a não limitação da actuação do Provedor ao domínio da Administração Pública e às acções ou omissões administrativas, colocam em evidência a possibilidade de aquela se estender à actividade política e legislativa do Estado e aos respectivos órgãos, logo apontando não ter sido esse o recorte jurídico-legal da instituição²⁹⁵. De modo similar, VIEIRA DE ANDRADE considera, a este propósito, que existe «*uma diferença substancial entre a figura esboçada na Constituição e a entidade definida pela lei ordinária: segundo esta, o Provedor limita-se à defesa dos cidadãos perante a Administração Pública à semelhança do ombudsman nórdico*»²⁹⁶.

²⁹³ V., ainda, art.ºs 3.º e 20.º, n.º I, al. a), do mesmo Estatuto.

²⁹⁴ Em idêntico sentido, v. ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, p. 63 e seg.

²⁹⁵ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 171, § IV.

²⁹⁶ J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 413, em nota.

Salvaguardada, porém, a actividade política e judicial, *proprio sensu*, do Estado, e sem prejuízo de a actividade do Provedor de Justiça ir dirigida, na sua esmagadora maioria, contra comportamentos materialmente administrativos, julgamos que uma leitura de conjunto do EPJ sempre favorece um quadro mais generoso quanto à possibilidade de relacionamento do Provedor com os distintos poderes públicos, que não apenas as entidades (públicas ou privadas) co-envolvidas no exercício da função administrativa do Estado.

Na verdade, o legislador ordinário procedeu à delimitação do âmbito de actuação do Provedor de Justiça, impondo os limites que decorrem da leitura conjugada dos art.ºs 2.º, n.º 1,²⁹⁷ e 22.º, n.º 2,²⁹⁸ do EPJ. Em face destes normativos, assim como tomando em linha de consideração, designadamente, o poder do Provedor de formular recomendações legislativas e de intervir em sede de justiça constitucional²⁹⁹, é pois forçoso concluir que fora do âmbito de actuação do Provedor apenas ficam os poderes político e judicial, naquilo que não releve já como actividade materialmente administrativa dos órgãos a que tais poderes estejam confiados³⁰⁰.

Perante o quadro assim delineado, a intervenção do Provedor estende-

²⁹⁷ Artigo 2.º

Âmbito de actuação

1. As acções do provedor de Justiça exercem-se, nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público. 2. (...)

²⁹⁸ Artigo 22.º

Limites de intervenção

1. (...)

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

3. (...)

²⁹⁹ Cf. art.º 20.º, n.º 1, al. b), e n.ºs 2 e 3, do EPJ. Sobre estes meios de actuação do Provedor de Justiça, cf. *infra*.

³⁰⁰ Cf., também, LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», *in op. cit.*, p. 712, para quem, já no quadro das normas estatutárias que, na década de 70, conformavam o Provedor de Justiça, a expressão “poderes públicos”, porque mais ampla do que a de Administração Pública, era a que melhor retratava o âmbito dos destinatários sujeitos ao escrutínio do Provedor.

-se, de harmonia com o *princípio de pluralidade de administrações públicas*³⁰¹, a todas as formas de administração pública (administração estadual, regional e local, directa e indirecta, administração autónoma, administração civil e militar, entidades administrativas independentes), incluindo as entidades privadas com poderes públicos “concessionados” ou “delegados” pelo Estado.

Estende-se, ainda, sob o ponto de vista orgânico, aos restantes poderes do Estado, entre os quais o poder judicial, em tudo o que respeite à sua actividade materialmente administrativa. Relaciona-se igualmente, no plano específico da produção legislativa, com os órgãos com competência legislativa.

Singularidade própria do *Ombudsman* português reside na possibilidade de este intervir no âmbito das relações entre particulares, sempre que as mesmas traduzam uma “especial relação de domínio” e esteja em causa a protecção de direitos, liberdades e garantias³⁰²⁻³⁰³.

Resgatando expressão de J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, as relações especiais de domínio serão «*relações de poder ou de dependência que justifiquem qualquer analogia com as relações entre o indivíduo e os poderes*

³⁰¹ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 921, § 1.

³⁰² Note-se, todavia, que, ressalvados os casos de reconhecimento da competência do *Ombudsman* para actuar no quadro das relações entre particulares, em determinada esfera do mundo privado (como vimos acontecer relativamente ao *Ombudsman* grego, no domínio da protecção dos direitos da criança), são já apontados como intervindo contra violações de direitos humanos por pessoas privadas os casos do *Ombudsman* da Namíbia (art.º 91.º (d) da Constituição deste país) e da Comissão para os Direitos Humanos e Justiça Administrativa do Gana (art.º 218.º (c) da Constituição respectiva). V. LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, p. 3, em nota.

³⁰³ Cf. art.º 2.º, n.º 2, do EPJ, aditado por força da Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto. Destacando a inclusão, no respectivo âmbito de actuação, das relações entre particulares como manifestação de uma “função inovadora” do *Ombudsman*, v. H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva...», *in op. cit.*, pp. 81-82. À consagração desta solução normativa não foi alheio o desafio que, por ocasião da comemoração do 20.º aniversário da instituição, fora lançado pelo então Provedor de Justiça, Conselheiro MENÉRES PIMENTEL, a que correspondeu, desde logo, no plano dogmático-científico, o Professor GOMES CANOTILHO. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, «O Provedor de Justiça e o efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias», *in AA.VV., Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, *op. cit.*, pp. 59-73.

públicos»³⁰⁴. Ora, é justamente esta analogia, a presença de uma situação desigualitária entre as partes, que, a nosso ver e bem, justificam a actuação do Provedor. Em conformidade com semelhante perspectiva, não estará em causa uma mera composição de interesses entre privados, devendo antes a intervenção deste órgão do Estado ocorrer apenas naquelas situações excepcionais que, na sua factualidade de relação de poder privado, capitulem direitos, liberdades e garantias ou direitos fundamentais análogos³⁰⁵.

A extensão da actividade do Provedor de Justiça à reparação das ilegalidades e injustiças cometidas por privados contra privados, em violação de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos – o que GOMES CANOTILHO cunhou de “*extroversão*” deste órgão do Estado³⁰⁶ –, não constituindo *per se* e *a priori* uma evidência descarecida de justificação³⁰⁷, acabou por ser expressamente consagrada na sequência da alteração de 1996 ao EPJ, dirigida, justamente, ao reforço das competências do Provedor.

De todo o modo, saliente-se que este enriquecimento do âmbito de intervenção do Provedor de Justiça não deve deixar de ser lido à luz do expresso reconhecimento, na Constituição portuguesa, da força vinculativa, relativamente às entidades privadas, dos preceitos constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias (art.º 18.º, n.º I, da CRP)³⁰⁸.

³⁰⁴ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 148, § IV.

³⁰⁵ Não podemos, pois, acompanhar FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», *in op. cit.*, pp. 28-29, que discorda da solução que foi consagrada nesta matéria no EPJ. Sobre o assunto, v., ainda, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, pp. 65-67, que aceita a solução legal em apreço, com as limitações adequadas às finalidades da instituição.

³⁰⁶ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, «O Provedor de Justiça e o efeito horizontal...», *in op. cit.*, pp. 63-64.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 59-61.

³⁰⁸ Para a compreensão dogmática da aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas – ou seja, o problema da sua “eficácia horizontal” (*Horizontalwirkung*) ou “eficácia na ordem jurídica privada” (*Geltung in der Privatrechtsordnung*) – v., entre nós, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1285-1295; J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 245-281; JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 320-327; PAULO MOTA PINTO, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», *in PORTUGAL-BRASIL Ano 2000: Tema Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 225-245; JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

Como afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a propósito desta norma, «*ao fazer aplicar directamente nas relações entre particulares (e não apenas nas relações entre estes e o Estado) os preceitos relativos aos «direitos, liberdades e garantias» – com a extensão que este conceito tem no art.º 17.º – , este preceito transforma a Constituição em estatuto fundamental da ordem jurídica geral, das relações sociais em geral, e não apenas da ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade»*³⁰⁹.

Em face de tal normativo, bem como do próprio enquadramento constitucional do Provedor de Justiça no regime geral dos direitos fundamentais, foi aventada a hipótese de ser defensável, numa interpretação sistemática da Constituição, a abertura, mesmo antes da alteração de 1996 ao EPJ (ou seja, sem norma legal expressa), a uma intervenção provedoral no âmbito das relações jurídico-privadas, em defesa dos direitos, liberdades e garantias contra “poderes privados”, raciocínio este na linha do qual a alteração estatutária em causa apenas teria clarificado, explicitando-a, o que seria já uma habilitação funcional do Provedor³¹⁰.

Ainda que esta ideia, segundo a qual o Provedor de Justiça teria, anteriormente à alteração de 1996 ao respectivo Estatuto, competência para actuar contra entidades privadas que violassem direitos, liberdades e garantias, não tivesse vingado no seu seio, tal não significou que o mesmo tenha deixado de intervir, dentro do seu mandato, no quadro de similares situações. Neste sentido, paradigmática foi a actuação do Bastonário MÁRIO RAPOSO, na qualidade de Provedor de Justiça, em 1991, confrontado com um caso de discriminação de mulheres em sede de recrutamento por um banco privado. Com efeito, depois de afirmar não poder, por força do respectivo enquadramento jurídico-estatutário, intervir junto de uma empresa privada, logo esclareceu que nem por isso estava o Provedor impedido de actuar perante a situação de discriminação laboral denunciada, tendo-se dirigido ao Ministro do Trabalho e da Segurança Social de então, de forma

³⁰⁹ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 145, § 1.

³¹⁰ Cf., justamente, a posição do Conselheiro MENÉRES PIMENTEL (in AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, op. cit., p. 30), referindo a possibilidade de se sustentar a inclusão das relações privadas que impliquem especial posição de domínio na esfera de competências do Provedor, sem, contudo, deixar de considerar a mais-valia de uma clarificação estatutária nesse domínio, o que, como vimos, veio a ocorrer.

a indagar se os serviços inspectivos competentes tinham desencadeado os procedimentos necessários a aquilatar, *in casu*, a aplicação das normas anti-discriminatórias pertinentes³¹¹.

O plano das relações jurídico-laborais entre os trabalhadores e as respectivas entidades patronais permanece, após a alteração estatutária acima referida, um dos domínios típicos de situações de “poderes privados” que convocam a intervenção do Provedor de Justiça em defesa de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados. Sem prescindir de uma actuação directa junto da entidade patronal visada quando a mesma se justifique ao abrigo do art.º 2.º, n.º 2, do EPJ, a prática da Provedoria de Justiça revela, outrossim, o envolvimento das entidades públicas com especiais competências de fiscalização das condições de trabalho, o que, por sua vez, permite avaliar a actuação dessas entidades no desempenho das suas funções inspectivas e sancionatórias.

Nesta mesma lógica de intervenção se enquadram algumas das actuações do Provedor de Justiça na defesa de grupos em situação de particular vulnerabilidade, em especial as mulheres e as crianças.

Quanto às primeiras, para além da problemática específica decorrente da situação das mulheres no mundo laboral privado (v.g., práticas discriminatórias contra a mulheres no acesso ao emprego e nas condições de trabalho, assédio sexual no local de trabalho, inobservância das medidas de protecção à maternidade), são recebidas também na Provedoria de Justiça queixas relacionadas com violência doméstica, incluindo violência sexual. Neste último caso, porém, a matéria em causa extravasa, em regra, a competência do Provedor, na medida em que os factos denunciados indiciam a prática de ilícito criminal, com frequência, até, objecto já de procedimento criminal a correr termos; nesse sentido, a intervenção do Provedor de Justiça em similares situações consiste, basicamente, na informação e encaminhamento das alegadas vítimas para as entidades administrativas competentes, consoante os casos, e acompanhamento da actuação destas³¹².

³¹¹. Proc.º 1426/91, PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório (Intercalar) 1991 (1 Janeiro – 30 Setembro)*, Lisboa: Centro de Publicações da Provedoria de Justiça.

³¹². Sobre a actuação do Provedor de Justiça na defesa dos direitos das mulheres, v. GUILLERMO ESCOBAR (dir.), *Federación Iberoamericana de Ombudsman: II Informe sobre Derechos Humanos: Derechos de la Mujer*, Madrid: Trama Editorial, 2004, pp. 382-387 (versão integral da contribuição da Provedoria de Justiça nesta obra disponível em <www.provedor-jus.pt>)

Em relação à protecção dos direitos da criança, no quadro de relações jurídicas privadas que denotem uma relação especial de domínio, é certo que o Provedor de Justiça também privilegia os contactos com e o acompanhamento da actuação das entidades públicas competentes³¹³. Não obstante, e numa outra ilustração de intervenções do Provedor de Justiça directamente junto da entidade privada visada, aponte-se aquela que ocorreu frente a um operador privado de televisão, com o fito de salvaguardar o direito à imagem e o respeito da vida privada de menor de idade. No presente caso, o operador em causa não tinha actuado de forma a prevenir a violação dos direitos da criança, tendo transmitido imagens desta no decurso de uma emissão televisiva, sendo certo que tinha conhecimento prévio da oposição expressa por parte de um dos titulares do poder paternal a tal transmissão. Em sequência, o Provedor de Justiça endereçou, à estação de televisão infractora, uma chamada de atenção com o objectivo de prevenir a ocorrência de situações similares no futuro³¹⁴.

A “exteriorização” do Provedor perante o abuso privado de direitos, liberdades e garantias revela mais um traço precursor do desenho da instituição do *Ombudsman* português, confirmando, numa visão materialmente adequada do regime jurídico dos direitos fundamentais, que a potencial ameaça aos direitos fundamentais não provém apenas do Estado, mas igualmente de particulares ou estruturas organizatórias privadas socialmente relevantes, podendo a ofensa aos direitos fundamentais também ocorrer no plano das relações entre pessoas privadas, singulares ou colectivas. Esta solução coloca o Provedor em sintonia com a posição que recusa uma visão exclusivamente “Estado-cêntrica”³¹⁵ dos direitos humanos, em que o Estado seria o único destinatário das obrigações que decorrem das normas consagradoras desses mesmos direitos.

³¹³ V., *infra*, a referência que é feita à intervenção do Provedor de Justiça através da linha telefónica *Linha Verde “Recados da Criança”*, actualmente enquadrada na *Unidade de Projecto* instituída no âmbito da Provedoria de Justiça para análise e estudo das questões referentes aos direitos da criança, mulheres, idosos e pessoas com deficiência. Sobre a actuação do Provedor de Justiça na defesa dos direitos da criança, v. GUILLERMO ESCOBAR (dir.), *Federación Iberoamericana de Ombudsman: III Informe sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia*, Madrid: Trama Editorial, 2005, pp. 479-487 (versão integral da contribuição da Provedoria de Justiça nesta obra disponível em <www.provedor-jus.pt>).

³¹⁴ Cf. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2001*, Lisboa, 2003, pp. 500 e 583-584.

³¹⁵ Cf. CHRIS JOCHNICK, «Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 21 (1999), pp. 56-57.

4. O referente jusfundamental da actuação do Provedor de Justiça

Uma vez gizado como garante dos direitos fundamentais, nos termos anteriormente balizados, daqui decorre não só o âmbito, em razão da matéria, da actuação do Provedor de Justiça, como também, *et pour cause*, o próprio referente dessa actuação, neste caso um extenso parâmetro jusfundamental – o “bloco de juridicidade”, entendido, no que interessa para o presente estudo, como o conjunto de normas jurídicas hierarquicamente superiores, cujo âmbito de protecção vai dirigido, em último termo, à tutela de dimensões inerentes à dignidade da pessoa humana.

A questão do referente da actuação do Provedor implica, pois, tomar em linha de conta a relevância jurídico-constitucional dos direitos fundamentais/direitos humanos na Constituição de 1976.

No que respeita às normas relativas aos direitos fundamentais, em sentido próprio, a arrumação sistemática operada pelo nosso sistema de direito constitucional positivo exhibe, nesta matéria, uma primeira linha de destriça entre *direitos, liberdades e garantias* (Título II da Parte I da CRP – art.ºs 24.º a 57.º), por um lado, e *direitos económicos, sociais e culturais* (Título III da Parte II da CRP – art.ºs 58.º a 79.º), por outro.

Quanto à primeira “categoria” – correspondente *grosso modo* aos direitos civis e políticos do direito internacional dos direitos humanos –, a mesma subdivide-se em: direitos, liberdades e garantias *pessoais* (art.ºs 24.º a 47.º); direitos, liberdades e garantias de *participação política* (art.ºs 48.º a 52.º); direitos, liberdades e garantias dos *trabalhadores* (art.ºs 53.º a 57.º).

Quanto à segunda, reproduzindo a lógica tríplice da respectiva designação, temos a ramificação em direitos e deveres *económicos* (art.ºs 58.º a 62.º), direitos e deveres *sociais* (art.ºs 63.º a 72.º), e direitos e deveres *culturais* (art.ºs 73.º a 79.º)³¹⁶.

O catálogo de direitos fundamentais constante dos Títulos II e III da Parte I da Constituição portuguesa não esgota, porém, a relevância jurídico-constitucional destes direitos. Assim, para além das fronteiras delimitadas pelos preceitos constitucionais referidos, encontram-se dispersos, ao longo do texto fundamental, outros direitos fundamentais, que a doutrina designa de *direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*³¹⁷.

³¹⁶ Sobre a sistematização dos direitos fundamentais na CRP e o significado das referidas “trilogias”, v. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 107-114.

³¹⁷ Assim, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 404-405.

Sobrevêm, depois, os *direitos materialmente fundamentais*, sem assento constitucional, com base no disposto no art.º 16.º, n.º I, da CRP. Este preceito firma o chamado princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, no sentido de uma cláusula aberta ou *numerus apertus*, de forma a que o catálogo formal de direitos fundamentais – já de si tão rico no caso da Constituição portuguesa – não exclua outros direitos fundamentais constantes de leis ou normas aplicáveis de direito internacional. Semelhante abertura concretiza um conceito material dos direitos fundamentais, apto a comportar a evolução que a tutela dos mesmos mereça em cada momento³¹⁸.

No plano substantivo, a amplitude dos direitos fundamentais consagrados na CRP legitima uma actuação do *Ombudsman* português nos mais variados domínios de intervenção dos poderes públicos, conectados com a realização dos direitos fundamentais. Parafraseando CORREIA DE CAMPOS, «o *Provedor de Justiça, face a uma Constituição como a nossa, jamais corre o risco de pecar por incompetência em razão da matéria*»³¹⁹. Sobressai ainda

³¹⁸ Quanto ao sentido desta abertura e suas refacções ao nível do regime dos direitos fundamentais, cf. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 137, §§ I e II; CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook in the Constitution of 1976», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 71 (1995), pp. 521-522; JORGE MIRANDA, «La Constitution Portugaise et la Protection Internationale des Droits de l'Homme», *Archiv des Völkerrechts*, Band 34, Heft 1 (1996), pp. 87-92.

³¹⁹ ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, «O Provedor de Justiça e o Acompanhamento...», in op. cit., p. 58. V., também, J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 172, § IV, que mobilizam a expressão do “Provedor plurifuncional”, e, ainda, MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia...», in op. cit., p. 53, que materializa a característica da *plurifuncionalidade* do Provedor de Justiça na sua «*função de tutela (não jurisdicional) dos direitos das pessoas sem aceção de matérias e sem menção do tipo de direitos que devam ser tutelados*». Esta pluri ou multifuncionalidade encontra devida refacção no plano da organização interna dos serviços do Provedor de Justiça. Assim, para efeitos da instrução dos processos abertos, este órgão contempla actualmente as seguintes seis áreas temáticas: (I) *ambiente e recursos naturais, urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas, lazeres*; (II) *assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direitos dos consumidores*; (III) *assuntos sociais (trabalho, segurança social e habitação social)*; (IV) *assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança*; (V) *assuntos judiciais, defesa nacional, segurança interna e trânsito, registos e notariado*; (VI) *assuntos político-constitucionais, direitos, liberdades e garantias, assuntos penitenciários, estrangeiros e nacionalidade, educação, cultura e ciência, comunicação social, desporto e saúde*. Acresce a supramencionada *Unidade de Projecto*, que agrupa o tratamento das matérias relativas aos direitos da *criança, mulheres, idosos e pessoas com deficiência*.

que, em relação aos direitos materialmente fundamentais, os mesmos quadram bem com o sentido da função provedoral, podendo o Provedor desempenhar um papel primordial no reconhecimento ou na antecipação da dignidade jusfundamental de determinado direito.

Já o sentido da actuação do Provedor em matéria de direitos fundamentais varia em função da circunstância de estar em causa a tutela de uma dimensão de defesa ou uma dimensão de prestação estadual. Se, *grosso modo*, esta distinção aponta para a distinção entre direitos, liberdades e garantias, de um lado, e direitos económicos, sociais ou culturais, é sabido que, em rigor, ambas as dimensões estão presentes nas duas categorias de direitos fundamentais: nem os direitos, liberdades e garantias prescindem, em parte, da criação de condições objectivas que assegurem o seu exercício efectivo, nem os direitos sociais, *lato sensu*, deixam de comportar dimensões negativas³²⁰. Ora, a distinção releva na medida em que a dimensão de direitos a prestações do Estado acarreta um espaço de intervenção conformadora do legislador, que cremos apenas, como linha de princípio, obstaculizar a uma intervenção do Provedor de Justiça incidente sobre o que seja ainda uma reserva de *estrita opção política* dos órgãos com competência na matéria.

O parâmetro de controlo e actuação mobilizável pelo Provedor de Justiça não se esgota, porém, nas normas consagradoras de direitos fundamentais. Recuperando aqui o sentido da distinção terminológica entre “direitos fundamentais” – enquanto direitos constitucionalmente consagrados – e “direitos humanos” – enquanto direitos consagrados em normas de direito internacional – e o papel que o *Ombudsman* pode desempenhar na promoção de uma “cultura de direitos humanos”, bem em consonância com o carácter universal, indivisível e interdependente destes direitos, o “bloco de juridicidade”, com referência ao qual o Provedor de Justiça pode arvorar as suas tomadas de posição, compreende também a pertinente normatividade internacional. Ou seja, contempla a possibilidade de as normas internacionais sobre direitos humanos servirem como “norma de decisão” de determinado caso, submetido à apreciação do Provedor.

³²⁰. Quanto a estes últimos, note-se, outrossim, que, como afirma VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 386), «em função dos imperativos de actuação estadual que acompanham a sua específica consagração constitucional, vários direitos sociais acabam por apresentar uma determinação intensa de conteúdo – hipóteses em que o seu regime substancial (...) se aproxima inevitavelmente, por força do princípio da constitucionalidade, do regime de aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias».

Tal não é senão uma decorrência das características e do modo de actuar próprios do *Ombudsman*, como deixámos explicitado no capítulo precedente, mas também, no caso do *Ombudsman* português, da maneira como a nossa própria Constituição perspectiva os direitos humanos, no quadro das noções, importadas da doutrina alemã, de *abertura* e *amizade perante o direito internacional* (*Offenheit und Freundlichkeit vor dem Völkerrecht*)³²¹, isto é, da relevância no nosso ordenamento das normas internacionais, seja como princípios vertebradores de opções político-constitucionais e jurídico-constitucionais, seja como parâmetros de interpretação e de integração das normas de direito interno. No que sobretudo importa para a perspectiva da actuação do Provedor de Justiça que ora nos ocupa, é de destacar, em particular, a *abertura e amizade da ordem jurídico-constitucional portuguesa perante os direitos humanos*³²², tal como se manifestam na disciplina das relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, por um lado, e na fixação do âmbito e sentido dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, por outro.

Quanto à primeira questão, o estatuto jurídico do direito internacional dos direitos humanos, quanto à sua forma de *incorporação* na nossa ordem jurídica, constitui apenas uma faceta do enquadramento geral da matéria, em relação ao direito internacional no seu conjunto, tal como regulado no art.º 8.º da CRP³²³.

Com efeito, e deixando de parte a questão do direito da UE³²⁴, neste

³²¹. Para a respectiva compreensão dogmática, no contexto da ordem constitucional portuguesa, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, «Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts», *Archiv des Völkerrechts*, Band 34, Heft 1 (1996), pp. 47-71. V. ainda, do mesmo Autor, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 369-370.

³²². Já assim, CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 519-525.

³²³. CANELAS DE CASTRO («Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 487-488), ao aludir à arquitectura seguida no art.º 8.º da CRP, não deixa de a qualificar como “equivoca”, *maxime* no que tange às soluções formais adoptadas para os n.ºs 1 e 2. Com efeito, enquanto o n.º 1, ao fazer referência ao direito internacional *geral ou comum*, parece abraçar o critério da *eficácia subjectiva* do direito internacional, já o n.º 2, relativo às normas constantes de *convenções internacionais*, denunciará, antes, um critério assente no *tipo de fontes* de direito internacional. Para o respigo das diferentes posições doutrinárias sobre a questão da incorporação do direito internacional na ordem jurídica portuguesa, v. FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 69-79.

³²⁴. Cf. o novo n.º 4, aditado ao art.º 8.º da CRP, na sequência da 6.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho).

preceito não é feita qualquer distinção em razão da matéria, para efeitos de determinar em que termos o direito internacional é válido, eficaz e aplicável *in foro domestico*. Inexistindo a este nível qualquer especialidade quanto às normas internacionais sobre direitos humanos, a incorporação interna das mesmas opera: de acordo com a técnica da recepção automática (ou seja, sem ser necessária a verificação de qualquer requisito formal de direito interno) no caso de as mesmas normas relevarem do direito internacional geral ou comum (que, por definição, vincula a generalidade dos membros que compõem a comunidade internacional)³²⁵ – como será o caso das normas constantes da DUDH³²⁶, mas também de tratados universais ou quase universais³²⁷, entre os quais o PIDCP e o PIDESC³²⁸ –; à luz da recepção automática ainda, no caso de convenções internacionais, mas, desta feita, condicionada à verificação dos requisitos da sua regular aprovação e (no caso de tratados solenes) ratificação, bem como da sua publicação em *Diário da República*³²⁹ – relevam aqui, entre outras, as convenções aprovadas sob a égide do CoE –; e, por último, de acordo com a sistemática do preceito em questão, mediante incorporação automática das normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja membro, desde que a aplicabilidade directa dessas normas na ordem interna se encontre estabelecida nos respectivos tratados constitutivos³³⁰.

³²⁵ V. art.º 8.º, n.º 1, da CRP.

³²⁶ Se se aceitar que, não obstante a DUDH ter sido proclamada pela Assembleia Geral da ONU através de resolução – não vinculando, como tal, juridicamente os membros da comunidade internacional –, adquiriu já carácter consuetudinário.

³²⁷ Ou, na formulação de JÓNATAS MACHADO (*Direito Internacional...*, *op. cit.*, p. 114), «normas convencionais de relevo constitucional ou quase constitucional».

³²⁸ V. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 109; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 70.

³²⁹ V. art.º 8.º, n.º 2, da CRP. Para um esboço da posição da doutrina quanto à técnica de incorporação consagrada neste preceito, cf. CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 489-490.

³³⁰ V. art.º 8.º, n.º 3, da CRP. Em virtude do aditamento feito, por ocasião da revisão constitucional de 2004, ao art.º 8.º, de um novo n.º 4, o interesse da norma constante do n.º 3 do mesmo preceito parece, agora, direccionar-se para a questão da incorporação do direito derivado de outras organizações internacionais que não a UE, como, por exemplo, as resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Para essa discussão, v., já, CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 535-538. Com relevo para a

Já a consideração autónoma do direito internacional dos direitos humanos poderá conduzir-nos a soluções distintas daquelas que valem para o direito internacional, em geral, quando se trata de analisar a questão da respectiva posição hierárquica uma vez integrado na ordem jurídica interna.

Tomando em consideração o objecto e a importância das normas internacionais sobre direitos humanos, algumas das quais com carácter de *ius cogens* (ou seja, direito imperativo³³¹), afigura-se ponderoso equacionar o valor supraconstitucional, ou, pelo menos, constitucional, das mesmas, questionando-se a bondade da opção (sobretudo fundada nos preceitos da CRP relativos à fiscalização da constitucionalidade de normas) pelo valor infraconstitucional que se possa reconhecer, sem mais, ao direito internacional no seu conjunto³³².

apreensão da relevância prática da questão, em situação que motivou a intervenção do Provedor de Justiça, que, além do mais, evidencia um caso paradigmático de actuação no quadro de relações entre privados, na sequência de exigência feita por seguradora a uma cidadã angolana, no sentido de assinar declaração, nos termos da qual atestava não ser membro da União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA), como requisito necessário para o pagamento de dada quantia indemnizatória, devida àquela cidadã no âmbito de um contrato de seguro, v. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2002*, Lisboa, 2004, pp. 735-763.

³³¹. Na definição do art.º 53 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, de 1969, uma norma de *ius cogens* é aquela «*que é aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza*». Sobre o *ius cogens*, v., entre nós, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa: Lex, 1997.

³³². Sobre o assunto, a propósito do direito internacional geral, cf. CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 498-502. Este Autor, no que se nos afigura ser uma interpretação que verdadeiramente leva em linha de conta a unidade da Constituição, acaba por concluir que, na norma constante do art.º 277.º, n.º I, da CRP, estando aí em causa a inconstitucionalidade de uma norma por violação da Constituição ou dos princípios nela consignados, nestes se incluem precisamente os princípios de direito internacional, tais como aqueles que o art.º 7.º alberga (entre os quais, note-se, o princípio do respeito dos direitos humanos), erguendo-os, por esta via, se não ao bloco da supraconstitucionalidade, ao bloco, pelo menos, da constitucionalidade, convertendo-os em parâmetro, e não em objecto, do juízo de constitucionalidade. Prolongando, por seu turno, as características próprias dos princípios consignados na Constituição aos princípios contidos na DUDH, à luz da interpretação do disposto no art.º 16.º, n.º 2, da CRP, v. JORGE MIRANDA, «La Constitution Portugaise...», *in op. cit.*, pp. 77-78.

Ou seja, não obstante a possibilidade, franqueada pela lei fundamental portuguesa³³³, de as normas de direito internacional, em vigor na ordem jurídica interna, poderem ser objecto de controlo da constitucionalidade, não é menos certo que as normas internacionais relativas aos direitos humanos partilham da mesma materialidade que caracteriza as normas consagradoras de direitos fundamentais, devendo, nesta medida, situar-se, pelo menos, no mesmo plano hierárquico da Constituição.

Em abono desta orientação, note-se que, sem prejuízo das possíveis diferenças de grau da protecção outorgada, relativamente a um mesmo direito, nos planos jurídico-internacional e jurídico-constitucional, tanto o direito internacional dos direitos humanos como o direito constitucional dos direitos fundamentais estão alicerçados sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que, na concepção contemporânea, alimenta a própria ideia de Estado e que na Constituição portuguesa é «*referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais*»³³⁴.

Não descuramos, contudo, que esta questão assume maior interesse teórico do que prático, na medida em que o legislador constituinte não só se inspirou nos *standards* internacionais de protecção dos direitos humanos, num claro desejo de acolher os valores sedimentados no seio da comunidade internacional nesta matéria e situar a protecção nacional dos direitos fundamentais em plena sintonia com a sua protecção internacional, mas também, para além deles, enriqueceu o catálogo de direitos fundamentais incorporado na nossa lei fundamental, *per se* bastante completo e assaz minucioso.

Já no contexto da disposição constitucional relativa ao âmbito e sentido dos direitos fundamentais consagrados na Constituição (art.º 16.º), as normas internacionais de direitos humanos relevam sobretudo enquanto parâmetros de interpretação e de integração das normas de direito interno, em mais outra clara manifestação da *abertura* e *amizade* da CRP para com o direito internacional, em geral, e em relação ao direito internacional dos direitos humanos, em especial.

Menção foi feita atrás ao n.º I do art.º 16.º da CRP, como consubstanciando o princípio da cláusula aberta dos direitos fundamentais, que atende,

³³³. Cf. art.ºs 204.º, 277.º, 278.º, n.º I, 280.º, n.º I, e 281.º, n.º I, al. a), da CRP.

³³⁴. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., pp. 58-59, § V.

entre outras, «às regras aplicáveis de direito internacional». Resta, por conseguinte, aludir ao normativo constante do art.º 16.º, n.º 2, que ergue a DUDH em critério de interpretação e integração dos preceitos, quer constitucionais, quer legais, relativos aos direitos fundamentais.

Esta solução do legislador constituinte demonstra bem a *amizade* por parte da Constituição portuguesa para com a compreensão internacional dos direitos humanos plasmada na DUDH, que, note-se, congregou, num mesmo documento, direitos civis e políticos e direitos sociais. Mas já a sua consideração como autêntico “princípio tópico da interpretação constitucional” pode colocar algumas dificuldades³³⁵, sobretudo se uma interpretação em conformidade com a DUDH se traduzir numa exegese cerceadora dos direitos fundamentais. Partilhamos, por conseguinte, o ponto de vista segundo o qual a abertura tem um sentido de reforço do conteúdo de protecção, não de uma sua restrição³³⁶. Este é, de resto, o entendimento mais consentâneo com a própria lógica da protecção internacional dos direitos humanos, que salvaguarda o máximo grau ou o grau mais favorável de protecção dos direitos e liberdades fundamentais, quando em cotejo com outras normas consagradoras desses direitos e liberdades³³⁷.

Em face do disposto no art.º 16.º, n.º 2, da CRP, cumpre, por último, questionar se a DUDH constitui referente único da interpretação dos preceitos relativos a direitos fundamentais, ou, diferentemente, se a abertura à compreensão internacional dos direitos humanos não postulará outros parâmetros, como sejam os Pactos Internacionais das Nações Unidas ou a

³³⁵. Neste sentido, a propósito de uma interpretação em conformidade com o direito internacional, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, «Offenheit vor dem Völkerrecht...», *in op. cit.*, pp. 68-71.

³³⁶. Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, pp. 138-139, § IV, para quem a resposta mais adequada, no plano constitucional, é a que nega a prevalência da interpretação conforme à DUDH «quando esta conduza a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais».

³³⁷. Assim, e de harmonia com o art.º 53.º da CEDH, «[n]enhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte». Encontramos disposição similar nos art.ºs 5.º, n.º 2, tanto do PIDESC, como do PIDCP, como, ainda, no art.º 23.º da CEDAW, no art.º 41.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, no art.º H da Carta Social Europeia Revista (correspondente ao art.º 32.º da Carta de 1966) e no art.º 52.º, n.º 3, da CDF-UE.

CEDH. Uma interpretação literal e centrada na intenção do legislador constituinte aponta para o primeiro sentido. Por outro lado, há quem acentue que por via daquele preceito está em causa, em último termo, a assunção da “dimensão filosófica ou jusnaturalista” dos direitos fundamentais, justificando-se a referência que ali é feita à DUDH pela simples razão de ela levar em si uma ideia de pessoa humana, assente fundamentalmente na sua intrínseca dignidade, capaz de fundar antropologicamente um critério material de direitos fundamentais³³⁸.

O entendimento da DUDH como parâmetro único de interpretação e integração do direito interno relativo a direitos fundamentais, ainda que correcto *de iure condito*, não permite, contudo, abarcar, a este nível, a riqueza da normatividade internacional plasmada nos “catálogos” internacionais de direitos humanos. Muitos desses textos internacionais mencionam, nos respectivos preâmbulos, a DUDH, que, deste modo, reiteradamente se assume – sendo, aliás, esse um dos seus claros propósitos – como “ideal comum a atingir” (*common standard of achievement*) e, nessa medida, os inspira e ilumina. A grande família do direito internacional dos direitos humanos procede, assim, do mesmo tronco comum, e se a DUDH, nessa sua matriz progenitora, vale como referência materialmente unificadora dos mais elementares direitos da pessoa humana, sempre o seu conteúdo se enriquece noutros documentos, adequados a servir de idêntico parâmetro de interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais³³⁹.

³³⁸. Cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 46-50, e bibliografia aí citada.

³³⁹. No sentido de uma interpretação extensiva do art.º 16.º, n.º 2, da CRP e saudando, *de iure condendo*, uma solução como a consagrada no art.º 10.º, n.º 2, da Constituição espanhola de 1978 (preceito congénere que, para além da DUDH, refere os tratados e acordos internacionais nesta matéria ratificados por Espanha), cf. CANELAS DE CASTRO, «Portugal's World Outlook...», *in op. cit.*, pp. 487-488 e 522. Anote-se, no entanto, a abertura já dada pelo legislador ordinário a outros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, que não apenas a DUDH, em sede de interpretação e de integração de lacunas. Assim no regime jurídico em matéria de asilo e de refugiados (Lei n.º 15/98, de 26 de Março de 1998, cujo art.º 63.º estabelece como critério de interpretação e integração, para além da DUDH, da Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Adicional de 1967, justamente a CEDH), e no diploma que proíbe as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica (Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto de 1999, domínio em que relevam como critério de interpretação e integração, a par da DUDH e da CEDH, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação, nos termos do disposto no art.º 13.º da citada Lei).

Ao Provedor de Justiça, no desempenho da sua função constitucional, caberá, pois, dar seguimento a esta abertura e amizade para com o direito internacional dos direitos humanos de que a nossa lei fundamental vem imbuída. Nessa tarefa, e pelas características que marcam a instituição do *Ombudsman*, não estará limitado pelas normas que vinculam o Estado português, nem sequer pelos *standards* já positivados em normas jurídicas vinculativas³⁴⁰. Enquanto defensor dos direitos humanos, basta ao Provedor um critério – o da dignidade humana –, procurando, em cada caso, assegurar o máximo nível de protecção, que seja adequado em face das circunstâncias, em conformidade com o *princípio da aplicação dos standards de direitos humanos que conferem uma protecção mais extensa ou mais ampla*.

5. Meios de acção do Provedor de Justiça na defesa dos direitos humanos

Esboçada, nas páginas antecedentes, a amplitude da competência *ratione materiae* do Provedor de Justiça e o referente alargado da sua actividade de controlo, procuraremos em seguida deixar enunciados os principais meios de acção de que o Provedor dispõe e qual o sentido possível dos mesmos para a defesa e promoção dos direitos humanos no seu domínio típico de intervenção (isto é, visando os poderes públicos), sendo certo que, como fizera já notar LINGNAU DA SILVEIRA, no quadro do Estatuto de 1977, «*na prática, a prossecução da finalidade de defesa dos direitos humanos e a do controlo da legalidade e justiça da actividade administrativa se processam em larga medida por forma coincidente*»³⁴¹.

³⁴⁰ Cf. H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva...», *in op. cit.*, pp. 71-72. Como afirma GOMES CANOTILHO, «[a] consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como medidas de justiça justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados de Direito Internacional» (*in Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 369).

³⁴¹ LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», *in op. cit.*, p. 708. Em todo o caso, e no que configura o entendimento que também perfilhamos na matéria, este antigo Provedor-Adjunto de Justiça sempre salienta, para além da finalidade de controlo da actividade administrativa, a flexibilidade e capacidade expansiva da finalidade, *qua tale*, de defesa dos direitos humanos atribuída ao Provedor de Justiça, exemplificando com a intervenção deste órgão «*em matéria de inconstitucionalidade de normas, por acção ou omissão, de divulgação dos direitos humanos, em geral, e de recomendação de alterações legislativas*» (*ibid.*, p. 709).

Antes, porém, explicitemos o modo de desencadear uma intervenção do Provedor.

5.1. Actuação do Provedor de Justiça na sequência de queixa e por iniciativa própria

Como deixámos expresso noutro momento, a instituição provedoral é um mecanismo que lida essencialmente com *queixas*. Os termos em que o acesso dos particulares ao Provedor está garantido move-se, de modo significativo, em harmonia com os princípios que informam o regime jurídico dos direitos humanos, a começar pelo princípio da universalidade.

Com efeito, qualquer pessoa, menor ou maior de idade, pode apresentar, individual ou colectivamente, queixa ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos. Embora o art.º 3.º do EPJ (e já assim também o art.º 23.º, n.º 1, da CRP)³⁴², relativo ao direito de queixa, se refira a “cidadãos”, a expressão não carrega qualquer significado restritivo, não sendo aqui interpretada no sentido de “nacionais” ou “cidadãos portugueses”. Em consonância com o princípio constitucional da equiparação (art.º 15.º, n.º 1, da CRP), o Provedor é, portanto, um órgão aberto não só a cidadãos nacionais, mas também a estrangeiros e apátridas, independentemente de terem ou não a sua situação jurídica, perante o Estado português, regularizada³⁴³.

Por outro lado, não decorre do mesmo art.º 3.º do EPJ qualquer limitação quanto à possibilidade de pessoas colectivas igualmente apresentarem queixas pelo tipo de condutas supramencionadas. A garantia deste acesso é importante na perspectiva da actuação do Provedor na salvaguarda dos direitos fundamentais, porquanto é sabido estar postergada na Constituição portuguesa (art.º 12.º, n.º 2, da CRP) uma concepção de direitos fundamentais focalizada exclusivamente no indivíduo, pelo que a intervenção provedoral pode ser solicitada

³⁴² Cf. também o disposto no art.º 24.º, n.º 1, do EPJ.

³⁴³ Muitas vezes, são, justamente, os imigrantes em situação irregular que carecem da protecção de um órgão de actuação informal como é o Provedor de Justiça. Sobre a actuação deste órgão do Estado em matéria de migrações e questões conexas, v. GUILLERMO ESCOBAR (dir.), *Federación Iberoamericana de Ombudsman: I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, Madrid: Dykinson, S.L., 2003, pp. 388-393 (versão integral da contribuição da Provedoria de Justiça nesta obra disponível em <www.provedor-jus.pt>).

a pretexto da defesa de direitos fundamentais compatíveis com a natureza das pessoas colectivas³⁴⁴.

O EPJ prevê também a possibilidade de as queixas serem apresentadas a qualquer agente do Ministério Público, que as deverá transmitir de imediato ao Provedor de Justiça, assim como a de a Assembleia da República, as comissões parlamentares e os deputados transmitirem ao Provedor petições ou queixas que lhe tenham sido enviadas³⁴⁵.

De acordo com a informalidade e celeridade que marcam a instituição do Provedor de Justiça, é de destacar que a apresentação das queixas a este órgão do Estado pode ser feita por qualquer meio: pessoal, via telefone, carta, fax ou *e-mail*. Acresce que, com vista a agilizar o tratamento de questões relacionadas com a salvaguarda dos direitos da criança, por um lado, e com as pessoas idosas, por outro, foram criadas duas linhas telefónicas gratuitas: a *Linha Verde “Recados da Criança”* e a *Linha do Cidadão Idoso*, inauguradas, respectivamente, em 1992 e 1999³⁴⁶. Trata-se, a par da ins-

³⁴⁴. Na doutrina portuguesa, aceitando que o *Ombudsman* ou Provedor possa tomar conhecimento de queixas apresentadas por órgãos de uma pessoa colectiva pública contra outros órgãos da mesma entidade, ou queixas de uma pessoa colectiva pública contra outra pessoa colectiva pública, e sobre elas tomar posição, distinguindo, porém, as hipóteses em que a lei estabelece mecanismos próprios e específicos para a solução do conflito em questão, daquelas em que não estão previstos esses mesmos mecanismos, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», *in op. cit.*, pp. 36-38, para cujo entendimento acaba por ser decisiva, no fundo, a circunstância de estarmos ainda «no âmbito de queixas por acção ou omissão dos poderes públicos que tenham causado injustiças» (*ibid.*, p. 37). Posição diferente expressam, contudo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA («[d]e rejeitar é a possibilidade de queixas por parte de órgãos ou entidades públicos. Por um lado, isso intrometeria o Provedor em conflitos institucionais; por outro lado ele é essencialmente um órgão de defesa dos cidadãos e das suas organizações contra os poderes públicos e não de adjudicação de conflitos institucionais entre poderes públicos», *in Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 171, § III), bem como JORGE MIRANDA («(...) pelo próprio sentido dos direitos fundamentais (...) nenhuma entidade pública ou entidade particular no exercício de poderes de autoridade (...) pode [apresentar queixas ao Provedor]», *in* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 218, § III; v., por último, JORGE MIRANDA, «Sobre o âmbito de intervenção do Provedor de Justiça, *in* PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça: Estudos*, *op. cit.*, pp. 111-112). A prática mais recente da Provedoria de Justiça conforma-se com este segundo entendimento (v. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2005*, Vol. II, Lisboa, 2006, p. 903).

³⁴⁵. V. art.ºs 25.º, n.º 3, e 26.º, respectivamente, do EPJ.

³⁴⁶. Actualmente a coordenação de ambas as linhas é feita no âmbito da já mencionada Unidade de Projecto, instituída, no seio da Provedoria de Justiça, em 2004. V. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2004*, Lisboa, 2005, p. 863 e seg.

trução dos processos abertos com base em queixas apresentadas ao Provedor de Justiça pelas vias supramencionadas, de disponibilizar um mecanismo de acesso privilegiado e de intermediação mais directa: num caso, para quem pretenda dar conhecimento de uma situação de violação dos direitos da criança (que, de outro modo, poderia até permanecer silenciada); no outro, com vista a dar resposta às exigências de um processo de envelhecimento das pessoas em dignidade, promovendo a inclusão dos idosos na sociedade, através da sua protecção enquanto cidadãos de pleno direito³⁴⁷.

Segundo o disposto no art.º 24.º, n.º 2, do EPJ, «as queixas ao provedor de Justiça não dependem de interesse directo, pessoal e legítimo nem de quaisquer prazos», norma que afasta, assim, a imposição de condicionamentos estritos no acesso à instituição, tanto em termos de titularidade de uma posição jurídica subjectiva que tenha sido lesada, como de limites temporais³⁴⁸.

³⁴⁷. No quadro da actividade realizada pelas duas linhas telefónicas, o Provedor de Justiça privilegia os contactos com as entidades públicas competentes em matéria de protecção de menores e de assistência a idosos, transmitindo-lhes as situações denunciadas, com vista à solução do problema. Neste contexto, o *Ombudsman* português permanece vigilante quanto à acção dessas entidades, na base da consideração das necessidades de protecção no caso concreto, havendo sempre lugar a uma intervenção do Provedor no caso de inércia das entidades públicas competentes ou de uma sua actuação insuficiente face às exigências da situação, incluindo actuação por iniciativa própria nas situações que requeiram uma análise mais abrangente, que vá para além da casuística dos factos individuais denunciados. Registe-se que entre as situações trazidas à atenção do Provedor de Justiça, através das Linhas, no ano de 2005, relevam, pela sua maior incidência: no que toca à Linha Verde “Recados da Criança”, e para além do esclarecimento de pedidos de informação, as questões relacionadas com a regulação do poder paternal e maus tratos; quanto à Linha do Cidadão Idoso, destacando-se, de igual modo, os pedidos de informação, acrescem as questões relativas a lares de idosos, apoio domiciliário e assuntos de saúde. V. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2005*, Vol. II, cit., pp. 1115-1129.

³⁴⁸. De acordo com o disposto na Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, que contém o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas, os militares ou agentes militarizados das Forças Armadas devem, em todo o caso, esgotar as vias hierárquicas legalmente previstas antes de apresentar queixa ao Provedor, relativa a acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas de que resulte, nomeadamente, violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte. Tal restrição, no entendimento de JORGE MIRANDA (*Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 283, em nota), pode encontrar o seu fundamento no art.º 270.º da CRP. Em sentido contrário, no entanto, v., já em face do disposto no art.º 33.º, n.º 2, da Lei n.º 29/82, de 11 de Dezembro (Lei de defesa nacional e das Forças Armadas), LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», *in op. cit.*, p. 705; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 171, § IV. Salientando a imperfeição da Lei n.º 19/95, supracitada, v. ainda JOSÉ MANUEL MENÉRES PIMENTEL, «A pluralidade do *Ombudsman*...», *in op. cit.*, p. 80.

Numa perspectiva de defesa dos direitos humanos, esta opção legislativa merece o nosso vivo aplauso. Significa que o “recurso” ao Provedor de Justiça não se circunscreve necessariamente a um mecanismo de obtenção de um benefício legítimo para a esfera jurídica pessoal do reclamante, além de que pode ocorrer que a pessoa lesada nos seus direitos não esteja ela própria, por força das mais variadas circunstâncias, em condições de se dirigir ao Provedor, carecendo ou preferindo que alguém apresente uma queixa no seu interesse³⁴⁹. No limite, e considerando que estão em causa valores e bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em cuja defesa toda a sociedade tem um interesse legítimo, «*sempre que estejam em causa violações de direitos do homem, este direito [de apresentar queixas ao Provedor de Justiça] transforma-se num dever*», na afirmação do Conselheiro MENÉRES PIMENTEL³⁵⁰.

Quanto à não imposição de um limite temporal, consideramos, outrossim, que esta representa a solução mais adequada à tutela dos direitos fundamentais, senão mesmo a única solução que se impõe à luz de uma visão sistémica do nosso ordenamento jurídico. Partindo do regime jurídico das invalidades, poder-se-á defender que os actos dos poderes públicos que ofendam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais devem considerar-se nulos *ipso iure* – senão mesmo, em casos limite, inexistentes³⁵¹ –, não produzindo quaisquer efeitos

³⁴⁹. De notar que, para além das hipóteses de queixa no interesse de um terceiro lesado, podem ser apresentadas queixas para defesa de interesses difusos ou interesses colectivos. Os interesses colectivos são interesses comuns a um determinado grupo de pessoas e com eles não se confundem os interesses difusos, que não se referem a uma categoria determinável de sujeitos, mas antes a uma comunidade indeterminada de pessoas, tendente a coincidir com a totalidade dos cidadãos. Quanto à competência do Provedor de Justiça na defesa desses interesses, que todo o cidadão, pessoalmente ou associado, está habilitado a solicitar, v. o art.º 20.º, n.º 1, al. e), do EPJ.

³⁵⁰. In PROVIDOR DE JUSTIÇA, *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1998, p. 13.

³⁵¹. Quanto à compreensão dogmática das sanções no sistema de controlo da constitucionalidade plasmado na CRP, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 947-960. Um acto inexistente será aquele que padece de um vício de tal forma grave que não pode ser cognoscível como juridicamente produtivo. GOMES CANOTILHO (*ibid.*, p. 955) defende, justamente, a possibilidade de actos legislativos inexistentes no campo dos direitos fundamentais, exemplificando com uma lei que elimine o direito à vida ou à integridade pessoal com base numa declaração de estado de sítio, ou uma lei que suprima o direito a constituir família, considerando que «*nestes casos o contraste com a constituição é de tal modo grave que a melhor sanção, em face da constituição, é considerá-los como actos impensáveis, irrecognoscíveis, inexistentes*». A doutrina não é, porém, ainda pacífica quanto à operatividade da categoria da inexistência nesta matéria (v. *id.*, *ibid.*).

jurídicos, nulidade essa que pode ser invocada *a todo o tempo*³⁵². Seguramente assim no que respeita aos direitos, liberdades e garantias, incluindo os direitos de natureza análoga, dentro ou fora da Constituição, mas também quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, entendendo-se aqui o seu “conteúdo essencial” «*como aquele conteúdo mínimo que exprima a própria dignidade humana*»³⁵³.

A ausência, no quadro jurídico-normativo que rege o Provedor português, de um prazo limite, dentro do qual a queixa deva ser apresentada, constitui uma opção que, numa perspectiva de direitos humanos e como solução estatutária de princípio, deve, a nosso ver, manter-se.

Nem se contra-argumente que, caso existisse prazo para interposição de queixa e este tivesse sido ultrapassado, sempre poderia o Provedor de Justiça intervir *motu proprio*. É que constituindo uma das razões de ser do *Ombudsman* ou Provedor arvorar-se em “válvula de segurança”, não tem sentido vedar o acesso dos indivíduos à instituição, ali onde outros mecanismos, que a instituição complementa, podem ainda intervir³⁵⁴. Aos olhos

³⁵² Cf. o regime da nulidade do negócio jurídico (art.º 286.º do Código Civil). Mais decisivo é, obviamente, neste plano, o regime da invalidade do acto administrativo. Ora, nos termos do disposto no art.º 133.º, n.º 2, al. d), do Código do Procedimento Administrativo (CPA), são nulos os actos administrativos «*que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental*». Sobre o âmbito de aplicação desta fórmula, v. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo: Comentado*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 646-647, § XI; e, ainda, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 361 e 417. De acordo com o art.º 134.º do mesmo Código, os actos nulos não produzem quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (n.º 1), com a salvaguarda da possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos, conforme o disposto no n.º 3 do mesmo preceito. A nulidade pode a todo o tempo ser invocada por qualquer interessado e declarada por qualquer órgão administrativo ou tribunal (art.º 134.º, n.º 2, do CPA), sendo essa invalidade insusceptível de sanção (art.º 137.º, n.º 1, do CPA).

³⁵³ Tomamos a fórmula e a posição de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 417, que, em todo o caso, se circunscreve ao regime da nulidade de *actos administrativos*, dando notícia de Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 26 de Outubro de 2000, em que se refere a admissibilidade, em abstracto, da nulidade de um acto administrativo que contrarie o núcleo essencial do direito à qualidade de vida, à luz do art.º 133.º, n.º 2, al. d), do CPA.

³⁵⁴ Vale aqui a imagem sugestiva de FREITAS DO AMARAL, «*Limites jurídicos...*», *in op. cit.*, pp. 31 e 38, do *Ombudsman* como *plus* e não *minus*, nomeadamente em relação ao controlo jurisdicional dos poderes públicos. Para a discussão sobre a solução vigente no caso do *Defensor del Pueblo* espanhol, cuja Lei Orgânica (art.º 15.º, n.º 1, *in fine*) estabelece, quanto ao direito de apresentação de queixa a este alto comissário das Cortes, o limite de um ano

dos cidadãos, teríamos a imagem de uma instituição, com a autoridade própria do órgão Provedor de Justiça e ainda que no marco do exercício de poderes meramente persuasórios, que “pode menos” em cotejo com outros meios de defesa, precipuamente quando esteja em causa a tutela de direitos fundamentais, objecto primordial da missão que a Constituição adscreeveu ao *Ombudsman* português. Além de que, e sempre sem prejuízo do funcionamento normal dos meios de tutela gratuitos ou jurisdicionais de que a intervenção do Provedor é independente³⁵⁵, sempre uma actuação provedoral pode antecipar a resolução da situação contestada, arredando a necessidade de recorrer àqueles meios, nomeadamente aos tribunais³⁵⁶. Na linha do que fica expresso, entendemos que, no limite, qualquer fixação de limite temporal à apresentação de queixa ao *Ombudsman* deve comportar sempre uma cláusula de salvaguarda, que excepcione, entre outras hipóteses recortáveis em abstracto, a situação de ofensa ou ameaça a direitos humanos/direitos fundamentais.

Como resulta já do exposto, a intervenção do Provedor de Justiça não está, todavia, condicionada ao impulso por queixa ou denúncia. Ele pode actuar com plena autonomia, por sua própria iniciativa³⁵⁷.

Este poder é fundamental na intervenção do Provedor de Justiça como defensor dos direitos humanos. Identificada uma área ou grupo de pessoas carecentes de uma actuação especial – seja de sentido correctivo ou, tanto melhor, preventivo –, o Provedor não fica dependente de uma qualquer queixa, podendo avançar para o terreno, realizar inspecções, investigações ou inquéritos, consoante as circunstâncias o reclamem, e, em face das conclusões a que chegue, adoptar as posições necessárias.

Para efeitos de uma intervenção da sua iniciativa, em domínios relevando da protecção dos direitos humanos, o manancial de informação é

a contar da data em que se teve conhecimento dos factos contestados, v. MARÍA JOSÉ CORCHETE MARTÍN, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 84-86, onde se dá conta de posições doutrinárias que, justamente, apontam para a falta de fundamento para limitar temporalmente o acesso ao *Defensor*, quando esteja em causa a defesa de direitos fundamentais.

³⁵⁵ Cf. art.º 23.º, n.º 2, da CRP e art.º 4.º, *in fine*, do EPJ.

³⁵⁶ Cf., quanto a este último aspecto, H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva...», *in op. cit.*, pp. 78-79.

³⁵⁷ Cf. art.ºs 4.º e 24.º, n.º 1, *in fine*, do EPJ. De notar ainda que, de acordo com o disposto no art.º 26.º do mesmo Estatuto, o Provedor de Justiça pode ser solicitado pela Assembleia da República a intervir relativamente a petições ou queixas que à mesma sejam dirigidas.

vastíssimo. Para além da percepção dos domínios mais problemáticos que retire da tipologia das queixas que lhe são apresentadas, da informação veiculada pelos meios de comunicação e da sua própria pré-compreensão dos temas mais prementes que afectem a sociedade portuguesa, o Provedor dispõe ainda, e sem carácter exaustivo, dos alertas provenientes de ONGs, bem como dos relatórios sobre a situação dos direitos humanos em Portugal emanados de órgãos internacionais de monitorização e outras instâncias pertinentes.

5.2. Poderes de investigação do Provedor de Justiça

Nos termos do disposto no art.º 21.º, n.º 1, do EPJ, o Provedor pode «efectuar, com ou sem aviso, visitas de inspecção a todo e qualquer sector da actividade da administração central, regional e local, designadamente serviços públicos e estabelecimentos prisionais civis e militares, ou a quaisquer entidades sujeitas ao seu controlo (...)» (al. a)), assim como «proceder a todas as investigações e inquéritos que considere necessários ou convenientes (...)» (al. b)).

Neste contexto, adquire também particular relevância a consagração normativa do dever de cooperação com o Provedor de Justiça, que recai sobre as entidades públicas, as quais devem prestar-lhe não só todos os esclarecimentos e informações, como toda a colaboração que o mesmo lhes solicite³⁵⁸. Do mesmo modo, o Provedor «pode solicitar a qualquer cidadão depoimentos ou informações sempre que os julgar necessários para apuramento de factos» (art.º 30.º, n.º 1, do EPJ). O desrespeito por este dever de colaboração faz incorrer o agente infractor na prática do crime de desobediência (art.ºs 29.º, n.º 6, e 30.º, n.º 3, do EPJ).

A extensão destes poderes – cujo exercício tem como limite absoluto o devido respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, além de que sujeito quer às restrições legais relativas ao segredo de justiça quer à invocação do “interesse superior do Estado” em matéria de segurança, defesa

³⁵⁸. Cf. art.º 23.º, n.º 4, da CRP e art.º 29.º do EPJ. Note-se, a este propósito, que, estando marcada a intervenção do Provedor de Justiça pela informalidade e devendo as entidades públicas colaborar com a instituição, sempre vigora o *princípio do contraditório* no iter instrutório das queixas, pelo que deve o Provedor auscultar as entidades visadas antes de tomar uma posição definitiva sobre a situação contestada (art.º 34.º do EPJ). Sobre o assunto v. ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», in *op. cit.*, pp. 80-82.

ou relações internacionais³⁵⁹ – é compreensível à luz da autoridade e legitimidade que informam o órgão do Estado em apreço³⁶⁰. Mesmo sem poder decisório – e vimos já que este não é um poder natural ao *Ombudsman*, antes o desvirtuaria –, não estamos de todo perante um órgão impotente ou de “mãos atadas”.

Na verdade, o recorte estatutário dos seus poderes de investigação permite-lhe actuar com profundo conhecimento de causa, o que se reflecte, naturalmente, nas suas tomadas de posição, mas, sobretudo com vista a uma intervenção *motu proprio*, auxilia ao desempenho de diferentes modos de actuação, alguns dos quais perfeitamente direccionáveis à sua função específica de garantia e promoção dos direitos humanos.

Aludamos ao exemplo clássico – a dimensão inspectiva. Cabe aqui destacar a particular atenção que, em geral, os *Ombudsmen* ou Provedores têm dedicado à inspecção a “espaços fechados” – v.g., estabelecimentos prisionais e de detenção, hospitais psiquiátricos, aquartelamentos militares, instituições de internamento/acolhimento de idosos, deficientes ou menores de idade.

Não estando, como é óbvio, o poder de inspecção confinado a tais espaços “à margem da sociedade”, a observância da prática administrativa nos mesmos irmana, de forma particularmente intensa, a um perfil do *Ombudsman* como guardião dos direitos humanos³⁶¹. Aqui, a razão última do acesso a sítios apartados do olhar do cidadão comum prende-se, necessariamente, com a incumbência assumida pelo *Ombudsman* de assegurar que as pessoas aí “recolhidas” ou “confinadas”, em alguns casos sujeitas a medidas restritivas dos seus direitos fundamentais – assim, desde logo, nas situações de reclusão legalmente imposta –, sejam tratadas com dignidade, em consonância com os *standards* de direitos humanos, sem que para tal careça, inclusive, de qualquer queixa ou denúncia particular³⁶². Com

³⁵⁹ V. art.ºs 28.º, n.º I, e 29.º, n.º I, do EPJ.

³⁶⁰ ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, pp. 58-59, alude a uma legitimidade tríplice: democrática, funcional e técnico-política.

³⁶¹ Relembre-se, por exemplo, o caso do *Defensor del Pueblo* da Bolívia, cuja liberdade de acesso a centros de detenção, reclusão e internamento vem expressamente consagrada ao nível do próprio recorte constitucional do respectivo mandato (art.º 129.º da Constituição do país em apreço).

³⁶² Cf. JORGE CARLOS FONSECA, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais...», *in op. cit.*, p. 113.

o que se cumpre também a função preventiva do Provedor, antecipando soluções e propondo melhorias aos sistemas inspeccionados.

No caso do Provedor de Justiça, sem embargo das inspecções pontuais realizadas a distintos sectores da Administração, destaca-se a atenção específica e continuada à situação penitenciária em Portugal, através de inspecções feitas a todos os estabelecimentos prisionais, dirigidas a uma avaliação de carácter abrangente ao sistema e aos principais problemas que afectam o dia-a-dia nas prisões portuguesas³⁶³. Em plena conformidade com o conteúdo dos pertinentes instrumentos internacionais de direitos humanos e da Constituição e lei portuguesas, um elemento essencial de todo este processo é o do respeito pela dignidade humana dos reclusos e a verificação das condições necessárias (materiais, humanas e organizacionais) para que a execução das penas possa cumprir os seus fins, com ênfase para o da reinserção social do recluso. Nesta perspectiva, é feita uma caracterização da população prisional, são analisadas as condições de reclusão ao nível do alojamento, da alimentação, da saúde, de tempos livres, da segurança e disciplina interna, bem como verificadas as oportunidades de trabalho, educação e formação profissional durante o período de clausura.

Três grandes inspecções foram já realizadas aos estabelecimentos prisionais portugueses: a primeira em 1996, depois em 1998 e, mais recentemente, foi efectuada uma terceira inspecção em 2002. Em todos os casos, o objectivo que presidiu a estas iniciativas foi o de traçar o retrato do sistema, identificar os problemas endémicos, assim como, numa abordagem prospectiva, emitir as necessárias recomendações ao responsável governamental pela área da Justiça, com vista à correcção dos aspectos negativos detectados e à melhoria do sistema³⁶⁴. No âmbito da última ins-

³⁶³. Sobre a actuação do Provedor de Justiça em relação ao sistema penitenciário, tanto tónica, com base em queixas, como sistémica, através de inspecções, v. H. NASCIMENTO RODRIGUES, «L'ombudsman et le système pénitentiaire», in AA.VV., *Les ombudsmans contre la discrimination*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002, pp. 45-63. Destacando já a realização de visitas regulares a estabelecimentos prisionais como uma das vias de materializar a finalidade de defesa dos direitos fundamentais apontada ao órgão do Provedor de Justiça, v. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in *op. cit.*, pp. 723-724.

³⁶⁴. Cf. os relatórios publicados na sequência das três inspecções efectuadas: PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *As nossas prisões: Relatório especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1996*, Lisboa, 1997; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *As nossas prisões – II: Relatório especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Lisboa, 1999; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *As nossas prisões – III Relatório*, Lisboa, 2003.

pecção, e sem prejuízo das melhorias detectadas, revelaram-se ainda preocupantes, designadamente, as questões da sobrelotação, da efectividade da reinserção social (aliada à insuficiência de meios físicos, materiais e humanos para dar consecução a esse desiderato, nomeadamente ao nível do ensino e da ocupação e formação profissionais), da prestação de cuidados de saúde e da taxa de incidência de doenças infecciosas na população prisional³⁶⁵.

5.3. Meios de intervenção do Provedor de Justiça

5.3.1. Em relação à Administração Pública

O controlo da actividade administrativa, já o sabemos, constitui o domínio típico da actuação do *Ombudsman*, tal como configurado geneticamente. Assim também no que respeita ao Provedor de Justiça.

Seja como for, interessa-nos aqui destacar a possibilidade de intervenção do Provedor *vis-à-vis* a Administração Pública, em toda a sua pluralidade de manifestações, com relevo para a defesa dos direitos fundamentais. Por outras palavras, importa destacar o papel que o Provedor pode assumir no controlo do modo como a Administração respeita as suas obrigações em matéria de direitos fundamentais.

Há muito que a sujeição da Administração ao Direito se expressa através do chamado *princípio da juridicidade*³⁶⁶. «Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (...)», assim dispõe o art.º 266.º, n.º 2, da lei fundamental portuguesa. O princípio da legalidade, em sentido estrito, não consome, por conseguinte, o campo de vinculação da Administração às normas jurídicas, relevando, naturalmente, aqui também

³⁶⁵ Naturalmente, a estas grandes inspecções acrescem as visitas periódicas, *ad hoc*, a lugares de detenção e prisão, seja por iniciativa própria, seja na sequência de uma queixa em particular, para aferir do tratamento dado às pessoas privadas de liberdade e das condições de detenção em determinado local de reclusão.

³⁶⁶ Já assim, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, «O ordenamento jurídico administrativo...», *in op. cit.*, p. 41. V. também do mesmo Autor, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 349 e seg. e p. 416. Quanto ao sentido da vinculação da administração pelos direitos, liberdades e garantias, em particular, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 442-446.

as normas (regras e princípios) constitucionais, incluindo os preceitos respeitantes aos direitos fundamentais, e outras normas internacionais relativas a direitos humanos que vinculem o Estado português³⁶⁷.

A própria Constituição recorta, especificamente no capítulo atinente à Administração Pública, um conjunto de princípios objectivos e de posições jurídicas subjectivas, que, na perspectiva do controlo do Provedor de Justiça, constituem verdadeiros *critérios de boa administração, de recorte jusfundamental*.

Assim, desde logo, os princípios constitucionais materialmente conformadores da actividade administrativa – os princípios da *prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da igualdade* (igualdade de tratamento, proibição do arbítrio e da discriminação), da *proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé*³⁶⁸.

Sobrevém, depois, a defesa dos direitos fundamentais dos administrados, verdadeiros direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consagrados no art.º 268.º da CRP, a que correspondem, da parte da Administração, os deveres de *informação procedimental, de garantia do acesso aos arquivos e registos administrativos* nos termos legalmente previstos, de *notificação* dos actos administrativos e de *fundamentação* expressa e acessível dos actos administrativos lesivos de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Do ponto de vista do Provedor de Justiça, os normativos constitucionais citados apontam para uma *tipologia de parâmetros do procedimento devido* pela Administração, nas suas relações com os administrados, em termos das exigências de um *direito fundamental a uma boa administração*.

Para além do controlo da actividade administrativa nas dimensões materiais e procedimentais apontadas, o Provedor direcciona naturalmente a sua intervenção para o controlo do *conteúdo* das medidas administrativas (de acção ou inércia, ou meras operações materiais), incluindo nos espaços próprios de decisão de que a Administração dispõe (poder regulamentar e

³⁶⁷ Nesta acepção ampla, v., justamente, o art.º 3.º do CPA, que determina a submissão dos órgãos da Administração Pública à lei e ao direito.

³⁶⁸ Cf. art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, princípios seguidamente concretizados nos art.ºs 5.º a 6.º-A do CPA.

poderes discricionários³⁶⁹), de modo a reagir contra as interferências ilegítimas com os direitos fundamentais que tenham lugar, mas também a apontar para as circunstâncias que promovam a implementação desses mesmos direitos fundamentais, tanto na sua vertente de esferas de liberdade e autonomia, como, no que ocupa lugar de relevo na actividade da Provedoria de Justiça, na sua vertente prestacional/assistencial.

Com efeito, numa síntese de VIEIRA DE ANDRADE, dando conta da amplitude da manifestação hodierna do *imperium* das entidades com poderes públicos, «os poderes de autoridade não se limitam às decisões desfavoráveis (*imposição, proibição, ablação*), incluindo, naturalmente, actos favoráveis (*autorizações, concessões, subvenções*) e outros, no contexto alargado de uma administração que não é apenas policial, mas, cada vez mais, também uma administração prestadora, de fomento, de regulação e de controlo (...)»³⁷⁰.

No que à administração prestadora especificamente concerne, além do que seja o conteúdo de protecção, recortável nas normas jusfundamentais

³⁶⁹ Quanto ao controlo pelo *Ombudsman* da actividade discricionária da Administração, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», in *op. cit.*, pp. 30-32. FREITAS DO AMARAL defende que «[o] “*Ombudsman*” pode e deve ir (...) 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)» (*ibid.*, pp. 31-32). Com efeito, ao *Ombudsman* ou Provedor está aberto o controlo do exercício dos poderes discricionários pela Administração, desde logo no que seja ainda a margem vinculada desse mesmo exercício – controlo de legalidade –, a começar pelos princípios constitucionais relativos ao exercício da actividade administrativa, entre os quais os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade. Quanto ao controlo de mérito, refira-se que já na Exposição dos Motivos da Recomendação n.º R (80) 2, adoptada pelo Comité de Ministros do CoE em 11 de Março de 1980, sobre o exercício dos poderes discricionários da Administração, se adiantava, no que toca à natureza do controlo, que o princípio do controlo de legalidade dos actos praticados no exercício de um poder discricionário «não exclui a possibilidade de que as jurisdições ou outros órgãos independentes (por exemplo o *Ombudsman*) que exercem um controlo de legalidade sobre o acto administrativo discricionário possam igualmente exercer um controlo de oportunidade sobre esta categoria de actos» (§ 44). Assim, na linha das hipóteses postas por FREITAS DO AMARAL (erro manifesto ou total desrazoabilidade), e porque o Provedor não está limitado por critérios de legalidade, na defesa dos cidadãos contra a Administração, não deve ficar tolhido num estrito controlo de legalidade, quando o exercício de poderes discricionários revele uma situação grave e patente de má administração (*misadministration*). V., por último, ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», in *op. cit.*, pp. 67 e 75.

³⁷⁰ J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 237, em nota.

pertinentes, que permita alicerçar uma posição jurídica individualizável, de natureza negativa ou de protecção exigível contra o Estado, é certo que os direitos a prestações vão em primeira linha dirigidos à interposição estadual, transportando deveres positivos, verdadeiras obrigações de *facere* para o Estado.

Estamos, pois, perante um domínio de maior relevo quanto à possibilidade de actuação de um órgão como o Provedor de Justiça. Assim, designadamente no que toca à tutela dos direitos sociais, na sua dimensão típica de prestações estaduais, granjeia este órgão uma mais-valia quando comparado com a defesa jurisdicional desses mesmos direitos. Sem negar de todo a justiciabilidade dos direitos sociais³⁷¹ (i.e., a possibilidade de recurso aos tribunais para a sua defesa), desde logo onde se recortem posições subjectivadas na esfera jurídica do indivíduo, ao Provedor, pela conformação jurídica das suas atribuições e competências assim como pelo seu modo típico de actuar – e sem poder deixar de fazer já aqui a transposição para a sua relação também com o legislador –, caberá neste domínio, salvaguardadas as esferas de estrita opção política que cabem na matéria, um papel na concretização do programa constitucional, capacidade esta que, pela natureza das coisas, surge mitigada na tutela jurisdicional dos direitos sociais. Como afirma ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, «[n]o 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 cidadãos, como sejam o funcionamento do sistema de segurança social, de saúde, de ensino, de educação, cultura e ciência»³⁷².

³⁷¹ De notar que já no plano da protecção internacional dos direitos humanos se deu consecução a forma específica de defesa dos direitos sociais. Assim ocorreu no âmbito do CoE, por via da institucionalização de um mecanismo de queixas colectivas, na sequência da aprovação e entrada em vigor do *Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Colectivas*, de 1995, nos termos do qual determinadas organizações, entre as quais organizações nacionais representativas de empregadores e de trabalhadores de Estado vinculado por esse Protocolo, podem apresentar reclamação alegando a não aplicação satisfatória por esse Estado das normas da *Carta Social Europeia*. Para uma apreciação dos resultados deste mecanismo, nos primeiros cinco anos de actuação do Comité Europeu dos Direitos Sociais, em todo caso, numa análise crítica, com propostas de reforma do sistema com vista a imprimir-lhe eficiência, v. ROBIN R. CHURCHILL/URFAN KHALIQ, «The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3 (2004), pp. 417-456.

³⁷² ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, «O Provedor de Justiça e o Acompanhamento...», *in op. cit.*, pp. 60-61.

De uma maneira geral, o Provedor de Justiça pode reagir contra uma actuação da Administração em desconformidade com a conformação legislativa dada aos direitos fundamentais. Na realidade, a prática da Provedoria revela que, com frequência, o que está em questão nas condutas administrativas contestadas é, na verdade, uma defeituosa interpretação e aplicação da lei.

Por outro lado, e com vista a assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, o Provedor deve mobilizar, sempre que tal se revele necessário, os princípios da interpretação em conformidade com a Constituição e do respeito dos direitos humanos, quando escrutina a actividade da Administração, sobretudo se esta aplica uma lei com *conceitos indeterminados*, circunstância a que muitas vezes se alia o facto de dispor de amplo poder discricionário.

No que representa o seu “poder por excelência”³⁷³, o Provedor de Justiça pode dirigir aos órgãos competentes as *recomendações adequadas*³⁷⁴, com destaque, no que à actividade administrativa concerne, para as que tenham por objectivo a *correção de actos ilegais ou injustos* ou a *melhoria dos serviços públicos*, mas também recomendações de sentido genérico, como sejam aquelas que visem assinalar quaisquer deficiências normativas, v.g., visando regulamentos das entidades públicas³⁷⁵.

³⁷³ Cf. 20 ANOS do Provedor de Justiça, *op. cit.*, p. 19.

³⁷⁴ Como aclara ANA FERNANDA NEVES («O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, p. 84), «[a] recomendação pressupõe, por um lado, o apuramento de ilegalidade ou injustiça de dado acto ou actuação ou omissão dos poderes públicos, a insuficiência dos esforços instrutórios para à mesma atalhar ou a não obtenção de concertação nessa sede para a corrigir e, pelo outro, pressupõe a importância do caso e um juízo sobre a eficácia, a utilidade ou premência da sua emissão».

³⁷⁵ Cf. Art.º 20.º, n.º 1, al. a) e b), do EPJ. Note-se que, na medida em que a al. b) deste preceito menciona expressamente as «deficiências de legislação», o termo “legislação” não é tomado no sentido estrito de acto legislativo, abrangendo antes toda a actuação normativa das entidades públicas. O poder de recomendação, ainda que não juridicamente vinculativo, surge envolto num “mínimo de injuntividade”. Nesses termos, v. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 172, § VII. Com efeito, o exercício desse poder obriga a entidade destinatária a comunicar ao Provedor de Justiça, no prazo de 60 dias, a posição tomada quanto à recomendação formulada, devendo o não acatamento da mesma ser sempre fundamentado. Em caso de não acatamento, e sempre que não seja obtida a colaboração devida, o Provedor pode dirigir-se ao superior hierárquico competente. Tratando-se de órgão executivo de autarquia local que não acate a recomendação de que foi destinatário, o Provedor de Justiça pode dirigir-se à respectiva assembleia deliberativa. Já poderá dirigir-se à Assembleia da República, caso seja a Administração Pública a não acatar recomendação ou a não colaborar nos termos solicitados. Cf. art.º 38.º do EPJ.

No quotidiano da actividade do Provedor de Justiça e na variedade de situações submetidas à sua apreciação, porém, nem todos os casos justificam a adopção de uma recomendação, podendo sempre este órgão do Estado dirigir à entidade faltosa uma *censura*, *reparo* ou *chamada de atenção*, variedade esta de grau de censurabilidade dos poderes públicos que se encontra na absoluta disponibilidade do Provedor, em plena consonância com a sua *autonomia*³⁷⁶.

Paralelamente, numa intervenção de sentido pró-activo, pode o Provedor apresentar, sem a carga formal de uma recomendação, todas as *sugestões* ou *propostas de solução* que entenda caberem no caso. Assim ocorreu, por exemplo, numa intervenção do Provedor de Justiça relevando da protecção social básica dos imigrantes. Com efeito, verificando-se, na sequência de queixa, que estrangeiros a residir legalmente em Portugal, não sendo provenientes dos países que integram a UE ou o Espaço Económico Europeu, nem beneficiando de acordos de reciprocidade, não teriam acesso ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), foi interpelado o Ministério da Saúde no sentido de garantir, em igualdade de tratamento, o direito à protecção da saúde dos imigrantes. Demanda que foi bem acolhida e concretizada por via de publicação de despacho ministerial³⁷⁷ que aclarou os termos do acesso de cidadãos estrangeiros aos cuidados de saúde e de assistência medicamentosa no quadro do SNS³⁷⁸.

5.3.2. Em relação ao legislador

Extravasando uma compleição de estrito controlo da Administração, o Provedor de Justiça dispõe, nos termos do seu Estatuto, de importantes competências em face do legislador ordinário.

Numa perspectiva de defesa e promoção dos direitos fundamentais,

³⁷⁶ Na explanação de ANA FERNANDA NEVES («O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, p. 84), «[a] formulação de reparo à actuação ou omissão ocorre quando, impondo-se fazer pública censura do caso, a situação não tem gravidade que justifique a recomendação ou outra diligência mais enfática», havendo igualmente lugar para o reparo, continua a mesma Autora, «quando não sendo ineficaz ou não sendo adequada a formulação de recomendação e esteja o caso esclarecido, este imponha a censura formal à actuação ou omissão em causa no processo».

³⁷⁷ Despacho n.º 25 360/2001 (2.ª série), *in Diário da República*, II Série, n.º 286, de 12 de Dezembro de 2001, pp. 20597-20598.

³⁷⁸ V. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2001*, cit., pp. 350 e 391-393.

este relacionamento assume particular relevância, dada a protecção especial frente ao legislador que os mesmos direitos recobram na Constituição.

Assim é, desde logo, no que respeita aos direitos, liberdades e garantias³⁷⁹, com destaque para a *reserva de lei* (lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo), que opera no plano tanto do regime da restrição daqueles direitos, como da sua conformação legislativa (ao nível seja de regulação legislativa total, de definição de um regime geral, ou do estabelecimento de bases gerais, consoante os casos)³⁸⁰. Relativamente à regulação de aspectos atinentes a alguns desses direitos, incluindo os regimes da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias e das restrições ao exercício de direitos por militares, agentes militarizados e agentes de serviços e forças de segurança, o legislador constituinte determinou mesmo uma *reserva absoluta* de competência legislativa parlamentar – é o caso de alguns direitos de participação política (sufrágio, acesso a cargos electivos, referendo, associações e partidos políticos), do direito à cidadania e da liberdade de ensino (liberdade de aprender e de ensinar), para além dos regimes de estado de sítio e do estado de emergência e do regime das restrições ao exercício de direitos em razão das funções *supra* identificadas³⁸¹.

A mesma reserva de lei opera quanto a alguns direitos sociais – é o que ocorre quanto às bases do sistema de ensino (situadas na reserva absoluta da Assembleia)³⁸², assim como, no plano da reserva relativa, quanto às bases do sistema da segurança social e do SNS, do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural, e do ordenamento do território e do urbanismo³⁸³, relacionadas que estão com os

³⁷⁹. Quanto ao sentido da vinculação do legislador pelos direitos, liberdades e garantias, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 440-442.

³⁸⁰. Cf. art.º 18.º, n.º 2, e art.º 165.º, al. b), da CRP. Quanto ao art.º 165.º da Constituição, destaque-se que a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, para além de contemplar a matéria, em geral, dos direitos, liberdades e garantias (al. b)), abraça, de modo específico, matérias mais directamente concatenadas com o âmbito de protecção de alguns dos direitos enquadráveis nessa “categoria” de direitos fundamentais, alguns dos quais de natureza análoga (v. al. a), c) a e), h), i), l), p), r) a t), do art.º 165.º), ou que com os mesmos se relacionem, mesmo que de forma mais sumida (assim, a al. j) do preceito em questão, na medida em que toca ainda o direito de propriedade privada, enquanto direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias).

³⁸¹. Cf. art.º 164.º, al. a), b), e), f), h) a l) e o), da CRP.

³⁸². Art.º 164.º, al. i), da CRP.

³⁸³. Cf. art.º 165.º, al. f), g) e z), da CRP.

direitos ao ensino, à segurança social, à protecção da saúde, ao ambiente, à qualidade de vida, à defesa do património cultural e à habitação.

Para além desta demarcação orgânico-formal de competência legislativa, o legislador ordinário está impedido de emanar actos legislativos materialmente contrários às normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. Este limite negativo de competência é mais intenso quanto aos direitos, liberdades e garantias, atendendo ao sentido da sua aplicabilidade imediata e da vinculação das entidades públicas pelos preceitos constitucionais que os consagram (art.º 18.º, n.º 1, da CRP), mas vale igualmente quanto ao conteúdo essencial dos direitos sociais que a liberdade de conformação do legislador não pode em caso algum capitular. Por outro lado, numa dimensão positiva, recai sobre o legislador o dever de conformar as relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos, bem como entre os indivíduos, em conformidade com os direitos fundamentais, densificando-os, conformando-os e determinando as dimensões institucionais, processuais, procedimentais e organizatórias necessárias para a sua realização efectiva. No caso dos direitos sociais, enquanto direitos a prestações, o dever de legislar afirma-se com particular acuidade.

Neste quadro, fica reservado ao Provedor de Justiça um dilatado campo de actuação em defesa da integridade dos direitos fundamentais. Com efeito, pode intervir contra os termos da conformação legislativa que contenda com esses direitos, caso a mesma não seja constitucionalmente adequada ou não esteja em sintonia com os *standards* de direitos humanos (a começar pelas exigências de *universalidade* e *igualdade*), mas também contra a ausência de conformação legislativa, nomeadamente em incumprimento de imposições constitucionais de legiferar, identificando as lacunas não supridas e apontando soluções para a sua melhor integração, numa perspectiva de direitos humanos.

São várias as disposições do EPJ que clarificam a competência do Provedor *vis-à-vis* os actos legislativos e que permitem acomodar o desempenho do papel a que acabámos de aludir.

Assim, o seu poder de *recomendação* não está apenas consagrado com vista à resolução de situações individuais e concretas, a que no ponto precedente fizemos referência. De acordo com o disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do EPJ, ao Provedor compete igualmente «*assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação*». E

registe-se o alcance deste poder de recomendação. Satisfazendo as funções, quer correctiva, quer preventiva, adstritas ao Provedor, este não está limitado a apontar o sentido da inflexão de determinada legislação, mas pode aduzir *ex novo* soluções normativas em falta. Como explicita o actual Provedor de Justiça, «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»³⁸⁴.

Neste contexto e a título ilustrativo, refira-se a recomendação legislativa dirigida ao Ministro das Finanças, visando o alargamento do âmbito do regime de crédito bancário bonificado para *cidadãos portadores de deficiência* relevante, de forma a abranger, para além da aquisição ou construção de habitação própria permanente, e em caso de situação de carência económica, a realização em habitação própria de obras de adaptação às necessidades específicas de mobilidade e acessibilidade desses cidadãos³⁸⁵. Noutra intervenção mais recente, veio o Provedor de Justiça formular, junto do Ministro da Justiça e no contexto dos trabalhos legislativos dirigidos à alteração da lei processual penal, uma recomendação sobre matéria do regime jurídico-legal da prisão preventiva³⁸⁶. Entre os distintos aspectos abordados na presente iniciativa, destaca-se aquele tendente a colmatar a insuficiência do quadro legal vigente, no que respeita à indemnização por privação da liberdade no âmbito da prisão preventiva, de modo a abranger também as situações em que um indivíduo preso preventivamente não venha a ser condenado no processo, no quadro do qual essa medida de coacção foi (em termos não contrários à lei e não injustificados) decretada³⁸⁷. Na base desta recomendação de alte-

³⁸⁴ H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva...», *in op. cit.*, pp. 77-78.

³⁸⁵ *Recomendação n.º 1/B/2001*, de 6 de Julho de 2001, *in* PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2001*, cit., pp. 194-198. A intervenção do Provedor de Justiça relativamente à presente questão cessou, em 2006, em face do anúncio do I Plano de Acção para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade.

³⁸⁶ Cf. *Recomendação n.º 3/B/2004*, de 5 de Fevereiro de 2004, *in* PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2004*, cit., pp. 729-748.

³⁸⁷ De acordo com o disposto no art.º 225.º do Código de Processo Penal à data vigente, a indemnização por privação da liberdade apenas pode ser requerida no caso de prisão preventiva manifestamente ilegal e no de prisão preventiva que, não sendo ilegal, acabe por revelar-se injustificada em virtude de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto que estiveram na base da sua imposição.

ração legislativa, teve-se em linha de consideração os «danos, pessoais e sociais, que uma situação como esta [de privação da liberdade] acarreta, em termos familiares e profissionais, em momento anterior ao da obtenção de uma certeza sobre a existência de responsabilidade penal cuja censura seja proporcional a essa mesma privação e efeitos correlativos»³⁸⁸, bem como, *inter alia*, a Recomendação n.º R (80) 11, do Comité de Ministros do CoE, em matéria de prisão preventiva, que exorta, precisamente, os Estados membros a conformarem a respectiva legislação interna com a previsão ou alargamento da indemnização das pessoas que tendo estado em prisão preventiva não venham a ser condenadas (§ 18), do mesmo modo que se procura dar plena eficácia aos preceitos constitucionais pertinentes (*maxime*, art.ºs 22.º, 27.º, n.º 5, 28.º, n.º 2, 32.º, n.º 2, da CRP)³⁸⁹.

Na linha do raciocínio *supra* expendido e visando fazer face a situações de lacuna legislativa com prejuízo sério para a salvaguarda dos direitos humanos, consideramos que o Provedor de Justiça poderá mesmo dirigir aos órgãos competentes (Assembleia da República e Governo) recomendações que comportem sugestão no sentido de o Estado português se vincular a determinada convenção internacional em matéria de protecção dos direitos humanos. Trata-se, no fundo, de uma recomendação no sentido de ser acolhida, e, conseqüentemente, incorporada na nossa ordem jurídica interna, determinada “*legislação internacional*”.

Julgamos não proceder, contra este entendimento, a ideia de que estaria aqui em causa uma função eminentemente política, que escapa, como tal, ao âmbito de actuação do Provedor, porquanto toda a intervenção legislativa leva, afinal, sempre ínsita uma opção política do legislador. Por outro lado, nada impede o Provedor de colher inspiração nas normas internacionais pertinentes, reproduzindo-as, se necessário, numa sua recomendação legislativa. Por identidade de razão, se, no seu juízo, o Provedor considerar que se prossegue melhor a tutela visada pela sua intervenção, através da vinculação do Estado por dado instrumento internacional, que resolva já satisfatoriamente o problema em questão, pode sugerir antes que a convenção internacional pertinente seja recepcionada na nossa

³⁸⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 732.

³⁸⁹ A Proposta de Lei, aprovada na sua versão final no Conselho de Ministros de 16 de Novembro de 2006, visando alterar o Código de Processo Penal, consagrou a atribuição do direito de ser indemnizado a quem tiver sofrido privação da liberdade e vier a ser absolvido por estar comprovadamente inocente.

ordem jurídica, por via do necessário procedimento de vinculação internacional do Estado português. Tal solução, ademais, enquadra-se plenamente na abertura e amizade da CRP ao direito internacional dos direitos humanos, tal como deixámos evidenciadas em momento anterior, bem como do sentido, apontado já pela doutrina, da idêntica fundamentalidade material da protecção internacional e constitucional dos “direitos do Homem”.

Outro domínio de intervenção provedoral, quanto à actividade legislativa, que tem já ocupado o Provedor e pode assumir crescente importância, em função do aprofundamento do processo de integração europeia, é o que respeita à legislação comunitária. Neste contexto, recorde-se que o Provedor de Justiça nacional não deixa de ser também um “guardião” do direito da UE, sempre que esteja em causa uma sua má aplicação pelas entidades públicas portuguesas. Isto vale, naturalmente, quanto ao direito, quer originário, quer derivado, da União³⁹⁰.

Ora, uma actuação do Provedor neste âmbito, visando especificamente o legislador nacional, com benefícios para a efectivação dos direitos fundamentais, pode manifestar-se com particular interesse ao nível do controlo da transposição, pelo Estado português, das directivas comunitárias que regulem aspectos atinentes à protecção daqueles direitos³⁹¹.

³⁹⁰ Sobre os trabalhos do “5.º Seminário dos *Ombudsmen* Nacionais dos Estados Membros da UE e Estados Candidatos” (Haia, 12-13 de Setembro de 2005), co-organizado pelo Provedor de Justiça Europeu e pelo *Ombudsman* Nacional dos Países Baixos, dedicado, justamente, ao tema “O Papel das Instituições de *Ombudsman* e Órgãos Similares na Aplicação do Direito da UE”, v. EUROPEAN OMBUDSMAN, *Newsletter*, N.º 5 (2005), pp. 59-62.

³⁹¹ Uma directiva comunitária, por definição, «*vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*» (art.º 249.º, 3.º par., do Tratado CE). Ou seja, enquanto instrumento comunitário privilegiado de harmonização, aproximação ou coordenação das legislações nacionais em torno de um objectivo comum definido ao nível comunitário, a directiva deixa aos Estados membros liberdade quanto à competência, à forma e aos meios da respectiva transposição para as ordens jurídicas internas. Numa palavra, a directiva leva em si, no domínio regulado, uma obrigação de resultado, não já de meios. Não obstante esta margem de autonomia, persiste para os Estados membros a obrigação de levar a cabo as acções previstas numa dada directiva, dando a esta última plena execução, no quadro dos respectivos procedimentos de actuação normativa, tal como jurídico-constitucionalmente conformados. Em termos de opções metodológicas quanto à transposição das directivas importa aferir se a matéria objecto da directiva a transpor já foi regulada e, em caso afirmativo, se o foi em sentido compatível com a directiva e em termos suficientes para a

Atente-se, como exemplo, no normativo constante do art.º 13.º do Tratado CE, que dispõe acerca da possibilidade de adopção, dentro dos limites das competências comunitárias, das medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual³⁹², bem como, mais amplamente, no conteúdo das competências comunitárias, em matéria de emprego, política social, educação, cultura, saúde, defesa dos consumidores e ambiente.

Considerando, em particular, os deveres que impendem sobre o Estado português, enquanto destinatário das directivas comunitárias e os prazos fixados para o seu cumprimento, por um lado, e na medida em que esteja em causa a realização de um princípio informador de todo o regime jurídico em matéria de direitos fundamentais, senão mesmo de uma posição jusfundamental, ou ainda qualquer outra dimensão inerente à consecução da boa administração, afigura-se pertinente o acompanhamento pelo Provedor de Justiça do cumprimento, pelo Estado, das obrigações que para o mesmo decorrem das directivas comunitárias. Pode assim desencadear iniciativa a fim de inquirir os órgãos competentes sobre qual o estado da situação ou quais as medidas tomadas (que podem, obviamente, não ser só legislativas, mas também regulamentares, administrativas ou outras) com vista a assegurar a transposição das directivas no prazo estipulado. Aliás,

prosseguirão dos objectivos fixados. Neste caso, não se afiguram necessárias quaisquer medidas estaduais de execução, satisfazendo o Estado destinatário a sua obrigação de transposição da directiva com a comunicação às instituições comunitárias das normas de direito interno em vigor pertinentes. Na hipótese de o tratamento jurídico dado à matéria objecto da directiva a transpor não for de todo compatível com o desta última, devem as normas vigentes desconformes ser revogadas e ser aprovada a legislação adequada. No caso de o direito interno vigente ser total ou parcialmente omissivo, impor-se-á a adopção das medidas estaduais de execução em falta. Neste sentido metodológico, v. MARCELO REBELO DE SOUSA «A Transposição das Directivas Comunitárias na Ordem Jurídica Portuguesa», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 75-77.

³⁹². Foram já adoptadas, ao abrigo deste preceito do Tratado CE, a Directiva n.º 2000/43/CE, de 29 de Junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e a Directiva n.º 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Sobre as directivas comunitárias em matéria de combate à discriminação, v. ADAM TYSON, «Directives du Conseil sur la non-discrimination conformément à l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne», in AA.VV., *Les ombudsmans contre...*, op. cit., pp. 33-43.

está habilitado a fazê-lo preventivamente, em face de um prazo que esteja próximo de se esgotar e procurando auscultar os órgãos competentes quanto às medidas já em curso para efeitos de uma adequada transposição do normativo comunitário.

Ademais, as instituições da UE “proclamaram solenemente” a CDF-UE, cujos destinatários são não só as instituições e órgãos comunitários, mas também os Estados membros *quando apliquem o direito da União* (art.º 51.º, n.º I, da Carta), documento também ele já incontornável do ponto de vista da actuação dos *Ombudsmen* dos países que integram a UE, entre os quais o Provedor de Justiça português, num espaço de controlo das autoridades nacionais vedado, como é sabido, ao Provedor de Justiça Europeu³⁹³.

Outra competência não despendida do Provedor de Justiça, relativamente à produção normativa, revela-se no seu posicionamento como actor principal em sede de justiça constitucional, quanto aos processos de controlo abstracto da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas, que não apenas legislativas.

Com efeito, foi-lhe outorgada legitimidade processual activa para requerer ao Tribunal Constitucional não só a *declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de normas* (art.º 281.º, n.º 2, al. d), da CRP e art.º 20.º, n.º 3, do EPJ), mas também a *apreciação e verificação da inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais* (art.º 283.º, n.º I, da CRP e art.º 20.º, n.º 4, do EPJ)³⁹⁴.

³⁹³. Sobre o papel que os *Ombudsmen* dos Estados membros da UE podem actualmente desempenhar na “recepção dinâmica” da CDF-UE, v. CATARINA SAMPAIO VENTURA/JOÃO ZENHA MARTINS, «The Charter of Fundamental Rights...», cit., p. 138. Reconhecendo também já na CDF-UE, independentemente do seu valor jurídico, a capacidade de “efeito de irradiação” sobre os outros mecanismos, quer nacionais, quer internacionais, de protecção dos direitos fundamentais, v. R.M. MOURA RAMOS, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais», in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares [Studia Iuridica 61, Ad Honorem – I]*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 989.

³⁹⁴. Como afirma CARLOS LUNA ABELLA («Artículo 29», in *op. cit.*, p. 755, § 113), a atribuição de legitimidade processual activa ao Provedor de Justiça português em sede de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão «*coloca en sus manos un formidable instrumento para la materialización del programa constitucional*». No entendimento consensual da doutrina e jurisprudência constitucionais, para a verificação da inconstitucionalidade por omissão não basta um mero dever geral de legislar; a mesma supõe antes a existência de uma imposição concreta e específica de legislar.

Embora perfilhemos o ponto de vista dos que entendem não estar a intervenção do Provedor de Justiça em sede de justiça constitucional necessariamente subordinada, de modo exclusivo, à tutela dos direitos fundamentais³⁹⁵, a iniciativa junto da jurisdição constitucional, quando focalizada nessa tutela – que é, sempre se diga, o seu móbil privilegiado –, representa um importantíssimo “meio indirecto de defesa”³⁹⁶ daqueles direitos, quando afectados ilegitimamente por actos legislativos (ou pela falta deles), compensando, inclusivamente, «a *inexistência de acção directa de inconstitucionalidade por parte dos cidadãos*»³⁹⁷, quando o processo seja desencadeado na sequência de petição dos cidadãos.

Por outro lado, e na medida em que o Tribunal Constitucional acolha, no todo ou em parte, o pedido do Provedor e a respectiva fundamentação jurídica, o poder de iniciativa deste órgão do Estado junto daquela jurisdi-

³⁹⁵ Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 171, § II), que retiram das funções que ao *Ombudsman* português foram atribuídas no sistema de fiscalização da constitucionalidade a compreensão deste órgão do Estado como “órgão de garantia da Constituição”, independentemente dos direitos fundamentais. Reforça esta concepção do Provedor de Justiça, como guardião do princípio da constitucionalidade, a circunstância de o mesmo ser membro, por inerência, do Conselho de Estado (art.º 142.º, al. d), da CRP). Colocando também o Provedor nos “domínios de defesa da Constituição”, v. MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia...», *in op. cit.*, p. 72-73. Em sentido diferente, v. JORGE MIRANDA, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, p. 45, que considera estar a iniciativa do Provedor em sede de fiscalização abstracta sucessiva da inconstitucionalidade, por acção ou por omissão, «*pela natureza das coisas, funcionalizada ou especializada ao serviço dos direitos fundamentais*». A questão também foi largamente discutida em Espanha, relativamente à figura do *Defensor del Pueblo*, estando definitivamente resolvida por força de uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol (Acórdão de 15 de Setembro de 2000), em que, depois de se chamar à colação *obiter dictum* anterior, segundo o qual as normas que reconhecem a legitimidade do Defensor para interpor recurso de inconstitucionalidade não a sujeitam a limites ou condições objectivas de qualquer tipo, se firma que a mesma há-de entender-se em idênticos termos e com igual amplitude que a das restantes entidades com legitimidade processual activa para interpor esse tipo de recurso, legitimidade esta que não lhes é reconhecida em atenção do respectivo interesse, mas em virtude da “alta qualificação política” que se infere da sua missão constitucional; donde se conclui que «*el ámbito de la legitimación activa del Defensor es la totalidad de la Constitución*» (CARLOS LUNA ABELLA, «Artículo 29», *in op. cit.*, p. 748, § 104).

³⁹⁶ Cf. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 368.

³⁹⁷ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 173, § VIII.

ção permite, no fundo, transpor a instituição do Provedor ou *Ombudsman* do típico domínio da “magistratura de persuasão”, de sentido recomendatório, para o domínio da “força de caso julgado”, da “força obrigatória geral”, ganhando, nessa medida, uma sua intervenção, sempre, como é óbvio, com a *interpositio* da jurisprudência constitucional e por força desta, uma espécie de “autoridade injungente”³⁹⁸.

Assim, de modo a ilustrar o que precede e entre as inúmeras iniciativas do Provedor de Justiça junto do Tribunal Constitucional, refira-se, por exemplo, que o *princípio da equiparação* de direitos e deveres, entre cidadãos nacionais e estrangeiros ou apátridas, e as *excepções* que o mesmo princípio comporta (art.º 15.º, n.ºs 1 e 2, da CRP) estiveram na base do pedido de declaração da inconstitucionalidade de norma do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, na medida em que limitava a portugueses o acesso à carreira docente nas escolas públicas (salvaguardadas as obrigações impostas pelo direito comunitário, assim como aquelas decorrentes de convenção internacional ou lei especial). O presente caso foi analisado, designadamente, à luz da excepção ao princípio da equiparação que reserva a cidadãos nacionais o exercício de funções públicas destituídas de “carácter predominantemente técnico” e do entendimento, já sufragado pela jurisprudência, de que se trata apenas aqui de excluir o exercício por cidadãos estrangeiros de funções públicas que incluam o exercício de poderes públicos. No caso do exercício de funções docentes de educador de infância e de professor dos ensinos básico e secundário, importava aferir em que medida o exercício de autoridade pública sobrepesava ou não a natureza técnica de tais funções, concluindo o Provedor de Justiça pela prevalência desta última, bem como, paralelamente, que a norma em questão consagrava uma restrição desadequada, desnecessária e desproporcional ao direito de acesso à função pública³⁹⁹. A posição do Provedor obteve vencimento na aprecia-

³⁹⁸. É certo que, pela natureza das coisas – a existência da norma, num caso, a inexistência dela, noutro –, a força directiva das decisões do Tribunal Constitucional não é idêntica no caso de uma declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de determinada norma (art.º 282.º da CRP) e de uma verificação de inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º, n.º 2, da CRP). Quanto a esta última, estamos mais perante um “apelo do Tribunal Constitucional” (J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1039) ao legislador, ainda que de significado não meramente político mas também jurídico.

³⁹⁹. Cf. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 1998*, Lisboa, 1999, pp. 628-635.

ção feita pelo Tribunal Constitucional, que, em 2002, declarou a inconstitucionalidade da norma visada, com força obrigatória geral, repondo-se, deste modo, a “legalidade constitucional”, de apego ao tratamento nacional dos estrangeiros e apátridas⁴⁰⁰.

Já no que respeita a pedidos de verificação da inconstitucionalidade por omissão, regista-se, v.g., a iniciativa do Provedor de Justiça quanto à falta de medidas legislativas necessárias para dar plena exequibilidade à norma constitucional que determina a assistência material de todos os trabalhadores que involuntariamente se encontrem em situação de desemprego (art.º 59.º, n.º I, al. e), da CRP), no que aos trabalhadores da Administração Pública concerne⁴⁰¹.

Encarando o subsídio de desemprego como forma residual de assegurar as condições mínimas de subsistência necessárias para a salvaguarda do próprio direito à vida, o Provedor alertou então para a circunstância de esse direito não estar acautelado em todas as situações de emprego público. O Provedor considerou, inclusive, que tal violaria o princípio da igualdade (art.ºs 13.º e 59.º, n.º I, da CRP), porquanto a concretização do direito em apreço não abrange parte dos trabalhadores destinatários da forma de protecção que o mesmo garante.

Chamado a decidir, o Tribunal Constitucional, concordando estar-se perante norma constitucional com as características pressupostas pela verificação da existência de uma inconstitucionalidade por omissão – isto é, que, em face do disposto no art.º 59.º, n.º I, al. e), da CRP, o legislador ordinário não pode deixar de prever a existência de uma prestação social em benefício dos trabalhadores, incluindo os trabalhadores da Administração Pública, colocados involuntariamente em situação de desemprego –, concluiu existir uma omissão parcial, porquanto o legislador ordinário não deu exequibilidade à norma constitucional em causa relativamente a todos os trabalhadores⁴⁰². Pelo que sobre o legislador recai, conseqüentemente, o *dever* constitucional de pôr fim à ilicitude verificada⁴⁰³, dever este cujo cumprimento cabal, enquanto permaneça por satisfazer, compete também ao Provedor sindicat. Neste sentido, e tendo em

⁴⁰⁰. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/2002, de 11 de Julho.

⁴⁰¹. V. PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1994*, Lisboa, 1996, pp. 320-327.

⁴⁰². Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2002, de 19 de Novembro.

⁴⁰³. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 1049, § VIII.

conta as especificidades do problema, para efeitos do respectivo tratamento normativo, o Provedor de Justiça não prescinde de insistir junto do Governo e chamar a sua atenção para a necessidade de ser desencadeado procedimento legislativo sobre a matéria da protecção social no desemprego, devida aos funcionários e agentes da Administração Pública⁴⁰⁴.

Por último, refira-se, neste âmbito do relacionamento com o legislador ordinário, que o Provedor de Justiça, nos termos do seu Estatuto, pode «emitir parecer, a solicitação da Assembleia da República, sobre quaisquer matérias relacionadas com a sua actividade»⁴⁰⁵. Semelhante pedido pode, nomeadamente, suceder no decurso de um procedimento legislativo, sem que a circunstância de se ter pronunciado nesse momento possa comprometer, de modo algum, a autonomia irrefragável do Provedor, na apreciação do teor normativo da legislação que, no termo daquele procedimento, venha eventualmente a entrar em vigor no ordenamento jurídico. Esta forma de colaboração com o legislador parlamentar sai também reforçada, por via do disposto no art.º 23.º, n.º 2, do EPJ, segundo o qual «[a] fim de tratar de assuntos da sua competência, o provedor de Justiça pode tomar parte nos trabalhos das comissões parlamentares competentes, quando o julgar conveniente e sempre que estas solicitem a sua presença».

Ainda que o EPJ apenas explicita as formas de colaboração acabadas de enunciar relativamente à Assembleia da República, nada impede que o Provedor possa anuir em semelhante relacionamento com o legislador governamental, no quadro das matérias que relevem das competências daquele órgão de provedoria⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ V. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2003*, Lisboa, 2004, cit., pp. 773 e 958-959; Nota aos Órgãos de Informação, *Provedor de Justiça insiste na necessidade de medidas de protecção social no desemprego para os trabalhadores da função pública*, de 12 de Outubro de 2004 (disponível em <www.provedor-jus.pt>); PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2004*, cit., p. 723; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2005*, Vol. II, cit., p. 915.

⁴⁰⁵ Art.º 20.º, n.º 1, al. c), do EPJ.

⁴⁰⁶ Encontramos um exemplo próximo dessa colaboração no estudo elaborado pela Provedoria de Justiça, em finais de 2002, sobre os instrumentos jurídicos e financeiros da reabilitação urbana, do arrendamento urbano e do alojamento de arrendatários de prédios sujeitos a obras coercivas ou demolíveis, na sequência de solicitação da Secretaria de Estado da Habitação (*in* PROVIDOR DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana*, Lisboa, 2004), matéria que, ademais, se relaciona com a protecção de direitos fundamentais – salvaguarda do direito à vida e à integridade física perante o risco de ruína dos prédios, direito a uma habitação condigna, direito de propriedade.

5.3.3. Em relação aos tribunais⁴⁰⁷

A defesa dos direitos fundamentais é uma incumbência que inere ao próprio exercício da função jurisdicional⁴⁰⁸. No respeito pelos princípios da independência dos tribunais e da prevalência das decisões dos mesmos sobre as de quaisquer outras autoridades⁴⁰⁹, o Provedor de Justiça não pode agir em relação aos actos materialmente jurisdicionais⁴¹⁰, apenas estando franqueada, nos termos estatutários, a sua intervenção relativamente às dimensões administrativas da actividade judicial⁴¹¹. Neste caso, determina o art.º 22.º, n.º 3, do EPJ que o assunto seja tratado através do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público ou do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, consoante os casos.

Estando, deste modo, devidamente salvaguardada a insindicabilidade, pelo Provedor de Justiça, do mérito das decisões judiciais, bem como das vicissitudes processuais, de índole substantivamente jurisdicional, que as perpassem – aspectos que devem ser contestados através das vias próprias de recurso previstas na Constituição e na lei, a interpor pelos sujeitos processualmente legitimados a tanto –, já a habilitação funcional do Provedor para um controlo dos tribunais, incidente sobre as dimensões administra-

⁴⁰⁷: Note-se que, em rigor, o que está em causa no presente capítulo é a análise do relacionamento do Provedor de Justiça não apenas com os tribunais, entendidos como «os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (art.º 202.º, n.º 1, da CRP), mas, mais latamente, com o sistema de administração da justiça, no seu todo.

⁴⁰⁸: Cf. art.º 202.º, n.º 2, da CRP.

⁴⁰⁹: Art.ºs 203.º e 205.º, n.º 2, da CRP, respectivamente. Em relação ao Ministério Público, enquanto instituição participante na administração da justiça, destaca-se, por seu turno, a sua autonomia, também ela constitucionalmente salvaguardada (v. art.º 202.º, n.º 2, da CRP). Sobre as relações entre o Provedor de Justiça e o Ministério Público, em particular, v. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça», in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS et al. [org.], *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 1., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 819-840.

⁴¹⁰: Quanto à definição material da função jurisdicional, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional, v. MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», *in op. cit.*, pp. 48-51.

⁴¹¹: Cf. art.º 22.º, n.º 2, *in fine*, do EPJ. Como afirma LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA («O Provedor de Justiça e o acesso ao direito», *Sub Judge*, I (1991), p. 7), o Provedor de Justiça «não pode discutir as decisões dos tribunais, nem influenciar a sua actividade específica».

tivas reveladas no *iter* em que se consubstancia o exercício da função jurisdicional e na própria organização judiciária (entendida latamente como o conjunto de meios humanos e materiais necessários à administração da justiça), não é seguramente despendida numa perspectiva de defesa dos direitos humanos.

Note-se que, sob o ponto de vista orgânico (ou dos destinatários da actuação do Provedor de Justiça), a realidade em apreço – isto é, a faceta administrativa do exercício da função jurisdicional – não se cinge apenas aos tribunais/Ministério Público e órgãos superiores de gestão e disciplina dos magistrados, mas abarca também a própria Administração Pública – nomeadamente ao nível dos serviços competentes nos domínios da justiça (sistema de administração da justiça, incluindo recursos humanos, financeiros e materiais), da administração interna (actuação das forças de segurança, na prossecução das atribuições que lhe forem cometidas por lei, com relevo para o sistema de administração da justiça) e da segurança social (no âmbito do exercício das competências, previstas na lei, sobre o acesso ao direito e aos tribunais, em matéria de concessão de protecção jurídica).

Já quanto ao objecto da actuação do Provedor, importa destacar, em primeiro lugar, a questão dos atrasos judiciais excessivos ou injustificados, imputáveis ao próprio poder judicial. Com efeito, no adágio inglês, “*justice delayed, justice denied*”. Ora, o respigo das decisões de fundo proferidas pelo TEDH contra o Estado português revela uma persistente incidência da violação do direito a um processo equitativo, na vertente do direito a que uma decisão judicial seja proferida num *prazo razoável* (art.º 6.º, n.º I, da CEDH), denotando a existência de processos perante os tribunais portugueses que, na ausência de circunstâncias excepcionais atendíveis pelo TEDH, ultrapassaram o que seria um prazo aceitável. Neste contexto e do ponto de vista da intervenção do Provedor de Justiça na defesa dos direitos humanos, interessa conhecer as causas dos atrasos judiciais, que podem ter, justamente, uma natureza administrativa, relacionada, v.g., com a organização e funcionamento do sistema judiciário, a gestão dos recursos humanos ou a sobrecarga de processos.

Não obstante, para além desta faceta temporal do direito a um processo equitativo, é desejável recortar e aprofundar outras hipóteses de intervenção do Provedor relativamente a actos materialmente administrativos no exercício da função jurisdicional⁴¹².

⁴¹² V., já nesse sentido, as “hipóteses taxionómicas” compendiadas por JOÃO ZENHA MARTINS, *O Provedor de Justiça...*, cit.

A ideia agitada, no quadro da intervenção do *Defensor de Pueblo* espanhol junto dos tribunais, da visão da administração da justiça como “serviço público”, “que tem de funcionar”⁴¹³, afigura-se-nos importante para compreender o tipo de controlo que o Provedor poderá exercer *vis-à-vis* o sistema de administração da justiça. Julgamos que o essencial neste domínio, e sem prejuízo da intervenção provedoral no que são áreas típicas da função administrativa *qua tale*, é assegurar que o *direito a uma tutela jurisdiccional efectiva* se realize também por uma *justiça*, não só *proferida em tempo útil*, mas também *competente* (o que justifica, por exemplo, a competência do Provedor em relação a irregularidades, *lato sensu*, dos procedimentos concursais de recrutamento seja de funcionários de justiça seja dos próprios magistrados judiciais ou do Ministério Público), *acessível* (intervindo, por exemplo, em relação ao instituto do patrocínio judiciário na sua fase administrativa e no caso de notificações deficientes ou inexistentes, ou, ainda, na salvaguarda de direitos de defesa como o direito à assistência gratuita de um intérprete em processo penal, para arguido que não compreenda ou não fale a língua usada no processo⁴¹⁴), *‘pro libertatem’* (no que se recorta uma possível intervenção dirigida primacialmente aos órgãos de polícia criminal, em relação a detenção ilegal de cidadão, por autoridade incompetente, efectuada de forma irregular ou sem respeito dos prazos de sujeição a controlo judicial) e *eficiente* (cabem aqui, nomeadamente, os aspectos organizacionais e meios materiais, bem como o respeito pelo princípio da racionalidade em matéria de recursos humanos do sistema judiciário)⁴¹⁵.

⁴¹³ Assim ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», *in op. cit.*, p. 39. Sobre o assunto, v., também, MARTÍN BASSOLS COMA, «Inserción del Defensor del Pueblo en el sistema constitucional», *in AA.VV., El fortalecimiento del Ombudsman...*, *op. cit.*, pp. 210-217. Entre nós, v. MARIA LÚCIA AMARAL («O Provedor de Justiça e o poder judicial», *in op. cit.*, p. 52), distinguindo entre a “administração da justiça” e a “(boa) administração do serviço de justiça”.

⁴¹⁴ Cf. art.º 14.º, n.º 3, al. f), do PIDCP e art.º 6.º, n.º 3, al. e), da CEDH.

⁴¹⁵ V., por fim, numa visão de conjunto da actuação do Provedor de Justiça em relação aos tribunais, CRISTINA SÁ COSTA, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, pp. 266-273; ANA FERNANDA NEVES, «O Provedor de Justiça...», *in op. cit.*, pp. 65-68; MARIA LÚCIA AMARAL, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», *in op. cit.*, pp. 52-53; com atenção específica a uma actuação coadjuvante da administração da justiça, v. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça e o acesso ao direito», *in op. cit.*, pp. 7-10; por último, centrando a discussão na actividade do Ministério Público, v. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Procurador-Geral da República...», *in op. cit.*, pp. 835-839.

6. Prospectos para a intervenção provedoral

Num momento em que o conceito de Estado se defronta com tantos outros desafios, reinventando-se perante um processo inexpugnável de globalização e de exportação de esferas de decisão para a escala mundial⁴¹⁶, cabe reflectir, por último, acerca do lugar reservado a uma instituição como o Provedor de Justiça em semelhante ambiente de mutação⁴¹⁷.

Não será este o lugar para indagar todas as causas da perenidade da figura do *Ombudsman* ou Provedor. Sem embargo, atrever-nos-íamos a destacar que, na sua incumbência de “pôr o Estado a nu”, como tão sugestivamente ventila ANTONIO ROVIRA VIÑAS⁴¹⁸, e perante o distanciamento crescente dos governados em relação aos governantes, à despersonalização ou ausência de rosto na prossecução do interesse público e a disfuncionalidades como a da morosidade excessiva da justiça, o *Ombudsman* alcançou ser, para os cidadãos, um *último abrigo com face humana*⁴¹⁹.

Esta matriz de humanidade em instituto acessível, informal, flexível e gratuito, de intermediação entre as pessoas e os poderes públicos, aliada à *auctoritas* do *Ombudsman*, explicarão, pelo menos em parte, a longevidade do que é já considerado o “quarto poder”⁴²⁰.

E de uma longevidade dinâmica se trata, não cadavérica, feita, por conseguinte, de rejuvenescimentos são, que não meras cirurgias plásticas, de adaptações ao constante evoluir do real; numa palavra, de capacidade de resposta ao desempenho que os cidadãos reclamam do Provedor quando

⁴¹⁶ Cf., na perspectiva do direito internacional, CHRISTOPH SCHREUER, «The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?», *European Journal of International Law*, Vol. 4 (1993), pp. 447-471; STEPHAN HOBE, «Völkerrecht im Zeitalter der Globalisierung», *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 37 (1999), pp. 253-282.

⁴¹⁷ As considerações tecidas neste último capítulo centram-se na figura do *Ombudsman* português, à luz do respectivo recorte estatutário. Na medida em que as mesmas não respeitem a uma característica específica desta instituição, ou ao contexto próprio em que a mesma está inserida, valem, *mutatis mutandis*, para o *Ombudsman* do sector público, em geral.

⁴¹⁸ Cf. a sua Introdução à obra ANTONIO ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 21 e seg.

⁴¹⁹ Sobre a função personalizadora do *Ombudsman*, v. H. NASCIMENTO RODRIGUES, «A Função Preventiva...», *in op. cit.*, pp. 79-81.

⁴²⁰ Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites jurídicos...», *in op. cit.*, p. 50.

está em causa a equidade e a legalidade dos actos dos poderes públicos e o respeito dos seus direitos fundamentais⁴²¹.

Na lição de GOMES CANOTILHO, «a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade»⁴²². Deste modo, o insigne constitucionalista aclara o sentido essencial do princípio da protecção jurídica. Enquanto “pilar fundamental do Estado de direito”, este princípio aponta para a ideia de uma «protecção jurídico-judiciária individual sem lacunas»⁴²³.

Se esta é uma exigência posta pelas normas internacionais e que a nossa Constituição também consagra⁴²⁴, mesmo em países com um sistema avançado de garantias jurisdicionais, a tutela dos direitos fundamentais através dos tribunais pode não amparar todas as situações de lesão dos mesmos, no que se abre um espaço pleno de sentido para a intervenção do *Ombudsman* ou Provedor de Justiça⁴²⁵.

A mais-valia de um mecanismo não jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais como é o Provedor, para além do que sejam as possíveis “limitações” dos mecanismos jurisdicionais, beneficia em pleno das características próprias da instituição, que concomitantemente ditam a sua sin-

⁴²¹ Cf. VICTOR O. AYENI, «The Ombudsman and the Achievement...», in *op. cit.*, p. 45.

⁴²² J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 274.

⁴²³ *Id.*, p. 273.

⁴²⁴ V. art.º 8.º da DUDH, art.º 2.º, n.º 3, do PIDCP e art.º 13.º da CEDH. A Constituição portuguesa reconhece, no art.º 20.º, o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, igualmente consagrado em sede de direitos fundamentais dos administrados (art.º 268.º, n.ºs 4 e 5, da CRP). Quanto a estes últimos e ao reforço da protecção jurídica dos seus direitos fundamentais no âmbito da última reforma do contencioso administrativo, v. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, N.º 3929 (2001), pp. 226-235; FERNANDO ALVES CORREIA, «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 79 (2003), pp. 75-83.

⁴²⁵ Nesse sentido, v. JORGE CARLOS FONSECA, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais...», in *op. cit.*, pp. 118-119; LINDA C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance...*, *op. cit.*, pp. 15 e 99. Quanto às disfunções do sistema de justiça nas sociedades contemporâneas, v., também, ANTONIO ROVIRA VIÑAS, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, pp. 31-32, §§ 48-49; VICTOR O. AYENI, «The Ombudsman and the Achievement...», in *op. cit.*, p. 41. Por sua vez, GIL-ROBLES («Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», in *op. cit.*, p. 32) sintetiza o problema ao asserir que os tribunais são «caros, lentos, de difícil acesso».

gularidade e o seu potencial de acção⁴²⁶. O Provedor não é um mero meio alternativo de resolução de litígios entre os particulares e as administrações públicas. A Constituição fez dele um “órgão público independente”⁴²⁷, com funções de relevo jusfundamental, que comportam, a par da reacção ao momento patológico do incumprimento do Direito pelos poderes públicos, actuações pró-activas, construtivas, inovatórias, pedagógicas, de capacitação dos cidadãos e de melhoria estrutural do sistema.

Neste sentido e na consideração de que a tutela dos direitos humanos se afigura, hodiernamente, como “matéria dinâmica”⁴²⁸, deixemos pois expressas, em jeito de reflexões finais, três vias de aprofundamento da intervenção provedoral, no quadro da sua missão constitucional de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

a) Assim, em primeiro lugar, o acréscimo da *intervenção sistémica* do Provedor.

Pelas características próprias da instituição e pela sua proximidade aos cidadãos, o *Ombudsman* português – no que, de resto, não se distingue dos órgãos homólogos existentes noutros países – encontra-se numa situação privilegiada relativamente aos restantes poderes do Estado: o seu dia-a-dia, na instrução corrente das queixas submetidas à sua apreciação, é feito de um sentir muito próprio e único do pulsar da realidade social, expresso na iniquidade ou improbidade protestada por quem recorre à Provedoria de Justiça.

Há que não menosprezar o manancial contido na variedade – *de facto* e *de iure* – dos casos trazidos à atenção do Provedor, sobretudo, na perspectiva do retrato, ainda que incompleto, que os mesmos permitam fazer, nomeadamente, do nível de protecção assegurado aos direitos fundamentais. Note-se que, como explica MARCELO REBELO DE SOUSA, ao invocar a chamada “investigação sistémica” (STEPHEN OWEN) do *Ombudsman*, não está em causa «*substituir a intervenção concreta ou individual, mas de a acom-*

⁴²⁶ Como salienta ANTONIO ROVIRA VIÑAS (*in Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 32, § 52), estamos perante uma instituição que, sem substituir ou sequer suplantar os poderes constituídos, procura defender e aproximar os cidadãos do funcionamento do sistema de uma forma mais rápida e efectiva, num registo de flexibilidade, informalidade, imediação e agilidade.

⁴²⁷ Cf. VITAL MOREIRA, «As entidades administrativas independentes...», *in op. cit.*, p. 113.

⁴²⁸ Assim, MARIA TERESA MAGALLÓN DIEZ, «Reflexiones...», *in op. cit.*, p. 30.

panhar e enquadrar através de uma perspectiva global de análise das múltiplas acções individuais»⁴²⁹.

Na realidade, a dinâmica de uma Provedoria é feita da resolução das queixas individuais recebidas diariamente e é na resolução dos mais pequenos problemas – quase sempre obstáculos insuperáveis para os reclamantes – que muitas vezes se recobra o ânimo na actuação provedoral. É esse o sentido primeiro da instituição do *Ombudsman* – estar ao serviço dos cidadãos, agravados nos seus direitos – e assim deve permanecer⁴³⁰.

No fundo, a potencialidade que se pretende aqui deixar inscrita traduz-se na circunstância de o órgão constitucional em apreço, no exercício de uma faculdade de *monitorização*, poder assumir-se também como um *observatório* da situação dos direitos fundamentais, a partir dos factos trazidos ao seu conhecimento, com o que, além do mais, pode antecipar conflitos, prevenindo-os, e contribuir para o aprofundamento do Estado de direito, designadamente, no que toca, quer à melhoria estrutural da prática administrativa e da articulação das várias administrações públicas, quer ao aperfeiçoamento das soluções normativas que regem as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, dentro dos limites postos pelo respectivo enquadramento estatutário⁴³¹.

Com vista à consecução desta dimensão de observatório dos direitos

⁴²⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA, «O papel do Provedor de Justiça na feitura das leis», in AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário...*, op. cit., p. 79. Em sentido afim, v. ALVARO GIL-ROBLES, «Pluralidade e singularidade do *Ombudsman*...», in op. cit., p. 36, que aponta a aptidão do *Ombudsman* para efectuar a “radiografia da situação”, a partir das queixas que recebe, por esta via contribuindo para a mudança normativa e para a mudança de actuação da Administração.

⁴³⁰ Cf. ANTONIO ROVIRA VINAS (dir), *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., p. 35, § 62.

⁴³¹ Como coloca em destaque VICTOR O. AYENI («The Ombudsman and the Achievement...», in op. cit., p. 45), o *Ombudsman* «has a unique capacity to take on wider problems of maladministration and poor governance while seeking, at the same time, to resolve the injuries individuals suffer as a result of them». Afirma, por seu turno, LINDA C. REIF (*The Ombudsman, Good Governance...*, op. cit., p. 17) o seguinte: «systemic investigations are a form of preventive medicine for the public administrative system and are of collective benefit for many users of the system». De destacar, aliás, na sua dimensão específica de velar pela boa administração, o poder do Provedor de Justiça de colaborar com as entidades competentes na procura das «soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da acção administrativa» (art.º 21.º, n.º 1, al. c), do EPJ), no que se também descortina uma função mediadora do Provedor de Justiça. Neste preciso sentido, v. LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, «O Provedor de Justiça», in op. cit., p. 718, e JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, «Provedor de Justiça», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Lisboa, 1994, p. 660.

humanos, o Provedor de Justiça dispõe, desde logo, de um importante instrumento, a saber, os relatórios anuais apresentados à Assembleia da República. No recorte literal do art.º 23.º, n.º I, do EPJ, trata-se de um “relatório da actividade” do Provedor de Justiça. Deve, todavia, interpretar-se aqui extensivamente o conceito de “relatório de actividade”. A sua apresentação constitui uma ocasião para o Provedor proceder a um re-exame regular das suas próprias actividades, o que lhe possibilita, por sua vez, identificar os domínios mais problemáticos da actuação dos poderes públicos sujeitos à sua vigilância, assim como singularizar os casos em que as entidades visadas não acataram ou acolheram as suas recomendações ou outras tomadas de decisão⁴³². Desejavelmente, o relatório anual de actividades, não querendo limitar-se a um puro repositório das intervenções do Provedor, pode e deve, outrossim, sinonimizar um espaço de diagnóstico e avaliação qualitativa e sistemática da situação confrontada em termos de direitos fundamentais, com isso se cumprindo a função constitucional do Provedor na matéria⁴³³.

Feito o diagnóstico, o mesmo torna-se acessível a todos os interessados, já que o relatório anual permite, justamente, dar publicidade à actividade do Provedor – teremos, então, um diagnóstico voltado para o exterior.

Não só, porém. Uma vez elaborado, o Provedor, por força desta capacidade analítica, tem identificadas áreas prioritárias de intervenção futura – ou seja, tem feito um diagnóstico voltado para o interior. O que não é despidendo, porquanto dispõe de um poder de iniciativa próprio, que pode canalizar para actuações de âmbito mais geral e para cuja materialização podem ser mobilizados os mais diversos meios: a gravidade da situação pode exigir uma investigação, um inquérito ou até mesmo uma inspecção; outras vezes, porém, basta uma diligência pessoal, uma reunião de trabalho ou – por que não? – um seminário ou *forum* de discussão conjunto com os agentes públicos pertinentes.

b) Em segundo lugar, releva a *sinergia com outras instâncias internacionais de monitorização do respeito pelos direitos humanos*.

⁴³² Destacando, justamente, esse papel do relatório anual de actividades do *Ombudsman*, v. Assembleia Parlamentar do CoE, *Rapport...*, Doc. 9878, cit., § 14, al. v).

⁴³³ Note-se que desde o Relatório do Provedor de Justiça relativo ao ano de 2001, o mesmo comporta introduções temáticas por área de intervenção deste órgão do Estado, com vista a uma avaliação da tipologia das queixas, da evolução registada, incluindo referência aos casos mais paradigmáticos, com o que se pretende que o Relatório corresponda igualmente a um exercício de avaliação qualitativa dos principais assuntos tratados.

Os direitos humanos – é esta uma das mensagens que percorrem o presente estudo – pertencem, enquanto direitos de todos, a uma esfera cosmopolita, universal. Não comportam espartilhos ou fronteiras, não são uma prerrogativa de soberania nacional.

Foi essa consideração que esteve na base da institucionalização de sistemas internacionais de protecção dos direitos humanos e de monitorização do seu respeito e implementação efectivos pelos Estados.

Neste contexto, existirão vias possíveis de interacção entre esses órgãos internacionais de controlo e um órgão nacional de defesa e promoção dos direitos humanos como o *Ombusman* ou Provedor? A resposta é afirmativa e o que está agora em questão é identificar algumas dessas vias, bem como explorar o modo de as aprofundar.

Mencionemos, uma vez mais o CoE⁴³⁴. Em diversas ocasiões, pudemos certificar a atenção que esta organização já cinquentenária presta ao *Ombudsman*, mas a importância que lhe é reconhecida não está limitada ao texto das resoluções e recomendações dos seus órgãos políticos, manifestando-se igualmente na prática de alguns órgãos com missão específica em matéria de protecção dos direitos humanos.

Com efeito, nas visitas que órgãos, como, por exemplo, o *Comissário para os Direitos Humanos*, o *Comité para a Prevenção da Tortura* (CPT) ou a *Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância* (ECRI), fazem a Portugal, entre as entidades auscultadas contam-se o Provedor de Justiça. Seguramente, na certeza de que, atendendo à autoridade e respeitabilidade própria da instituição, dela podem colher uma visão independente e isenta dos problemas mais prementes em termos de respeito dos direitos humanos que os mesmos abordem.

Também o Provedor, enquanto defensor dos direitos humanos, pode interagir com o trabalho destes e similares órgãos internacionais de monitorização.

Em primeiro lugar, “exportando” informação, aquela a que é dada tam-

⁴³⁴ Para uma análise mais desenvolvida das vias possíveis de relacionamento entre o Provedor de Justiça português e os órgãos de controlo dos direitos humanos, instituídos no seio do CoE, v. o nosso *Sistema Europeu de Promoção e Protecção dos Direitos Humanos: Experiências da Provedoria de Justiça de Portugal* (texto da conferência apresentada no “*Seminário sobre Sistemas Internacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*”, no âmbito do IX Congresso da Federação Ibero-Americana de Ombudsman, na cidade de Quito (Equador), em 9 de Novembro de 2004) [policopiado].

bém publicidade na esfera interna, a começar pelos relatórios quer anuais quer especiais temáticos, consoante a matéria tratada. Qual o sentido desta iniciativa? Basta pensarmos nas obrigações que o Estado português assumiu, ao vincular-se a determinadas convenções internacionais sobre direitos humanos, de apresentar relatórios periódicos ao órgão de controlo respectivo (comités de peritos independentes), dando conta das medidas adoptadas para dar aplicação aos direitos reconhecidos nas convenções em causa e dos progressos realizados no gozo dos mesmos direitos⁴³⁵. Assim, dispondo dos diagnósticos do Provedor de Justiça, o órgão de controlo poderá, eventualmente, contrapor, à informação estadual prestada, o retrato traçado pelo Provedor, com reflexos, até, nas próprias conclusões e recomendações que aquele órgão internacional venha a dirigir ao Estado português, no final do procedimento de análise do relatório estadual.

Estas conclusões e recomendações feitas pelos órgãos internacionais são também importantes para o Provedor de Justiça, porque ali se elencam as insuficiências detectadas na aplicação de dada convenção internacional. Ora, o Provedor poderá contribuir, no quadro das suas competências, para a inflexão da situação negativa recortada, tanto mais que beneficia de um conhecimento profundo do sistema jurídico português, nas matérias sobre as quais se debruça, desencadeando as iniciativas adequadas junto das autoridades competentes, seguindo ele próprio se e *de que modo* as entidades competentes estão a implementar as recomendações feitas pelo órgão internacional de controlo. O que vale, *mutatis mutandis*, em relação a outros documentos saídos de mecanismos não convencionais de protecção dos direitos humanos, bem como de outras instâncias que se ocupem desta matéria, como seja, por exemplo, o relatório que anualmente o Parlamento Europeu aprova sobre a situação dos direitos humanos na UE.

⁴³⁵ Essa obrigação de apresentação de relatórios periódicos, no caso de Portugal, vigora, no sistema universal de protecção dos direitos humanos, relativamente às seguintes convenções: CERD, PIDESC, PIDCP, CEDAW, CAT e Convenção sobre os Direitos da Criança e seus dois Protocolos Facultativos. No âmbito do sistema europeu de protecção dos direitos humanos, e no que toca às principais convenções sobre direitos humanos do CoE, Portugal está obrigado a apresentar relatórios periódicos, quer sobre a aplicação dos compromissos jurídicos constantes da Carta Social Europeia (Revista), quer sobre as medidas tomadas para dar aplicação aos princípios enunciados na Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais.

c) Em terceiro lugar, destaca-se a *aproximação regular à sociedade civil*.

O Provedor de Justiça é, por natureza, um órgão aberto à sociedade civil e aos membros que a compõem, aproximação esta que, primordialmente, se efectiva através do direito de queixa que aqueles, individual ou colectivamente, entendam exercer junto daquele órgão do Estado.

A sociedade civil, porém, é hoje um espaço rico e diversificado, comportando várias associações (ONGs e outras) e personalidades que se dedicam, no terreno, a defender e promover distintos direitos humanos. O seu conhecimento dos problemas que, na prática, afectam determinados grupos de pessoas em situação de maior vulnerabilidade, ou bem dada área da regulação da vida em sociedade, que releva da protecção dos direitos humanos, interessa, naturalmente, a um órgão como o Provedor de Justiça, com vista ao desempenho da sua missão de protecção dos direitos fundamentais.

Com efeito, podemos identificar distintos níveis de conhecimento da realidade social, sob a perspectiva da actuação de um *Ombudsman*. Um primeiro nível é seguramente aquele que decorre dos desmandos revelados pelas queixas. Todavia, mesmo no âmbito das matérias abrangidas pelas competências estatutárias do Provedor, onde persistem dificuldades ao nível da realização efectiva dos direitos fundamentais, não é possível ter a pretensão de que todos os aspectos problemáticos suscitem a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça. Ou seja, a circunstância de não serem apresentadas queixas não significa que os problemas inexistam: pura e simplesmente, aqueles que poderiam mobilizar a atenção do Provedor, ou não equacionaram sequer fazê-lo, ou não o quiseram/puderam fazer, ou, ainda, não sabiam que o poderiam fazer. Pelo que se desenha aqui um outro nível de conhecimento da realidade – o da realidade simplesmente intuída. Por outras palavras, ressalta aqui a própria percepção que a pessoa do Provedor de Justiça tenha das questões que mais afectem a sociedade portuguesa, faltando-lhe apenas o desenho concreto e a identificação de todos os dados relevantes para uma apreensão aprofundada de dado problema. Ora, é neste plano que mais se pode apresentar vantajosa uma auscultação regular de ONGs, associações sindicais, ordens profissionais ou de académicos, entre outros, com vista a uma aproximação à realidade existente, efectiva, actual, com benefício para a ulterior actuação provedoral, seja na instrução das queixas, seja no desencadear de iniciativas próprias⁴³⁶.

⁴³⁶ Exemplo desta aproximação à sociedade civil, temos na acção do Provedor de Justiça,

d) *Por fim, a capacidade de reacção rápida.*

O mundo do presente milénio não é só um mundo globalizado. É também um mundo da informação em tempo real. Por definição e desenho estatutário, o Provedor deve, na sua actuação, privilegiar os meios informais e expeditos, características que lhe permitem funcionar também como um meio de *reacção rápida* em caso de notícia de situação de grave ofensa ou ameaça a direitos fundamentais, de estar no terreno, se necessário, quanto mais não seja para verificar se as entidades sujeitas ao seu controlo desencadearam efectivamente os mecanismos adequados a fazer face à situação.

Por hipótese, considere-se o caso de recluso morto num estabelecimento prisional, de violência numa esquadra de polícia, de um grupo de imigrantes retido há várias horas num aeroporto ou porto marítimo, de

no final do ano de 2004, de reunir com associações de imigrantes e outras instituições direccionadas para actividades de apoio ao imigrante. Estes encontros, a par de possibilitarem um “conhecimento comum mais aprofundado” sobre a matéria, franquearam ao Provedor de Justiça indagar quais os “problemas mais prementes” que afectam os cidadãos estrangeiros que escolhem Portugal como país de acolhimento, iniciativa esta que se enquadrou numa “programada intervenção de maior fundo” por parte do Provedor de Justiça na defesa dos imigrantes (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2004*, cit., p. 723, §§ 49-50). Assim, a título ilustrativo, como resultado destas reuniões, no decurso das quais o Provedor foi confrontado com queixas relativas à recusa da atribuição das prestações familiares, nomeadamente o abono de família, e das prestações de solidariedade, como o rendimento social de inserção, aos imigrantes que residem em Portugal ao abrigo de uma autorização de permanência ou títulos similares – com fundamento numa interpretação estrita e exclusivamente literal, por parte dos serviços da Segurança Social, dos preceitos legais aplicáveis, os quais, para efeitos da delimitação do âmbito subjectivo dos beneficiários das prestações em causa, apenas consideravam como cidadãos estrangeiros residentes aqueles que estivessem habilitados com título válido de autorização de residência em território nacional –, foi dirigida ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social a Recomendação n.º 4/B/2005, alertando para a necessidade de serem promovidas as alterações legislativas pertinentes, atento o disposto nos art.ºs 15º (princípio da equiparação entre estrangeiros e nacionais) e 63º (universalidade do direito à segurança social) da CRP, bem como nas normas internacionais de direitos humanos pertinentes (*maxime*, os art.ºs 10.º, n.º 3, do PIDESC, 24.º, n.º 1, e 26.º do PIDCP, 2.º e 26.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e 16.º da Carta Social Europeia), com vista ao alargamento, em conformidade, do conceito de residente a ter em consideração para efeitos do acesso dos imigrantes detentores de autorização de permanência às prestações sociais referidas, recomendação que foi acatada (v. PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República – 2005*, Vol. I, Lisboa, 2006, pp. 362-363 e 376-391).

um administrado em greve de fome frente a um ministério como último reduto de resistência a uma decisão administrativa com a qual não se conforma, da notícia de níveis elevados de gás radão num estabelecimento público de ensino ou de uma qualquer forma de contaminação ambiental que afecta determinada população...

Realisticamente, não podemos conceber o Provedor como um “soldado da paz” capaz de fazer frente a toda a “calamidade”, pelo que a identificação de casos prioritários de intervenção urgente, por uma questão de racionalização e dada a limitação de recursos, deve ser orientada numa perspectiva de direitos humanos, desde logo tomando em consideração o direito ameaçado, senão mesmo violado.

Sem que esteja em causa, de modo algum, secundar qualquer ideia de hierarquia dos direitos fundamentais, devendo cada intervenção ser decidida em face das circunstâncias concretas de cada caso, é possível, em teoria, dispor de alguns critérios que orientem, neste plano, a actuação do Provedor.

Assim, especial atenção pode ser dada, neste contexto, aos direitos negativos ou de defesa, *i.e.*, aqueles direitos a que corresponde, da parte do Estado, um dever de abstenção. *Grosso modo*, correspondem aos *direitos, liberdades e garantias* (e direitos análogos), grupo de direitos fundamentais que, no nosso ordenamento constitucional positivo, beneficia de um regime jurídico específico⁴³⁷.

Dada a amplitude deste grupo assim recortado, que contempla os direitos pessoais, os direitos de participação política e os direitos dos trabalhadores, uma tentativa de demarcação mais estreita dos casos que podem suscitar a intervenção urgente do Provedor de Justiça pode colher-se, sempre no plano do direito constitucional positivo, no normativo constante do art.º 20.º, n.º 5, da CRP. A disposição em apreço contém um comando, saído da revisão constitucional de 1997, ao legislador ordinário,

⁴³⁷ Este regime consubstancia-se, fundamentalmente, na aplicabilidade directa das normas a eles relativas e na vinculação das entidades públicas e privadas (art.º 18.º, n.º 1, da CRP), numa disciplina própria das leis restritivas (art.º 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP), na reserva de lei (art.º 165.º, al. b), da CRP), nos limites à possibilidade de suspensão do seu exercício (art.º 19.º da CRP), na garantia do direito de resistência (art.º 21.º da CRP), na responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas (art.º 22.º da CRP), na garantia perante as medidas de prevenção criminal (art.º 272.º, n.º 3, da CRP) e no limite às leis de revisão constitucional (art.º 288.º, al. d), da CRP).

no sentido da configuração de procedimentos judiciais *céleres* e *prioritários*, de forma a obter-se a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias *pessoais*.

Sem postergar a necessidade de tutela igualmente marcada pela celeridade e prioridade que outros direitos possam merecer⁴³⁸ e sem que esta busca de critério de actuação provedoral urgente signifique, em caso algum, uma ideia de *infra-* e *supra-*ordenação dos direitos, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias *pessoais* é apto a ser mobilizado também no quadro de um mecanismo não jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais como o Provedor de Justiça. Teremos então, aqui, o direito à vida, à integridade pessoal, outros direitos pessoais, o direito à liberdade e à segurança, as garantias de defesa em processo penal, os direitos em matéria de expulsão, extradição e direito de asilo, o direito à inviolabilidade do domicílio e correspondência, a protecção de dados pessoais, os direitos relativos à família, ao casamento e à filiação, a liberdade de expressão e de informação, liberdade de imprensa, liberdade de consciência, de religião e de culto, liberdade de criação intelectual, artística e científica, liberdade de ensino, direito de deslocação e emigração, direito de reunião e de manifestação, liberdade de associação, liberdade de escolha de profissão.

Perante esta variedade de posições jusfundamentais, e com a salvaguarda – reiteremo-lo – de que a possibilidade de uma intervenção urgente por parte do Provedor de Justiça não está limitada por uma qualquer “categoria” de direitos, julgamos que um critério último orientador, para o presente propósito, pode colher-se no disposto no art.º 19.º, n.º 6, da CRP.

Com efeito, este preceito, inserido na regulação da suspensão do exercício de direitos em caso de estado de sítio ou estado de emergência, recorta um conjunto último de direitos “inderrogáveis” em situações de “estado de necessidade”. São eles: o direito à vida, à integridade pessoal,

⁴³⁸ V. o que já deixámos expresso no nosso «Os Direitos Fundamentais à luz da Quarta Revisão Constitucional», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 74 (1998), pp. 493-527. Aliás, o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 21 de Fevereiro (alterada pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro), acolhe como processo urgente a *intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias* (art.º 36.º, n.º 1, al. d), e art.ºs 109º a 111.º do CPTA), a par da *providência cautelar destinada a tutelar direitos, liberdades e garantias* que de outro modo não possam ser exercidos em tempo útil (art.º 131.º do CPTA), meios processuais que dando consecução ao disposto no art.º 20.º, n.º 5, da CRP, não se limitam, justamente, à tutela da “categoria” dos direitos, liberdades e garantias *pessoais*.

à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, o princípio da não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e religião. Fora o caso das garantias processuais penais de defesa dos arguidos que caibam na reserva jurisdicional, estamos perante um “núcleo duro” de “direitos intangíveis”, de “direitos essenciais” da pessoa humana que podem orientar, no limite e sem esgotar as possibilidades de intervenção, o Provedor no desencadear de um mecanismo de atenção rápida a situações que cheguem ao seu conhecimento.

Uma reacção tão cedo quanto possível e que seja justificada tanto no quadro jurídico-normativo que define as competências do Provedor como no da factualidade da situação concreta, e sobretudo da gravidade da mesma, de violação do tipo de direitos mencionados e “direitos análogos” poderá sempre, senão prevenir a violação ou o agravamento da situação, mobilizar as entidades competentes para a assunção das suas responsabilidades, no que se defrontará com a missão última do Provedor de Justiça de actuar com vista à prevenção ou reparação das ilegalidades ou injustiças dos poderes públicos (ou das entidades privadas, no enquadramento decorrente do art.º 2.º, n.º 2, do EPJ).

IV. CONCLUSÕES

A alusão que, no presente estudo, fizemos, sem outra especificação, aos *direitos humanos* veio referida aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo os de grupos de indivíduos, cuja consagração jurídico-normativa, com valor hierárquico superior, tem o seu fundamento último no princípio da dignidade humana, procurando acolher a contemporânea imbricação entre protecção internacional dos direitos humanos e a protecção constitucional dos direitos fundamentais, sem prejuízo do modo de actuação próprio de cada um dos respectivos ramos do Direito. Defendemos ser essa a perspectiva mais consentânea com a função que os *Ombudsmen* possam assumir na defesa e promoção dos direitos humanos, na base da consideração de que, ressalvadas as especificidades próprias de cada instituição e do sistema político-jurídico em que as mesmas se enquadrem, os direitos humanos, enquanto referente possível da intervenção do *Ombudsman*, exigem a abertura aos diferentes níveis da protecção jurídica de que são objecto, tantas vezes complementares entre si, na busca do mais elevado grau de protecção de uma dimensão jusfundamental.

Neste contexto, procurámos perscrutar o sentido do enquadramento actual da instituição do *Ombudsman* no seio dos mecanismos nacionais de protecção dos direitos fundamentais. Por definição, o *Ombudsman* é um órgão público independente com a missão de velar, sem poderes injuntivos, pela legalidade e justiça na actuação da Administração Pública. Tem por função principal a defesa dos direitos dos cidadãos contra casos de má administração, actuando com base nas queixas apresentadas pelos cidadãos ou por sua própria iniciativa. Afirmando-se como mecanismo de controlo ou fiscalização da(s) administração(ões) pública(s), o seu âmbito de actuação restringe-se, no seu recorte típico, à função administrativa do Estado. A instituição do *Ombudsman* compreende-se, por conseguinte, como um mecanismo complementar dos tradicionais controlos político, administrativo e jurisdicional, que operam no seio de um Estado de direito democrático.

A partir do último quartel do século passado, e num movimento acelerado desde a década de 90, a recepção da figura do *Ombudsman* em ambiente de transição democrática permite pôr em evidência a assunção, por

esse órgão, de um mandato expresso em matéria de protecção e promoção dos direitos humanos, nos países que, a seu tempo, passaram por tais processos de democratização. Neste momento inovador – mas não desfigurador – na compreensão da instituição do *Ombudsman*, não podemos deixar de singularizar o caso do Provedor de Justiça português, que, na sequência da sua criação por diploma legal, em 1975, foi acolhido na Constituição de 1976, na parte do texto constitucional relativa aos direitos fundamentais.

Seja como for, e no que tange ao “modelo europeu” típico de *Ombudsman*, centrado primacialmente no tratamento de questões em matéria administrativa, também aqui é hoje afirmada, como vimos, a importância desta instituição no quadro dos sistemas nacionais de protecção dos direitos humanos. Para este reconhecimento não deixa de ter contribuído a própria afirmação e evolução do direito internacional dos direitos humanos e a conseqüente necessidade da sua implementação nas ordens jurídicas internas. No que especialmente respeita ao marco geográfico europeu, nunca será demais salientar o mecanismo instituído pela CEDH e a importância da jurisprudência que os respectivos órgãos de controlo foram sedimentando ao longo do tempo.

Neste sentido, e mesmo sob o ponto de vista de actuação de um *Ombudsman* clássico, verificamos, pois, que as normas relativas aos direitos humanos integram o conjunto das normas jurídicas que se impõem à Administração Pública e que, nessa medida, condicionam a legalidade e a justiça da respectiva actuação.

Em consonância com o que precede, vimos como o próprio Comité de Ministros do CoE cedo incentivou os Estados membros desta organização, com vista a que os respectivos *Ombudsmen*, se assim não fosse já o caso, prestassem atenção, no desempenho das suas competências, às questões de direitos humanos submetidas à sua apreciação, bem como vissem os seus poderes robustecidos, de modo a promoverem o respeito efectivo dos direitos e liberdades fundamentais no funcionamento da Administração. Para além disso, o CoE defendeu mesmo que os *Ombudsmen* pudessem estar habilitados a “desencadear inquéritos” e a “dar pareceres” quando estejam em causa questões relativas aos direitos humanos, sem perder, no entanto, de vista que tal dependeria da legislação nacional de cada um dos países em questão.

Note-se, porém, que – sem prejuízo de a evolução dos modos de tutela

dos direitos humanos ecoar no recorte do papel hoje atribuído ao *Ombudsman*, e, por conseguinte, em função das características próprias do sistema político-constitucional e legislativo de cada país, de aos *Ombudsmen* poderem ser adstritas competências adicionais em matéria de protecção dos direitos humanos, que não apenas enquadradas na sua função fiscalizadora da Administração Pública – o mesmo CoE, através da Assembleia Parlamentar, chama a atenção para a circunstância de o *Ombudsman* representar, em primeira linha, um elo de ligação entre o cidadão e a Administração Pública.

Este é um elemento que acaba por ser decisivo no debate em torno da compreensão do *Ombudsman* como defensor dos direitos humanos, porque, em último termo e no nosso ponto de vista, não está aqui em causa, de forma alguma, advogar uma adulteração da instituição, nas suas características singulares e únicas no contexto dos órgãos do Estado. Trata-se, antes, sim, de potenciar o mandato do *Ombudsman*, no quadro constitucional e legal próprio do país em que se insere, na base da consideração da cultura política, jurídica e administrativa aí preponderante.

A esta luz, o recorte estatutário do Provedor de Justiça português afigura-se bastante equilibrado e o sucesso que muitos reconhecem à instituição deve ser também procurado no desenho constitucional e legal, de traços originais, do seu mandato e das competências que é chamado a desempenhar em matéria de protecção e promoção dos direitos e liberdades fundamentais.

Tendo isto em mente, procurámos, no final do presente estudo e sem carácter exaustivo, deixar evidenciadas algumas linhas de actuação do *Ombudsman* ou do Provedor que reforcem a sua capacidade de actuação na defesa dos direitos humanos/direitos fundamentais, com vista a que, por um lado, de modo mais sistemático, olhe para além do casuísmo das situações concretas e individuais, defendendo, em último termo, os direitos fundamentais enquanto princípios jurídicos estruturais que informam todo o ordenamento jurídico e que, como tal, se impõem a todos os poderes públicos; por outro lado, destacando a sua inserção nos mecanismos de monitorização e implementação dos direitos humanos e defendendo o aprofundamento da interacção com os órgãos internacionais de controlo do respeito desses direitos e com a sociedade civil; por fim, atendendo às características de informalidade e celeridade que marcam a instituição, pondo em evidência a capacidade singular de reagir em tempo útil a amea-

ças ou violações graves de direitos humanos.

Em jeito de conclusão última, damos como seguro que, no quadro dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, o *Ombudsman* ou Provedor de Justiça, pela sua plasticidade institucional-funcional, apresenta uma capacidade, dificilmente igualável, de adaptação e adequação às metamorfoses da realidade social e às necessidades de um Estado de direito em permanente evolução e constitui, no presente como para o futuro, com o seu *modus operandi* próprio, um instrumento impreterível de realização da Justiça e da dignidade da pessoa humana. Possamos, pois, augurar *ubi societas, ibi 'Ombudsman'*...

BIBLIOGRAFIA

- 20 ANOS do Provedor de Justiça, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1996.
- AA.VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- AA.VV., *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2003.
- AA.VV., *El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*, Madrid: Universidad de Alcalá, 1999.
- AA.VV., *El Ombudsman Iberoamericano y los Derechos de la Infancia*, Alcalá de Henares (Madrid): CICODE, 1999.
- AA.VV., *El Trabajo y la Práctica de los Defensores del Pueblo y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, Copenhaga: El Centro Danés de Derechos Humanos, 2002.
- AA.VV., *Judicial Ombudsman: International Outlooks*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- AA.VV., *Les ombudsmans contre la discrimination*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002.
- AA.VV., *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002.
- AA.VV., *Provedor de Justiça – 20º Aniversário: Sessão Comemorativa na Assembleia da República, 30 de Novembro de 1995*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1996.
- AA.VV., *The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution: Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.
- AA.VV., *XX Aniversário do Provedor de Justiça: Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1995.

ABRANTES, José João Nunes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de, *Direito Internacional Público*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

AL-WAHAD, Ibrahim, *The Swedish Institution of Ombudsman: An Instrument of Human Rights*, Stockholm: LiberFörlag, 1979.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I (2.^a ed.) e Vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ANDRADE, J.C. Vieira de, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, N.º 3929 (2001), pp. 226-235.

— «O ordenamento jurídico administrativo português», in *Contencioso Administrativo*, Braga: Livraria Cruz, 1986, pp. 33-70.

— *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, *Sessão Solene Comemorativa do Dia Nacional dos Direitos Humanos: 12 de Dezembro de 2000*, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições, 2001.

AYENI, Victor O., «The Ombudsman and the Achievement of Administrative Justice and Human Rights in the New Millennium», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 5 (2001), pp. 32-55.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BIZJAK, Ivan, «Special Features of the Role of the Ombudsman in Transition Conditions», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 5 (2001), pp. 83-97.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

— «Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias». *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 75 (2003), pp. 793-814.

— «Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts», *Archiv des Völkerrechts*, Band 34, Heft 1 (1996), pp. 47-71.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

— *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBALLO ARMAS, Pedro, *El Defensor del Pueblo: El Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*, Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

CARMONA Y CHOUSSAT, Juan Francisco, *El Defensor del Pueblo Europeo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

CASTRO, Paulo Jorge Canelas de, «Portugal's World Outlook in the Constitution of 1976», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 71 (1995), pp. 469-543.

CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIAMANDOUROS, Nikiforos, *Traditional Human Rights Protection Mechanisms and the Rising Role of Mediation in Southeastern Europe*, International Ombudsman Institute Occasional Paper N.º 78, Alberta: Faculty of Law University of Alberta (s.d.).

CHURCHILL, Robin R.; KHALIQ, Urfan, «The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3 (2004), pp. 417-456.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima: CAJ, 2004.

CORCHETE MARTÍN, María José, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

CORREIA, Fernando Alves, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, Coimbra, 1979 (Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (1979) – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro»).

— «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdiccional Efectiva», *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Vol. 79 (2003), pp. 63-96.

CUNHA, Paulo Ferreira (org.), *Direitos Humanos: Teorias e Práticas*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DECAUX, Emmanuel, «Les droits fondamentaux en droit international», *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, N.º Especial (Julho/Agosto 1998), pp. 66-74.

DIAMANDOUROS, Nikiforos, *La defensa y protección de los derechos humanos fundamentales en la Unión Europea* [discurso proferido na Universidade das Ilhas Baleares, Eivissa, 5 de Setembro de 2005], disponível em <www.euro-ombudsman.eu.int>.

— *The European Ombudsman and the European Constitution* [discurso proferido na 34.ª sessão do *Asser Colloquium on European Law*, Haia, 15 de Outubro de 2004], disponível em <www.euro-ombudsman.eu.int>.

ESCOBAR, Guillermo (dir.), *Federación Iberoamericana de Ombudsman: I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, Madrid: Dykinson, S.L., 2003.

— *Federación Iberoamericana de Ombudsman: II Informe sobre Derechos Humanos: Derechos de la Mujer*, Madrid: Trama Editorial, 2004.

— *Federación Iberoamericana de Ombudsman: III Informe sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia*, Madrid: Trama Editorial, 2005.

FERNANDES, Vasco da Gama, «A criação do “Ombudsmann”», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 32 (1972), pp. 593-597.

FIADJOE, Albert K., *Access to justice: Where does the Ombudsman of Belize fit in?* (Paper presented at Belize Country Conference, November 21-24, 2001), disponível em <www.uwichill.edu.bb/bnccde/belize/conference/paperdex.html>.

FONSECA, Jorge Carlos, «Estado de direito democrático, direitos fundamentais e o instituto do *Ombudsman* – Uma introdução ao tema: “*Ombudsman* – Quadro normativo e experiência institucional”», *Direito e Cidadania*, Ano III, N.º 8 (Novembro 1999/Fevereiro 2000), pp. 109-122.

GANNETT, Jennifer, «Providing Guardianship of Fundamental Rights and Essential Government Oversight: An Examination and Comparative Analysis of the Role of Ombudsman in Sweden and Poland», *New England Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9 (2003), pp. 519-547.

- GIL-ROBLES, Alvaro, *El defensor del pueblo*, Madrid: Editorial Civitas, 1979.
- GONZÁLEZ VOLIO, Lorena, «The Institution of the Ombudsman: The Latin American Experience», *Revista IIDH*, Vol. 37 (2003), pp. 219-248.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- HANKSI, Raija; SUKSI, Markku (ed.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2.^a ed., Turku, Åbo: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000.
- HENKIN, Louis, «Human Rights», in BERNHARD, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, Amsterdam [etc.]: Elsevier, 1995, pp. 886-893.
- HOBE, Stephan, «Völkerrecht im Zeitalter der Globalisierung», *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 37 (1999), pp. 253-282.
- ICAZA LONGORIA, Emilio Álvarez, «La necesidad de un ombudsman autónomo e independiente en México», *CDHDFensor*, N.º 8 (2004), pp. 45-50.
- JOCHNICK, Chris, «Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 21 (1999), pp. 56-57.
- KJÆRUM, Morten, *National Human Rights Institutions Implementing Human Rights*, Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2003.
- LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Le Médiateur de la République: Trentième anniversaire 1973-2003*, Paris, 2003.
- LEGRAND, André, *L'Ombudsman scandinave: Études comparées sur le contrôle de l'Administration*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970 (Bibliothèque de Science Administrative, Tome II).
- LEWIS, Clare, *Coping with Changes on all Fronts: Reaffirming the Ombudsman's Powers and Adapting its Actions*, International Ombudsman Institute Occasional Paper N.º 77, Alberta: Faculty of Law University of Alberta (s.d.).
- LEWIS, Douglas; JAMES, Roda, «Joined-up Justice: Review of the Public Sector Ombudsman in England», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 4 (2000), pp. 109-140.

MACHADO, Jónatas E.M., *Direito Internacional: Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MAGALLÓN DIEZ, Maria Teresa, «Reflexiones en torno a la construcción de la figura del *Ombudsman* nacional en México», *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)*, N.º 152 (2003), pp. 29-56.

MARIAS, Epaminondas, *The European Ombudsman*, Innsbruck: European Ombudsman Institut, 1994.

MARTINS, João Zenha, *O Provedor de Justiça e a actividade administrativa dos tribunais* [policopiado].

MIRANDA, Jorge, «A unicidade do Provedor de Justiça», *O Direito*, Ano 136.º (2004) 1, pp. 215-224.

— *Curso de Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Cascais: Principia, 2004.

— «La Constitution Portugaise et la Protection Internationale des Droits de l'Homme», *Archiv des Völkerrechts*, Band 34, Heft 1 (1996), pp. 72-95.

— *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MONETTE, Pierre-Yves, *La promotion des droits de l'homme et la stabilité démocratique par l'Institution de l'Ombudsperson dans le contexte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* [intervenção proferida na Moldova, 5-6 de Outubro de 2004], disponível em <www.federalombudsman.be/Artikels/Moldavie.doc>.

— *Le médiateur et les droits de la personne: Missions et rôle du médiateur* [intervenção proferida em Argel, 10-11 de Dezembro de 2003], disponível em <www.federalombudsman.be/Artikels/Alger.doc>.

— *Le médiateur parlementaire, instrument naturel de la protection et de la promotion des droits de l'homme* [intervenção proferida em Paris, 9-10 de Setembro de 1999], disponível em <www.federalombudsman.be/Artikels/Ombudsman%20&%20DH%20%20HR.doc>.

— *Les organes non juridictionnels de protection et de promotion des droits de l'homme* [intervenção proferida em Paris, 6-8 de Março de 2003], disponível em <[www.federalombudsman.be/Artikels/Paris%20\(IDEF\).doc](http://www.federalombudsman.be/Artikels/Paris%20(IDEF).doc)>.

NAÇÕES UNIDAS, *Instituições Nacionais para a promoção e protecção dos Direitos Humanos*, Fichas Informativas sobre Direitos Humanos N.º 19/Rev. I, Genebra: ACNUDH, 1997, [edição portuguesa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da DUDH e GDDC].

NEVES, Ana Fernanda, «O Provedor de Justiça e a Administração Pública», in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 51-92.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo: Comentado*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

OTERO, Paulo, «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais», *O Direito*, Ano 122.º, 1 (1990).

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

PIMENTEL, José Menéres, «O Ombudsman: Suas origens e competências», *Administração: Revista de Administração Pública de Macau*, N.º 40, Vol. XI (1998), pp. 409-424.

— «Provedor de Justiça», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 653-664.

PINTO, Paulo Mota, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in *PORTUGAL-BRASIL Ano 2000: Tema Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 149-246.

PROVEDOR DE JUSTIÇA, *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 1998.

— *Ombudsman: Novas Competências, Novas Funções: VII Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman – Lisboa, 18 a 20 de Novembro de 2002*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2004.

PROVEDORIA DE JUSTIÇA, 4.^a *Mesa Redonda dos Provedores de Justiça Europeus: Organizada pelo Secretariado Geral do Conselho da Europa em colaboração com o Provedor de Justiça de Portugal*, Lisboa, 1995.

PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça: Estudos: Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M., *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Rui Manuel Moura, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais», in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, [Studia Iuridica 61, Ad Honorem – I], Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 963-989.

— *Das Comunidades à União Europeia: Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

RAUTIO, Ilkka (ed.), *Parliamentary Ombudsman of Finland: 80 Years*, Helsinki: Parliamentary Ombudsman of Finland, 2000.

REIF, Linda C. (ed.), *The International Ombudsman Anthology: Selected Writings from the International Ombudsman Institute*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

REIF, Linda C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

ROVIRA VIÑAS, Antonio (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

ROWAT, Donald C. (ed.), *The Ombudsman: Citizen's Defender*, 2.^a ed., London [etc.]: George Allen & Unwin Ltd., 1968.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, *El Defensor del Pueblo en Iberoamérica*, Miraflores [Peru]: Gaceta Jurídica, 2002.

SCHREUER, Christoph, «The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?», *European Journal of International Law*, Vol. 4 (1993), pp. 447-471.

SEIDEL, Gerd, «Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert», *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 38 (2000), pp. 32-36.

SENEVIRATNE, Mary, «Ombudsmen 2000», *Nottingham Law Journal*, Vol. 9/1 (2000), pp. 13-24.

SILVEIRA, Luís Lingnau da, *A Assembleia da República e o Provedor de Justiça: Relações entre as duas instituições*, 1982 [policopiado].

— «O Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça», in DIAS, Jorge de Figueiredo, et al. [org.], *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 1., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 819-840.

— «O Provedor de Justiça», in BAPTISTA COELHO, Mário (coord.), *Portugal: O Sistema Político e Constitucional – 1974/87*, Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, pp. 701-736.

— «O Provedor de Justiça e o acesso ao direito», *Sub Judice*, I (1991), pp. 7-10.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, «Conferencia Magistral “La Figura del Ombudsman”», *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)*, N.º 177 (2005), pp. 17-21.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, «A Transposição das Directivas Comunitárias na Ordem Jurídica Portuguesa», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 65-81.

SWANSTRÖM, Kjell, *The Swedish Parliamentary Ombudsman System*, disponível em <www.nmr.lv/eng/news/docs/speech_Swedish_ombudsman_office.doc>.

THE DANISH OMBUDSMAN: An Institution with farreaching consequences, disponível em <www.ombudsmanden.dk/international/ombudsman-eng.htm>.

THE PARLIAMENTARY OMBUDSMAN, *How to complain to the Ombudsman*, Office of the Parliamentary Commissioner for Administration: Central Office of Information, 2003, disponível em <www.ombudsman.org.uk/publications.html>.

TOMUSCHAT, Christian, «International Law», in TOMUSCHAT, Christian (ed.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 1995.

VENTURA, Catarina Sampaio, «Os Direitos Fundamentais à luz da Quarta Revisão Constitucional», *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, Vol. 74 (1998), pp. 493-527.

— *Sistema Europeu de Promoção e Protecção dos Direitos Humanos: Experiências da Provedoria de Justiça de Portugal* (texto da conferência apresentada no “Seminario sobre Sistemas Internacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” – IX Congresso da Federação Ibero-Americana de Ombudsman, Quito (Equador), 8 a 11 de Novembro de 2004) [policopiado].

VENTURA, Catarina Sampaio; MARTINS, João Zenha, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Landmark in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman», *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 7 (2003), pp. 129-161.

VILLALBA BENÍTEZ, Laura, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2003.

VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002.