



O Provedor de Justiça *Estudos*

Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição

Ficha Técnica

Título: O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição

Edição: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação

Organização: Meios Com

Design Gráfico: Vasco Ferreira – VLR Design, Lda.

Composição e paginação: J. Macau, Lda.

Impressão e acabamento: Tipocor, Lda.

Tiragem: 600 exemplares

Depósito legal:

ISBN: 972-8879-02-4

Provedoria de Justiça, Rua do Pau de Bandeira, 7-9, 1249-088 Lisboa

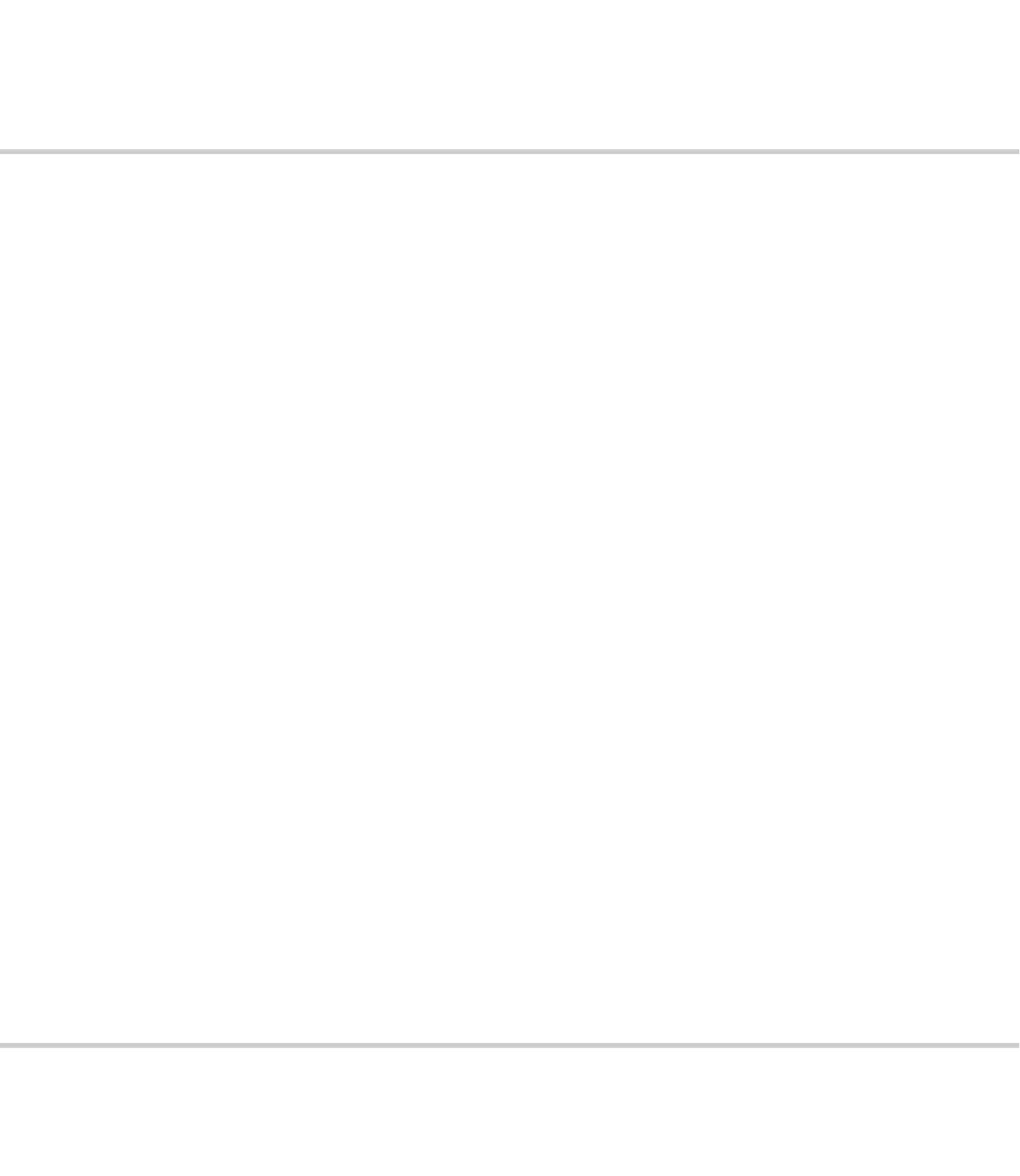
Telefone: 21 392 66 00, Telefax: 21 396 12 43

provedor@provedor-jus.pt

<http://www.provedor-jus.pt>

Índice

H. Nascimento Rodrigues <i>Prefácio</i>	7
Mário Aroso de Almeida <i>O Provedor de Justiça como garante da boa administração</i>	11
Maria Lúcia Amaral <i>O Provedor de Justiça e o poder judicial</i>	41
José Carlos Vieira de Andrade <i>O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos</i>	55
Luís Filipe Colaço Antunes <i>Provedor de Justiça, ilustração e crise da legalidade especial</i>	69
João Caupers <i>A pretexto do dever de sigilo do Provedor de Justiça</i>	79
Rui Chancerelle de Machete <i>As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção</i>	97
Jorge Miranda <i>Sobre o âmbito de intervenção do Provedor de Justiça</i>	109



«Criação de um Conselho Nacional de Defesa dos Direitos, destinado a receber queixas dos cidadãos contra a Administração Pública e, em geral, controlar eventuais abusos por parte dos órgãos e agentes desta»

José Magalhães Godinho, *Direitos, Liberdades e Garantias Individuais*, 1971

«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»

Vasco da Gama Fernandes, *I Congresso Nacional dos Advogados*, 1972

«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. É de sugerir a possibilidade da sua adopção no nosso país»

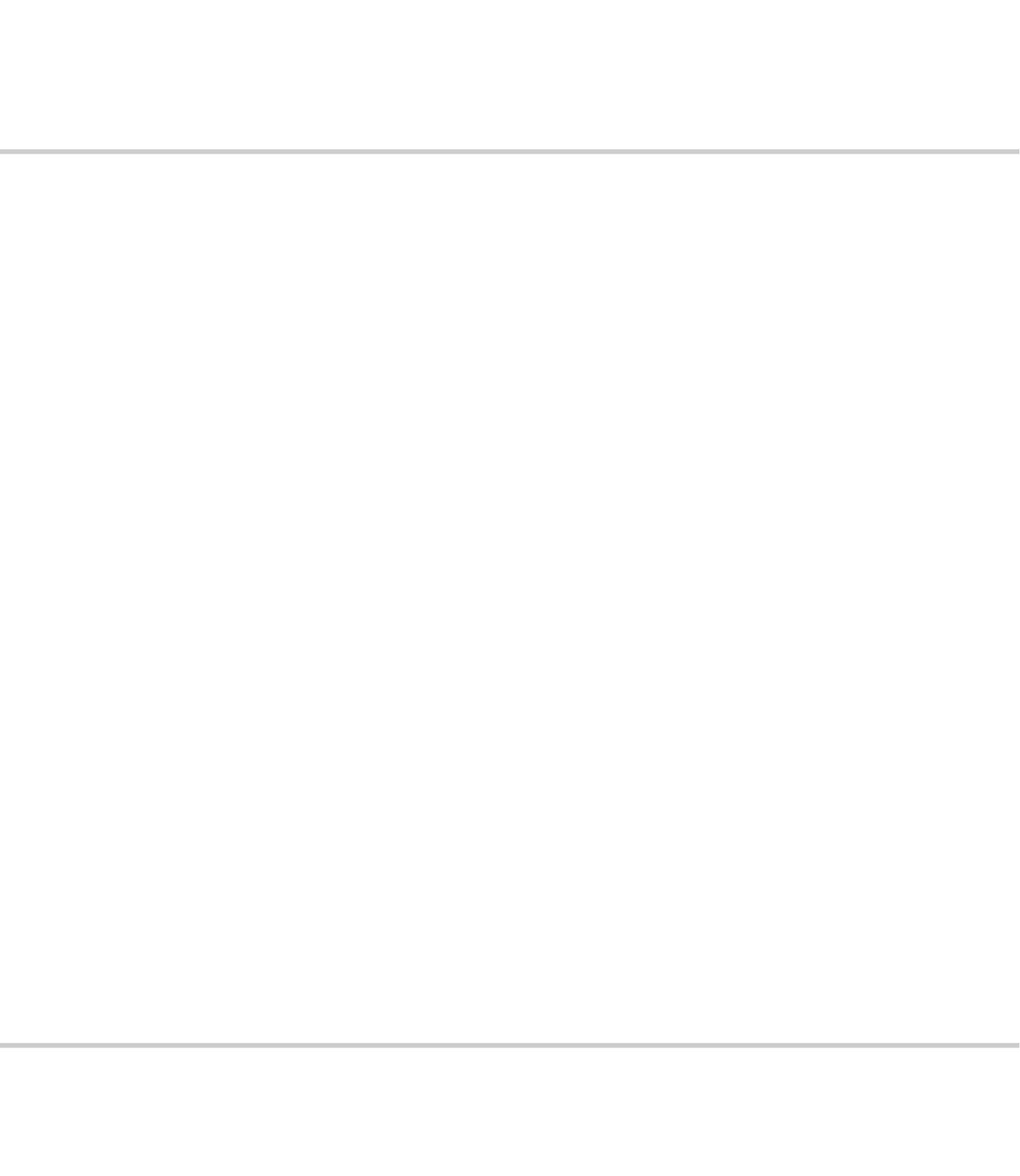
Mário Raposo, *I Congresso Nacional dos Advogados*, 1972

«Preconiza-se a criação deste organismo quando as liberdades forem restabelecidas em Portugal, adaptando-o às realidades de então»

Vasco da Gama Fernandes, *III Congresso da Oposição Democrática*, 1973

«Instituir-se-á entre nós o Ombudsman, que visará fundamentalmente assegurar a justiça e a legalidade da Administração através de meios informais»

Francisco Salgado Zenha, *Plano de Acção do Ministério da Justiça*, aprovado em Conselho de Ministros de 20 de Setembro de 1974



Prefácio

H. Nascimento Rodrigues

1. Trinta anos vão decorridos sobre a criação legal do Provedor de Justiça e quase outros tantos sobre o início efectivo das suas funções, a que a Constituição da República de 1976 haveria, logo, de dar corpo, em iniciativa se não pioneira, pelo menos avançada no quadro dos países europeus, que foram os percursos do *Ombudsman*.

Estes trinta anos volvidos, valeu a pena?

Dizem os nossos estudiosos que sim¹. E a experiência confirma-o, como se pode inferir dos relatórios anuais do Provedor de Justiça à Assembleia da República: um aumento sustentado, ainda que episodicamente irregular, do volume de reclamantes e de queixas, uma enorme diversidade do seu teor, uma abrangência vasta de poderes públicos visados, uma multifuncionalidade no exercício das suas atribuições, aqui e ali alguma atipicidade no exercício dos seus poderes².

2. Uma instituição de sucesso, pois. Eu acrescentaria: de sucesso tranquilo, pois não houve que alterar muito o figurino originariamente emprestado ao Provedor de Justiça. Com ressalva da extroversão para as relações jurídico-privadas que impliquem uma

¹ «A Provedoria de Justiça é uma das instituições mais marcantes do Estado de Direito Democrático» (Jorge Miranda, in *Provedor de Justiça, 20.º aniversário*, 1995); «Entre os maiores sucessos institucionais no âmbito da Constituição de 1976 encontra-se seguramente o Provedor de Justiça» (Vital Moreira, in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, 2002).

² Vd. Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República, referente a 2001, sobre os critérios para indemnização dos danos causados pela derrocada da Ponte de Entre-os-Rios, pp. 518 a 543 e outros exemplos aí citados.

especial relação de domínio (artigo 2.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça, introduzido pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), manteve-se, sem mudanças de tomo, o perfil básico da instituição, como órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídicas subjectivas dos cidadãos face aos poderes públicos.

Esta plasticidade constitucional e estatutária revelou-se sábia: consentiu ao Provedor de Justiça mover-se sem constrições de maior e penetrar em zonas mais opacas de cidadania (prisões civis e militares, forças de segurança, lares de idosos e de acolhimento de crianças e jovens), sem oposição institucional marcante e sob o signo de uma intervenção que, em geral, os poderes públicos e os cidadãos viriam a reconhecer necessária e proveitosa.

Paralelamente, com sucessos e também alguns insucessos, desfolhou a sua agenda quotidiana: tratar de queixas sobre actos administrativos ilegais, pressionando a reposição da legalidade; advertir para situações iníquas da lei, quando a aplicação desta conduz à injustiça; recomendar alterações a leis injustas ou imperfeitas, ofensivas dos direitos das pessoas; requerer a inconstitucionalidade de normas contrárias à Constituição; e propor a melhoria de procedimentos administrativos incorrectos e a correcção de disfuncionalidades organizativas, contribuindo para o que se vem chamando a boa administração.

3. Este sucesso despertaria, inevitavelmente, apetites de mimetismo, que se traduziram em sucessivas tentativas de criação de provedores sectoriais ou especializados. A última esfumou-se com a extinção do *Defensor do Contribuinte*. Foi a última, mas não terá sido a derradeira. O sucesso tem as suas fragilidades. Importa que o Parlamento não ceda, como não cedeu até agora, à ilusão de multiplicar provedores, esvaindo o Provedor³.

4. Falei da plasticidade do figurino constitucional e legal, mas o certo é que o seu êxito deriva também do acerto na escolha política do Provedor de Justiça.

A armadura institucional adveniente da legitimidade da eleição por maioria qualificada do Parlamento é traço incontornável, por nela repousar grande parte da independência que dá vida ao Provedor de Justiça. Mas não é suficiente. De não muito valeria essa independência jurídico-formal se não lhe estivesse indissolivelmente ligada a «comprovada reputação de integridade e independência» (artigo 5.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça), que é exigível ao titular do cargo.

É que as instituições são, em larga medida, o que são os seus protagonistas. O cargo não se detém: exerce-se, faz-se, cumpre-se. E o mandato encerra, por natureza, um estilo de ser e de fazer que revela a inultrapassável individualidade do seu titular.

³ Vd. «O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes», *Provedoria de Justiça*, 2002.

É justo realçar, pois, o acerto com que sempre o nosso Parlamento procedeu à escolha dos seis Provedores de Justiça que me antecederam: Costa Braz, Magalhães Godinho, Pamplona Corte-Real, Almeida Ribeiro, Mário Raposo, Menéres Pimentel. Prova disso é que sabemos recordar os seus nomes.

5. Nomes de Provedores de Justiça, pois. O que revela que o órgão, unipessoal, não perdeu a sua fisionomia nuclear. É a ele, ao Provedor concreto, que o cidadão se dirige, quantas vezes dizendo-lhe o nome, contando-lhe os seus problemas, escrevendo-lhe em desespero, zangando-se com a demora na resposta definitiva ao seu caso, agradecendo-lhe a solução pedida.

Esta relação de confiança e esta faceta personalizadora do Provedor timbram o seu mandato. Mas pobre seria este se não revelasse capacidade de eficiência e de eficácia.

Quando todos os anos as queixas crescem, as questões multiplicam-se e os assuntos diversificam-se, quando as Administrações públicas desconfiguram-se na sua fisionomia tradicional, os interesses se revelam difusos, a legislação prolifera e as novas tecnologias cada vez mais são usadas pelo cidadão – como poderia o Provedor de Justiça desprender-se da boa organização do seu Serviço, alhear-se do controlo das pendências dos processos, não procurar estabelecer procedimentos mais ágeis de actuação, não permanecer atento ao funcionamento diário da instituição?

Cada vez mais, pois, o Provedor de Justiça terá de cuidar também que o seu Serviço espelhe resultados palpáveis, demonstrando não apenas taxas de sucesso elevadas no seu desempenho, como maior celeridade no tratamento das queixas que lhe são submetidas, ductilidade nas formas da sua instrução, sensibilidade social e rigor na qualidade dos procedimentos que adopta e nas soluções que recomenda.

Esta é uma mudança sensível e é inevitável no contexto dos nossos dias.

6. A oportunidade da celebração destes trinta anos de vida convida a recolocar e a repensar algumas questões a propósito do figurino do Provedor de Justiça, ou da sua actuação.

Os estudos que se apresentam neste volume dão conta do pensar de alguns dos nossos académicos. Situam-se na senda de outros que tenho procurado instigar, convicto de que a nossa doutrina não explorou ainda completamente o sucesso que, todavia, se assinala a uma das criações mais felizes do regime democrático que o 25 Abril despertou.

Fico muito grato aos autores dos estudos pela sua disponibilidade. Estou certo de que eles constituirão proveitosa lição por muitos anos.

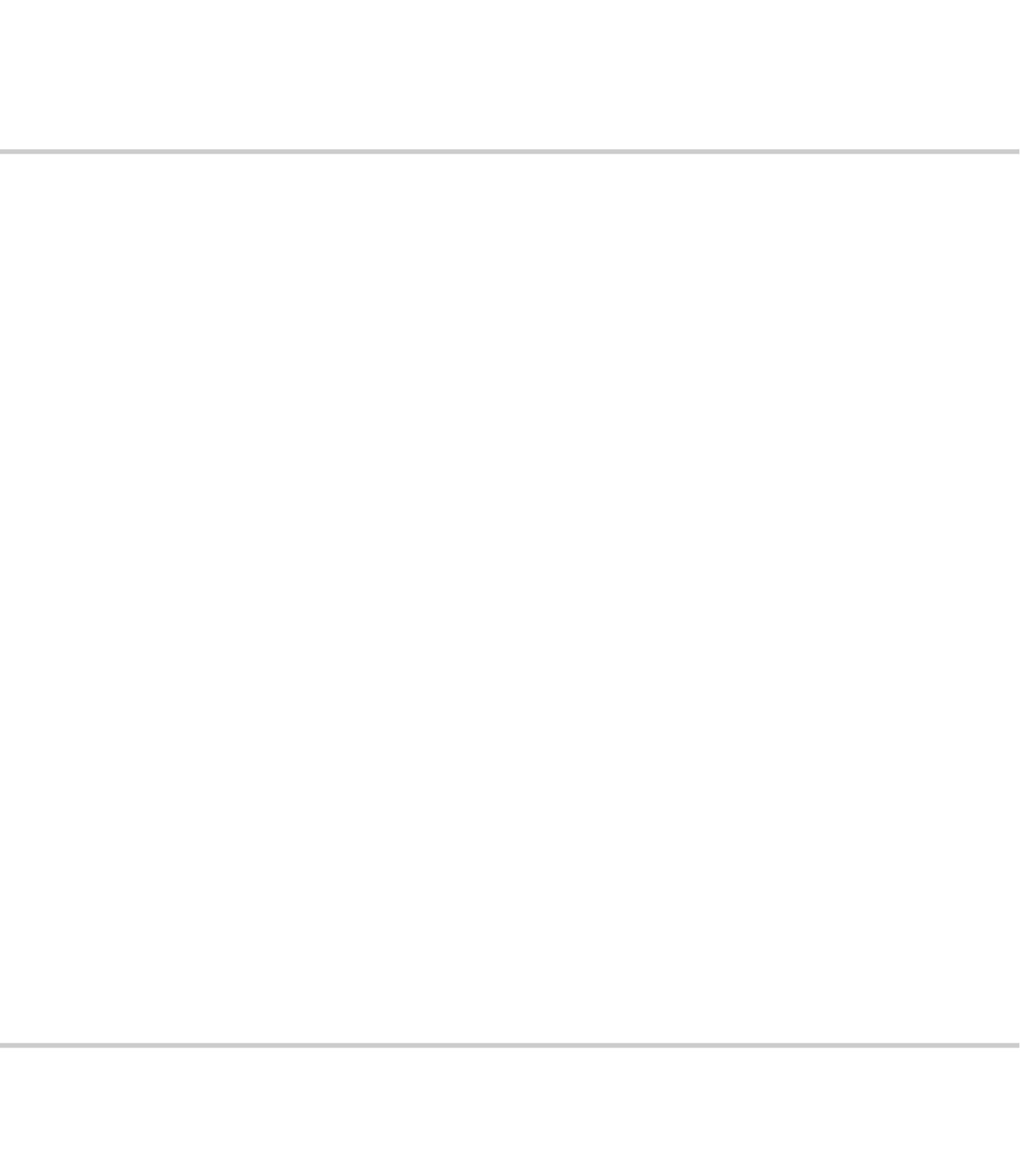
H. Nascimento Rodrigues



Mário Aroso de Almeida

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa





O Provedor de Justiça como garante da boa administração*

1. O conceito tradicional de boa administração

O conceito de *boa administração* tem tradição no nosso panorama doutrinal¹. Em tempos recentes, a elaboração, entre nós, do conceito tem sido, sobretudo, tributária da doutrina italiana². O que não surpreende. Com efeito, a doutrina italiana tem sido aquela que, no conjunto dos países europeus, maior atenção tem dedicado ao tema. Isso deve-se à circunstância de a Constituição da República Italiana de 22 de Dezembro de 1947 fazer referência expressa ao conceito no único preceito que, no seu artigo 97.º, se reporta aos parâmetros conformadores da conduta da Administração Pública, determinando: “Os serviços públicos são organizados segundo as disposições da lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”³.

A elaboração do conceito tem assentado na clássica contraposição entre legalidade e mérito e, nessa perspectiva, na configuração da boa administração como um dever que se concretiza na

* O título do presente artigo colhe inspiração no discurso (“The European Ombudsman: the guardian of good administration”) que o actual Provedor de Justiça Europeu, Prof. NIKIFOROS DIAMANDOUROS, proferiu em Atenas, em 8 de Outubro de 2004, no âmbito de Conferência da Associação Fullbright (cfr. www.europarl.eu.int/ombudsman/speeches). Nele se pretende analisar o conceito de *boa administração*, numa perspectiva funcionalizada à determinação da sua utilidade como ponto de referência para a intervenção que ao Provedor de Justiça cumpre desenvolver, no exercício das funções que a Constituição e a lei lhe conferem. O Autor não quer deixar de exprimir ao Senhor Provedor de Justiça, Dr. Nascimento Rodrigues, o seu reconhecimento pelo convite que entendeu dirigir-lhe para participar na presente publicação e que, naturalmente, muito o honra.

1 Para a sua circunstanciada caracterização, cfr., por todos, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, designadamente a pp. 179 segs..

2 Veja-se a marcada influência da doutrina italiana, não só na obra citada na nota anterior, mas também nas obras gerais que, mais recentemente, se têm debruçado sobre o tema, como, por exemplo, a de PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 1995, designadamente a pp. 638 segs..

3 Cfr., por todos, GUIDO CORSO, “Le norme costituzionali sull’ organizzazione” e WALDEMARO MORGESE, “Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: considerazioni in ordine al controllo dell’ azione amministrativa”, ambos in *La pubblica amministrazione nella Costituzione – Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milão, 1995. O conceito de boa administração já era, no entanto, objecto de atenta elaboração doutrinal antes do novo período constitucional: cfr., por exemplo, o clássico escrito de RAFFAELE RESTA, “L’ onere di buona amministrazione”, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Pádua, 1940, pp. 103 segs..

observância de parâmetros de natureza extrajurídica – as chamadas *regras* ou *princípios de boa administração*⁴.

O conteúdo do conceito é, assim, associado à ideia de que a Administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades colectivas postas a seu cargo⁵, adoptando, para o efeito, “as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro)”⁶.

A ideia de boa administração tem sido, por isso, associada à ideia de eficácia e eficiência da Administração Pública⁷. Neste sentido, define-se o dever de boa administração como o “dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”⁸ – e até se fala, indiferenciadamente, num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*⁹.

O conceito de *boa administração* surge, pois, neste contexto, associado à afirmação de um *princípio* ou de um *dever*, a cargo da Administração Pública, que se caracteriza por possuir um conteúdo vago e flexível, de contornos imprecisos, a partir da ideia de que “a actividade administrativa deve traduzir-se em actos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais expedita e racional possível o interesse público constitucional e legalmente fixado”¹⁰; e por ser “uma situação activa a que não corresponde nenhuma situação passiva”, um “dever em sentido estrito”, de carácter *objectivo*, na medida em que ao dever de boa administração que é posto a cargo das entidades públicas não correspondem situações jurídicas subjectivas na esfera jurídica de eventuais interessados¹¹ – numa palavra: por ser um *dever objectivo*, a que não corresponde qualquer direito subjectivo¹².

2. Abordagem do conceito de boa administração a nível comunitário

O conceito de *boa administração* tem sido, contudo, objecto, designadamente ao nível comunitário, de uma abordagem, em tempos recentes, que se afasta daquela de que, em termos

⁴ Cfr., por todos, EHRHARDT SOARES, *op. cit.*, designadamente a pp. 201 segs..

⁵ Cfr. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milão, 1953, p. 128; entre nós, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, Lisboa, 2004, p. 202.

⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 38.

⁷ Cfr., entre tantos, BARONE, *L' intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milão, 1969, pp. 79 segs.; TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milão, 1974, pp. 119 segs..

⁸ FREITAS DO AMARAL, *op. loc. cit.*.

⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 114.

¹⁰ FREITAS DO AMARAL, *op. loc. cit.*.

¹¹ Cfr. EHRHARDT SOARES, *op. cit.*, pp. 179 segs..

¹² Este ponto foi, designadamente, assinalado, no âmbito de uma Conferência Europeia organizada pelo Conselho da Europa, em Varsóvia, em Dezembro de 2003, a que adiante se fará referência mais detalhada, por PIERRE DELVOLVÉ, no seu relatório geral sobre “Le droit à une bonne administration”, a p. 131 das Actas da Conferência (versão francesa).

necessariamente sintéticos, se acaba de dar conta e que, ao que julgamos, não tem tido o devido eco na doutrina administrativa portuguesa.

Essa abordagem parte da afirmação da *boa administração* como um *valor jurídico* e, portanto, da assunção de uma *concepção jurídica* da ideia de *boa administração*, e veio recentemente a culminar, no âmbito comunitário, no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – documento que, como é sabido, foi objecto de proclamação solene na Cimeira de Nice, em 7 de Dezembro de 2000, e, entretanto, incorporado na II Parte do texto do Tratado que institui uma Constituição para a Europa, apresentado no Conselho Europeu de Tessalónica, em 20 de Junho de 2003 –, em cuja epígrafe se faz referência a um *direito à boa administração* dos cidadãos europeus perante a Administração da União.

O conteúdo deste artigo da Carta foi deduzido do *case law* do Tribunal de Justiça em torno de alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como *princípios de boa administração* e concretiza-se na consagração de um direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos e no direito à fundamentação das decisões¹³.

Ainda ao nível comunitário, o Tratado de Maastricht tinha, entretanto, instituído a figura do Provedor de Justiça Europeu, com o assumido propósito de combater a *má administração* (*maladministration*) no âmbito da actividade das instituições e organismos comunitários. E agora, o artigo 43.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também consagra o direito dos cidadãos europeus de apresentarem petições ao Provedor de Justiça Europeu, respeitantes a casos de *má administração*.

Desde o início de funções do Provedor Europeu, colocou-se a questão de saber qual o sentido e alcance do conceito de *má administração*, para o efeito de se delimitar o campo de intervenção do Provedor, na sua função de dar resposta às queixas que lhe sejam dirigidas. No primeiro Relatório Anual que apresentou ao Parlamento Europeu, em 1996, o primeiro titular do cargo, *Jacob Söderman*, procurou evitar avançar com uma definição, no pressuposto de que “o carácter aberto do termo é justamente um dos elementos que distinguem o papel do provedor do do juiz”, e limitou-se a inventariar uma lista muito vaga e assumidamente não exaustiva de tipos de situações que, em sua opinião, poderiam relevar da má administração: irregularidades administrativas, omissões administrativas, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, injustiça, incúria ou incompetência, discriminação, atraso evitável, incapacidade ou recusa de informar.

Na apreciação que fez do Relatório, a Comissão das Petições do Parlamento Europeu fez, porém, notar que, da lista apresentada, vários dos conceitos deveriam ser clarificados, por serem

¹³ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15.10.1987, Proc. 222/86, *Colect.* 1987, p. 4097; de 18.10.1989, Proc. 374/87, *Colect.* 1989, p. 3283; de 21.11.1991, Proc. C-269/90, *Colect.* 1991, I-5469; e de 31.3.1992, Proc. C-255/90, *Colect.* 1992, I-2253.

muito genéricos e poderem suscitar incertezas, tanto junto dos queixosos, como dos próprios agentes administrativos – até por entender que várias das situações inventariadas só deveriam ser qualificadas como de má administração se houvesse ilegalidade. E, na sequência disso, o Parlamento Europeu, na resolução que adoptou sobre o Relatório do Provedor Europeu, exortou-o a proceder a uma definição clara do conceito de má administração.

Foi o que o Provedor Europeu procurou fazer no segundo Relatório Anual, que apresentou ao Parlamento Europeu em 1997, sugerindo a seguinte definição: “A má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado”. E explicou: “A legislação é o ponto de partida da actividade de todas as instituições e organismos criados pelos Tratados europeus ou ao abrigo destes. Como sublinhou o Tribunal de Justiça em numerosas ocasiões, a Comunidade Europeia é uma Comunidade de direito. Por conseguinte, quando o Provedor de Justiça Europeu procede a um inquérito para apurar se uma instituição ou organismo comunitário actuou em conformidade com as normas e princípios a que está vinculado, a sua tarefa fundamental consiste em determinar se actuou de harmonia com o direito comunitário”¹⁴. A definição foi aprovada pelo Parlamento Europeu.

Por outro lado, o Provedor Europeu recordou, no mesmo Relatório, que a questão de saber o que constitui, na prática, má administração pode ser esclarecida “mediante a adopção de uma lei ou de um código de conduta referente à boa prática administrativa, como acontece em muitos Estados-Membros”. E exprimiu a opinião de que “a publicação de um código de boa prática administrativa permitiria informar os funcionários sobre os serviços que devem prestar e os cidadãos sobre os direitos que lhes assistem. Esta medida contribuiria para melhorar a qualidade do trabalho administrativo e as relações com os cidadãos”.

Foi na sequência disto que o Provedor de Justiça Europeu procedeu à elaboração de um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Adoptado mediante resolução do Parlamento Europeu de 6 de Setembro de 2001, este Código foi, assim, elaborado com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infracção deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu, tendo o Provedor *Söderman* esclarecido, a propósito, que “os funcionários que o sigam poderão estar seguros de que evitarão instâncias de má administração”.

O Código consagra princípios como os da legalidade: (artigo 4.º), igualdade (ou ausência de discriminação: artigo 5.º); proporcionalidade: (artigo 6.º); vinculação ao fim legal (ou ausência de

¹⁴ O Provedor Europeu já anteriormente tinha expresso o entendimento de que “existe má administração quando uma instituição ou organismo da Comunidade não actua de acordo com o Tratado e os actos da Comunidade que o vinculam ou não observa as regras e princípios jurídicos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância”, manifestando a convicção de que “a jurisprudência dos tribunais do Luxemburgo e a literatura do Direito Administrativo Europeu, assim como ao nível nacional, hão-de guiar com segurança o navio do Provedor pelos mares revoltos da boa e da má administração”: cfr. SÖDERMAN, “A thousand and one complaints: the European Ombudsman *en Route*”, *European Public Law*, vol. 3, p. 354.

abuso de poder: artigo 7.º); imparcialidade e independência: (artigo 8.º); objectividade: (artigo 9.º); protecção da confiança e colaboração com os particulares (ou respeito pelas expectativas legítimas, coerência e consultoria: artigo 10.º); justiça: (artigo 11.º) e cortesia: (artigo 12.º); direitos como os de participação e audiência (direito a ser ouvido e prestar declarações: artigo 16.º); à notificação das decisões: (artigo 20.º) e à informação: (artigo 22.º) e consulta de documentos: (artigo 23.º); e deveres como os de adoptar as decisões dentro dos prazos: (artigo 17.º); de indicar a respectiva fundamentação: (artigo 18.º) e as vias de impugnação a que podem ser submetidas: (artigo 19.º); e de privacidade na manipulação de dados pessoais (protecção de dados: artigo 21.º).

3. Apreciação crítica

Como se pode verificar, a utilização que, designadamente a nível comunitário, tem sido dada aos conceitos de *boa* e *má administração*, nos moldes que, em termos sempre sintéticos, se acabam de descrever, atribui-lhes um sentido e alcance que se afasta do modo tradicional como, designadamente entre nós, tem sido concebido o dever de boa administração a cargo das entidades públicas.

Com efeito, trata-se, no essencial, de configurar a *boa administração* como um *dever jurídico*, que se concretiza na observância de parâmetros de natureza jurídica, de *regras* ou *princípios jurídicos*. Com o que o conceito de *boa administração* vem a ser utilizado como uma *fórmula de síntese*, sob a capa da qual se reúne um conjunto de regras e princípios de indiscutível natureza jurídica, dos quais resultam deveres jurídicos perfeitos, cujo cumprimento pode ser exigido perante os tribunais, e que, de um modo geral, se encontram consagrados na legislação interna dos Estados europeus mais avançados¹⁵.

3.1. Isto afigura-se, desde logo, evidente relativamente ao artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo conteúdo se concretiza, como já foi referido, na consagração do direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos que por eles são conduzidos e do direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos.

Com efeito, os deveres que, neste artigo, são impostos aos órgãos comunitários são *deveres jurídicos*, que, aliás, correspondem a direitos daqueles que se encontrem em posição de exigir o respectivo cumprimento. Deduzidos, como foi referido, a partir do *case law* do Tribunal de Justiça,

¹⁵ O ponto foi claramente assumido, tanto por LEON KIERES, na sua intervenção “Les fondements du droit à une bonne administration”, a p. 15 das Actas da já citada Conferência de Varsóvia (versão francesa), como por THEODORE FORTSAKIS, na sua intervenção “Les principes gouvernant une bonne administration”, a p. 34 das mesmas Actas, onde o Autor se refere ao “direito a uma boa administração” como “um tecto sob o qual são juntas regras dispersas, reunidas na base da ideia comum que as inspira” e que é a da protecção (designadamente, ao nível judicial) dos cidadãos perante a Administração.

apenas recolhem alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como *princípios de boa administração*¹⁶ – aqueles que se terá entendido serem dotados de uma maior *densidade jurídica*, no conjunto de uma jurisprudência pretoriana que tem, por vezes, avançado para aspectos que ultrapassam as fronteiras do estritamente jurídico¹⁷. Por isso mesmo, trata-se, no essencial, de deveres que, de um modo geral, se encontram consagrados, na ordem interna dos Estados membros da União, como deveres jurídicos que se impõem às respectivas Administrações¹⁸ e podem ser objecto de tutela judicial.

A nosso ver, a análise do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia justifica, entretanto, a formulação de duas ordens de observações:

a) A primeira, de sentido positivo, para assinalar a relevância de que, do ponto de vista jurídico-comunitário, se reveste a inclusão deste artigo na Carta.

Num plano mais geral de análise, porque se trata de reconhecer direito de cidadania, no plano da sua afirmação como parte integrante do património jus-fundamental europeu, a um conjunto de direitos de que os cidadãos são especificamente titulares no âmbito das suas relações com a Administração Pública e que, deste modo, são definitivamente elevados, no panorama jurídico europeu, ao estatuto de direitos fundamentais – o que, na doutrina, já levou a que fossem qualificados como uma nova categoria de direitos fundamentais, os *direitos humanos administrativos*, por “fazerem parte de uma nova dimensão da cidadania”, acrescentando uma nova dimensão (supra-nacional) à noção de cidadania europeia introduzida pelo Tratado de Maastricht¹⁹.

Num plano já mais concreto de análise, merece ser sublinhada a circunstância de, no artigo 41.º, n.º 1, se consagrarem como direitos fundamentais e, portanto, *traduzirem para a linguagem dos direitos dos cidadãos*²⁰ os valores da imparcialidade, da justiça e da observância de um prazo razoável, por parte da Administração, na tomada das decisões – o que, do ponto de vista do nosso próprio quadro constitucional interno, não deixa de constituir um avanço e, portanto, um alargamento do catálogo dos direitos fundamentais perante a Administração.

¹⁶ Cfr. também KLARA KANSKA, “Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Journal*, vol. 10 (2004), p. 304, e pp. 299-300, onde faz notar que o conceito de boa administração do artigo 41.º da Carta se funda no princípio da legalidade (*rule of law*), invocando, a propósito, o seguinte passo das Explicações (*Explanations*) sobre o texto da Carta que foram apresentadas pelo *Praesidium*: “O artigo 41.º é baseado na existência de uma Comunidade sujeita ao princípio da legalidade (*rule of law*), cujas características foram desenvolvidas no *case law* que consagrou *inter alia* o princípio de boa administração”.

¹⁷ Cfr., por exemplo, as referências em JULI PONCE SOLÉ, *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Madrid, 2001, pp. 143-146.

¹⁸ Neste sentido, escreve KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 307, que “o direito à boa administração é uma compilação de princípios desenvolvidos pelos Estados membros e talhado à medida das necessidades da Comunidade”.

¹⁹ Cfr. ainda KLARA KANSKA, *op. cit.*, pp. 297 e 302-303.

²⁰ Para utilizar a expressão de Eduardo García de Enterría, importada da intervenção de ENRIQUE MÚGICA HERZOG in *Ombudsman – Novas Competências, Novas Funções – VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman*, Lisboa, 2002, p. 112.

No que se refere aos restantes direitos consagrados no artigo ora em análise, no essencial, eles encontram correspondência, no plano do nosso direito interno, no artigo 268.º, da Constituição da República Portuguesa, que os consagra como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Merece, ser, no entanto, sublinhada a expressa consagração como direito fundamental, no artigo 41.º, n.º 2, do direito à audiência prévia – o que, com a extensão que lhe é dada, constitui uma novidade, mesmo em relação ao *case law* do Tribunal de Justiça²¹. Como é sabido, este direito não se encontra expressamente consagrado, enquanto tal, na nossa Constituição – razão pela qual não tem sido reconhecido, pela jurisprudência, como um direito fundamental, cuja preterição implique a nulidade das decisões que venham a ser tomadas. O artigo 41.º, n.º 2, da Carta poderá impulsionar uma evolução nesta matéria.

b) A segunda ordem de considerações, já de sentido negativo, e que mais interessa ao objecto da presente exposição, prende-se, entretanto, com a referência que, na epígrafe do artigo, é feita a um pretense *direito à boa administração*. A nosso ver, esta referência deve ser, na verdade, desvalorizada, por possuir um sentido e alcance político, e não propriamente técnico-jurídico.

Com efeito, não se vê, desde logo, que haja necessidade ou conveniência, de um ponto de vista estritamente técnico-jurídico, em arrumar sob uma única designação e, portanto, conglobar artificialmente num único pretense (super)direito, os diferentes direitos e garantias que, no seu conjunto, e pese embora a epígrafe, o artigo consagra²². Ainda que com várias diferenças de conteúdo, o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia possui uma intencionalidade equivalente à do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa. Uma epígrafe do género daquela que este último artigo apresenta – tal como, v. g., *direitos perante a Administração Pública* – afigurar-se-ia, pois, muito mais adequada à heterogeneidade do respectivo conteúdo.

Por outro lado, não se nos afigura adequada a designação encontrada: *direito à boa administração*. Com efeito, essa opção debate-se, a nosso ver, com uma enorme dificuldade. E essa dificuldade tem que ver com a questão fundamental – que muito interessa ao objecto da presente exposição – de saber se a boa administração é um valor passível de ser subjectivado, isto é, se se trata de um dever, a cargo da Administração, a que possa corresponder um direito na esfera jurídica de certos e determinados particulares. E, portanto, com a questão de saber se fará, na verdade, sentido falar-se de um *direito à boa administração* – pelo menos, sem o risco de se cair numa construção de tal modo abstracta que não possa ter qualquer operacionalidade, tal como, historicamente, sucedeu com a mirífica construção de um direito à legalidade das actuações administrativas²³.

²¹ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 315.

²² Assinalando o ponto, cfr. PIERRE DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 132. A heterogeneidade do conteúdo do artigo 41.º também é assinalada por KLARA KANSKA, *op. cit.*, a p. 301 e a p. 320, onde procede ao confronto do direito à compensação de danos causados pela Comunidade com os outros direitos reunidos no artigo em análise.

²³ Sobre esta construção clássica, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, 1994, pp. 96-99.

Ora, a nossa resposta é negativa²⁴. Como adiante melhor se verá, é, para nós, evidente que o conceito de *boa administração*, pela amplitude e heterogeneidade das tarefas que oneram a Administração Pública nas sociedades modernas, faz apelo à satisfação de uma multiplicidade de valências que não podem ser, todas elas, traduzidas em direitos subjectivos²⁵.

E é por isso que, quando, uma vez lida a epígrafe, se avança para a leitura do conteúdo do artigo 41.º da Carta, não se pode deixar de sentir uma indisfarçável sensação de desconforto.

Com efeito, na epígrafe, a Carta proclama um *direito à boa administração* – o que, como assinalou o Provedor de Justiça Europeu *Jacob Söderman*, constitui (sintomaticamente, acrescentaríamos nós...) uma novidade absoluta em todo o mundo²⁶. Mas a verdade é que, quando, depois, se trata de concretizar o conteúdo desse direito – ou seja, de traduzir, como foi dito, o conceito de *boa administração* para a *linguagem dos direitos subjectivos* –, o resultado não pode deixar de ser altamente redutor e, por isso, de conduzir à completa adulteração da ideia de partida.

Com efeito, “se a ideia de um autónomo direito à boa administração é uma ideia nova, o seu conteúdo, tal como expresso no artigo 41.º, reconduz-se a várias fontes já existentes”²⁷; por outro lado, as soluções consagradas partem – como não poderia deixar de ser, atenta a natureza e função da Carta, enquanto instrumento de declaração de direitos – de uma *perspectiva subjectivizante, garantística*, direccionada para a protecção dos particulares perante a Administração. Ora, uma tal perspectiva, pelas óbvias limitações que são inerentes ao carácter *unilateral* do prisma com que encara o fenómeno administrativo, não pode conduzir à definição do que deve ser a *boa administração*.

Com efeito, “a julgar pelas palavras da Carta, poderia chegar-se à conclusão de que a Administração é ‘boa’ se proteger os direitos dos indivíduos. [...] A Carta nada diz, não só sobre a prossecução do interesse público, como também sobre efectividade e economia”²⁸. Ora, seja qual for o entendimento de que se parta do conceito de *boa administração*, sempre se terá de reconhecer que é pelo menos redutor associar esse conceito ao mero cumprimento, por parte da Administração,

²⁴ Em sentido igualmente crítico em relação à construção de um direito à boa administração, cfr., por exemplo, E. M. HERZOG, *op. cit.*, pp. 112 segs..

²⁵ No mesmo sentido, cfr. PIERRE DELVOLVÉ, a pp. 131-132 das Actas da já citada Conferência de Varsóvia (versão francesa): “Pode concordar-se em reconhecer que todos podem reclamar que a administração seja organizada e funcione de maneira satisfatória: a má administração afecta a colectividade inteira e cada um dos seus membros. Isso não basta para dar a cada um um direito subjectivo, independentemente da situação que lhe é própria [...] Independentemente de uma prescrição precisa ou de uma prestação directa, o direito a uma boa administração, na sua generalidade, não pode ser um direito subjectivo [...] Pode dizer-se o mesmo do aspecto de uma boa administração atinente a que ela respeite de maneira geral a regra de direito. Ainda a este propósito, a submissão da administração ao direito, por necessária que seja, não pode ser reivindicada por cada um como uma exigência que lhe diga pessoalmente respeito, independentemente da sua situação própria: para justificar a contestação de uma ilegalidade, há que poder invocar, senão um direito adquirido, pelo menos um interesse próprio”.

²⁶ Cfr. “The Struggle for Openness in the European Union”, discurso proferido em 21 de Março de 2001.

²⁷ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 303.

²⁸ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 324.

dos deveres que lhe impõem os vários preceitos que compõem o artigo 41.º da Carta. A haver um direito à boa administração, ele teria necessariamente que ter um alcance muito mais vasto²⁹.

Num esforço bem intencionado de salvar a epígrafe, pode, naturalmente, admitir-se que, na casuística do Tribunal de Justiça, o alcance do artigo possa vir a ser aprofundado, para além do que nele se encontra escrito. E é mesmo de admitir que, no futuro, o Tribunal de Justiça, no normal desenvolvimento do *case law* que, ao longo de décadas, já vinha produzindo a partir do princípio da boa administração – configurado como um *princípio guarda-chuva*, do qual foi extraindo direitos e deveres³⁰ –, passe a fazer menção à apelativa fórmula do *direito à boa administração*, em aparente referência à epígrafe do artigo 41.º da Carta³¹.

A nosso ver, também essa provável evolução não terá, porém, consequências no plano técnico-jurídico. Não será, na verdade, por vir, porventura, a ser utilizada a despropósito a fórmula do *direito à boa administração* que a realidade deixará de ser o que é e, portanto, que os deveres objectivos de boa administração que o Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo que vinculavam as instituições e organismos comunitários – sem nunca os ter, no entanto, configurado como correspectivos de um qualquer direito à boa administração, cuja existência o Tribunal de Justiça nunca tinha afirmado³² – passarão a ser necessariamente passíveis de uma leitura subjectiva, do ponto de vista de darem lugar à titularidade de verdadeiros direitos subjectivos, dotados de um conteúdo suficientemente preciso para terem verdadeira operacionalidade jurídica.

Reitera-se, por isso, o entendimento de que a *boa administração* deve continuar a ser vista como um princípio, como um dever cuja concretização se impõe à Administração e como uma legítima aspiração da comunidade, no seu conjunto – mas não faz sentido configurá-la como o objecto de um pretensão direito subjectivo, porque diz respeito a um bem que não é passível de apropriação individual³³.

3.2. Quanto ao Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, ele foi elaborado, como foi dito, com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infracção deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu. O essencial do seu conteúdo concretiza-se, assim, na imposição, a nível comunitário, da observância de um conjunto de regras

²⁹ Cfr. também KLARA KANSKA, *op. cit.*, pp. 322 segs..

³⁰ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, designadamente a pp. 304-305 e 325.

³¹ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 304.

³² Com o que se confirmará que o direito à boa administração não será, na verdade, mais do que “a general, catch-all phrase” (KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 325).

³³ Após muitas hesitações, também KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 326, parece acabar por chegar à conclusão de que “a ‘boa administração’ devia permanecer ao nível de um *princípio*, em vez de ser transformada num *direito* subjectivo”, sugerindo que “melhor opção teria sido a de aprovar um código de procedimento administrativo da Comunidade, que estabelecesse o balanço da necessidade de protecção dos indivíduos com a eficiência administrativa e providenciasse a representação de interesses públicos não-governamentais”.

e princípios jurídicos a que, de um modo geral, os organismos públicos estão vinculados e cuja violação é, também de um modo geral, passível de controlo judicial³⁴.

Também a propósito deste Código se justifica, a nosso ver, a formulação de duas ordens de observações, cujo sentido acompanha, aliás, com relativa simetria, o daquelas que foram deduzidas a propósito do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

a) A primeira, de sentido positivo, é para assinalar a relevância de que, do ponto de vista jurídico-comunitário, se revestiu a elaboração deste Código, cuja importância tem sido justamente reconhecida.

Até hoje, ainda não foi adoptado, a nível comunitário, um quadro normativo completo e uniforme, destinado a regular os procedimentos administrativos³⁵. Como fez notar o primeiro Provedor de Justiça Europeu, *Jacob Söderman*, em discurso proferido em Lisboa, em 18 de Novembro de 2002, “não há nada que remedeie a presente situação caótica, em que a administração de cada instituição tem a sua própria ideia sobre como tratar os cidadãos. Há agora mais versões de um código de boa conduta administrativa do que dias na semana. Seria verdadeiramente importante estabelecer uma clara base legal para um direito administrativo europeu, igualmente aplicável a todas as instituições e organismos da União. De outro modo, o direito à boa administração dos cidadãos continuará a ser frustrado por um debate burocrático sem fim”.

Este Código tem, portanto, o importante mérito de reunir – aliás, de maneira que se afigura feliz – o essencial do que, no presente estágio de evolução dos ordenamentos jurídicos europeus, pode ser considerado como o acervo dos princípios fundamentais que integram a Parte Geral do *Direito Administrativo Europeu*³⁶.

Por esta razão, o Código tem sido encarado como um relevante passo no sentido da necessária *codificação*, com efeito vinculativo para todas as instituições e organismos comunitários, dos princípios do Direito Administrativo Europeu. Na verdade, a própria resolução do Parlamento Europeu que adoptou o Código convidou a Comissão a apresentar uma proposta de regulamento

³⁴ A ideia da elaboração do Código pelo Provedor de Justiça Europeu – inicialmente avançada, no Parlamento Europeu, pelo Deputado Roy Perry, em 1998 – poderá ter sido influenciada por um importante relatório, publicado em Inglaterra em 1988 e, desde então, muito debatido naquele país, no qual se defendeu que o Provedor de Justiça inglês (*Parliamentary Commissioner for Administration*) procedesse à codificação de um conjunto de *princípios de boa administração*, cuja violação deveria ser submetida a controlo judicial: cfr. *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, 1988, pp. 21-23.

³⁵ Cfr. K. LENAERTS/J. VANHAMME, “Procedural rights of private parties in the Community Administrative Process”, *Common Market Law Review*, vol. 34 (1997), p. 531.

³⁶ Como é sabido, o Direito Administrativo Europeu tem sido construído, ao longo das últimas décadas, a partir da dedução, muito impulsionada pela casuística do Tribunal de Justiça, do acervo de regras e princípios que constituem o denominador comum aos Direitos Administrativos dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros da União Europeia: para além da obra fundamental de JÜRGEN SCHWARZE, *Europäische Verwaltungsrecht*, publicada em várias línguas e edições, cfr., por exemplo, FLOGAÏTIS, “Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, *European Review of Public Law*, vol. 4 (1992).

que inclua um Código do mesmo tipo, por forma a “ênfatisar junto dos cidadãos e dos funcionários o carácter vinculativo das regras e dos princípios nele contidos”. Esta recomendação ainda não teve seguimento, mas admite-se, presentemente, que a eventual entrada em vigor do artigo III-398 do Tratado que institui uma Constituição para a Europa poderá impulsionar esse caminho. Com efeito, o referido artigo, ao prever que, para desempenhar as suas missões, as instituições, organismos, departamentos e agências da União terão o apoio de uma administração europeia aberta, eficiente e independente, poderá ser o motor para a elaboração de regras dirigidas a assegurar que a administração comunitária corresponda a esta exigência. E, ao que parece, o Secretário Geral da Comissão terá apontado o ano de 2006 como uma data possível para a Comissão apresentar uma proposta nesse sentido³⁷.

O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa pode, pois, ser visto como o embrião de um Código de Princípios do Procedimento Administrativo Europeu – e, portanto, como um instrumento de concretização dos princípios jurídicos fundamentais que integram o Direito Administrativo Europeu. Num ou noutro ponto, o seu conteúdo pode, entretanto, ser fonte de inspiração para eventuais aperfeiçoamentos a introduzir no nosso Código do Procedimento Administrativo – no que, ao que julgamos, poderia constituir mais um passo na caminhada que, entre nós, tem sido trilhada, desde a aprovação da Constituição de 1976, no sentido da progressiva codificação (e, por essa via, também, em grande medida, juridificação) de exigências que se impõem à Administração Pública nos modernos Estados de Direito democráticos.

b) A segunda ordem de considerações, já de sentido negativo, e que, de novo, é a que mais interessa ao objecto da presente exposição, prende-se, entretanto, mais uma vez, com as referências que, a propósito deste Código, são feitas ao conceito de *boa administração*.

Como já foi dito, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa foi elaborado com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infracção deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu. Nele surge, portanto, associada a ideia de *má administração* à violação das regras e princípios – dir-se-á, de *boa administração* – que se impõem à Administração e, portanto, a ideia de *boa administração* – deduzida pela negativa, a partir da ideia de *má administração* – à observância dessas regras e princípios. Por outro lado, nele se associa o papel do Provedor de Justiça Europeu ao de guardião do respeito pelo Código e, portanto, pela *boa administração* que nele está consagrada.

Ora, esta linha de raciocínio comporta riscos que aqui cumpre assinalar.

Pelo modo como é apresentado, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa corre, na verdade, o risco de induzir nos menos atentos a ideia de que a observância das regras e princípios

³⁷ Cfr. a referência a p. 7 do já citado discurso “The European Ombudsman: the guardian of good administration” proferido pelo actual Provedor de Justiça Europeu, NIKIFOROS DIAMANDOUROS.

nele consagrados, evitando a *má administração*, assegura a *boa administração* – com o que se tenderá a formar um entendimento redutor do conceito de *boa administração*, identificado com o respeito pelas regras e princípios jurídicos consagrados no Código; por outro lado, como o Código foi elaborado pelo Provedor de Justiça Europeu e por ele apresentado como ponto de referência para a sua intervenção em defesa de quem se lhe dirija invocando situações de *má administração*, o Código também corre o risco de induzir nos menos atentos a ideia de que o papel do Provedor de Justiça, enquanto guardião da boa administração, se esgota em zelar pelo cumprimento das regras e princípios consagrados no Código – com o que também se tenderá a formar um entendimento redutor do papel do Provedor de Justiça, identificado com a mera garantia do respeito pelas regras e princípios jurídicos que obrigam a Administração.

Ora, pela nossa parte, é importante evitar estes riscos. O que, a nosso ver, facilmente se consegue desde que, afastando equívocos, se assuma que este tipo de Códigos deve ser encarado como um instrumento útil de sedimentação das exigências que o ordenamento jurídico impõe à Administração Pública nos modernos Estados de Direito democráticos, com tudo (mas apenas) o que isso implica. A nosso ver, corporiza, portanto, (i) *uma parcela* do que é necessário para que haja *boa administração* e (ii) *uma parcela* daquilo que, no caso de faltar, pode motivar uma intervenção do Provedor de Justiça. A existência deste tipo de Códigos e a garantia do respectivo cumprimento *concorre* ou *contribui*, pois, para que haja *boa administração*, mas, só por si, não garante a sua existência.

A adequada explicitação do que acaba de ser dito, nos vários planos em que as considerações formuladas se desdobram, supõe a exposição circunstanciada, a que se procederá de seguida, do entendimento que julgamos adequado do conceito de *boa administração* (ponto 4.) e das dimensões em que, a nosso ver, se concretiza o papel fundamental que ao Provedor de Justiça cumpre desempenhar na sua concretização (ponto 5.).

4. Por um novo conceito de boa administração

Como foi referido, a abordagem de que, num desenvolvimento a partir da casuística do Tribunal de Justiça, o conceito de *boa administração* tem sido objecto a nível comunitário, parte da afirmação da *boa administração* como um *valor jurídico* e, portanto, da assunção de uma *concepção jurídica* da ideia de *boa administração*.

Essa é uma tendência que, também induzida por documentos produzidos no âmbito do Conselho da Europa e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se vem afirmando no panorama europeu e que, em si mesma, nos parece positiva, na medida em que aponta no sentido da superação do tradicional divórcio entre a ideia de *boa administração* e a do respeito pelas regras e princípios jurídicos que vinculam a Administração.

Consideramos, na verdade, positivo que se avance para um entendimento do conceito de *boa administração* que não abstraia do – e muito menos entre em confronto com o – imperativo do respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático; e, portanto, que se assuma que a *boa administração* (também) passa pelo cumprimento e pelas exigências que decorrem desses princípios.

Ponto é, porém, que se tenha presente que admitir que a *boa administração* (também) passa pelo respeito das regras e princípios jurídicos não é o mesmo que dizer que a *boa administração* se concretiza ou esgota nessa dimensão e que a garantia de uma *boa administração* se resume, portanto, à garantia do respeito pelas regras e princípios jurídicos que se impõem à Administração. Cumpre, pois, encontrar, neste domínio, o adequado ponto de equilíbrio, que, como se dirá de seguida, não deve, quanto a nós, passar por uma concepção estritamente jurídica da ideia de *boa administração* (ponto 4.1), mas por uma perspectiva que, buscando a síntese entre componentes jurídicos e extra-jurídicos, possa servir como ponto de referência orientador da conduta da Administração Pública – a quem se impõe realizar a boa administração – e da actividade do Provedor de Justiça – entidade a quem cumpre promover a respectiva concretização (ponto 4.2.).

4.1. Contra um conceito estritamente jurídico de boa administração

Cumpre, quanto a este primeiro ponto, retomar a chamada de atenção que atrás se deixou contra a ideia de que a observância das regras e princípios jurídicos que vinculam a Administração Pública, ao evitar a *má administração*, assegura a *boa administração*, por ela ser indutora de um entendimento redutor do conceito de *boa administração*, tendencialmente identificado com o respeito pelas regras e princípios jurídicos que se lhe impõem.

Tem, na verdade, feito caminho no panorama doutrinal europeu o entendimento de que, para que o princípio de boa administração, do ponto de vista jurídico, tenha um alcance útil – o que se tende a confundir com a possibilidade de ser objecto de tutela judicial –, ele deve ser densificado por referência a regras precisas e, portanto, o seu conteúdo deve ser reconduzido à imposição de um conjunto de deveres jurídicos³⁸. Esses deveres não-de ser aqueles cuja observância se considera que cria condições para a tomada de boas decisões, com o que, quanto a nós, se desloca o ponto de referência da definição da boa administração, da substância das decisões – e, em geral, dos resultados da actuação administrativa, em si mesmos considerados –, para as exigências que, no desenvolvimento da função, se entende que devem ser observadas para potenciar a tomada de boas decisões, ou, em geral, o atingimento de bons resultados.

³⁸ O ponto é, por exemplo, claramente assumido na já citada intervenção de FORTSAKIS na Conferência de Varsóvia, a p. 34 das respectivas Actas (versão francesa); mas também está subjacente à exposição de DELVOLVÉ, que, na segunda parte do seu relatório geral (a pp. 132 segs., na versão francesa das Actas), se pronuncia sobre o conteúdo do direito a uma boa administração a partir de uma perspectiva centrada na possibilidade da existência de controlo judicial.

Nesta perspectiva, o imperativo da *boa administração* não exige, portanto – pelo menos, no plano jurídico –, que a Administração administre bem, do ponto de vista da substância do que decide ou dos resultados práticos que resultam da sua acção. Para que se considere que há *boa administração*³⁹, basta que – para além das eventuais regras que lhe imponham vinculações estritas – ela observe os princípios jurídicos dirigidos a criar as condições para que administre da melhor maneira.

Tal como, neste sentido, tem sido sustentado no próprio panorama doutrinal italiano⁴⁰, trata-se, assim, de substituir uma concepção extra-jurídica (de cariz economicista ou, em todo o caso, técnico-administrativo) de *boa administração*, “pouco significativa do ponto de vista jurídico”, por uma concepção jurídico-administrativa de *boa administração*⁴¹ – no pressuposto de que, como, do ponto de vista jurídico, não é possível, nos domínios em que a Administração não se encontre vinculada por regra estrita, dizer propriamente se uma dada decisão é boa ou má, o que importa é assegurar que essa decisão é produzida no respeito pelos princípios jurídicos que potenciam a tomada de boas decisões e, portanto, promovem a consecução de uma *boa administração*⁴². Com a alegada vantagem de que, deste modo, se assegura a *judicialização da boa administração* – que, afinal, em mais não consiste do que no normal controlo judicial do respeito pelos referidos princípios jurídicos⁴³.

Mas, do mesmo passo, trata-se, a nosso ver, de adoptar um conceito *formalizado* de *boa administração*, assente na substituição do objectivo (*finalístico*) da *boa administração* propriamente dita – que se concretiza na tomada das melhores decisões e na obtenção dos melhores resultados –, pelo objectivo (*instrumental*) da observância das regras e princípios jurídicos dirigidos a promover uma *boa administração*⁴⁴.

³⁹ *Rectius*, que não há *má administração*, já que, nesta perspectiva, mais não se faz do que definir a boa administração pela negativa, a partir do conceito de má administração, identificando-a, assim, com aquilo que existe quando não se identifiquem situações de má administração.

⁴⁰ Com efeito, mesmo na doutrina italiana, tem sido sustentada, em certos sectores da doutrina, a necessidade de se precisar o conteúdo do princípio constitucional do bom andamento da administração como princípio jurídico, por forma a dar-lhe uma maior operacionalidade, para o que se defende que ele deve ser afastado de conceitos extra-jurídicos como a eficácia e a eficiência, e densificado por referência a exigências sobretudo de carácter procedimental: cfr., por todos, ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Pádua, 1979, pp. 22 segs..

⁴¹ Neste sentido, MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la administración*, Madrid, 2000, p. 48; PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 141.

⁴² Nesta perspectiva, o dever de boa administração reconduz-se ao dever de a Administração, observando princípios jurídicos como aquele que exige que ela tenha em devida conta todos e cada um dos interesses em presença, se colocar nas melhores condições – sobretudo do ponto de vista da observância de regras e princípios procedimentais – para decidir o melhor para o interesse geral: cfr. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, designadamente a pp. 130 segs. e 146-147.

⁴³ Cfr. ainda PONCE SOLÉ, *op. cit.*, pp. 160-161. O ponto é claramente assumido por FORTSAKIS, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁴ Claramente nesta perspectiva, PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 132, onde se sustenta que, como “não existe um critério jurídico para estabelecer o que seja de interesse geral e a aplicação de critérios extra-jurídicos não conduz a uma solução unívoca sobre o que seja melhor, mais oportuno ou mais adequado ao serviço dos interesses gerais”, deve entender-se que o dever de boa administração “não vai dirigido tanto ao resultado final [...] como ao iter de elaboração do mesmo, ao modo de desenvolvimento da função administrativa”. Também FORTSAKIS, *op. cit.*, p. 39, se pronuncia no sentido de que a evolução comunitária do conceito de boa administração sugere a tendência para que “o acento [seja] colocado não mais no produto da acção administrativa (resultado), mas no comportamento da administração (funcionamento)”. Também KLARA KANSKA, *op. cit.*, parece transparecer, designadamente a p. 320, a propósito do confronto entre o direito à compensação de danos e os demais

Dir-se-á que, se a Administração observar todas as regras e princípios jurídicos que se lhe impõem, haverá todas as condições para que a administração que produz seja boa – e, portanto, que a administração é “boa” se cumprir as regras e princípios de garantia dos cidadãos⁴⁵. Mas, a nosso ver, dizendo isso, apenas se diz uma parte da verdade. A estrita observância das regras e princípios jurídicos não garante, só por si, a *boa administração*. Existem, na verdade, problemas de *má administração* que se colocam noutros planos e, por isso, só se resolvem mediante a intervenção de considerações que ultrapassam, claramente, as fronteiras do jurídico⁴⁶.

Quer-nos, pois, parecer que, subjacente à construção em análise, está uma perspectiva do fenómeno administrativo que é tendencialmente redutora, na medida em que tende a encará-lo numa perspectiva excessivamente jurídica – e isto, a um duplo título.

Por um lado, porque se tende a centrar excessivamente na administração burocrática e, portanto, no procedimento administrativo, dirigido à tomada de decisões de autoridade⁴⁷. A verdade, porém, é que *boa administração* é dar a mais adequada satisfação às necessidades colectivas, e isso passa, nos Estados modernos, por muitos campos de intervenção da Administração, que não se consubstanciam necessariamente na prática de actos administrativos⁴⁸. De um modo geral, existe *má administração* sempre que existam *disfunções, mau funcionamento dos organismos e serviços públicos* – realidade de amplo espectro, que cobre um universo heterogéneo de situações, que podem ir da prática de um acto administrativo ilegal até à existência de uma situação de mau funcionamento generalizado de todo um serviço ou departamento público (seja, v. g., por injustificada morosidade sistemática na atribuição de pensões por um determinado serviço, ou por inaceitável estado de conservação das estradas em determinada região, causador de reiteradas situações lesivas). As disfunções, da mais variada índole, não decorrem, normalmente, da específica violação de princípios jurídicos, proclamados em letra de forma.

Por outro lado, porque a perspectiva em análise conduz à tendencial identificação do conceito de *boa administração* com o de *juridicidade* (e de *judicialidade*), enquanto conformidade às normas jurídicas (e sindicabilidade pelos tribunais). Ora, se, do ponto de vista da definição dos domínios

direitos consagrados no artigo 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, um entendimento que associa o direito à boa administração à titularidade de situações subjectivas de índole procedimental.

⁴⁵ Em sentido crítico, a propósito do artigo 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cfr. a já citada passagem de KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁶ Nas palavras de PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 127, “o ordenamento jurídico deseja que a Administração tome decisões que não o vulnerem, mas quer também que a Administração adopte boas decisões, que administre bem, em definitivo. Que quando decida o faça para servir da melhor maneira possível os interesses gerais”.

⁴⁷ O que se compreende quando a questão é colocada ao nível das instituições comunitárias – como sucede no âmbito de instrumentos como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, a que oportunamente nos reportámos, atendendo ao âmbito circunscrito e especializado de funções que a administração comunitária desenvolve.

⁴⁸ Chamando a atenção para este ponto, cfr. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 129-130, que dá o exemplo da *voirie*: “a sua gestão, sua manutenção relevam da boa administração. Para as assegurar, basta – mas é necessário – que sejam reparados os buracos na calçada, alargadas as ruas e as estradas, rebaixados os passeios, para não dar senão exemplos elementares. Estes podem ser estendidos ao domínio dos transportes, ao dos socorros, da recolha dos detritos, para nos limitarmos ainda aos serviços essenciais. O desenvolvimento das sociedades modernas conduz a acrescer-lhes o número em quantidade e as exigências em qualidade”.

da actuação administrativa que devem estar submetidos ao controlo judicial, não nos suscita, naturalmente, qualquer reserva a adopção do critério da *juridicidade*⁴⁹, já nos parece que o conceito de *boa administração* não deve ser definido de acordo com esse critério, pela simples razão de que, nem a Administração Pública – a quem o dever se impõe –, nem o Provedor de Justiça – a quem incumbe promover a sua realização –, estão colocados perante o imperativo da *boa administração* na posição que corresponde ao Poder Judicial.

4.2. Por um conceito amplo de boa administração, integrado por componentes jurídicos e não jurídicos

De tudo o que acaba de ser dito decorre que, em nossa opinião, o conceito de *boa administração* não deve ser re(con)duzido, em nome da pretensa necessidade de uma maior operacionalidade jurídica, ao de *juridicidade*. Mas daí não resulta, só por si, que, a nosso ver, não possa e não deva ser adoptada uma *concepção jurídica* da ideia de *boa administração*, que, como já atrás foi antecipado, buscando a síntese entre componentes jurídicos e extra-jurídicos, possa servir como ponto de referência orientador da conduta da Administração Pública – a quem se impõe realizar a boa administração – e da actividade do Provedor de Justiça – entidade a quem cumpre promover a respectiva concretização.

Pelo contrário, afigura-se-nos possível e desejável tentar reconstruir, nessa perspectiva, o conceito de *boa administração* em novos e mais amplos moldes, como um conceito capaz de abarcar e, ao mesmo tempo, de transcender, tanto o conceito de *juridicidade* (= *conformidade ao Direito*), como os de *eficácia* e *eficiência* da Administração. Esta parece ser, na verdade, a única maneira de fazer corresponder do modo mais adequado o continente ao conteúdo: acima de todas as regras e de todos os princípios, jurídicos e não jurídicos, a que a Administração deve obediência no desenvolvimento da sua actividade (entre os quais se há-de incluir, portanto, o da eficácia ou da eficiência, com a sua identidade própria), está o *superconceito* de boa administração. A boa administração haverá, pois, de resultar do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade que são próprias de uma visão constitucionalmente adequada em função de ingredientes democráticos, participativos e axiológicos.

a) A nosso ver, o artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República fornece uma importante pista para a construção, na ordem jurídica interna portuguesa, deste conceito de *boa administração*, ao estabelecer: “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

⁴⁹ Recorde-se que, de acordo com o artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, “os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação”. Exercem, portanto, um controlo de estrita *juridicidade* da actuação administrativa.

Com efeito, é possível deduzir deste preceito que a *boa administração* é aquela que assegura a eficaz e eficiente satisfação das necessidades colectivas que a Constituição e a lei põem a seu cargo (nisso se concretiza a correcta *prosecução do interesse público*)⁵⁰, sem, para o efeito, atropelar as exigências que, no plano jurídico, lhe são impostas para protecção dos direitos e interesses dos particulares (nisso se concretiza o *respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*). Nesta síntese se encontra “retratada a essência do Direito Administrativo, que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com as garantias dos particulares”⁵¹.

Nesta perspectiva, a dimensão da eficácia e eficiência da Administração está presente, pois não é boa a administração que, embora no respeito pelas exigências formais que o ordenamento jurídico lhe impõe, não assegure a satisfatória prossecução das necessidades postas a seu cargo⁵². Mas a dimensão do respeito pelos direitos e interesses dos particulares não deixa igualmente de ser vista como uma das dimensões da boa administração num Estado de Direito democrático, pelo que também não é boa a administração que, embora sendo porventura eficaz na prossecução dos seus fins, o faça sem observância das exigências que o ordenamento jurídico lhe impõe e, em particular, daquelas que decorrem do dever de respeito pelos direitos e interesses individuais.

Com o que se afasta a (clássica) perspectiva de que o valor da garantia dos direitos e interesses particulares – e, portanto, da observância das normas, designadamente de forma e de procedimento, que impõem vinculações à Administração em função da respectiva protecção – e o da boa administração – tradicionalmente entendida, em sentido estrito, como a mais eficaz e eficiente prossecução do interesse público, nos moldes em que a Administração a concretiza, no exercício do espaço próprio de que dispõe de conformação da sua actuação – se encontram colocados numa relação de *tensão dialéctica*⁵³.

Não custa, naturalmente, admitir que existe uma tensão dialéctica entre os valores da eficácia e da eficiência da actuação administrativa e os valores que, muitas vezes, as exigências de forma e de procedimento visam garantir, na medida em que, muitas vezes, a necessidade de cumprir formalidades pode colidir com a necessidade de acorrer em tempo útil a necessidades que o interesse público coloca. O que custa a aceitar é que a ideia de boa administração deva estar

⁵⁰ No sentido de que, como a Constituição fixa imperativos teleológicos de acção para a Administração, não lhe é indiferente o modo de concretização desses imperativos, pelo que exige que a Administração procure as medidas mais adequadas e escolha as melhores soluções para realizar o modelo de bem-estar em condições de efectividade do resultado e, portanto, de optimização na concretização do interesse público, cfr. PAULO OTERO, *op. loc. cit.*

⁵¹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, p. 62.

⁵² Assinalando este ponto, cfr. KLARA KANSKA, designadamente a pp. 324-325. Na doutrina portuguesa, cfr. ainda PAULO OTERO, *op. loc. cit.*

⁵³ A perspectiva pode ser surpreendida, por exemplo, na Resolução 77 (31) do Conselho da Europa, sobre a protecção do indivíduo em relação aos actos das autoridades administrativas, adoptada pelo Conselho de Ministros em 26 de Setembro de 1977, em que os direitos a ser ouvido, de acesso à informação, de assistência e representação, de participação e à indicação das vias de impugnação nas decisões administrativas eram preconizados sem prejuízo da devida consideração pelas “exigências da boa e eficiente administração”.

envolvida na contenda. A boa decisão administrativa é, na verdade, uma decisão esclarecida e ponderada, para o que pode concorrer a observância, por parte da Administração, de deveres legalmente impostos no interesse dos particulares. A *boa administração* há-de, por isso, resultar do necessário equilíbrio entre os valores tendencialmente conflitantes⁵⁴.

b) Valerá, entretanto, a pena acrescentar que é sensivelmente no sentido da construção de um conceito deste tipo de *boa administração* que se têm orientado os trabalhos do grupo que, no âmbito do Conselho da Europa, se tem debruçado sobre o tema e que temos a honra de integrar. Com efeito, o Conselho da Europa organizou, em 4 e 5 de Dezembro de 2003, em Varsóvia, uma Conferência Europeia subordinada ao tema do “direito a uma boa administração”, de cujas conclusões resultou uma proposta no sentido de que o Grupo de Projecto de Direito Administrativo (CJ-DA) deveria estudar a conveniência da elaboração, no âmbito do Conselho da Europa, de uma recomendação e/ou um modelo de código de boa administração.

Ora, ao procurar identificar as linhas de tendência que se vêm desenhando sobre a matéria nos diferentes países europeus, o trabalho que, na sequência dessa proposta, tem sido desenvolvido conduziu ao entendimento de que a boa administração é uma exigência que se impõe nas modernas sociedades democráticas, constitui um elemento essencial da ideia de *boa governação* e, por isso, desdobra-se num componente jurídico e num componente não jurídico.

O conceito de *boa governação* (*bonne gouvernance, good government*) desempenha, neste contexto, um papel central. Trata-se de um conceito que é frequentemente utilizado, designadamente no âmbito de organizações internacionais como, v. g., o FMI e o Banco Mundial, como um critério de aferição da conformidade dos Estados com um sistema móvel de padrões (*standards*) que, no seu conjunto, revelam a existência, nesses Estados, de uma cultura democrática, de respeito pela lei e de adequada *performance* das instituições públicas, capaz de promover o desenvolvimento económico e social. E, por isso, entende-se que as estruturas políticas de cada Estado devem adoptar as medidas necessárias para perseguir o preenchimento destes padrões. Os padrões em causa são os seguintes: qualidade da legislação, legalidade das actuações, participação e transparência nos processos de decisão, acesso à informação, qualidade da organização, qualidade dos recursos humanos, qualidade da gestão financeira e orçamental, efectividade das políticas, instâncias de controlo (*accountability*) e supervisão.

A boa administração é, portanto, um elemento muito importante da boa governação. É sabido como, no quadro do Estado de Direito emergente das duas guerras mundiais, em que se faz sentir

⁵⁴ No mesmo sentido, escreve GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 48, que, como, “na lógica do Estado social de Direito não vale um resultado a qualquer preço”, “numa boa administração pública, em sentido material ou objectivo, a eficácia na consecução do interesse público definido pela lei (ou pela Administração, de acordo com ela) deve articular-se com o respeito dos interesses particulares eventualmente afectados e objecto de protecção (por vezes insuficientemente e não por falta de vontade), ou sacrifício, nos termos legalmente previstos, mas presente por meio de um sistema de garantias que permite avaliar se a Administração resolve correctamente o conflito de interesses”.

a tendência do legislador para proceder a uma definição aberta dos programas de intervenção do Estado em matéria económica e social, deixando ao executivo o poder de identificar o modo óptimo de os concretizar com a máxima rentabilização dos meios, se acentuou fortemente o papel da Administração Pública, designadamente como instrumento de efectivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesta perspectiva, a boa administração, enquanto elemento da boa governação, exige, portanto, uma Administração que, ao mesmo tempo que respeita os direitos dos particulares, providencie serviços públicos eficientes, através da utilização de adequados métodos de gestão. Daí a imprescindibilidade do componente jurídico e do componente não jurídico, que correspondem, respectivamente, a exigências de *legalidade*, *participação* e *transparência*, e a exigências de *performance* e *controlo*:

- Constituem, assim, padrões jurídicos de boa administração, deduzidos das diferentes Recomendações e Resoluções produzidas, ao longo dos anos, pelo Conselho da Europa, os princípios jurídicos fundamentais que se impõem à Administração nos modernos Estados de Direito, tais como o princípio da igualdade e não discriminação, da neutralidade ou objectividade, da imparcialidade, do respeito pelos direitos de defesa, da proporcionalidade, da protecção da confiança e da boa fé; o direito à tomada de decisões em prazo razoável; o direito a ser ouvido e participar nos procedimentos administrativos; o dever de fundamentação das decisões administrativas e de indicarem as vias de impugnação utilizáveis e respectivo prazo; o direito à notificação das decisões; o direito de recurso contra as decisões administrativas; o direito à protecção da privacidade dos dados pessoais; o direito à prestação de informações e o direito geral de acesso aos documentos.
- Constituem, entretanto, padrões não jurídicos de boa administração, também deduzidos das Recomendações e Resoluções do Conselho da Europa, a acessibilidade dos serviços públicos, a efectividade – continuidade e flexibilidade dos serviços públicos, produtividade no cumprimento das tarefas administrativas, em conformidade com os objectivos politicamente traçados –, a adequada formação dos agentes públicos, a qualidade da regulamentação produzida pela Administração – do ponto de vista da sua simplicidade, compreensibilidade e permanente actualização –, a manutenção, protecção e preservação dos bens públicos, a simplificação e flexibilidade dos procedimentos – designadamente, através da coordenação das diferentes entidades e organismos que neles devam tomar parte⁵⁵.

⁵⁵ Na doutrina portuguesa, PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 638 segs., concretiza o imperativo da eficiência administrativa na observância das regras técnicas, de experiência e de racionalidade aptas a assegurar a adequação, a economicidade, a rentabilidade, a simplicidade e a prontidão da actividade administrativa.

5. O Provedor de Justiça como garante da boa administração

Num contexto que, no espaço europeu, é influenciado pela circunstância de o Provedor de Justiça Europeu ter promovido a adopção de um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa em nome da concretização da ideia de *boa administração* e em que é, portanto, natural que os Provedores de Justiça dos Estados-membros da União Europeia se mostrem atentos ao conceito, o entendimento que se acaba de propor sobre o mesmo tem, a nosso ver, a vantagem de ser o mais adequado para definir, em termos globais, o que a comunidade jurídica, como um todo, deve exigir da Administração Pública num Estado de Direito democrático. E, por conseguinte, também se afigura ser o mais adequado para definir o papel que, nesse contexto, o Provedor de Justiça é chamado a desempenhar, enquanto *garante da existência de uma boa administração*.

Neste passo conclusivo da exposição, é este último aspecto que nos propomos sublinhar, a partir de uma telegráfica referência às principais dimensões nas quais se concretiza a intervenção do Provedor de Justiça no ordenamento jurídico português:

a) Em diversos países, o Provedor de Justiça foi instituído para providenciar resposta para situações que, embora repugnando ao sentimento de justiça da comunidade, não configuravam violação, por parte da Administração, de norma expressa. O Provedor de Justiça era, desse modo, chamado a promover o valor da *justiça* em situações em que não havia propriamente *antijuridicidade* – entenda-se: ofensa de norma expressa.

Para não remontar à origem remota do modelo escandinavo, assim sucedeu, por exemplo, na Inglaterra, onde a instituição, em 1967, do primeiro *Parliamentary Commissioner for Administration* foi assumidamente determinada pelo reconhecimento da necessidade de procurar alternativas que pudessem assegurar um controlo eficaz da actuação administrativa em situações de *má administração*, para as quais os meios tradicionais de controlo (judicial, administrativo, parlamentar) não se revelavam apropriados. Por esta razão, o *Parliamentary Commissioner Act*, de 1967, incumbia o Provedor de Justiça de conhecer das queixas fundadas em *injustiça devida a má administração*⁵⁶. E também entre nós, o artigo 23.º da Constituição incumbe o Provedor de Justiça de emitir “recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças”.

Admite-se, hoje, no entanto, que o Provedor de Justiça pode intervir em domínios de vinculação administrativa por norma expressa e, portanto, como um sucedâneo do recurso à via judicial. Os particulares são titulares de direitos subjectivos e de interesses legalmente protegidos perante a Administração Pública e, quando esses direitos ou interesses são directamente postos em causa ou existe o fundado receio de o virem a ser, os respectivos titulares podem fazer valer

⁵⁶ Sobre este ponto, cfr. GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, pp. 49-51.

esses direitos ou interesses, por via judicial ou por via extrajudicial. O recurso ao Provedor de Justiça pode, assim, constituir um sucedâneo do recurso à via judicial e, portanto, um importante meio de resolução extrajudicial de conflitos passíveis de serem judicializados.

b) Uma segunda dimensão da intervenção do Provedor de Justiça, a que dá especial atenção, como vimos, o Provedor de Justiça Europeu, no seu Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, é a da garantia da conformidade das decisões administrativas com um conjunto de princípios jurídicos fundamentais, que, de um modo ou de outro, desempenham uma função de garantia das situações jurídicas dos particulares.

Esta é uma dimensão da intervenção do Provedor de Justiça que, a nosso ver, ganha em ser encarada numa perspectiva de evolução histórica.

Com efeito, a generalidade dos princípios que, hoje, se encontram consagrados no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e no nosso Código do Procedimento Administrativo – tal como, agora, no Código Europeu de Boa Conduta Administrativa – são princípios que, historicamente, não se entendia que tivessem conteúdo jurídico e pudessem ser objecto de apreciação por parte dos tribunais. Num contexto histórico em que se confundia o conceito de vinculação jurídica com o conceito de subordinação a norma expressa, os domínios em que a Administração tinha poderes próprios de conformação, sem estar vinculada quanto ao conteúdo da sua acção, tendiam a ser vistos como espaços livres do Direito, nos quais apenas vigorariam parâmetros extra-jurídicos, de *boa administração*.

E, nesta perspectiva, este era visto, em múltiplos países, como o domínio privilegiado de intervenção do Provedor de Justiça, chamado a promover, como foi recordado na alínea precedente, o valor da *justiça* em situações em que não havia propriamente *antijuridicidade* – entenda-se: ofensa de regra estrita. A nosso ver, neste ponto poderá, aliás, residir a explicação para a evolução, de que oportunamente se deu conta, que conduziu o Provedor de Justiça Europeu a reunir num Código os mais importantes princípios jurídicos que se impõem à Administração comunitária. Na verdade, subjacente à elaboração, pelo Provedor Europeu, de um tal Código parece estar a assunção de que o domínio privilegiado de intervenção do Provedor de Justiça reside na fiscalização do respeito pelos princípios de boa conduta que a Administração deve observar quando não está vinculada por regra estrita – princípios a que, historicamente, não se reconhecia conteúdo jurídico e que, por isso, só se podiam conceber como princípios de *boa administração*, no sentido de que eram princípios extra-jurídicos, inteiramente subtraídos ao controlo dos tribunais. Daí a importância da afirmação e tutela destes princípios pelo Provedor de Justiça, junto da Administração.

Como, entre nós, tem sobretudo assinalado *Diogo Freitas do Amaral*, muitos deveres que, no passado, se admitia que vinculavam a Administração, mas não se aceitava que tivessem conteúdo jurídico e pudessem ser objecto de apreciação por parte dos tribunais são, porém, hoje vistos

como verdadeiros deveres jurídicos, decorrentes de um amplo conjunto de princípios fundamentais de Direito Administrativo. Isto inclui, designadamente, a exigência de, na tomada das suas decisões, a Administração ter em devida conta todos os factores pertinentes, por forma a atribuir o devido peso a cada um dos interesses em presença, com exclusão daqueles que sejam irrelevantes (princípio de objectividade, que, entre nós, tem sido assimilado à imparcialidade e que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, tem sido qualificado como um *dever de cuidado* ou de *diligência administrativa*⁵⁷), ou a de não impor sacrifícios que, por inadequados, desnecessários ou desproporcionados em razão do fim a atingir, se mostrem intoleráveis (princípio da proporcionalidade). Com o que se verifica que “certos parâmetros outrora considerados fora do mundo jurídico estão hoje dentro dele”⁵⁸.

A partir do momento em que é assim, este passa, pois, a ser um domínio em que a intervenção do Provedor de Justiça surge em concorrência com a do juiz: ao contrário do que sucedia no passado, trata-se, na verdade, de intervir em domínios passíveis de apreciação judicial. Mas nem por isso se afigura que a intervenção do Provedor de Justiça seja, neste domínio, idêntica à do juiz. Com efeito, ainda que o ponto de partida possa ser o mesmo – a apresentação de uma queixa cujo fundamento também podia servir de fundamento a uma acção judicial –, a verdade é que a intervenção do Provedor pode assumir, neste contexto, uma configuração completamente diferente daquela que compete ao juiz (cfr., designadamente, o artigo 21.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça).

Para isso contribuí, desde logo, o modo pelo qual se pode processar o *contacto personalizado* do Provedor de Justiça com os órgãos administrativos⁵⁹, através de uma *abordagem não-adversarial*, própria das formas de *mediação institucional* – ou seja, através do exercício de uma *magistratura de influência*, que frequentemente se dirige à busca do consenso, forjado no diálogo e na persuasão⁶⁰.

Por outro lado, no mesmo sentido concorrem os termos em que as recomendações podem ser formuladas. Com efeito, ao contrário do que sucede com o juiz, a quem cumpre tomar decisões juridicamente coercivas e que, por isso, se deve guiar pelo Direito de modo mais estrito, o Provedor de Justiça dispõe de uma margem de manobra que – designadamente à luz do princípio da justiça, da boa fé e da protecção da confiança – lhe permite propor soluções de equidade na

⁵⁷ Cfr., amplamente, H. P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Londres, 1999, pp. 106 segs..

⁵⁸ FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, p. 40.

⁵⁹ Para a referência, no sentido do texto, à *função personalizadora* do Provedor de Justiça, assente na possibilidade da realização de “diligências pessoais e de contactos directos, que valorizem uma abordagem construtiva, cooperante e eficaz, de sentido recíproco”, com a Administração, cfr. NASCIMENTO RODRIGUES, “A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça”, in *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Lisboa, 2003, pp. 79-80.

⁶⁰ Cfr. PIERRE-YVES MONETTE, Provedor de Justiça Federal da Bélgica, em intervenção produzida em Chipre, em 13 de Setembro de 2001, sob o título “Moving from adversarial to non-adversarial approaches – a contemporary approach in ombudsmanship”, a p. 2, onde, aliás, recorda que a palavra *Ombudsman*, etimologicamente, significa “aquele que fala por outro” e que o Provedor de Justiça é referido, em muitos países, como um *mediador*.

própria resolução de diferendos centrados na aplicação de princípios jurídicos. Com o que pode contribuir para apurar a própria aplicação do Direito, introduzindo maior flexibilidade no sistema normativo⁶¹.

Também compete, entretanto, ao Provedor *prevenir* a ocorrência de injustiças. Quando, portanto, a propósito de uma situação concreta, ele detecte a existência de disfunções, passíveis de conduzirem à repetição, porventura sistemática, de situações de *má administração*, ele deve emitir as recomendações que considere adequadas para evitar que essas disfunções se mantenham⁶². Em ordem a isso, o Provedor pode, quando necessário, trabalhar com as entidades administrativas na identificação das causas das disfunções e dos caminhos possíveis para as eliminar (cfr. artigo 21.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça). Este é um ponto a que, pela sua importância, se regressará, entretanto, a final.

c) O papel do Provedor de Justiça não se esgota, entretanto, nas dimensões que acabam de ser apontadas.

Basta pensar nos domínios em que não está em causa a reacção de interessados contra decisões de autoridade tomadas (ou omitidas) por entidades públicas, mas a ocorrência de lesões resultantes do genérico mau funcionamento de serviços administrativos (veja-se, a propósito, no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor de Justiça, a dicotomia que se estabelece entre “correção de actos ilegais ou injustos” e “melhoria dos respectivos serviços”). Como já atrás se tinha feito notar e, nesta sede, importa sublinhar, a realização da boa administração não tem por que se centrar na administração burocrática e, portanto, nos procedimentos administrativos, dirigidos à prática de actos administrativos. Na verdade, a *boa administração* diz respeito aos múltiplos campos de intervenção da Administração, que não se consubstanciam necessariamente na prática de actos administrativos. Todas as situações de *mau funcionamento dos serviços públicos*, no sentido já oportunamente explicitado, correspondem, portanto, a fenómenos de *má administração*. E o Provedor de Justiça pode ser chamado a intervir sempre que desse mau funcionamento resulte a lesão de direitos ou interesses particulares.

Cumpre, entretanto, referir, de um modo geral, as situações em que se imponha a busca de solução para problemas que a estrita aplicação das normas e princípios jurídicos não resolve e que, em última análise, podem conduzir à formulação de propostas no sentido da introdução de alterações ao quadro normativo existente, por forma a preencher lacunas ou a corrigir assimetrias

⁶¹ Cfr. ainda P. Y. MONETTE, *op. cit.*, pp. 3 e 5.

⁶² No mesmo sentido, NASCIMENTO RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 75-76, sugere que, para reforçar a função preventiva que lhe compete, o Provedor de Justiça, sempre que analisa e decide uma queixa concreta, deve também analisar o procedimento em causa, em ordem a detectar eventuais situações de disfuncionalidade. Desse modo, poderá partir para uma *visão sistémica* do comportamento dos poderes públicos, identificando os principais estrangulamentos da respectiva acção e propondo medidas concretas para a melhoria do funcionamento da Administração.

injustificáveis (cfr., a propósito, o artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça). A *boa administração*, entendida como a adequada satisfação das necessidades mediante a correcta ponderação dos interesses em presença, pode, na verdade, exigir a descoberta de soluções que não decorrem, só por si, da estrita aplicação das normas – e que, em última análise, a estrita aplicação das normas, por vezes, não consente⁶³.

d) Inexistente em alguns países, uma dimensão da maior importância na intervenção do Provedor de Justiça⁶⁴ é aquela em que ele actua por iniciativa própria, designadamente promovendo a realização de estudos ou inquéritos dirigidos à identificação de problemas e de vias de solução para todo um sector de actividade da Administração (cfr. artigo 21.º do Estatuto do Provedor de Justiça). Esta iniciativa é frequentemente impulsionada pela existência de queixas sobre certos aspectos de funcionamento de determinados serviços, indiciadores da existência de disfunções que necessitem de ser resolvidas.

Como tem assinalado o Provedor de Justiça Português, *Nascimento Rodrigues*, “o Provedor de Justiça tem de conseguir um difícil equilíbrio, a saber: resolver em tempo útil ou razoável as queixas que recebe dos cidadãos (e cujo volume ele não domina, senão por uma não mensurável influência mediática ou de visibilidade pública) e empreender iniciativas de inspecção e análise de situações, compreendidas no seu âmbito de actuação, de notório interesse geral (estabelecimentos prisionais, lares de idosos, hospitais psiquiátricos, atendimento nos hospitais, por exemplo)”⁶⁵.

Os exemplos indicados – os primeiros dos quais, foram objecto de relatórios realizados pelo Provedor de Justiça Português em 2002 e 2003 – permitem perceber que, neste importante domínio, está fundamentalmente em causa a garantia dos chamados *princípios de boa governação*: os valores democráticos, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, nos domínios mais sensíveis em que eles podem ser postos em causa. Outros exemplos podem ser, entretanto, sugeridos, como o das Forças Armadas e das forças de segurança, os estabelecimentos tutelares de menores, a Segurança Social e os sistemas de habitação económica, as Ordens Profissionais e outras associações públicas⁶⁶. Talvez se justifique seguir, entretanto, com atenção experiências que têm sido desenvolvidas em países latino-americanos como a Colômbia, no

⁶³ Como assinala NASCIMENTO RODRIGUES, *op. cit.*, p. 78, a formulação de propostas de alteração do quadro normativo pode ser motivada pela simples apreciação de queixas concretas, porventura relativas à prática ou omissão de actos administrativos, que permitam detectar deficiências nas normas aplicáveis ao caso.

⁶⁴ Para DIAMANDOUROS, “The European Ombudsman: the guardian of good administration”, pp. 3 e 4, “a possibilidade de o Provedor de Justiça Europeu desencadear inquéritos por sua própria iniciativa é talvez o mais importante e eficiente instrumento pró-activo de que dispõe” e “provavelmente a maior força da instituição do Provedor de Justiça Europeu”.

⁶⁵ Cfr. Introdução ao Relatório do Provedor de Justiça de 2003, in www.provedor-jus.pt/publicacoes/2003/introducao.html. Exortando o Provedor no mesmo sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, *op. ult. cit.*, p. 40.

⁶⁶ Cfr. ainda FREITAS DO AMARAL, *op. ult. cit.*, p. 40.

âmbito da avaliação das políticas públicas em matérias que contendem com direitos humanos como a saúde e a educação⁶⁷.

Do conjunto das diferentes dimensões em que, como vemos, se pode desdobrar a sua intervenção, decorre, a nosso ver, o papel do Provedor de Justiça como *garante da boa administração*.

Com efeito, delas avulta o *duplo papel* que o Provedor de Justiça é chamado a desempenhar: de *salvaguarda* da boa administração, o que envolve a protecção dos direitos individuais contra decisões violadoras das regras e princípios jurídicos que os ofendam; mas também, e sobretudo, de *promoção* da boa administração, o que envolve, entre várias outras manifestações, a titularidade de “poderes de iniciativa para investigar, denunciar irregularidades e recomendar alterações visando a melhoria dos serviços públicos”⁶⁸.

Do ponto de vista da realização da *boa administração*, esta segunda dimensão deve ser, quanto a nós, devidamente salientada, designadamente para o efeito de se fazer notar que a incumbência de *prevenir injustiças* que a Constituição e a lei lhe impõem exige que, tanto na apreciação das questões concretas que lhe sejam colocadas (cfr. supra, sub *b*) e *c*)), como nos domínios em que intervenha por iniciativa própria, o Provedor de Justiça procure identificar a existência de disfunções e, quando for caso disso, emita recomendações dirigidas à eliminação das respectivas causas⁶⁹. Este aspecto pode revestir-se de especial relevo quando a correcção das disfunções impuser a necessidade da reestruturação de serviços – ou, pelo menos, do modo concreto como se articulam entre si diferentes interventores públicos, dentro do mesmo serviço ou entre serviços distintos⁷⁰.

Este é o ponto no qual, quanto a nós, mais se evidencia o papel de promotor da *boa administração* que ao Provedor de Justiça cumpre desempenhar, na medida em que o coloca na perspectiva que mais aproxima daquela que deve corresponder à Administração, e que é a de,

⁶⁷ Cfr., a propósito, a referência na intervenção de DARIO DE JESÚS MEJIA VILLEGAS, “Una defensoria del pueblo proactiva”, in *Ombudsman – Novas Competências, Novas Funções*, p. 131. Em sentido favorável à “entrada do Provedor de Justiça no campo da monitorização e avaliação das políticas públicas, desde que saiba afastar-se dos conflitos de valores e apoiar-se em políticas constitucionais ou parlamentarmente sufragadas e tanto quanto possível consensuais”, cfr. CORREIA DE CAMPOS, “O Provedor de Justiça e o acompanhamento e avaliação das políticas públicas”, in *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Lisboa, 2003, p. 68.

⁶⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do *Ombudsman*”, in *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Lisboa, 2003, p. 39. A pluridimensionalidade do papel do Provedor de Justiça Europeu, não apenas numa dimensão *reactiva* – destinada a providenciar protecção efectiva contra a lesão de direitos fundados no Direito Comunitário – mas também numa dimensão *proactiva* – traduzida na tomada de iniciativas próprias, dirigidas, em termos gerais, a promover a boa administração – tem sido sublinhada pelo actual titular do cargo, o Prof. NIKIFOROS DIAMANDOUROS (cfr. “The European Ombudsman: the guardian of good administration”, p. 3). Por esta razão, importa, designadamente, não confundir o papel que o Provedor de Justiça Europeu desempenhou na elaboração do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, a que oportunamente se fez referência, com o papel que lhe cumpre desempenhar, enquanto guardião da boa administração, na medida em que este papel transcende claramente o mero assegurar do cumprimento do Código.

⁶⁹ Neste sentido, a propósito da importância da função preventiva do Provedor de Justiça, cfr. NASCIMENTO RODRIGUES, “A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça”, pp. 73 segs..

⁷⁰ Assinalando a dimensão orgânica ou organizatória da boa administração, cfr. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 129; CABRAL DE MONCADA, *Direito Público e Eficácia*, Lisboa, 1997, pp. 60 segs..

detectando disfunções, procurar as soluções necessárias para que os serviços possam ser geridos de modo mais efectivo, reforçando, assim, a qualidade do serviço que prestam aos cidadãos⁷¹.

O Provedor de Justiça ocupa, assim, um *lugar único* no nosso ordenamento jurídico, desempenhando um papel no qual é *insubstituível*. Trata-se, com efeito, da única entidade não-administrativa que, a partir da identificação do mais variado tipo de situações de *mau funcionamento da Administração Pública*, está em condições de contribuir para a efectivação dos valores, tanto jurídicos, como extra-jurídicos, de que depende a concretização do valor constitucional da *boa administração* – e, assim, a única entidade não-administrativa que está em condições de contribuir para dar ao próprio valor da eficiência da Administração Pública, para além do plano estritamente intra-administrativo que lhe é correntemente reconhecido⁷², a efectividade que ele deve ter nas sociedades modernas.

Com dizer o que acaba de ser dito, não se pretende, naturalmente, erigir o Provedor de Justiça numa espécie de *super-administrador*, habilitado a substituir-se à Administração na formulação de juízos que só a ela compete. Nem tão-pouco configurá-lo como uma instância em si mesma direccionada à fiscalização da eficiência económica, que, como é sabido, compete, na nossa ordem jurídica, a outras entidades, como o Tribunal de Contas⁷³. Do que apenas se trata é de admitir que, sempre a partir da identificação de situações de disfuncionalidade causadoras da lesão de direitos ou interesses individuais ou colectivos, o Provedor de Justiça pode e deve analisar as causas de tais situações, por forma a procurar soluções que, *prevenindo a sua repetição*, promovam uma melhor administração⁷⁴.

Dependendo do tipo de situação e do tipo de causas que as provocam, as soluções a propor poderão apontar, sendo caso disso, para uma gestão mais racional dos serviços e, porventura, para um melhor aproveitamento dos recursos escassos, em ordem à prestação de um melhor serviço aos cidadãos, o que releva dos domínios da eficácia e eficiência administrativas. Mas, como é bom de ver, não se está, desse modo, a pretender que o Provedor de Justiça se substitua a instâncias como o Tribunal de Contas: não se trata, na verdade, de auditar as contas, nem de procurar a eficiência pela eficiência, mas apenas de admitir que, em ordem a dar resposta a situações concretas de lesão injusta, o Provedor de Justiça pode e deve formular propostas, porventura dirigidas à obtenção de ganhos de eficiência na gestão dos recursos escassos, desde que essas

⁷¹ Cfr. DIAMANDOUROS, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷² Cfr., por todos, FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, p. 39; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, tomo I, p. 203. Como decorre do exposto no texto, afigura-se-nos, pois, que às dimensões de relevância jurídica do princípio da eficiência que estes Autores inventariam nos locais indicados deveria ser acrescentada a referência ao controlo que, nesse plano, também pode ser exercido pelo Provedor de Justiça.

⁷³ Cfr., por exemplo, CORREIA DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁴ Na mesma linha, cfr. NASCIMENTO RODRIGUES, *op. ill. cit.*, pp. 75-76.

propostas se dirijam a aumentar a qualidade dos serviços administrativos, por forma a impedir a emergência de novas situações lesivas do mesmo tipo⁷⁵.

Por outro lado, como justamente assumiu o Provedor de Justiça Europeu, a propósito de uma queixa que lhe foi dirigida contra a decisão de realizar ensaios nucleares tomada pela República Francesa, não compete ao Provedor pronunciar-se sobre decisões políticas. A sua intervenção tem de ser uma intervenção orientada para a melhor prossecução dos fins públicos, tal como eles se encontram balizados por políticas públicas pré-definidas e, portanto, no respeito pela lógica subjacente a essas políticas⁷⁶.

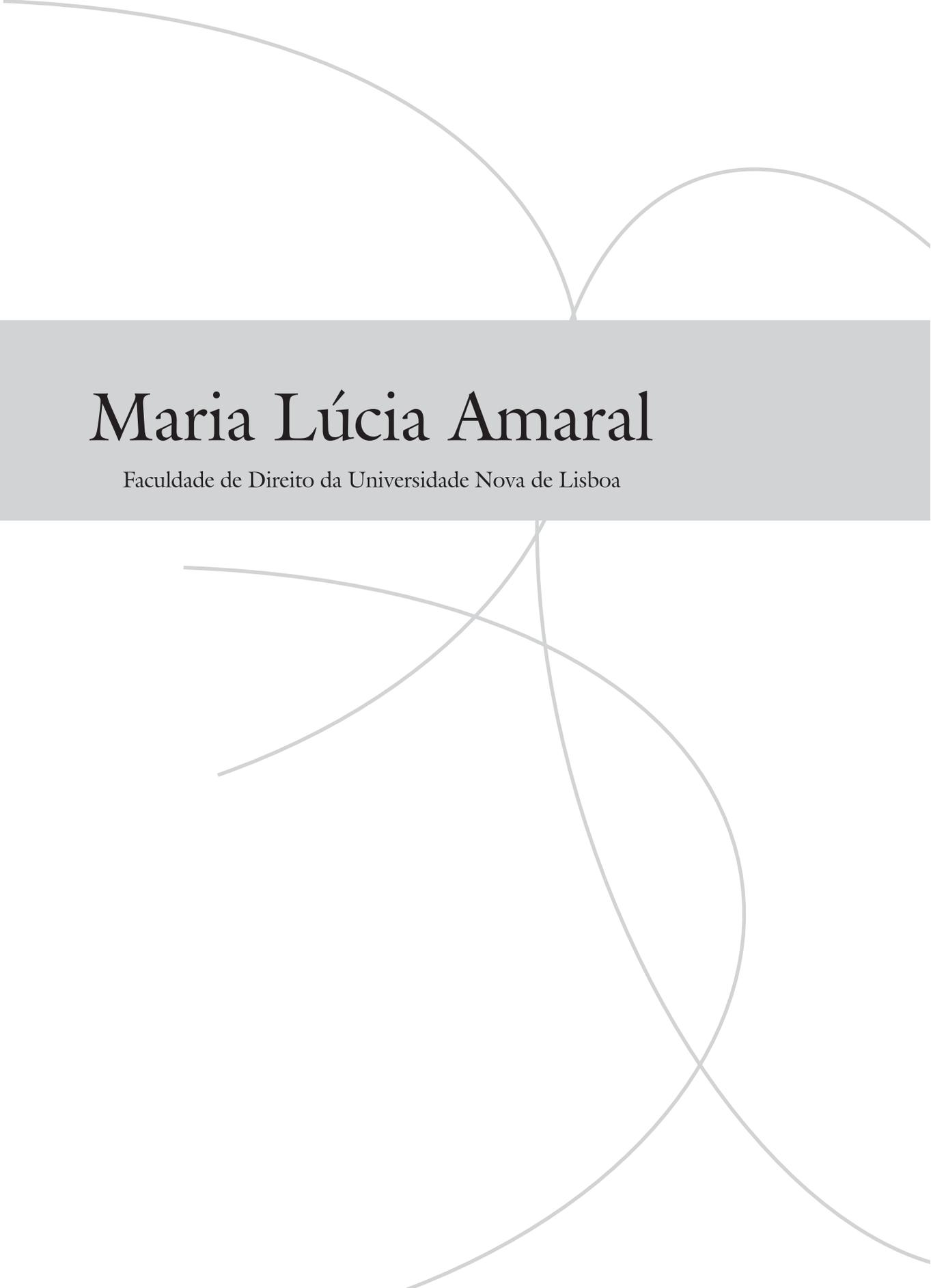
⁷⁵ Pelas razões que decorrem da exposição desenvolvida no texto, afiguram-se-nos, pois, limitativas as perspectivas que tendam a circunscrever o campo de intervenção do Provedor de Justiça ao estrito domínio do jurídico: cfr., por exemplo, FREITAS DO AMARAL, *op. ult. cit.*, pp. 29-30. Ponto é que se adopte uma perspectiva *instrumental* da dimensão do controlo da eficiência, estritamente direccionada a eliminar resultados disfuncionais no serviço que é prestado pela Administração.

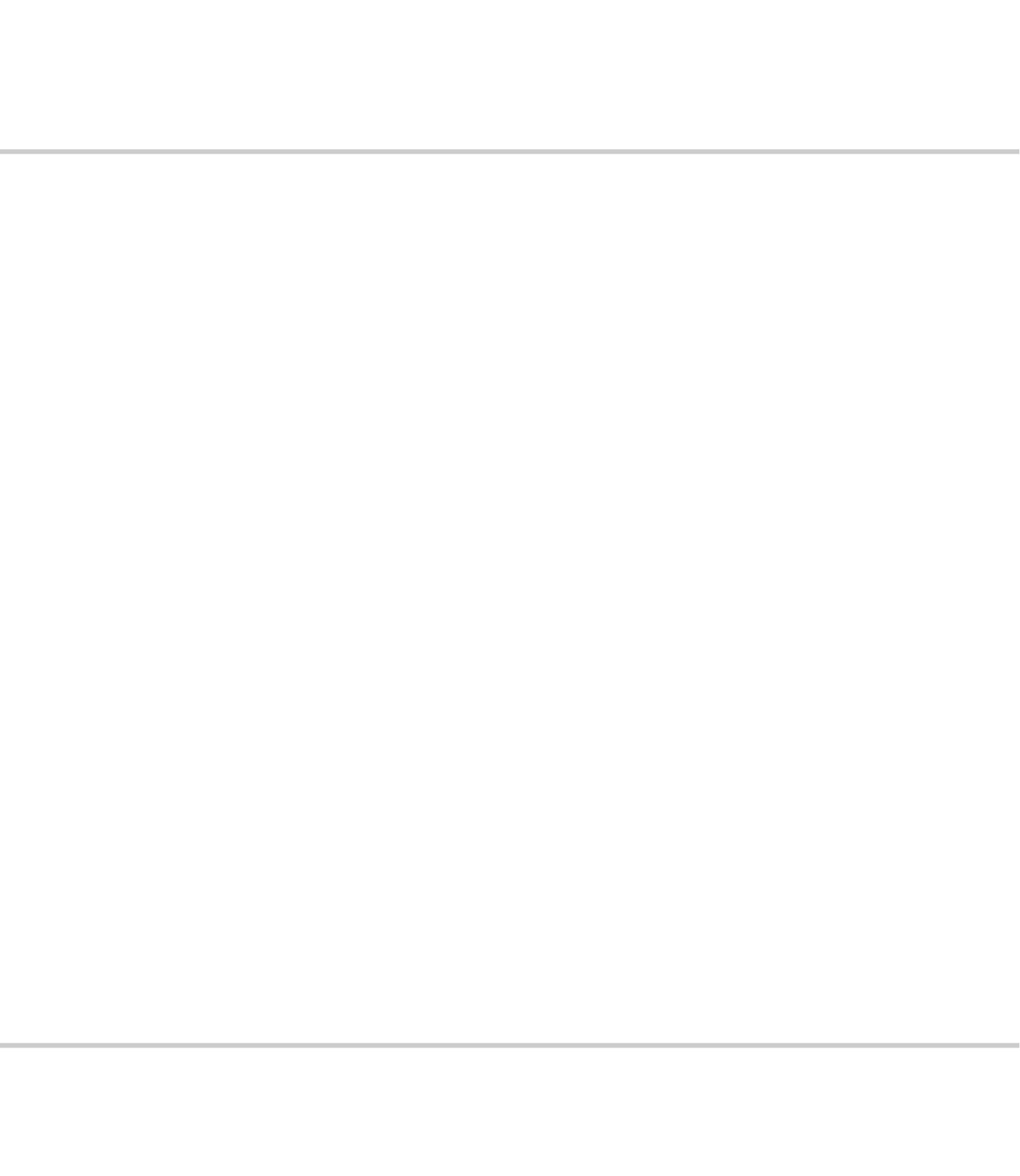
⁷⁶ No sentido do texto, CORREIA DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 66, propõe como critério para traçar a fronteira entre a avaliação (admissível) da execução de políticas públicas por parte do Provedor de Justiça e a geração (inadmissível) de opções políticas autónomas da sua parte, o critério da existência de políticas pré-definidas na Constituição e/ou pré-aceites pelo Parlamento e/ou pelo Governo. O Provedor deve poder, pois, contribuir para a melhor prossecução possível dos fins previamente assumidos na definição das políticas e, portanto, poder contribuir para a eliminação e prevenção de disfuncionalidades no respectivo processo de concretização; mas não lhe compete questionar o mérito das orientações políticas que presidiram ou estiveram subjacentes à definição das políticas públicas (a não ser, naturalmente, com fundamento em inconstitucionalidade).



Maria Lúcia Amaral

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa





O Provedor de Justiça e o poder judicial

1. Os “poderes” do Provedor

A figura do *Ombudsman* está historicamente associada à administração pública. Aí onde nasceu, o “mediador” ou “defensor” do povo era, sobretudo, uma *personalidade* capaz de receber as queixas dos cidadãos quanto a *desmandos* das autoridades administrativas e apta para corrigir, através da sua acção individual de persuasão, influência e conselho, esses mesmos desmandos. Mais do que um “poder” jurídico o Provedor detinha uma *auctoritas* moral, porque mais do que uma instituição era uma *individualidade*; mas os seus “poderes”, em todo o caso, restringiam-se à administração pública. Do que se tratava era de guardar, através da acção pessoal de um cidadão particularmente respeitado, o respeito que a administração devia ter face aos restantes cidadãos.

Como vulgarmente acontece, as coisas não permaneceram assim. Seja porque a figura veio a ter um êxito histórico assinalável mesmo fora do local em que foi pensada; seja porque os *desmandos* do poder deixaram de ser, apenas, os da administração; seja porque, finalmente, as nossas sociedades cresceram em grau de conflitualidade e de “juridicidade”¹, o que é facto é que as características iniciais do *Ombudsman* se foram transformando, compreensivelmente, numa multiplicidade de formas e de instituições que estão agora muito longe do modelo inicial. Não que se tenha perdido a ideia segundo a qual, mais do que um “poder”, o Provedor exerce uma espécie de magistratura moral: não conheço nenhum caso, em direito comparado, em que seja atribuída à instituição *outra* autoridade que não a de “apreciar queixas sem poder decisório”, como diz a nossa Constituição. A natureza não jurisdicional, e portanto, informal, da actuação do *Ombudsman* mantém-se; mas todas as suas outras características genéticas se foram, um pouco por todo o lado, esbatendo. Em Portugal, como de resto em outros países europeus, mantém-se também a ideia segundo a qual o Provedor é antes do mais uma *personalidade*. Alguém que é eleito por maioria de dois terços dos votos dos Deputados nacionais (artigo 163.º, alínea h) da CRP), que é qualificado

¹ Quanto a este crescimento, que a sociologia do Direito tem definido como uma espécie de “colonização pelo direito do mundo-da-vida”, com a extensão dos processos jurídicos a um domínio sempre ascendente de novas matérias, vejam-se, entre outros, Gunther Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlim, 1987, e Boaventura Sousa Santos, *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, ed. Afrontamento, Porto, 2000.

como *alto encarregado das Cortes* (artigo 54.º da Constituição espanhola) ou que é nomeado pelo Parlamento Europeu logo após cada eleição deste último (artigo 195.º, 1 e 2 do Tratado da Comunidade Europeia) é, evidentemente, isso mesmo: uma *individualidade*. A “provedoria de justiça”, como lhe chama entre nós o Decreto-Lei n.º 279/93², existe por razões evidentes de necessidade de serviço; mas – e o facto só aparentemente é paradoxal – a *instituição é o Provedor*. Não é, assim, porém, em outros lugares. No México, por exemplo, cabe a uma comissão composta por mais de dez pessoas – a Comissão Nacional dos Direitos Humanos³ – exercer as funções típicas do *Ombudsman*.

Mas a maior zona de obscuridade que neste domínio se ergue é aquela que diz respeito ao âmbito de actuação do Provedor. Afinal, sobre que *poderes* incide hoje o ‘*poder*’ do *Ombudsman*? A CRP, no artigo 23.º, usa a expressão genérica *poderes públicos*. E é claro, porque não existem quanto a este ponto divergências doutrinárias⁴, que se por tal se entende, privilegiadamente, a actuação da administração, à mesma se não restringe o âmbito da acção do Provedor. A própria Constituição transforma-o em instrumento de garantia de si mesma contra os actos ou omissões do *poder legislativo*, ao atribuir-lhe, nos artigos 281.º e 283.º, a competência para requerer ao Tribunal Constitucional quer a declaração, com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de normas em processos de controlo sucessivo abstracto, quer a verificação do não cumprimento da Constituição em processos de controlo da inconstitucionalidade por omissão; e a lei, que identifica o âmbito de actuação do Provedor com o âmbito de actuação da administração, usando o advérbio *nomeadamente* (artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 9/91), estende as suas competências não só para o domínio genérico do *poder político*⁵ como até para o domínio não-público dos *poderes sociais*⁶.

Esta espécie de expansão dos “poderes” do Provedor face a outros *poderes que não o administrativo* tem no entanto, em Estado de direito, um óbvio limite. O poder judicial é estanque face aos outros poderes do Estado. E, se bem que a actuação do Provedor não possa, em bom

² Que define (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 15/98 e 195/2001) a *estrutura orgânica da Provedoria de Justiça*. Note-se que a mesma expressão (*provedoria de justiça*) é utilizada a propósito dos serviços do Provedor de Justiça europeu, no artigo 4.º, n.º 1, da Decisão n.º 92/262/CE do PE de 9.3.1994, que aprova o estatuto e condições gerais do exercício das funções daquele provedor: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 113, de 4.5.1994.

³ Sobre o assunto, Jorge Carpizo, “Algunas semejanzas entre el *Ombudsman* español y el mexicano”, em *Algunas reflexiones constitucionales*, ed. Universidade Nacional Autónoma do México, 2004, pp. 67 e ss..

⁴ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, p. 171; Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 219.

⁵ Artigo 20.º, alínea b) da Lei n.º 9/91, onde se atribui ao Provedor competências para, junto dos órgãos de poder político soberano e regional, “assinalar deficiências de legislação”, recomendar “a elaboração de nova”, ou a interpretação, revogação ou alteração da já existente.

⁶ Artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 9/91, que estende a competência do Provedor para as “relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio”. Em consonância com esta *extensão*, o Decreto-Lei n.º 446/85 – modificado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 – confere-lhe também competência para requerer ao Ministério Público a propositura de acção contra cláusulas gerais de contratos que sejam abusivas ou contrárias à boa-fé. O número de queixas apresentadas pelos cidadãos contra entidades particulares vem identificado nos relatórios anuais apresentados pelo Provedor à Assembleia da República para o ano de 2000, p. 23; para o ano de 2002, p. 33; para o ano de 2003, p. 41.

rigor, ser qualificada como o exercício de um *poder*, a verdade é que a natureza estanque da acção dos tribunais tem que valer, também, para as recomendações ou pareceres que dela resultem. Num Estado de direito, nem o *Ombudsman* pode surgir como um *ersatz* da função jurisdicional nem a sua magistratura de conselho ou de persuasão pode vir a perturbar o exercício dessa mesma função. O princípio segundo o qual os *juízes são independentes e apenas estão sujeitos à lei* (artigo 203.º da CRP) é, hoje, o esteio da separação de poderes: em estruturas políticas como as nossas, em que as funções legislativa e administrativa do Estado se tornaram, no seu exercício, quase miscíveis e sempre permeáveis uma à outra⁷, a “impermeabilidade” da função jurisdicional face a todas as outras tornou-se a primeira garantia da existência de poderes efectivamente separados⁸. E como sem poderes *efectivamente* separados não existe Estado de direito, sem a natureza estanque do poder judicial a República não pode vir a ser aquilo que o artigo 2.º da CRP exige que ela seja. Por mais nebulosa que se mostre agora a constelação de poderes que se inclui no âmbito de actuação do Provedor, o que é certo é que fora dela se encontrará, sempre, o poder judicial.

Isto mesmo, que corresponde afinal a uma intuição difundida, é reconhecido por essa espécie de *direito constitucional comum europeu* em que se transformou, nas últimas décadas, o direito comunitário. O artigo 1.º, n.º 3 do Estatuto do Provedor de Justiça Europeu determina assim: “O Provedor de Justiça não pode intervir em processos instaurados perante um órgão judicial nem pôr em causa o bom fundamento das decisões judiciais”⁹.

No entanto, a verdade é que – e sem indagar do que se passa noutros lados – o Provedor português recebe, e responde, a queixas dos cidadãos relativas a *assuntos judiciais*, que parecem sobretudo dizer respeito a atrasos em processos judiciais (ano de 2001, relatório apresentado à Assembleia da República, p. 483; ano de 2002, *idem*, p. 673; ano de 2003, *idem*, p. 749). A prática não é, evidentemente, *contra legem*. A primeira parte do n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 9/91 só explicita aquilo que, por via de interpretação da Constituição, já se sabia: o Provedor pode receber queixas relativas à actividade judicial desde que estas, *pela sua natureza*, não estejam fora do âmbito da sua actividade¹⁰. Mas como é que se determina aqui essa tal *natureza*, que exclui a competência do Provedor de Justiça? A determinação só é possível se possível for também a determinação da *natureza* do poder judicial.

⁷ Se bem que a questão da necessidade – e, portanto, da possibilidade – da sua separação se não deixe de pôr, sobretudo nos domínios da “defesa” do poder administrativo face a invasões do legislativo. Quanto a este ponto, e criticando a orientação do Tribunal Constitucional, Jorge Novais, *Separação de poderes e limites da competência da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997.

⁸ “As categorias de criação do Direito (*Rechtssetzung*) e aplicação do Direito (*Rechtsprechung*) não são apenas categorias históricas da cultura jurídica ocidental; a sua distinção pertence ao essencial da doutrina da separação dos poderes. No princípio da sujeição do juiz à lei encontra-se (...) a mais aguda expressão desta separação”: K.A. Bettermann, “Die rechtsprechende Gewalt”, em *Handbuch des Staatsrechts*, Isensee/Kirchhof eds., Bd. III, C.F. Müller, Heidelberg, 2.ª ed., 1996, p. 788. Entre nós, A. Castanheira Neves, “Da «Jurisdição» no actual Estado-de-Direito”, em *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, 1998, pp. 177 e ss.

⁹ *Supra*, nota 2.

¹⁰ A intenção da norma não é explicitar o que já se saberia (por interpretação da Constituição), mas antes determinar que o tratamento de tais queixas, por *natureza* da competência do Provedor, seja feito por intermédio dos três Conselhos Superiores das Magistraturas. Voltaremos ao assunto.

2. A natureza do poder judicial

Na linguagem da teoria do Estado o termo “poder” significa aquilo que resulta da atribuição de uma função a um órgão ou a um complexo de órgãos. Falar da *natureza* do poder judicial implica, por isso, falar do problema da distinção entre as funções do Estado. Por que razão se atribui ao complexo de órgãos denominados “tribunais” a função jurisdicional, e qual o seu carácter distintivo face às funções administrativa e legislativa? E por que razão – e em que exacta medida – deve ser o *poder* que resulta dessa atribuição exercido de forma estanque face aos outros *poderes*? Assim equacionado, o tema da *natureza* do poder judicial relaciona-se com o que, porventura, será o problema mais antigo da dogmática do direito público. Sabe-se, com efeito, que tal dogmática nasceu com a tentativa de resolver a questão da distinção entre as funções do Estado, e, sobretudo, com a teoria da distinção entre função administrativa e função legislativa e com os conceitos, dela decorrentes, de lei-em-sentido-formal e lei-em-sentido-material¹¹.

No Estado de direito contemporâneo, esta dimensão do problema perdeu centralidade. Quando a dogmática do direito público se empenhava em distinguir entre a *natureza específica do acto legislativo* e a *natureza específica do acto administrativo*, o que estava em causa era a necessária delimitação das esferas de competência de *dois poderes* dotados de diversa legitimidade. Era importante, então, saber o que é que caberia ao *poder legislativo*, sediado no Parlamento e dotado de legitimidade “democrática” ou “representativa”, e o que é que poderia caber ao *poder executivo*, da titularidade do Rei e dotado portanto de uma legitimidade tradicional¹². Em Estados como os nossos, fundados, neste aspecto, em princípios únicos de justificação dos dois poderes, esta dimensão do problema perdeu, naturalmente, acuidade. Em contrapartida, reganhou vitalidade a questão de saber se podemos, ou não, determinar as qualidades intrínsecas da função jurisdicional¹³.

A prova de que assim é – a prova de que, se em certo sentido, já desistimos de saber em que é que consiste legislar e em que é que consiste administrar, mas não desistimos de saber *em que é que consiste julgar* – encontra-se no nosso próprio direito positivo.

A Constituição inicia os Títulos dedicados aos poderes político, legislativo e administrativo com *definições* relativas aos *órgãos* que exercem tais poderes. É o que acontece com a *definição* do Presidente da República (artigo 120.º), com a *definição* da Assembleia da República (artigo 147.º) e com a *definição* do Governo (artigo 182.º). Contudo, quando inicia o Título relativo aos Tribunais,

¹¹ Sobre o tema, Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei*, Porto, 1992, sobretudo pp. 113 e ss. A génese da dogmática do direito público, de que se fala no texto, ocorreu, durante a segunda metade do século XIX, no ambiente da teoria geral do Estado de matriz alemã.

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ No mesmo sentido, J. Oliveira Ascensão, “A Reserva Constitucional de Jurisdição”, em *O Direito*, Ano 123.º, 1991, p. 466. Note-se no entanto que a questão da distinção entre função legislativa e função administrativa – e da *necessidade dessa distinção* – se volta a pôr, no Estado contemporâneo, com novas e diferentes razões: cfr. *supra*, nota 7.

o que a CRP *faz é definir a função que os mesmos exercem* (artigo 202.º). Pode-se procurar, no texto constitucional, esforço equivalente para definir a função legislativa e a função administrativa que a procura será baldada. Em lado algum existem semelhantes definições.

Esta opção constitucional pela definição exclusiva da função jurisdicional é, evidentemente, bem compreensível. Já atrás enunciámos as razões que a podem fundamentar. Enquanto o poder legislativo e o poder administrativo se tornaram, entretanto, poderes de exercício miscível, distinguíveis entre si mais pelas características dos órgãos que os exercem do que pela natureza funcional dos actos que praticam, o poder judicial só se justifica, nas suas características orgânicas de independência, pela *natureza da função que exerce*. A definição de tal função torna-se por isso, não um problema de doutrina mas um problema de direito positivo. É a esse problema que procura responder o artigo 202.º. Resta saber, e esta é a questão mais complexa, como é que deve ser interpretada a ‘resposta’ constitucional.

Na doutrina estrangeira, sobretudo alemã e italiana, há quem entenda que *o cumprimento do princípio da separação dos poderes não exige uma definição material de função jurisdicional*. Porque a definição da “matéria” da jurisdição é sempre mais difícil, diz-se, do que a definição da sua “forma”, basta que nos entendamos quanto a esta última para que saibamos em que é que consiste julgar. Esta visão das coisas, partilhada por autores como Angiolini¹⁴ e Herzog¹⁵, resume-se às seguintes afirmações:

- (i) Adoptar uma mera noção formal de função jurisdicional significa dizer-se, apenas, *que é jurisdição aquilo que os Tribunais fazem*;
- (ii) Esta noção meramente *formal* de função jurisdicional tem a vantagem de salvaguardar uma ampla liberdade de conformação do legislador. *Como é jurisdição aquilo que os Tribunais fazem*, tudo o que for atribuído pela lei aos tribunais incluir-se-á em princípio na noção de função jurisdicional;
- (iii) A ampla liberdade de conformação do legislador não põe em risco nem o princípio da separação de poderes nem o princípio do Estado de direito pelas seguintes razões;
- (iv) Primeira, porque as *reservas especificadas de jurisdição*, que as constituições invariavelmente consagram, impõem limites à acção legislativa no que diz respeito ao exercício de certas liberdades. Explicando melhor: o facto de, por exemplo na Constituição portuguesa, os actos previstos nos artigos 27.º/2 (privação de liberdade), 28.º/1 (detenção em prisão preventiva), 33.º/2 e 7 (expulsão e extradição), 36.º/6 (separação dos filhos), 46.º/2 (dissolução de associações ou suspensão das suas actividades), 113.º/7 (julgamento da validade ou regularidade de actos eleitorais) *só poderem ser praticados pela autoridade judicial*, impõe limites *materiais* à delimitação legislativa da função jurisdicional. Não é necessário, portanto, dizer em

¹⁴ “Giurisdizione (Riserva di)”, em *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VII, UTET; pp. 317- 369.

¹⁵ Veja-se o seu comentário ao artigo 92.º da Lei Fundamental de Bona: Maunz/Dürig, *Kommentar z. Grundgesetz*, Art. 92, especialmente n.ºs 35 e ss.; 42 e ss..

geral qual é a *matéria* própria desta função: basta que se saiba que a prática de certos actos foi reservada pela Constituição ao juiz¹⁶;

- (v) Além disso, os princípios da independência e inamovibilidade do poder judicial e do direito à tutela jurisdicional efectiva (respectivamente, artigos 203.º e 20.º da Constituição portuguesa) conferem também, neste domínio, um limite *suficiente* à acção legislativa;
- (vi) Em conclusão, é desnecessária uma definição geral do que seja a *matéria* própria da função jurisdicional porque as *reservas especificadas de jurisdição, o direito de acesso à justiça e os princípios de inamovibilidade e independência do poder judicial* são suficientes para que saibamos em que é que consiste a função de julgar. Se estes limites forem respeitados, pode concluir-se que tudo o que for atribuído, por lei, à competência dos tribunais é “jurisdição”.
Deve desde já dizer-se que esta orientação é, pelo menos na Alemanha, minoritária.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal tem entendido, pelo contrário, que não só é necessária como é possível uma definição *material* da função de julgar; e que é à luz dessa definição material que se julgarão *válidas ou inválidas* as competências que o legislador atribuir ou retirar aos tribunais¹⁷. De acordo com esta abordagem, a visão das coisas inverte-se: em vez de se partir do princípio segundo o qual *tudo o que for atribuído por lei aos tribunais pertence ao domínio da função jurisdicional*, adopta-se o princípio segundo o qual *tudo o que for do domínio da função jurisdicional deve ser atribuído pelas leis aos tribunais*. Resta saber como é que se determinam os recortes de tal domínio. É esta a tarefa de quem constrói uma *noção material de função jurisdicional*.

3. O problema no direito português – A jurisprudência do Tribunal Constitucional e o conceito de reserva de jurisdição

A questão de saber se a *natureza* do poder judicial só é apreensível formalmente, ou se, pelo contrário, há critérios materiais que permitam, em geral, distinguir o conteúdo do acto jurisdicional do conteúdo dos restantes actos do Estado é uma questão central para a resolução do problema que nos ocupa.

Com efeito, só seremos capazes de interpretar devidamente o n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 9/91 se estivermos em condições de determinar quais são as queixas, relativas ao poder judicial, que pela sua *natureza* não estão fora do âmbito da actividade do Provedor. Ora tal só virá a ser feito se dispusermos de uma compreensiva noção *material* da função jurisdicional: a abordagem formal, analisada no número anterior, não responde à questão. Ao sustentar que é

¹⁶ Semelhantes *reservas especificadas de jurisdição* existem também na Constituição italiana (artigos 13º, 14º, 15º e 21º) e na Constituição alemã (artigos 13º, 2º; 104º, 2º).

¹⁷ K. A. Bettermann, ob. cit. nota 8, p. 785.

“jurisdição” aquilo que os tribunais fazem, tem naturalmente muito mais dificuldade em esclarecer se, na realidade, *tudo quanto os tribunais fazem é jurisdição*; mas o que precisamos de saber é se existem, e caso existam, como se identificam, os actos que, sendo praticados pelo poder judicial, se não integram no núcleo estanque da função jurisdicional, pois que só sobre estes actos virá a incidir a acção do Provedor. Uma apreensão só formal da função, feita a partir dos órgãos que a exercem e dos procedimentos que se usam, não chega portanto para solucionar o problema que nos ocupa.

Ora, em relação a este ponto, já adoptou o Tribunal Constitucional português uma orientação clara. Em jurisprudência constante – e à semelhança do seu congénere alemão – tem entendido o TC que o artigo 202.º fixa a favor dos Tribunais uma “reserva de jurisdição” ou uma “reserva de função jurisdicional” que deve ser, não formalmente, mas *materialmente* entendida¹⁸.

“Ao cabo e ao resto, o *quid specificum* do acto jurisdicional reside em que ele não pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver ‘uma questão de direito’. Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação de facto traduzida numa ‘questão de direito’ (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa ‘questão de direito’, então não estaremos perante um acto jurisdicional estaremos, sim, perante um acto administrativo”. Esta distinção *material* entre acto jurisdicional e acto administrativo, que se deve a Afonso Queiró¹⁹, tem sido – assim mesmo, sem modificações – utilizada pelo Tribunal para a determinação do recorte substancial da função de julgar²⁰. A ela, tem juntado também o TC o (chamemos-lhe assim) “critério do interesse”: “A separação real entre a função jurisdicional e a função administrativa passa pelo campo dos interesses em jogo: enquanto a função jurisdicional resolve litígios em que os interesses em confronto são apenas os das partes, a administração, embora na presença de interesses alheios, realiza o interesse público. Na primeira hipótese, a decisão situa-se num plano distinto dos interesses em conflito. Na segunda hipótese, verifica-se uma osmose entre o caso resolvido e o interesse público”²¹.

Quer tudo isto dizer que, para a jurisprudência constitucional, a *matéria* própria do acto jurisdicional (e, portanto, a sua “natureza”) é algo que decorre da verificação cumulada dos seguintes pressupostos: (i) Existe tal acto sempre que se compõe um conflito entre partes desavindas, ou sempre que se coloca, perante o caso concreto, uma “questão de direito”; (ii) como

¹⁸ Acórdão n.º 104/85, de 26 de Junho de 1985 (DR, II série, de 2 /8/1985); Ac. n.º 358/91 de 4 de Julho de 1991 (DR, II série, 8/1/92); Ac. n.º 365/91, de 7 de Agosto de 1991 (DR, II série, 27/8/91); Ac. n.º 443/91, de 20 de Novembro de 1991 (DR, II série, 2/4/92) Ac. n.º 195/94, de 1 de Março de 1994 (DR, II série, 2/5/94); Ac. n.º 452/95, de 6 de Julho de 1995 (DR, II série, 21/11/95); Ac. n.º 260/98, de 5 de Março de 1998, [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980260.html]. Para uma esclarecedora visão desta jurisprudência, Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição, Sentido Dogmático e Jurisprudencial*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997; do mesmo autor, “O Direito ao Poder”, em *Repensar o Poder Judicial*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 231-357; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7ª ed., 2003, 669 e ss..

¹⁹ “A Função Administrativa”, em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 24.º, p. 31.

²⁰ Veja-se, a título de exemplo, Ac. n.º 443/95, ponto 8 da fundamentação; Acs. n.ºs 365/91 e 260/98.

²¹ Acórdão n.º 104/85, ponto 5 da fundamentação.

o conflito a compor é *jurídico* (e não de outra natureza) só pode ser dirimido pela interpretação de normas actuais de direito; (iii) a composição visa a realização do “interesse” do direito em si, interpretado por um terceiro distinto e superior às partes, e não a realização do interesse público na qual se empenhe, como parte, a administração.

A partir destes critérios amplos o Tribunal construiu o conceito de “reserva”. Os termos por ele usados têm sido, indiferentemente, tanto “reserva de jurisdição” quanto “reserva de função jurisdicional”²². O tema é importante, e merece agora alguma atenção.

Na terminologia própria da separação dos poderes, a expressão “reserva” é sempre equivalente a *monopólio*. Quando se diz que a prática de um determinado acto, ou o exercício de uma determinada função, se encontram reservados a um órgão ou a um conjunto de órgãos, vão implicadas na afirmação quer uma ideia de *exclusividade* quer uma ideia de *excludência*: a competência do órgão para a prática daquele acto ou para o exercício daquela função é *exclusiva*, no sentido de que não pode ser partilhada por qualquer outro órgão; mas a competência é também *excludente*, no sentido de que não pode ser subtraída ao órgão para ser conferida a outros. Nesta acepção, de atribuição exclusiva e excludente de competências, a palavra “reserva” só é utilizada pelo nosso direito positivo relativamente à lei da Assembleia da República (artigos 164.º e 165.º da CRP).

O Tribunal Constitucional, porém, ao interpretar como interpretou o artigo 202.º da CRP, **estendeu-a à competência** (exclusiva e excludente) dos Tribunais para o exercício da função jurisdicional²³. É certo que, face à própria redacção do preceito, dificilmente outra conclusão se poderia retirar. Os n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º estão redigidos de tal modo que parecem *excluir* eles próprios um entendimento diferente do que seja a tarefa de “administrar a justiça em nome do povo”. Do n.º 1, que identifica o princípio que legitima o exercício da função (Os tribunais [administram] a justiça *em nome do povo*), parece retirar-se a ideia de “reserva”, na sua dupla eficácia de exclusão e de excludência – suportada, aliás, pelos princípios de independência e de sujeição à lei que são logo a seguir inscritos no artigo 203.º –; e do n.º 2 parece retirar-se a ideia da necessária definição material dessa função que é reservada. É que, aqui, a Constituição enumera ela própria as características substanciais que individualizam o acto de julgar face aos restantes actos do Estado: defesa da *normatividade jurídica subjectiva* e da *normatividade jurídica objectiva* e composição de conflitos de interesses públicos e privados²⁴. A orientação firme que o nosso juiz constitucional tem seguido parece, portanto, ser a única possível face à redacção da CRP²⁵.

²² Acórdãos n.ºs 195/94 e 365/91, por exemplo.

²³ Para um estudo aprofundado dos métodos e consequências desta construção jurisprudencial, Paulo Castro Rangel, obs. cit. nota 18.

²⁴ As expressões *normatividade [jurídica] subjectiva* e *objectiva* são de Castanheira Neves: ob. cit. nota 8, p. 178. Note-se, no entanto, que o autor entende que o sentido da última frase da enumeração inclui o sentido das duas primeiras: “Pelo que é no dirimir de conflitos de interesses, ou no concreto decidir de litígios, que a função jurisdicional afinal culmina e é portanto, desse modo que ela verdadeiramente se define.” (p. 180).

²⁵ Note-se, aliás, que a orientação semelhante que foi seguida pelo Tribunal Constitucional alemão tem um apoio textual muito menos claro. O artigo 92.º da Lei Fundamental de Bona diz apenas o seguinte: *Die rechtsprechende Gewalt ist den Richter anvertraut.*

No entanto, também é certo que ela pode provocar uma excessiva rigidez na limitação que impõe ao legislador ordinário. Devem todos *os actos assim caracterizados como jurisdicionais* – ou que se encontrarem em certas zonas de fronteira entre jurisdição e administração – *estar sempre sob “reserva de juiz”, não podendo a competência para a sua prática ser, sob certas condições, atribuída a outras autoridades que não as judiciais?*

A este risco de excessiva rigidez tem a doutrina respondido com o chamado “critério das duas palavras”, e com a consequente distinção entre *reserva absoluta de jurisdição* e *reserva relativa de jurisdição*²⁶. Quer isto dizer, basicamente, o seguinte: em determinados casos, a reserva de jurisdição é cumprida se ao juiz for dada a última palavra na composição de um conflito. Não é necessário, para que se satisfaçam os requisitos do Estado de direito, da separação de poderes e da tutela judicial efectiva, que *sobre todas as controvérsias de direito tenha que ter o juiz, sempre, a primeira e a última palavra*. A “abertura” do n.º 4 do artigo 202.º a “instrumentos e formas de composição não jurisdicional de litígios” é disso exemplo demonstrativo. Ponto é que à parte interessada esteja sempre aberta a possibilidade de recurso a tribunal. Esta “reserva de tribunal” – que corresponde àquilo a que os alemães chamam *Rechtsweggarantie* – não se confunde pois com a “reserva de juiz”. Há actos que podem estar sob o primeiro tipo de reserva sem estarem logo sob o segundo: o facto não contradiz nem o artigo 202.º nem o artigo 20.º da CRP.

Não vale a pena discutir agora que actos serão esses, ou, pelo contrário, em que casos terá o juiz o “monopólio das duas palavras”²⁷. A questão da delimitação dos âmbitos da *reserva relativa e absoluta* de jurisdição é uma questão complexa, cuja resolução em nada prejudica o tratamento do tema que nos ocupa. Para todos os efeitos, a distinção entre os dois âmbitos é uma distinção *interna à função jurisdicional*. O tema que nos ocupa é-lhe externo. Posto que ficou visto, com a abordagem deste problema, que o critério material adoptado pelo juiz constitucional para distinguir a “natureza” do acto de julgar é, não só um critério compatível com a redacção do artigo 202.º da CRP, mas, mais do que isso, compatível com a *unidade de sentido da constituição* – visto que os seus riscos de excessiva rigidez quanto à limitação da acção do legislador podem ser evitados pela doutrina das “duas palavras” –, segue-se que é à luz deste critério que devemos e podemos responder à questão que nos ocupa.

Quais serão, então, aqueles aspectos da “actividade judicial” que, “pela sua natureza”, não estão fora do âmbito da actividade do Provedor?

²⁶ Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição*, cit. nota 18, p. 56 e ss; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 668. Os termos “reserva relativa” e “reserva absoluta” são de J.C. Vieira de Andrade, em “A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações”, *Scientia Juridica*, T. XLV/II, 1998, n.ºs 274/276, p. 222.

²⁷ Sobre o assunto, J. J. Gomes Canotilho, ob. cit. nota 18, p. 669.

4. Administração da justiça e boa administração do serviço de justiça

Uma das vantagens desta orientação jurisprudencial, que adoptou uma definição material de função jurisdicional, é que ela nos permite concluir tranquilamente pela possibilidade da distinção entre os actos do poder judicial que, pela sua *natureza*, são jurisdicionais e aqueles outros que o não são. Se a *função jurisdicional não é apenas aquilo que os tribunais fazem*, então, *também nem tudo quanto os tribunais fazem será “jurisdição”*. Há portanto uma diferença material entre o âmbito próprio da administração da justiça e o âmbito próprio da (boa) administração do serviço de justiça²⁸. Este último será composto por todos os actos que, sendo praticados pelas “autoridades judiciais” – que incluem, não apenas os juízes, mas ainda os magistrados do Ministério Público e os funcionários –, são actos que relevam não do *juris dicere* mas de uma *executio* administrativa.

Retomando os critérios atrás enumerados para a identificação da “matéria” da jurisdição enunciados pelo Tribunal Constitucional [a saber: (i) o *critério da “lide”*; (ii) o *critério da “juridicidade” da mesma*; (iii) o *critério do “interesse”* determinante na sua composição], parece seguro que não serão *substancialmente* jurisdicionais quer certos actos que relevam de funções executivas exercidas por juízes, quer outros, praticados por outros órgãos, e que relevam do exercício de funções administrativas necessárias ao bom funcionamento do tribunal.

O primeiro grupo de actos não será naturalmente muito amplo. Como a CRP confia a *jurisdição* aos juízes, a lei deve libertá-los da realização de outras tarefas que, sendo necessárias ao bom exercício da função, não pertencem no entanto ao seu núcleo essencial. Assim, não serão materialmente jurisdicionais: (i) todos os actos praticados pelos juízes em processos de jurisdição voluntária (artigos 1409.º e ss. do Código de Processo Civil); (ii) todos os actos praticados pelos juízes em processos executivos; (iii) todos os actos praticados pelo juízes e que digam respeito ao exercício de funções de direcção ou disciplinares sobre oficiais de justiça²⁹. Quanto aos actos praticados por outros órgãos e destinados a garantir a boa administração do serviço de justiça: (iv) todos os necessários à boa administração do elemento *pessoal* dos serviços – o que inclui o enquadramento profissional dos titulares dos órgãos judiciais: recrutamento, formação, regime remuneratório, regime disciplinar; (v) todos os necessários à boa administração do elemento *material* dos serviços – o que inclui questões de intendência, como aquisição e gestão de bens; (vi) todos os necessários ao *controlo* da boa administração do serviço no seu conjunto – v.g., controlo no cumprimento dos prazos e actos relacionados com inspecções; (vii) actos, que dizendo respeito

²⁸ Luís Guilherme Catarino (em *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 222) distingue os dois domínios através das designações “administração da justiça” e “administração judiciária”. Esta última inclui toda a “organização administrativa que serve de base à actividade jurisdicional” (*idem*, p. 221). É evidente que, sob o ponto de vista orgânico, o termo “judicial” é mais amplo que o termo “jurisdicional”: inclui não apenas, como órgãos, os juízes ou corpo de juízes, mas ainda o Ministério Público e as secretarias dos tribunais.

²⁹ Bettermann, ob. cit. nota 8, p. 779.

a processos, não pressuponham no entanto uma função de juízo, como, por exemplo, o cálculo das custas judiciais (já não assim, evidentemente, a condenação no pagamento das mesmas).

Sobre todos estes actos, que se relacionam não com a administração da justiça mas com a *boa administração do seu serviço*, pode o Provedor receber queixas e fazer recomendações. Sobre todos os outros que venham a ser praticados pelo poder judicial e que directa ou indirectamente se relacionarem com a “matéria própria” da função jurisdicional – ou, como dizia Mortati, com *todas as controvérsias tendo por objecto a interpretação de normas jurídicas*³⁰ – não deve a actuação do Provedor de qualquer modo incidir. Apenas mais duas observações, para concluir:

A primeira diz respeito ao modo de actuação do Provedor quanto a questões atinentes à *boa administração do serviço de justiça*. Como esta actuação não deve contrariar o princípio constitucional da auto-administração dos tribunais, a acção da “provedoria”, neste domínio, terá que fazer-se através dos órgãos encarregados do vulgarmente chamado “auto-governo” das magistraturas³¹. A regra já decorre da lei (artigo 22.º, n.º 3 da Lei n.º 9/91, na parte em que determina que as “queixas relativas ao poder judicial [sejam] tratadas através do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público ou do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais), e não se vê como pode deixar de ser seguida. A segunda observação diz respeito à “impermeabilidade” da função jurisdicional – materialmente entendida como *composição de controvérsias tendo por objecto a interpretação das normas jurídicas* – face a quaisquer actuações do Provedor. Tal “impermeabilidade” não significa que o Provedor não possa actuar no sentido de promover uma maior uniformidade de julgados, sobretudo em matérias em que estejam em causa direitos e liberdades fundamentais das pessoas; ou no sentido de promover uma maior coordenação de diversos tribunais quanto a processos, neles pendentes, e relativos às mesmas pessoas ou factos³². No primeiro caso – e sempre que se tratar de matéria penal – a actuação deve pressupor evidentemente uma exposição à Procuradoria-Geral da República; mas ela é *naturalmente* suportada pelo facto de o *Ombudsman* existir, afinal de contas, para dispensar uma protecção informal aos direitos e liberdades fundamentais. É que entre eles, não nos esqueçamos, encontra-se *também* o direito a uma tutela judicial efectiva.

³⁰ *Apud* Angiolini, ob.cit. nota 14, p. 318.

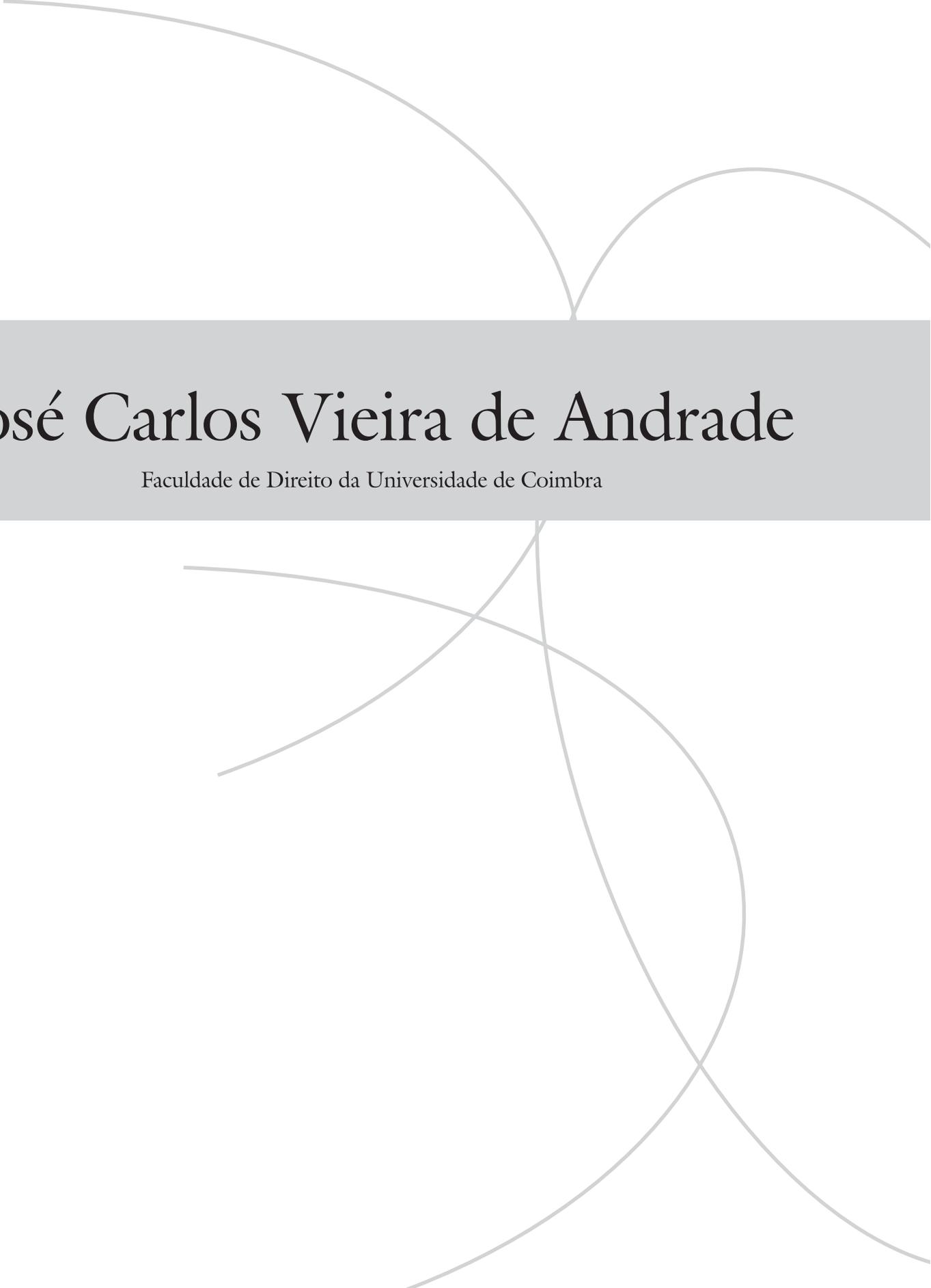
³¹ Sobre a impropriedade, neste caso, do uso do termo “auto-governo”, Gomes Canotilho, ob. cit. nota 18, p. 666.

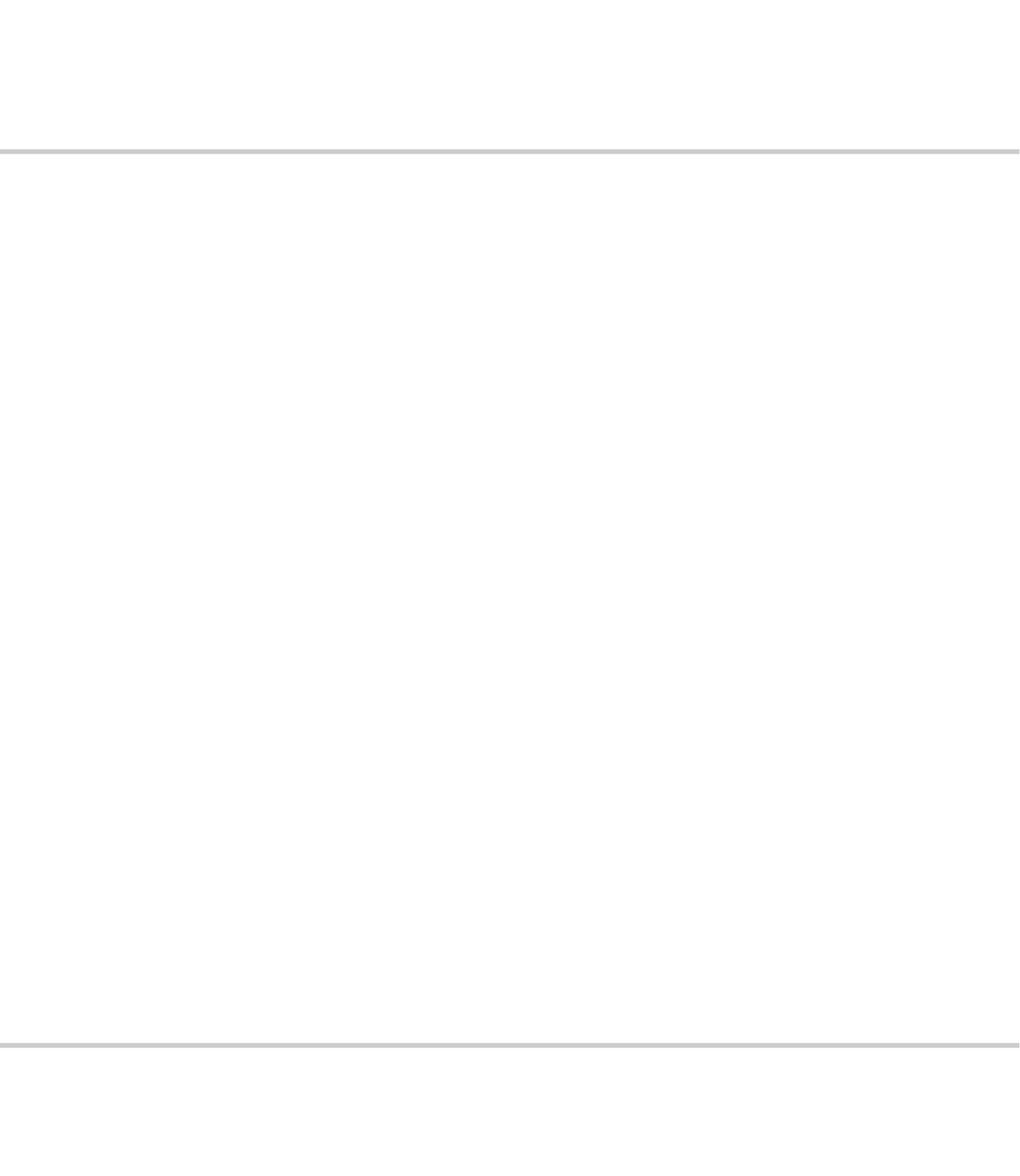
³² Luís Lignau da Silveira, “O Provedor de Justiça”, em *Portugal, o Sistema Político e Constitucional, 1974/1987*, org. Mário Baptista Coelho, ed. ICS, Lisboa, 1989, p. 735.



José Carlos Vieira de Andrade

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra





O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos

1. A consagração constitucional da instituição do Provedor de Justiça, faz agora trinta anos, na sequência do processo revolucionário de 1974, inscreveu-se bem no conjunto de inovações normativas intencionalmente destinadas a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

O cuidado e mesmo a ânsia em assegurar essa protecção em toda a medida do possível – uma preocupação reactiva forte, num ambiente em que se tinham avivado as arbitrariedades autocráticas do regime deposto e se temiam fundadamente novas ameaças às liberdades cívicas –, associado a uma vontade ou mesmo vertigem de inovação próprias dos momentos revolucionários, levaram a que se adoptasse sem discussão e se conferisse logo a seguir, inovadoramente, a dignidade de um estatuto constitucional a uma figura oriunda do norte europeu, apesar da sua pouca ou nenhuma tradição local.

A memória do *ombudsman* nórdico estava associada a uma fiscalização informal da actividade administrativa, efectuada por um órgão independente, a actuar num campo próprio, onde faltavam ou falhavam o controlo político parlamentar e o controlo jurídico dos tribunais, com a finalidade principal de defesa dos direitos dos administrados.

O Provedor de Justiça foi, então, chamado para, de acordo com a vocação dos seus ascendentes, constituir um *órgão da comunidade*, fiscalizador da Administração a pedido ou em representação dos particulares, para defesa dos seus direitos, e não propriamente um órgão de decisão do Estado – apesar da sua natural designação política pelo Parlamento, onde tem assento a representação nacional, não seria um mero auxiliar deste, mas também não lhe caberia ocupar um qualquer espaço entre os órgãos de soberania, que, aliás, não teria sentido no modelo formal tripartido da separação de poderes generalizadamente adoptado nos sistemas de governo europeus.

2. O desenho da figura do Provedor de Justiça, tal como foi inscrito nos preceitos constitucionais, apresenta, no entanto, alguma ambiguidade, por força do triunfo de um entendimento ampliado do seu campo de intervenção.

À primeira vista, inserido no contexto das disposições gerais relativas aos direitos fundamentais, o Provedor surge como um *órgão de controlo e de recomendação*, concretamente, como instância informal e independente de protecção dos direitos dos cidadãos contra acções e omissões injustas dos poderes públicos, com base em queixas por estes apresentadas.

Nessa medida, o Provedor é concebido como uma instituição individual de “contra-poder” comunitário, uma espécie de “instituição da resistência” ou, quando muito, uma “consciência administrativa crítica”, ao qual se atribuem, por isso, apenas poderes de apreciação e faculdades de advertência, conselho ou exortação dos órgãos competentes para decidir.

No entanto, outras disposições constitucionais parecem apontar para dimensões diferentes da nova figura, designadamente no sentido de constituir um *órgão do poder político*, que opera no equilíbrio das competências estaduais.

Não nos referimos obviamente à sua eleição pelo Parlamento, pois que esta, havendo de ser feita por maioria de dois terços, tal como, por exemplo, a dos juízes do Tribunal Constitucional, quer ou pode querer significar apenas a garantia de idoneidade decorrente da concordância de uma representação alargada dos cidadãos, sobretudo tendo em conta que o Provedor é independente da Assembleia da República na sua acção e inamovível durante o mandato.

Pensamos antes nas normas que lhe conferem assento no Conselho de Estado e lhe atribuem poderes de iniciativa (nessa medida, decisórios, ainda que preliminares e não definitivos) em matéria de fiscalização abstracta da constitucionalidade das leis e demais normas jurídicas.

De facto, o Conselho de Estado é um órgão de consulta política do Presidente da República, que, além disso, intervém obrigatoriamente quando este pretenda decretar a dissolução da Assembleia da República ou das assembleias legislativas regionais, ou a demissão do Governo – de modo que aos seus membros, e, portanto, ao Provedor, se exige uma pronúncia sobre as questões fundamentais do exercício do poder político, mormente sobre as suas vicissitudes mais graves, em momentos sensíveis da vida nacional¹.

Por sua vez, atribui-se ao Provedor de Justiça competência para suscitar, em abstracto, a questão da constitucionalidade das leis e outras normas, primeiro, junto do Conselho da Revolução, e, agora, perante o Tribunal Constitucional – uma competência que também alcança ou consente uma dimensão de decisão política, na medida em que abrange qualquer fundamento para a declaração da inconstitucionalidade, por acção ou omissão, não estando limitada à

¹ É que, para além de *aconselhamento* do Presidente, a composição do Conselho de Estado mostra uma específica adequação funcional aos objectivos de *condicionamento* do poder presidencial e, em função das inerências, até de *concertação* institucional ao mais alto nível.

invocação de vícios de conteúdo, que ofendam valores constitucionais, nem estando funcionalizada à defesa de direitos fundamentais dos cidadãos.

3. Por sua vez, o estatuto legal do Provedor de Justiça também vai contribuir para alguma complexidade institucional, designadamente na medida em que dá continuidade a uma compreensão alargada do seu âmbito de actuação e das finalidades que lhe cabe prosseguir.

3.1. Desde logo, o Provedor não se limita a actuar a pedido dos particulares, nos casos concretos, com fundamento nas queixas apresentadas contra determinados órgãos administrativos. Entende-se que pode actuar *oficiosamente* e mesmo *preventivamente*, devendo as suas recomendações visar, em geral, o bom andamento da administração pública.

O fundamento ou o pretexto para essa intervenção de iniciativa própria poderá ser ainda a protecção dos particulares e dos seus direitos, na medida em que o bom funcionamento da Administração certamente favorece os administrados, senão na realização imediata dos seus direitos, ao menos como beneficiários gerais da regularidade e eficiência dos serviços, bem como da segurança que confere o cumprimento das regras estabelecidas – o Provedor tenderá até naturalmente a utilizar a massa crítica das queixas que lhe são dirigidas para formular as suas recomendações, que, assim, tenderão a ser, em última análise, dirigidas à defesa, promoção ou garantia dos direitos fundamentais.

3.2. Além disso, torna-se claro que não cabe ao Provedor fiscalizar e avaliar tão só a actuação das instâncias administrativas.

A realidade mostra que uma boa parte das recomendações relativas ao bom funcionamento da Administração há-de ser dirigida aos órgãos legislativos, a quem cabe, num sistema de administração executiva, erigir a organização e regular o desenvolvimento de toda a actividade administrativa – o que acaba por envolver o Provedor na avaliação da legislação feita ou por fazer e, por essa via, de muitas das escolhas políticas.

A isto acresce que a Constituição se refere a queixas contra acções e omissões injustas dos “poderes públicos” em geral, e a lei, ao enumerar os serviços em cujo âmbito de actividade se exercem as acções do Provedor – e que correspondem à enumeração aparentemente exaustiva das entidades públicas administrativas, incluindo as novas “entidades privadas administrativas” e os concessionários – utiliza a palavra “nomeadamente”, não deixando dúvidas de que se trata de uma enumeração exemplificativa.

Este contexto real e normativo vai propiciar dúvidas sobre o real âmbito de intervenção do Provedor, na medida em que põe a questão de saber se ela está limitada, como resulta da definição do seu domínio nuclear, às actuações que se incluem ou se projectem directamente na actividade

administrativa, ou se, numa leitura permitida pelo texto constitucional, se pode estender a qualquer actividade de qualquer dos poderes públicos – abrangendo, para além da actividade materialmente administrativa de todos os órgãos do Estado, as actuações de autoridade no exercício de outras funções estaduais, não só da função legislativa, mas porventura da função política ou mesmo da função judicial –, ou ainda se deve ser outro o critério adequado a essa delimitação funcional.

3.3. Por fim, a lei acaba por ir ainda mais longe, quando vem conferir expressamente ao Provedor a competência para a fiscalização da actividade de *poderes privados*, apesar de estes não serem formalmente ou não exercerem substancialmente funções administrativas, ao possibilitar a incidência de tal actuação “em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio”, desde que esteja em causa a protecção de direitos, liberdades e garantias.

Por esta via reafirma-se a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos como finalidade principal da actuação do Provedor, alargando-se esta a um vasto conjunto de relações sociais, entre as quais se contam relações de trabalho, de consumo ou no interior de grupos e pessoas colectivas – um alargamento que se justifica pelo reconhecimento da existência de poderes sociais capazes de porem em perigo os direitos fundamentais, que, seja como direitos subjectivos, seja como valores comunitários, também devem ser protegidos e garantidos pelo ordenamento jurídico no domínio das relações entre particulares.

3.4. A complexidade associada à ampliação do âmbito de acção do Provedor exprime-se ainda no plano organizativo, na medida em que a instituição, concebida como um órgão singular, cujo titular é uma personalidade individual, cresce e de algum modo se transforma com o desenvolvimento de uma estrutura de coadjuvação, formada por Provedores-adjuntos, que podem exercer poderes delegados, coordenadores e assessores (para além dos serviços de apoio, que formam a “Provedoria”).

Embora o protagonismo, a competência e a responsabilidade sejam do Provedor, uma estrutura mais complexa não deixa de propiciar uma extensão dos casos em que o Provedor está em condições de agir, com a consequente desnecessidade de estabelecer prioridades e critérios de selecção, ao mesmo tempo que dilui a imagem singular da instituição – em vez do prestígio de uma personalidade com rosto, tenderá a valer a eficiência de uma organização.

4. Face a estas diversas dimensões funcionais e organizativas, é natural que se defenda uma *área máxima* de influência da instituição, tendo em conta a facilidade de acesso dos particulares interessados, a informalidade de procedimentos e até a probabilidade da eficácia da intervenção, avaliada num contexto de “custos-benefícios”.

Bem vistas as coisas, as funções do Provedor sempre corresponderam a tarefas que ele compartilha com órgãos formais, com as vantagens e as limitações da informalidade – começando com as queixas dos particulares, que vão de par com as impugnações administrativas e as acções judiciais (“meios graciosos e contenciosos”), sem as substituir, como a própria Constituição expressamente salienta.

Por isso, é fácil que se pense com imodéstia quando se concebem as funções a cometer à instituição – partindo do princípio de que não há perigo na duplicação de tarefas e assumindo que, pelo contrário, essa dimensão-sombra constitui a “marca de água” da intervenção do Provedor.

E esse pendor para a expansão do campo de actuação do Provedor reforça-se ainda com a dilatação da esfera dos direitos fundamentais, que são a sua principal bandeira – a acumulação de gerações ou camadas de direitos, no contexto de uma tendência para a “pan-fundamentalização” dos direitos individuais e até colectivos, vai matematicamente multiplicar o fenómeno expansivo das tarefas que visam assegurar a respectiva protecção, promoção e garantia.

E isso é tanto mais assim, quanto se divulga a instituição pelas diversas partes do mundo, incluindo países com diferente desenvolvimento social e político, onde é natural que se descubram outras perspectivas de intervenção, para satisfação de outras necessidades, que dessa maneira se somam às perspectivas e necessidades mais antigas.

É nesse plano que se inscrevem as orientações que visam a descoberta de novas funções para o *ombudsman*: para além da tradicional mediação de conflitos entre os particulares e os poderes administrativos, entende-se que deve estudar e preparar soluções político-legislativas dirigidas à reforma da Administração Pública, para prevenção e salvaguarda da boa administração, tal como lhe são pedidas a monitorização e a avaliação, em geral, de, pelo menos, algumas políticas públicas; ou a intervenção concreta para defesa dos direitos dos consumidores, sobretudo no que toca ao fornecimento de bens e serviços de interesse geral, bem como o contributo para a resolução de conflitos privados em diversas áreas sociais².

As justificações dessas novas competências não podiam ser mais consensuais: avaliadas do ponto de vista da defesa e promoção dos direitos das pessoas, incluindo os direitos sociais e os direitos comunitários, todas as propostas fazem sentido, apesar de muitas dessas tarefas serem já desempenhadas, formal ou informalmente, por outros órgãos ou instituições, oficiais ou constituídas na sociedade – com base no argumento aparentemente irrespondível de que a intervenção do Provedor é cumulável com quaisquer outras e todos os remédios são poucos para assegurar a garantia efectiva da dignidade das pessoas.

² Sobre isto, v. a obra *Ombudsman: novas competências, novas funções*, actas do VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman, Novembro de 2002.

Em qualquer caso, há-de pôr-se a questão da delimitação da esfera de actuação do Provedor de Justiça segundo critérios substanciais – por mais generosa que seja a posição adoptada quanto ao âmbito, não-de sempre reconhecer-se limites, decorrentes, quer da natureza, carácter e finalidade da instituição, quer do respeito pelos princípios fundamentais da organização política democrática.

5. Por nossa parte, sempre defendemos uma caracterização mais intensa do Provedor como instância de fiscalização da actividade da Administração Pública para defesa dos direitos dos cidadãos, designadamente dos seus direitos fundamentais³ – naturalmente, sem prejuízo de tal fiscalização se adaptar às novas feições da actividade administrativa, sobretudo quando exercida por privados ou através de formas privadas, e de se projectar em exortações dirigidas aos órgãos legislativos, quando as injustiças não resultem de má aplicação da lei, mas de uma deficiente ou inadequada regulação da matéria.

Sempre nos pareceu que o alargamento extensivo da actividade do Provedor, se for demasiado, pode acabar por contribuir para descaracterizar e enfraquecer a instituição, seja pela amplitude porventura desmesurada das tarefas a desempenhar, que deveriam continuar sempre a ser conduzidas sob directa responsabilidade de um órgão singular de vocação universal, seja pela disparidade de funções, de padrões e de critérios de juízo que uma tal panóplia de competências poderá provocar.

Esta posição pressupõe, aliás, o alinhamento incondicional com aqueles que defendem uma concepção unitária e plurifuncional da instituição e se opõem à proliferação de provedores especializados em função das várias áreas de actividade administrativa⁴ – uma concepção que parece ter triunfado entre nós, como resulta da inclusão, em 1995, das questões relativas aos militares no âmbito da actividade do Provedor⁵, bem como da extinção do, entretanto criado, Defensor do Contribuinte⁶.

Está em causa a concentração, numa única instituição, personificada numa individualidade, de um conjunto de poderes de fiscalização, relativos a um determinado domínio de actividade e dirigidos a uma específica finalidade principal – e tal concentração orgânica aconselha, senão

³ V. BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA, VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e projecto de revisão da Constituição*, 1981, esp. p. 293, em que se propunha a integração da norma sobre o Provedor no título relativo à Administração Pública e a abolição do seu poder de iniciativa de fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas jurídicas e da sua presença no Conselho de Estado.

⁴ V., sobre o problema, as intervenções de vários autores num Seminário, publicadas na obra colectiva *O cidadão, o provedor de justiça e as entidades administrativas independentes*, 2002.

⁵ Embora com as adaptações que se entenderam adequadas, como a necessidade de esgotamento da via hierárquica e a limitação à matéria não operacional.

⁶ Para não falar das propostas de criação de provedores ecológicos, dos deficientes, da criança, dos idosos, do consumidor, do animal, para além de instituições semelhantes regionais ou locais – a força da ideia, a sua popularidade e a sua praticabilidade levaram à adopção de figuras privadas semelhantes em empresas de serviços e na comunicação social.

impõe, a definição coerente e clara do âmbito material e do alcance funcional da actuação da entidade, que hão-de ser adequados ao respectivo perfil constitucional.

5.1. Nesta perspectiva, continuamos a considerar conveniente uma certa “despolitização” do nosso Provedor de Justiça, no contexto de uma democracia avançada, típica das sociedades europeias.

Partimos já, como é óbvio, de uma concepção do Provedor como individualidade independente das forças político-partidárias, designadamente como alguém que não está comprometido com a maioria que eventualmente domine o Governo e, por extensão, comande os organismos e serviços públicos administrativos – como vimos, o modo de eleição e, sobretudo, o estatuto de inamovibilidade visam garantir a imparcialidade indispensável ao exercício do cargo, e não é isso que está agora em causa.

Parece-nos é que, para além disso, seria vantajoso um distanciamento do órgão relativamente a questões políticas que não tenham a ver directamente com a protecção das pessoas perante os poderes públicos, designadamente, os poderes públicos administrativos.

Não se advoga com isto um desinteresse – que seria inconcebível e nefasto – pelas decisões tomadas no plano político-legislativo, sabendo que a administração pública é uma actividade heterónoma, que visa a realização dos interesses públicos definidos por lei e em grande medida está vinculada por esta, no plano substancial como nos planos organizativo e procedimental.

Percebe-se, por exemplo, que o Provedor, embora não tenha poder de iniciativa legislativa, dê conta aos órgãos legislativos – também no relatório que tem de apresentar anualmente à Assembleia da República – do seu entendimento sobre a necessidade ou conveniência da elaboração, da modificação ou da revogação de normas legislativas, mormente em aspectos relacionados com situações detectadas de ofensa de direitos fundamentais dos particulares.

Tal como se aceita que o Provedor promova oficiosamente a realização de estudos e faça propostas sobre questões estratégicas para melhoria dos serviços públicos, cuja solução deva caber aos responsáveis políticos, se o fizer na perspectiva da protecção dos direitos dos administrados.

Pode até tornar-se indispensável que o Provedor efectue uma fiscalização global e preventiva de sectores da actividade administrativa, como, por exemplo, o da administração prisional ou o da polícia de segurança, tratando-se de áreas de especial risco para os direitos dos cidadãos.

Mas seria porventura preferível que o Provedor, para além de não ser obrigado a intervir na consulta política do Presidente, se abstivesse, por exemplo, de analisar sistematicamente as políticas públicas, ou de ter uma iniciativa legislativa informal em áreas globais, principalmente onde haja controvérsia ou até divergências fundamentais de concepção e quando existam entidades vocacionadas para analisar os problemas numa perspectiva que inclua a protecção dos direitos das pessoas – porque entre nós, porventura diferentemente do que se justifica em algumas

outras áreas do mundo, o Provedor não deve ser protagonista da actividade política, tal como não lhe compete desempenhar as funções de um quarto poder.

Assim, por exemplo, preferíamos que o Provedor não tivesse de pronunciar-se sobre a eventual dissolução da Assembleia da República; que não tomasse a iniciativa de pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei que reserva a propriedade das farmácias aos farmacêuticos; que não fosse obrigado a considerar tarefa sua propor a revisão da legislação sobre processo penal.

5.2. Lembre-se, além disso, que o Provedor tem, como é evidente, de respeitar o princípio constitucional da separação ou divisão de poderes.

Tratando-se de um órgão que não dispõe de competências decisórias, este princípio vale sobretudo lá onde não se admite sequer a apreciação e a recomendação – é dizer que vale sobretudo relativamente ao exercício do poder judicial.

O Provedor não se corresponde com os juizes e, para além de não os poder inspeccionar e fiscalizar enquanto órgãos de soberania, deve ainda abster-se de apreciar a actuação desses “poderes públicos”, mesmo que se trate de prevenir ou reparar injustiças – o que não exclui, como a lei expressamente prevê, a fiscalização e a intervenção na actividade de administração da justiça, apesar de esta ser desenvolvida ou superintendida por juizes.

No entanto, o princípio da divisão de poderes também terá a sua expressão no domínio das relações do Provedor com os poderes legislativo e administrativo, embora fundamentalmente enquanto imperativo de auto-contenção.

Assim, embora possa dirigir as recomendações que entender aos órgãos legislativos, o Provedor deverá ter o cuidado de só recomendar aquelas alterações ou iniciativas legislativas que entenda constituírem um aperfeiçoamento normativo necessário para a melhor ou mais adequada realização dos direitos fundamentais, designadamente no plano das relações administrativas – e deve abster-se de tomar posição em disputas ideológicas ou em questões sociais fracturantes.

Por sua vez, perante os órgãos administrativos, o Provedor terá de tomar em consideração os espaços próprios de avaliação e decisão que a lei lhes confira, com a inerente responsabilidade – não no sentido de ter de limitar as suas recomendações pela vinculação estrita à lei ou a princípios fundamentais de direito, já que não é juiz e não tem poderes decisórios, mas no sentido de que só deve recomendar soluções discricionárias quando se fundamente em “injustiças” que seja necessário evitar ou reparar.

5.3. Do mesmo modo, o Provedor não deveria utilizar os seus sempre escassos recursos, humanos, materiais e de tempo, em acções que possam constituir uma duplicação de tarefas, sobretudo quando haja perigo de ineficácia ou de ineficiência.

Assim, por exemplo, não se deveria assumir como uma entidade com funções inspectivas, exercendo as tarefas de que estão incumbidas as comissões parlamentares ou as estruturas

especializadas responsáveis pelo acompanhamento, regular ou incidental, da actividade das administrações centrais, regionais e locais.

Tal como não se deveria transformar num órgão de estudo da reforma da Administração Pública, a quem caiba uma análise sistemática dos vários sectores da administração, com a finalidade de propor soluções normativas ou científicas para a respectiva organização e funcionamento.

Pelas mesmas razões, não deve o Provedor intervir quando se esteja perante questões de estatuto ou de condições remuneratórias ou de trabalho que caiam no âmbito específico de atribuições das associações sindicais, designadamente dos sindicatos da função pública.

Não quer dizer que a actividade do Provedor não se cruze ou sobreponha à actividade dessas outras entidades – muitas vezes realizará inspecções aos serviços, fará estudos e propostas de reforma para melhoria dos serviços e defenderá direitos dos funcionários.

Mas essas intervenções não serão a título principal, mas instrumental, não serão constantes, mas pontuais, não serão globais, mas específicas – e devem sempre salvaguardar o carácter e inscrever-se nas finalidades próprias da instituição, concretamente, devem sempre ser guiadas pelo propósito de protecção concreta dos direitos fundamentais das pessoas, sejam oficiosas ou decorrentes da iniciativa de cidadãos queixosos.

6. Neste contexto, parece-nos que deveria determinar-se o *núcleo essencial* das atribuições do Provedor de Justiça: compete-lhe intervir, mediante queixa ou oficiosamente, para prevenir ou reparar injustiças no âmbito das *relações jurídicas administrativas*, quando esteja em causa a protecção, promoção ou garantia de *direitos fundamentais* das pessoas, designadamente dos seus direitos, liberdades e garantias.

A grande questão é, quanto a nós, a de saber em que medida se justifica o alargamento legal dessa intervenção às relações privadas de domínio: aí, não estamos perante uma actuação dos poderes públicos referidos na Constituição, mas verifica-se o exercício de poderes sociais que afectam direitos fundamentais de particulares numa situação de vulnerabilidade⁷.

O problema não se levanta quando a entidade privada poderosa é, afinal, uma entidade pública ou que dispõe de poderes públicos – sabemos que são consideradas entidades públicas para vários efeitos e, em especial, para efeitos de protecção de direitos fundamentais, quer as chamadas “entidades administrativas privadas” (entes constituídos sob forma privada, mas que são dominados por entidades públicas), quer os concessionários e outros privados que desempenham tarefas públicas, sobretudo quando lhes são conferidos poderes de autoridade.

⁷ Segundo FREITAS DO AMARAL, na sua conferência publicada nas actas do Congresso Iberoamericano acima referido, a solução legal não seria correcta e talvez fosse mesmo inconstitucional – uma opinião que não subscrevemos, como se dirá a seguir, a não ser na medida em que apela a limites adequados às finalidades da instituição.

Mas já se suscita quando se pretende abranger as relações entre particulares em que pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado, um poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos (outros) indivíduos⁸.

Quanto a nós, esta ampliação do campo de intervenção do Provedor de Justiça faz todo o sentido, se considerarmos que este é, acima de tudo, *uma instituição destinada a assegurar os direitos fundamentais perante os poderes que directamente os podem lesar*.

Uma interpretação literal da lei parece atribuir ao Provedor a competência para intervir em qualquer *especial relação de domínio*, desde que o faça com a finalidade da protecção de direitos, liberdades e garantias.

Porém, as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas – assim, não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família, entre menores e pais (ou tutores), e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa, ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e empresas, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre os grupos e os membros, conforme forem institutos religiosos e igrejas, sindicatos, partidos, ou outros tipos de associações.

O critério do “domínio” ou do “poder social” não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que permita *em abstracto* determinar as entidades que estariam sujeitas à intervenção do Provedor – ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a necessidade dessa intervenção.

Tendemos, por isso, a considerar que o Provedor de Justiça não deve tornar-se num mediador de conflitos entre privados – para o que não dispõe, nem de habilitação constitucional, nem de meios adequados –, devendo a sua actuação limitar-se às *situações semelhantes* às que constituem o seu núcleo de atribuições, e desde que estejam em causa *direitos, liberdades e garantias* ou direitos fundamentais análogos.

Assim, por exemplo, não deve adoptar o papel de defensor dos consumidores, que compete a outras instâncias, embora as relações de consumo impliquem situações de vulnerabilidade e os direitos dos consumidores estejam expressamente consagrados como direitos fundamentais.

Mas já se justificará plenamente tal intervenção quando se trate de actividades que, embora privadas ou privatizadas, constituam serviços de interesse geral ou tarefas de interesse público (nas

⁸ O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe *em relações informais*, por exemplo, numa situação de monopólio de facto ou de oligopólio, pelo menos de bens e serviços essenciais – não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea.

áreas da saúde, segurança social ou educação), desde que estejam em perigo direitos, liberdades e garantias, designadamente, de pessoas em situação de especial debilidade, subalternidade ou vulnerabilidade (relativamente às quais haja um dever especial de protecção)⁹.

Por razões próximas, o Provedor não deverá assumir, em geral, a defesa de interesses colectivos ou difusos fora dos casos em que esteja em causa directamente a acção ou omissão de entidades públicas, fazendo aí uma interpretação estrita das suas competências legais.

7. Em síntese, entendemos que o Provedor de Justiça não deve dispersar energias, nem banalizar a sua intervenção, tal como não deve duplicar competências de outros órgãos, nem desconsiderar a dinamização de outras defesas da sociedade.

Deve encontrar no dia-a-dia o espaço próprio de actuação que a Constituição e a lei lhe atribuem, e, aí, ser efectivo, eficaz e eficiente.

Esse espaço próprio há-de ser determinado, como dissemos, pela sua finalidade principal – a defesa dos direitos fundamentais das pessoas – e pela sua vocação natural – a protecção das pessoas naquelas situações em que são mais imediatamente vulneráveis, quando contactam de forma mais directa e frequente com os poderes organizados da sociedade, é dizer, quando se relacionam com os poderes públicos executivos.

A prioridade há-de ser a *defesa concreta* dos direitos dos cidadãos que se lhe dirigem, empenhando-se na solução efectiva dos seus problemas, quando estejam em causa situações de injustiça, decorrentes de deficiências de organização e de funcionamento, que a própria Administração possa resolver – isso pode implicar uma resposta selectiva às queixas, dando preferência à protecção dos indivíduos e grupos que têm maiores dificuldades de defesa numa sociedade desigual, em que os mecanismos formais da justiça não dão, nem podem dar a todos as mesmas oportunidades.

As restantes actuações, designadamente as iniciativas próprias que envolvem a intervenção política ou legislativa, bem como as que correspondem a intervenções nas relações entre particulares, sendo imprescindíveis, devem ser exercidas com moderação, à luz daquele padrão primário, de modo a manter a imparcialidade e a independência, e a evitar a descaracterização funcional e a diluição da importância da instituição enquanto defensora dos direitos fundamentais dos cidadãos e das pessoas perante as autoridades.

É nesse contexto e com essa intenção que o Provedor de Justiça tem conquistado o seu prestígio – que continua a ser fundamental para a realização prática de uma democracia avançada, em que todas e cada uma das pessoas que compõem a comunidade tenham uma oportunidade efectiva de luta contra as situações de injustiça que ocorram no domínio de actuação dos poderes organizados.

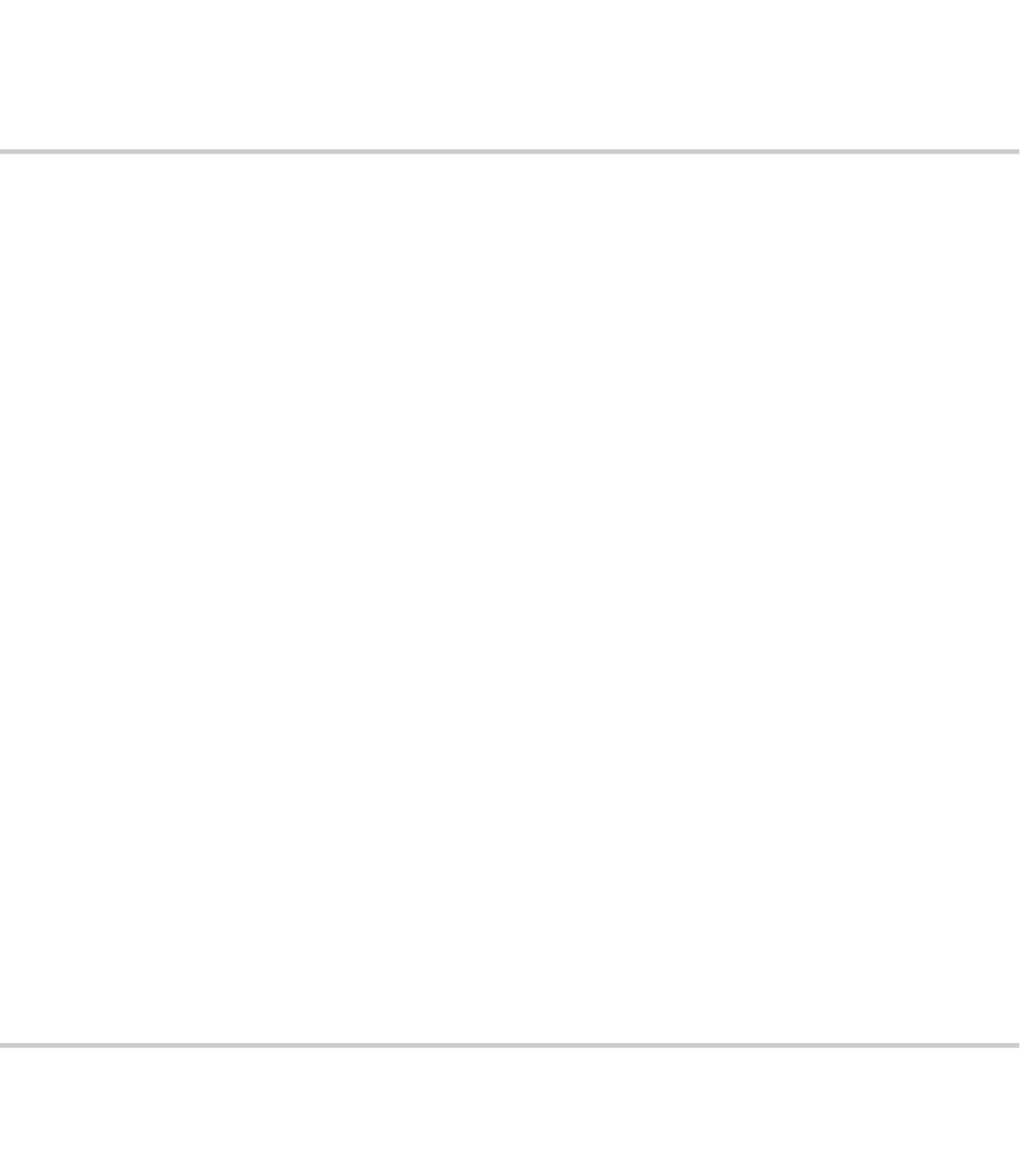
⁹ Pensamos, por exemplo, no atendimento ou no tratamento nos hospitais e nos lares de idosos.



Luís Filipe Colaço Antunes

Faculdade de Direito da Universidade do Porto





Provedor de Justiça, ilustração e crise da legalidade especial

1. Desafiados cordial e insistentemente a elaborar um texto que desocultasse a relação entre o Provedor de Justiça e a tutela dos interesses difusos, acabámos por centrar a nossa atenção num objecto mais amplo e não menos pregnante. Às funções do órgão (artigo 1.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, sucessivamente alterada – Estatuto do Provedor de Justiça) fomos buscar a defesa da justiça e da legalidade através da tutela dos direitos, liberdades e garantias e das posições jurídicas subjectivas favoráveis; às atribuições (artigo 20.º/1/b) e e) do mesmo diploma) a defesa da qualidade legislativa e a tutela dos interesses difusos, sendo que estes cabem na legalidade especial.

Assentes as balizas da nossa reflexão, começaremos por chamar a atenção para um facto nem sempre devidamente advertido – a existência de uma dupla legalidade que divide e une ao mesmo tempo a ordem jurídica construída em torno do Estado de Direito. Uma legalidade a que chamaremos comum, dirigida às relações intersubjectivas entre os particulares; e uma legalidade que apelidaremos de especial para as relações entre os cidadãos e os poderes públicos, *maxime* a Administração pública.

Esta separação não carece de explicação maior, sabendo que ela é filha do mesmo progenitor, o Estado de Direito liberal, como sabido é que ela não configurava uma mera representação mas antes uma transcrição realista do confronto suportável entre um certo individualismo e o interesse público. Não se ignora igualmente que a lei e o princípio da legalidade (especial) em particular nasceram nos tempos da Revolução Francesa para resolver o confronto autoridade-liberdade.

2. O problema põe-se, curiosamente, quando o princípio da legalidade se converte em símbolo do império do legislador, podendo, enquanto representação da soberania popular, fazer todas as leis que queira, gerais ou particulares. Este processo de crescente hiperlegiferação vai ao ponto de definir como lei a definição (legislativa) das cores dos botões das divisas da banda do exército. Deixando a caricatura do exemplo, a verdade é que a legalidade se tem vindo a converter perigosamente em legalismo.

Como *legalismo*, ao contrário do princípio da legalidade, a lei deixa de ser abstracta e geral para passar a ser algo de particular, burocrático, subjectivo e sobretudo formal. Dramaticamente, a ilegalidade mais brutal é, por vezes, aquela que se esconde por detrás de formas legais, com o efeito mágico de absolver qualquer espécie de responsabilidade moral ou jurídica.

Ouvimos recentemente que a moral é a lei, querendo, com tal afirmação, legitimar regimes especiais de segurança social.

O problema mais grave da desnaturação da legalidade-justiça em mero legalismo está precisamente na fonte de deliberação político-legislativa: o particular-sectorial, o económico. Ora a base de uma boa lei não pode deixar de ser a ética e a justiça, não outra. Ao que parece, é hoje de difícil intuição que a lei e a Administração sejam o fruto de uma necessidade moral, criando as condições necessárias para a vigência e o respeito da legalidade reflectida na ética dos comportamentos dos cidadãos e nas decisões político-administrativas. O drama está, segundo nós, na perda da dimensão ética da lei, do seu tónus axiológico-normativo, que é também a perda ou o esquecimento da sua dimensão substancial. Temos, inclusive, a impressão de se ter criado um vazio entre a Constituição, depositária da legalidade-justiça, e a acção do Estado-Administração.

A questão não é nova mas agudizou-se muitíssimo nas últimas décadas. Com efeito, constatamos que desde ARISTÓTELES se procura uma conceptualização jurídico-política que mantenha um vínculo ético entre a Administração e o cidadão. Recordamos também que o legislador não se tem inspirado demasiado em KANT, segundo o qual a lei era a consequência de uma razão *a priori*, trate-se do legislador supremo ou do legislador laico ou político.

Curiosamente ou talvez não, HOBBS parece estar mais na moda, para quem a vontade dos indivíduos era delegada no soberano e os cidadãos passaram a ser os hóspedes da casa democrática. Mais surpreendente é a actualidade de HEGEL, segundo o qual a lei é o elemento nivelador de todas as diferenças e a fonte única do direito e da moral. A Lei em sentido formal como emanção do espírito do povo-legislador.

Isto para explicar a natureza absoluta do acto legislativo e a sua transfiguração numa concepção legalista que tudo legitima mesmo que o pacto social tenha sido cruelmente desrespeitado. Com a mutilante consequência do princípio da legalidade perder a sua originária dupla função: expressão de legitimidade do poder e proibição do arbítrio e regulação das relações intersubjectivas entre os cidadãos.

A democracia de massas gerou, por um lado, uma *overdose* legislativa, com a consequente perda de qualidade legislativa e, por outro, a convolção da legalidade em legalismo formal e amoral.

Deste estado de coisas à crise da Constituição histórica é um passo, com as repetidas revisões constitucionais. Tanto assim é que o respeito formal da lei em vez de ser fonte de vitalidade da sociedade se tornou num obscuro lugar comum. O princípio da legalidade que representa(va) o processo vital do reconhecimento do cidadão no poder político e da soberania popular tornou-se,

crescentemente, num processo jurídico assente na validade das formas e na hierarquia das fontes normativas. De ideia normativa e princípio fundamental a lugar comum e fonte de arbítrios e de injustiças.

A bondade da Lei e da Constituição está no seu mérito axiológico-normativo; isto é, no princípio da legalidade e no princípio da constitucionalidade não há separação entre forma e conteúdo, entre forma e substância. O apelo constante e neurótico a uma transconstituição material não é mais do que a crise moral e ideológica do Estado e da sociedade.

Mais do que rever constantemente a Lei Fundamental, importava diminuir a torrencialidade legislativa e melhorar a qualidade técnica das leis que se vão fazendo. Não sabemos se a nossa democracia pode qualificar-se de *corruptissima* pelo motivo enunciado por TÁCITO séculos antes, segundo o qual *corruptissima republica plurimae leges*. Devemos, no entanto, reconhecer que temos demasiadas leis e que muitas delas são leizinhas.

A solução, ainda que parcial, poderia vir do reconhecimento de uma reserva de regulamento, evitando leis-regulamento. Ou seja, restituir à lei o que é da lei e dar ao regulamento o que é do regulamento. Não sendo assim, temos uma substancial derrogação ao princípio da separação de poderes. Nem um Parlamento governante, nem um Governo legislador.

Outra coisa é a péssima redacção dos textos legislativos, o que poderia e deveria motivar um papel essencial ao Provedor de Justiça, pela sua credibilidade e independência.

Afastando o exemplo francês da introdução no ordenamento jurídico de uma categoria de “leis orgânicas” para determinar alguns princípios unitários de carácter geral, preferimos o regresso ao conceito originário de *lei* como norma fundamental de convivência em sociedade.

3. Num momento de crise profunda como a que vivemos, confrontam-se duas legalidades: a que se confunde com a apriorística legitimidade do poder e a que nasce dos princípios e normas constitucionais.

O processo igualitário que emerge da Constituição assenta numa juridicidade constitucional formal mas também material. A Constituição não cria o povo mas assume-o com imparcialidade na sua múltipla diversidade.

Vejamos agora algumas questões, tendo em atenção que estamos no lado oposto à legalidade formal, que se nutre de investidas e hierarquias em nome de um poder que, embora representativo, acaba por receber a legitimidade de si mesmo.

Para começar, é a juridicidade constitucional que impõe o princípio da igualdade na lei e, o que é frequentemente ignorado, na sua aplicação – administrativa e judicial. Note-se que o princípio da separação de poderes nasceu no âmbito de um Estado que se justificava pela sua origem monárquica e legitimidade divina mas não pelas suas obrigações. Daí a necessidade de uma coordenação constitucional dos vários poderes sem perda (obviamente) da sua independência. Neste ponto, é capital o trabalho do Tribunal Constitucional.

O paradoxo está em que, no Estado de Direito contemporâneo, o poder político é cada vez menos relevante do ponto de vista das decisões a tomar, restando-lhe confrangedoramente um papel simbólico do Estado e da soberania. O que temos apenas é Administração pública e, talvez por isso, seja alvo de tantos ataques violentos.

Curiosamente, a relação entre o Estado e o cada vez mais Estado supranacional (União Europeia) faz-se através da Administração como através da lei. Por outras palavras, as relações entre o direito comunitário e o ordenamento jurídico nacional realizam-se por intermédio da Administração e do seu Direito e até da sua justiça (administrativa). O mesmo sucede ao nível das relações do Estado com a sociedade, cujo actor principal é a Administração pública. É neste sentido que importa revigorar e melhorar a legalidade especial de que falávamos no início, sendo que o carácter meramente executivo da Administração não só mortifica a competência técnica como o espírito de responsabilidade dos agentes administrativos.

À legalidade formal é preciso antepor uma legalidade-justiça feita de competência e de responsabilidade cívica. Para que assim seja, a decisão política não pode inquinar a decisão administrativa, ou seja, é necessário que a Administração não suporte o ónus político de uma Administração paralela de índole partidária.

Mas isto não basta, é preciso que o funcionário não se esconda na mera execução como forma de imunidade administrativa. É claro que a Administração e os seus funcionários são igualmente vítimas de legalismo de que antes falávamos. Depois, é indispensável regressar ao conceito originário de lei e a uma Administração, organicamente entendida, regulada por poucas e fundamentais normas jurídicas. Mais directivas que imperativos rígidos e a correspondente relação de tensão hierárquica (formal) das fontes.

Queremos dizer que a *overdose* legislativa e a deficiente técnica na elaboração das leis, a par de uma irresponsabilidade administrativa, cria as condições para um novo e patológico tipo de discricionariedade administrativa que se consuma na escolha da norma a aplicar. Isto é, discricionariedade no âmago do que deveria ser o centro da actividade administrativa vinculada. Dito de outra forma, o hiperlegalismo de origem política afecta a moralidade e a eficiência da Administração e não o inverso.

A função interpretativa, iluminada pelo texto constitucional, compete aos juízes mas também à Administração, fechando harmoniosamente o circuito da juridicidade substancial. O progressivo abandono da hegemonia positivística e a sua exegese (hermenêutica) daria outra racionalidade ao sistema jurídico e ao princípio da legalidade-juridicidade.

A afirmação dos valores e princípios constitucionais, a par de outra dignidade do esforço interpretativo, ofereceria outra coerência às relações entre os poderes públicos e os cidadãos. Isto exigiria, obviamente, outra responsabilidade do intérprete-funcionário, com benefícios evidentes para a moralidade e justiça da actividade administrativa.

Também aqui o papel do Provedor de Justiça se revela capital para a racionalização e humanização das relações entre as entidades administrativas e as relações destas com os cidadãos

e a sociedade em geral, ajudando a pôr cobro à inqualidade legislativa e administrativa. O império formalista que encobre a incompetência e a irresponsabilidade e até a imoralidade perderia sentido e não seria desculpável. Repare-se que é a própria Constituição, em primeira linha, a definir a responsabilidade civil da Administração e dos seus funcionários (artigos 22.º e 271.º da CRP).

Em resumo, menos e melhores leis administrativas, a par de uma cultura de responsabilidade funcional e pessoal.

Importa sobretudo uma *coerência fundamental*: de um tipo de legalidade-justiça constitucionalmente orientada devem resultar formas de legalidade dos poderes públicos e relações com os cidadãos que harmonizem adequadamente os interesses públicos com os direitos daqueles.

Nesta matéria é decisiva a Administração pública e a sua actividade, uma vez que a organização pública tende, paradoxalmente, a assumir as formas e as vestes da Administração. De resto, é na Administração que encontram equilíbrio e conciliação as diversas matrizes políticas, como são a União Europeia, o Estado e a Administração autónoma.

Mais uma vez o Provedor de Justiça poderia ser chamado a contribuir para a defesa dos direitos dos cidadãos, apelando, com a autoridade que se lhe reconhece, à melhoria dos textos legislativos e respectiva interpretação.

Em síntese, não há boa aplicação do Direito sem boas leis, como não há boas leis inaplicáveis ou inaplicadas.

4. Uma nota sobre os interesses difusos, de que já dissemos praticamente tudo.

O mérito dos interesses difusos, pela sua natureza e dimensão axiológico-teleológica, pode também ser o de nos ajudar a recuperar o sentido originário da lei e um novo sentido para a convivência humana. Para testemunhar o dito antes, tentaremos recuperar também o sentido originário do Provedor de Justiça (em sentido histórico), o que, creio, nunca se fez.

Também neste campo o Provedor de Justiça, como “magistratura de influência e de persuasão”, tem um papel a desempenhar na afirmação e maioridade do Estado de Direito democrático.

Conhecem-se as origens modernas da figura do Provedor de Justiça e os seus intuitos, o que talvez não se saiba tão bem são as origens históricas e a sua função originária. Ora a história da figura comporta ensinamentos extremamente válidos.

Com efeito, embora com outro nome, esta figura surge na fase final do império romano quando se institui, no ano 364, o *defensor civitatis* ou *plebis*. O escopo foi o de proteger os cidadãos mais humildes contra vexames infligidos pelos ricos e poderosos e, particularmente, contra ilegítimas imposições fiscais dos governadores e dos poderes públicos.

Sucessivamente, as funções do *defensor civitatis* alargaram-se também a controvérsias menores e à cobrança dos tributos dos mais pobres. Esta ampliação das suas funções fez perder ao órgão a sua originária preocupação de defesa dos mais débeis contra a prepotência dos poderosos, decaindo, gradualmente, a sua dimensão contestatária ao ser absorvido institucionalmente.

Da sua função originária retira-se uma bela lição, de extrema actualidade, inclusive a sua indispensável independência em relação aos poderes legitimamente constituídos, daí um breve aceno de conotação histórica.

Antes de mais, o sistema da sua designação experimenta várias soluções: da originária escolha a cargo do pretor entre pessoas de costumes e conduta irrepreensíveis que tivessem exercido funções administrativas ou judiciárias, à eleição directa pelo povo (plebe) do município, com ratificação imperial, ou à nomeação feita pelos bispos ou eclesiásticos após confirmação do pretor.

Digno de registo são também as questões relativas aos sujeitos a designar, não podendo ser escolhidos funcionários em exercício de funções, privilegiando-se cidadãos eminentes e imparciais, com um mandato de dois anos.

Giustiniano, século e meio depois da institucionalização do *defensor*, lamenta, em vários textos legais, a decadência desta figura, atribuindo o seu descrédito à sua sujeição política, mais propriamente aos governadores, reafirmando inutilmente a sua importância e necessidade.

Seguiu-se-lhe, depois, um descrédito geral que fez com que a nossa figura se tenha perdido na penumbra dos tempos até à bela invenção do constitucionalismo escandinavo, com a Suécia a dar vida ao *ombudsman* com a lei de 1809. A partir daqui a história é conhecida.

Regressando à problemática dos interesses difusos, são hoje o dever-ser do legislador, da Administração e do cidadão. A sua defesa pelo Provedor de Justiça é também ela uma forma de regenerar a legalidade especial, aquela (legalidade) que regula as relações entre os poderes públicos e os cidadãos.

Como sujeito de dever-ser, o Provedor de Justiça pode oferecer um contributo importante para a sua tutela através da *ilustração do público*. Preferimos esta expressão à de cidadania, por inquinada pelo discurso político.

Dito assim, importa fazer alguma distinção conceptual entre informação do público (*Öffentlichkeitsarbeit*), ilustração do público, recomendação e advertência.

A ilustração do público é uma tarefa fundamental da Administração pública, cobrando, por isso, uma enorme importância para o direito constitucional e o direito administrativo. Do ponto de vista jurídico constitui um direito-dever (*Pflichtrecht*). O conceito jurídico de ilustração do público, ao contrário do da informação do público, dirige-se fundamentalmente à consciência do indivíduo enquanto cidadão, enquanto titular de direitos fundamentais de participação política e administrativa. Envolve, assim, tanto os direitos de índole procedimental como os de natureza processual. No âmbito do direito ao ambiente implica o fomento da consciência ambiental e dos respectivos direitos jurídico-constitucionais de tutela.

Se utilizarmos a distinção essencialmente hegeliana entre Estado e sociedade, podíamos dizer que o conceito de ilustração do público se refere mais aos direitos subjectivos públicos e ao *status activus processualis*.

Já o conceito de informação do público se dirige mais à sociedade e ao cidadão enquanto consumidor, sendo naturalmente um conceito mais concreto do que o de ilustração. Este é, pela sua natureza, mais abstracto e geral. Quando a Administração diz que o tabaco pode matar, estamos no âmbito da informação e não da ilustração.

Mais incisivas e concretas são as noções de advertência e de recomendação, com uma natureza mais classificatória, tal como o da informação do público.

A recomendação é, todavia, um conceito mais fluído, uma vez que tanto pode ser geral, aproximando-se do conceito de ilustração, como pode assumir uma forma mais concreta, aproximando-se neste caso da informação do público ou mesmo da advertência. Por sua vez, o conceito de advertência representa referências a riscos concretos no sentido das normas de polícia administrativa.

Podíamos ainda tentar acentuar a distinção entre os conceitos de informação do público e de ilustração, assinalando que o primeiro, quando assume uma feição mais geral, tem uma conotação política, sem contudo atingir o limite intransponível da propaganda eleitoral.

Por sua vez, o conceito de ilustração do público tem mais a ver com os direitos de terceira e quarta geração e com a ideia de uma particular função cívica de natureza administrativa. O direito ao ambiente é um bom exemplo do que queremos demonstrar. Note-se que no Estado de Direito Constitucional o contacto maior do cidadão é com a Administração e não com o Estado em sentido estrito, em especial com a Administração autónoma local.

Mais uma vez, a visibilidade do Provedor de Justiça, como sujeito do dever-ser, é eminente, sobretudo ao nível da ilustração do cidadão e da Administração pública.

Os “interesses difusos” constituem uma das modernas manifestações da ilustração do cidadão e o novo *humus* do Estado de Direito.

Em extrema síntese, a qualidade administrativa de que tanto se fala não é possível sem um regresso do Direito ao Direito. A justiça administrativa teria então outra qualidade.

Regressando ao início, importa reconhecer dois modelos de Estado de Direito: o que resulta da experiência anglo-saxónica, em que prevalece o direito civil, e o modelo continental que valoriza o direito público. Creio que a evolução da Administração e do seu Direito é possível e desejável sem perda da sua identidade administrativa.

Sem banalização da função administrativa, o caminho passa pela ilustração do legislador, da Administração e do cidadão.

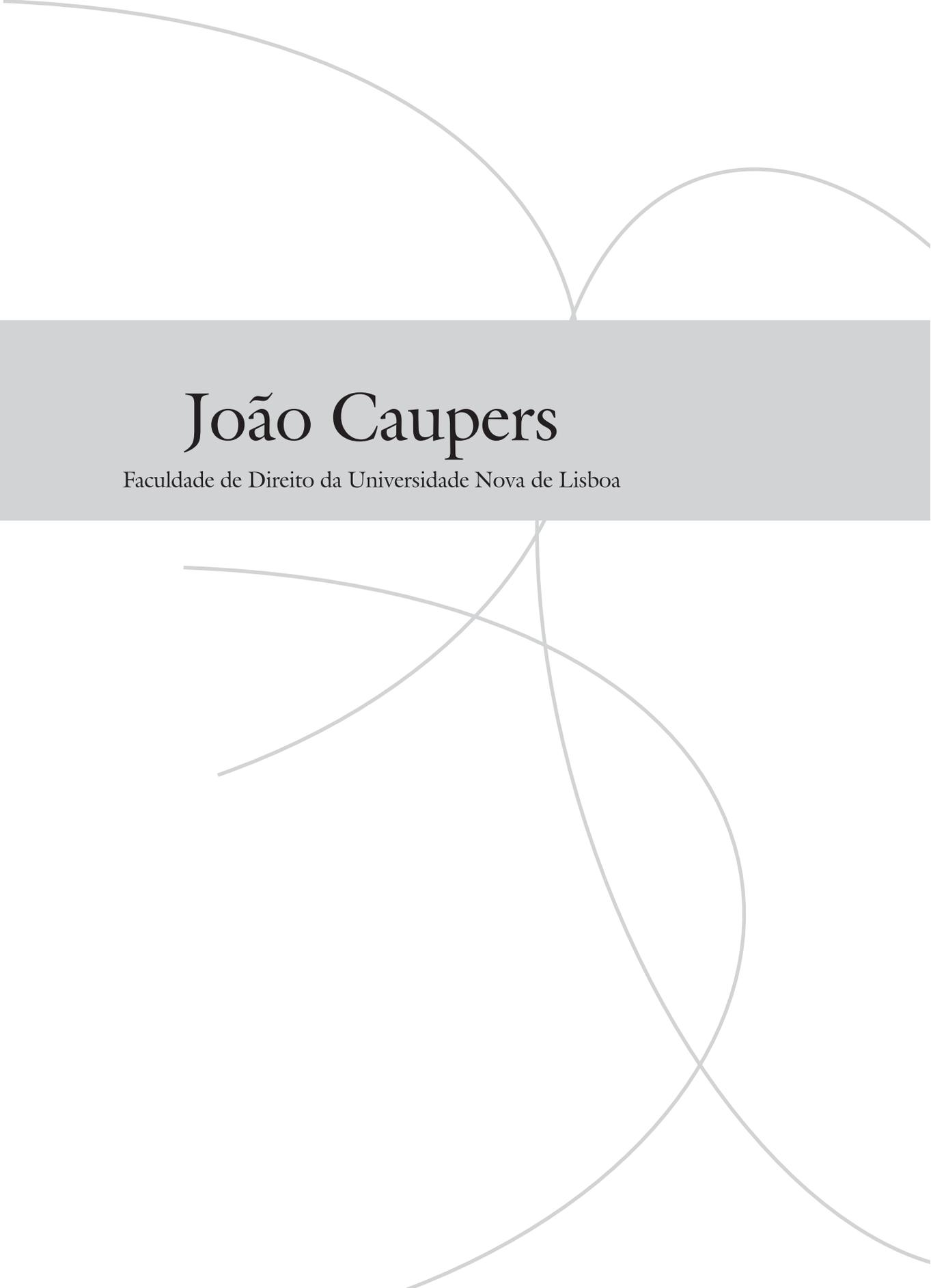
A inflação jurídica não coloca apenas o problema do direito de acesso ao Direito, permitindo também à Administração justificar a aplicação do Direito como não-aplicação.

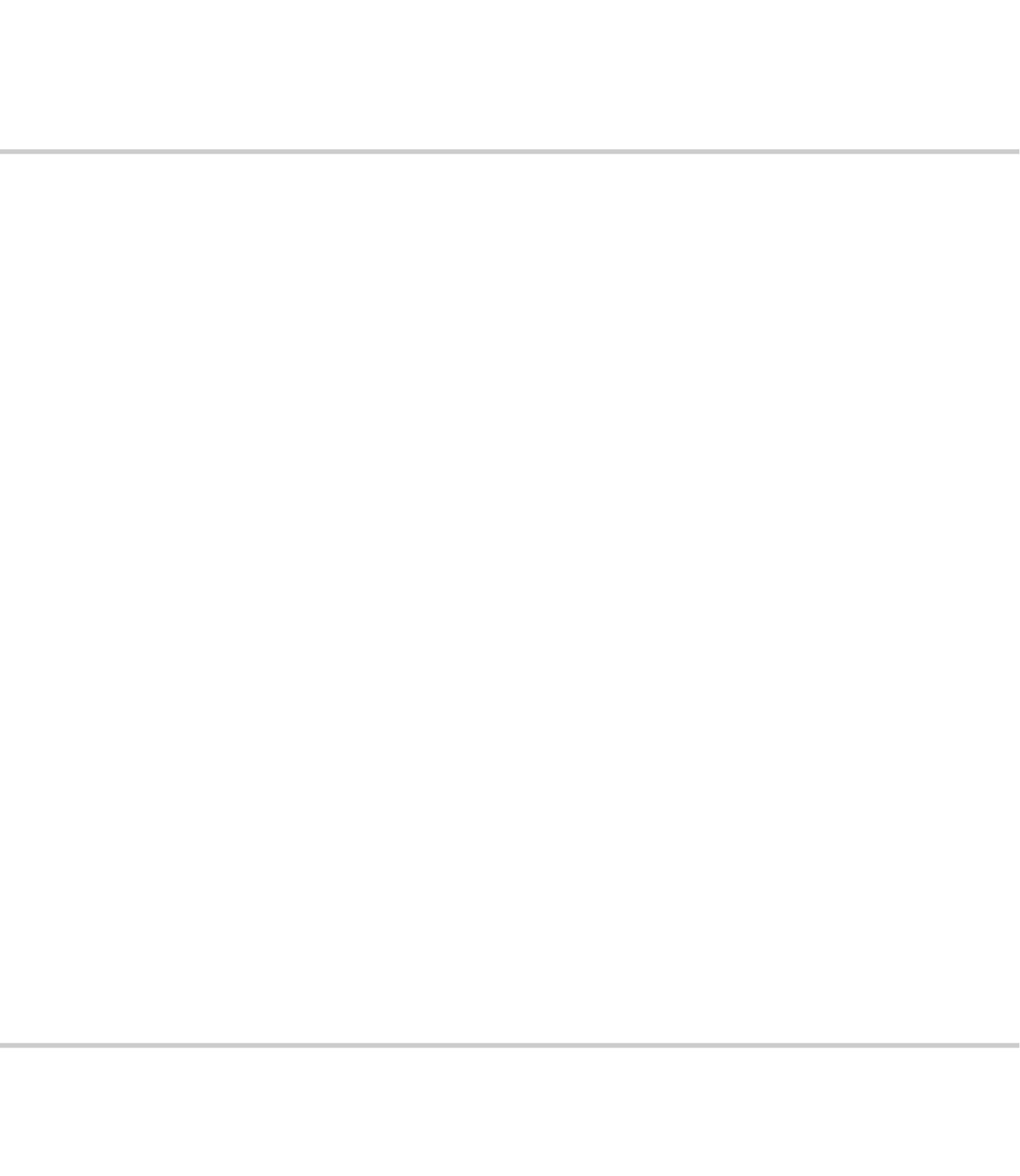
A ilustração como abandono da imaturidade culpável.



João Caupers

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa





A pretexto do dever de sigilo do Provedor de Justiça

1. Pediu-me o Senhor Provedor de Justiça que escrevesse um pequeno texto sobre a questão que dá o título a estas linhas. Aceitei prontamente, em recordação dos oito anos que trabalhei no Serviço do Provedor de Justiça¹, a cuja instituição e organização dei, há trinta anos – então jovem licenciado em Direito – um pequeno contributo. Nesse estimulante lançamento da novidade em matéria de defesa dos direitos dos cidadãos que era, à época, o *ombudsman* português, colaborei e sobretudo aprendi com eminentes juristas, como o Dr. Luís da Silveira, os Conselheiros Alberto Sampaio da Nóvoa e Carlos Vaz Serra de Lima e o saudoso Dr. João Osório.

A questão que me é colocada tem origem no disposto no n.º 1 do artigo 12.º do Estatuto do Provedor de Justiça, disposição na qual se pode ler que o *Provedor de Justiça é obrigado a guardar sigilo relativamente aos factos de que tome conhecimento no exercício das suas funções, se tal sigilo se impuser em virtude da natureza dos mesmos factos.*

Os problemas que este normativo pode originar são diversos.

Quem são as pessoas relativamente às quais o sigilo deve ser guardado – o queixoso, terceiros interessados, quaisquer terceiros?

O dever de sigilo tem a mesma amplitude em qualquer fase do procedimento pendente na Provedoria de Justiça ou haverá lugar a distinções, *maxime* entre o processo ainda em instrução e o processo já decidido?

Que situações deverão ser subsumidas à segunda parte do normativo: por outras palavras, quando é que a *natureza dos factos* sobre os quais o Provedor de Justiça obteve elementos impõe a este o dever de guardar sigilo?

¹ Continuo a chamar-lhe assim, como justamente se chamava quando o legislador original pretendeu – e bem – acentuar a figura do Provedor de Justiça, sublinhando que se tratava do seu serviço e não de uma anónima *Provedoria de Justiça*, hoje referida no Estatuto do Provedor de Justiça.

2. Começaremos por dizer que se compreende perfeitamente a ocorrência de dificuldades na matéria em causa.

Na verdade, no decurso da sua actividade investigatória, destinada a esclarecer questões levantadas pelos cidadãos que lhe dirigem queixas, o Provedor de Justiça pode ser confrontado com a necessidade de aceder a dados sensíveis, entenda-se, dados cujo conhecimento seja susceptível de afectar negativamente interesses de pessoas envolvidas no assunto.

As mais das vezes, tais dados estarão em poder de entidades públicas – os *poderes públicos* a que se refere o artigo 23.º da Constituição –, constando de documentos por elas conservados. Regra geral, esses dados deverão ser facultados ao Provedor de Justiça, em cumprimento de dever estabelecido no artigo 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça; a menos que, com base no preceituado no n.º 3 deste mesmo artigo, sejam contra este invocados, de forma fundamentada, o segredo de justiça ou o interesse superior do Estado, em matérias do âmbito da segurança, da defesa ou das relações internacionais.

O Provedor de Justiça terá, pois, em princípio, acesso aos dados em causa. O que permite colocar a questão: que fazer com eles?

3. Para nos situarmos devidamente perante o problema, convém ponderar dois aspectos prévios.

O primeiro respeita à determinação da natureza do Provedor de Justiça, isto é, à questão de saber se ele integra ou não a Administração Pública, questão cuja resposta pode ter implicações no plano do acesso dos cidadãos aos documentos constantes dos respectivos processos.

O segundo recomenda-nos que passemos em revista a situação em que se encontram os cidadãos à face da nossa ordem jurídica, no que respeita ao acesso a dados constantes de documentos administrativos.

Começaremos por aqui.

4. A possibilidade de aceder aos dados administrativos – *rectius*, aos documentos que os contêm – é tratada como um direito subjectivo pela nossa Constituição, encontrando-se prevista no n.º 1 do artigo 268.º da Lei Fundamental. Aí se escreve que *os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.*

O Código do Procedimento Administrativo, por seu turno, dando expressão a tal direito, estabeleceu, nos artigos 61.º e 62.º, que os particulares têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados e consultar o processo que não contenha documentos classificados e de obter as certidões ou reproduções autenticadas dos documentos que o integram.

Até este ponto, verificámos estar assegurado o acesso aos documentos administrativos daqueles que tenham nesse acesso um interesse directo. Mas nem só os *directamente interessados* têm acesso aos documentos administrativos.

Desde logo, o próprio Código do Procedimento Administrativo, no artigo 64.º, n.º 1, alargou o âmbito daquele acesso a *quaisquer pessoas que provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos que pretendam*.

O interesse *directo* ampliava-se ao interesse *legítimo*: supostamente um interesse ainda merecedor de tutela jurídica enquanto interesse relativo àquele que invocava, mas menos intensa do que a justificada pelo interesse directo. Seja como for, estava-se ainda no domínio dos interessados – isto é, daqueles que procuravam ganhar algo, ou não perder algo, com o conhecimento do documento – no acesso aos documentos.

5. O artigo 65.º do Código do Procedimento Administrativo consagrou, porém, o princípio da administração aberta ou da transparência administrativa, estabelecendo, na esteira da Constituição, que *todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que se não encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito...*

Estamos agora já no domínio do acesso desinteressado ou altruísta: já não se trata de obter uma vantagem com o acesso, mas, simplesmente, *de aceder*, enquanto expressão do exercício de um direito fundamental *a conhecer*, um direito à informação administrativa.

Não tendo tal sido feito pelo Código do Procedimento Administrativo – que se limitou a reproduzir a disposição constitucional –, coube à Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, cumprir o imperativo constitucional constante do n.º 6 do artigo 268.º da Lei Fundamental, regulando especificamente o acesso aos documentos da Administração por parte daqueles que não sejam directamente interessados nos procedimentos em causa.

Destacamos os seguintes pontos deste diploma legal:

- a) Uma noção de *documento administrativo*, contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, e outra de *documento nominativo*, incluída na alínea c), estabelecendo a lei diferentes condições de acesso a uns e a outros;
- b) A garantia do acesso aos documentos administrativos não nominativos, constante do n.º 1 do artigo 7.º;
- c) A descrição do âmbito de aplicação subjectiva do diploma através da enumeração dos órgãos que se encontram sujeitos ao regime jurídico nele estabelecido (artigo 3.º).

6. Tem especial interesse tomar em consideração o tratamento dado pelas leis ao acesso a documentos nominativos, documentos que contenham dados pessoais, considerados estes as *informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que contenham apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada* (artigo 3.º da Lei n.º 65/93).

Nos termos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 65/93, o acesso a estes documentos *é reservado à pessoa a quem os dados digam respeito e a terceiros que demonstrem interesse directo e pessoal*... Significa isto que, relativamente a estes documentos, não vale o princípio da transparência, não estando assegurado o acesso desinteressado.

É interessante notar que o n.º 2 do artigo 62.º do Código do Procedimento Administrativo havia estabelecido que o direito à informação abrangia os documentos nominativos relativos a terceiros, desde que tivessem sido deles excluídos os dados pessoais que não fossem públicos, nos termos legais. Trata-se, pelo menos aparentemente, de uma solução diversa da que veio a ser adoptada pela Lei n.º 65/93, e que possibilitava algum acesso de terceiros a documentos nominativos, desde que destes pudessem ser amputados os elementos de natureza pessoal.

Num como noutro caso, se se tiver em consideração que o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição reconhece e assegura o direito fundamental à reserva da vida privada, compreende-se facilmente a restrição legal: trata-se simplesmente de condicionar um direito fundamental para possibilitar o respeito por outro direito fundamental².

Como escrevemos noutro local, *todos sabemos que entre os dados constantes de documentos da Administração se podem encontrar informações delicadas sobre a saúde, a situação económica e outros aspectos da nossa vida, relativamente aos quais desejamos conservar sigilo. Sucede que o conhecimento de tais dados pode ter o maior interesse para outros cidadãos, no contexto do exercício de direitos que também lhes são reconhecidos*.

*Nestas circunstâncias, a solução acertada há-de passar pela procura do equilíbrio possível dos valores constitucionais que justificaram o reconhecimento dos dois direitos e não pelo sacrifício integral de qualquer deles*³.

7. O segundo ponto prévio à análise do problema tem a ver, como se disse, com a determinação da natureza do Provedor de Justiça.

O relevo deste ponto releva da forma como, tanto o Código do Procedimento Administrativo, como a Lei n.º 65/93, determinam os respectivos âmbitos de aplicação subjectiva.

O primeiro daqueles diplomas fixa o seu âmbito de aplicação subjectiva nos números 1 e 2 do artigo 2.º. Aí se pode ler:

² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, na sua *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, p. 290, na anotação VI ao artigo 26º, referem explicitamente, relativamente ao direito à reserva da vida privada, ser *um daqueles que apresenta um maior índice de conflitualidade possível de antecipar, desde logo, com a simples leitura das normas constitucionais que se referem ... ao princípio do "arquivo aberto" da administração*.

³ JOÃO CAUPERS, *Acesso a documentos nominativos: direito à informação ou reserva de intimidade?* Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 29 de Outubro de 1996, «in» *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 1, Janeiro-Fevereiro de 1997, p. 33.

1. *As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas.*
2. *São órgãos da Administração Pública, para efeitos deste Código:*
 - a) *Os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas;*
 - b) *Os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas;*
 - c) *Os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.*

Quanto à Lei n.º 65/93, o seu âmbito de aplicação subjectiva consta do artigo 3.º. Aí se mencionam *os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas, os órgãos das autarquias locais, suas associações e federações e outras entidades no exercício de poderes de autoridade, nos termos da lei.*

A determinação da natureza do Provedor de Justiça para os efeitos que ora nos interessam pode fazer-se assentar nas seguintes afirmações:

- a) O Provedor de Justiça é um órgão do Estado;
- b) O Provedor de Justiça é uma autoridade pública;
- c) O Provedor de Justiça é independente, designadamente no sentido de *independente do Governo*, sendo que este é, entre nós, o órgão máximo da Administração Pública;
- d) O âmbito de intervenção do Provedor de Justiça está constitucionalmente limitado aos *poderes públicos* (cfr. artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, do Estatuto do Provedor de Justiça).

Dito isto, haverá que reconhecer-se que a esmagadora maioria da actividade quotidiana do Provedor tem por objecto actos e omissões ocorridos no exercício de actividades de natureza administrativa pública.

Na verdade, é necessário ter na devida consideração que:

- a) A independência do poder judicial apenas autoriza ao Provedor intervenções menores e muito limitadas na actividade jurisdicional (cfr. o n.º 3 do artigo 22.º do Estatuto);
- b) A possibilidade que assiste ao Provedor de Justiça de emitir *sugestões para a elaboração de nova legislação*, mencionada na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do Estatuto, não traduz uma atribuição de iniciativa legislativa *proprio sensu*;

- c) A exclusão do âmbito de intervenção do Provedor de Justiça, operada pelo n.º 2 do artigo 22.º do Estatuto, da actividade não administrativa dos órgãos de soberania coloca fora do seu alcance os actos típicos da função política (como a escolha do Primeiro Ministro, a marcação da data das eleições legislativas, a declaração de guerra, etc.).

Todas estas limitações apontam num mesmo sentido: o Provedor de Justiça é um órgão do Estado cujas competências se exercem, no essencial, sobre a administração pública. Sobre a administração pública, considerada esta em sentido material ou funcional, e não em sentido orgânico, como resulta claramente do disposto no artigo 2.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

8. Mas, claro, uma coisa é dizer que o Provedor de Justiça actua principalmente sobre a administração pública e outra, diversa, sustentar que ele próprio seja um órgão da administração pública, no sentido de órgão encarregado de tarefas qualificáveis como actividade administrativa pública.

Compreensivelmente, sendo muito difícil, senão mesmo impossível, uma definição de actividade administrativa pública, dificuldade explicável por razões lógicas e históricas⁴, os autores que se pronunciaram sobre a natureza do Provedor de Justiça procuraram testar qualificações possíveis para a instituição, privilegiando a hipotética qualificação como *autoridade administrativa independente*.

Esta qualificação teria sido rejeitada por Diogo Freitas do Amaral, por considerar que o Provedor de Justiça *se situa num nível superior ao das autoridades administrativas, tanto que pode controlar, à sua maneira, certos aspectos da actuação de todos os órgãos de soberania*⁵. E dizemos *teria sido rejeitada*, porque temos presente que o mesmo autor, em escrito conhecido, considerou que o Provedor de Justiça integrava a Administração central directa do Estado, muito embora na qualidade de órgão independente⁶.

Vital Moreira, pelo seu lado, escreveu que *apesar de ser inequivocamente uma autoridade administrativa independente, o Provedor de Justiça, não integra a categoria das entidades administrativas independentes, não obviamente por não ser independente, mas sim por não se integrar na função administrativa, não pertencendo portanto à esfera da Administração Pública*⁷.

Maria Lúcia Amaral manifestou alguma perplexidade relativamente à natureza do Provedor de Justiça, escrevendo que *o Provedor de Justiça é um aliud em relação às autoridades independentes*⁸.

⁴ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7ª edição, Lisboa, 2003, p. 37.

⁵ Não tivemos acesso a este texto, referido em documento elaborado no âmbito do Serviço do Provedor de Justiça.

⁶ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 2ª edição, Coimbra, 1994, p. 230.

⁷ Cfr. *As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça*, «in» *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, p. 117.

⁸ Cfr. *O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?* «in» *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, p. 72.

Tomando como ponto de partida estes textos, poderia ser-se levado a concluir pela exclusão do Provedor de Justiça dos âmbitos de aplicação da Lei n.º 65/93 e do Código do Procedimento Administrativo: o Provedor de Justiça não integraria a Administração Pública (no sentido de organização administrativa pública), nem desempenharia tarefas susceptíveis de qualificação como actividade administrativa pública, não participando no exercício da função administrativa. Em consequência, não lhe seriam aplicáveis as normas daqueles diplomas legais que asseguram o direito à informação, tanto de interessados, como de não interessados.

9. Será este entendimento o mais acertado?

Confessamos as nossas dúvidas.

Começaremos por dizer que a questão essencial não nos parece ser a de apurar se o Provedor de Justiça é ou não uma autoridade administrativa independente: trata-se, outrossim, de determinar se, independentemente desta ou daquela qualificação jurídica mais ou menos precisa, o Provedor de Justiça participa – ou não participa – na administração pública.

Neste ponto, impõe-se uma clarificação semântica: aceitamos a distinção feita por Diogo Freitas do Amaral entre a *Administração Pública* – a organização administrativa pública (sentido orgânico ou subjectivo da expressão) – e a *administração pública* – a actividade administrativa pública (sentido material ou funcional).

Por razões que procurámos esclarecer noutro local⁹, preferimos hoje o sentido funcional: num mundo em que é crescente o envolvimento de entidades de carácter jurídico-privado no desempenho de actividades de natureza administrativa pública, afigura-se cada vez menos significativo o sentido orgânico. Isto mesmo pode ser confirmado pela própria redacção actual do n.º 1 do artigo 2.º do Estatuto do Provedor de Justiça, ao incluir entre os *poderes públicos* referidos no n.º 1 do artigo 1.º entidades de natureza jurídico-privada, como as empresas de capitais maioritariamente públicos e as empresas concessionárias e, até, entidades particulares que desfrutem de uma *especial relação de domínio*.

Vale isto por dizer que, do nosso ponto de vista, interessa bem mais saber se a actividade do Provedor de Justiça pode e deve ser qualificada como uma actividade de natureza administrativa pública do que averiguar se ele faz parte da organização administrativa pública.

10. Começamos por recordar a afirmação de Vital Moreira que transcrevemos: segundo este autor, *o Provedor de Justiça não integraria a função administrativa, não pertencendo portanto à esfera da Administração Pública*.

⁹ Cfr. a nossa *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., pp. 32-33.

Esta afirmação suscita duas observações: a primeira regista a utilização da expressão *Administração Pública*. O uso de maiúsculas, na esteira de Diogo Freitas do Amaral, assinala a preferência pelo sentido orgânico da expressão; a segunda observa o uso da expressão *função administrativa*.

Esta expressão, que se pode considerar sinónima daquela outra *actividade administrativa pública*, chega-nos da teoria das funções do Estado. Como referimos noutro lugar, não é habitual encontrarem-se, nomeadamente na doutrina constitucional, definições materiais da função administrativa – contrariamente ao que ocorre com a função legislativa e a função jurisdicional¹⁰.

As explicações para tal carência foram já devidamente equacionadas, nomeadamente por Fernando Garrido Falla, que sublinhou o chamado *carácter residual* do poder administrativo, consequência da própria origem da teoria da separação de poderes: o poder administrativo – hoje, a função administrativa – seria, afinal, a designação genérica e imprecisa das actividades orientadas para a satisfação de necessidades colectivas que haviam sido conservadas na esfera do governo, após terem sido subtraídas a este as tarefas de que foram incumbidos o poder legislativo, o poder judicial e o poder político¹¹.

Chamámos já a atenção para a insuficiência desta “concepção residual”, incapaz de esclarecer minimamente a natureza e o objecto da função administrativa¹². Haverá, todavia, que reconhecer que ela ainda conserva um peso significativo no léxico jurídico-público: a maioria dos juspublicistas ao referir a “função administrativa”, a “actividade administrativa”, a “organização administrativa” ou a “administração pública” estará a pensar em actividades diversificadas mas que apresentam como denominador comum a circunstância de estarem excluídas das funções legislativa, jurisdicional e política – mais do que em qualquer definição material ou, sequer, enumeração de actividades consideradas administrativas.

Supomos que é à luz desta tradição que se têm de entender formulações como as constantes do n.º 1 do artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo, quando menciona o desempenho de *actividade administrativa* de gestão pública ou o desenvolvimento de *funções materialmente administrativas*; ou do artigo 3.º da Lei n.º 65/93, quando refere os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam *funções administrativas*.

Em nosso entender, não faz grande sentido especular sobre a natureza do Provedor de Justiça pelo menos para o objectivo deste escrito. Não nos parece útil, para o propósito que nos move neste texto, averiguar se o Provedor de Justiça é, na sua essência, parte da *Administração Pública* ou se prossegue verdadeiramente *administração pública*. Seja como for, é seguro que o Provedor de Justiça não integra a função legislativa, nem a função jurisdicional, nem a função política. Tanto

¹⁰ Cfr., *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 37.

¹¹ Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volume I, 11.ª edição, Madrid, 1989, pp. 37 a 39.

¹² Cfr. *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., pp. 37-38.

basta para que, considerada a concepção que criticámos, mas cujos reflexos se continuam a fazer sentir, entendamos que as normas em causa não permitem excluí-lo da função administrativa – e, portanto, do âmbito de aplicação das leis que mencionámos.

11. Admitamos, porém, que não nos assiste razão. Que consequências teria a exclusão do Provedor de Justiça do âmbito da administração pública?

Desde logo, não resistimos a observar que a documentação produzida no âmbito do Serviço do Provedor de Justiça que nos foi facultada parece revelar alguma flutuação relativamente a este problema.

Em texto subscrito pelo actual titular do cargo, sustenta-se expressamente que *o âmbito de aplicação da Lei n.º 65/93 ... não abrange ... o Provedor de Justiça*¹³. Esta posição diverge, contudo, da que havia sido sustentada anteriormente pelo Provedor-Adjunto de Justiça que, em comunicação dirigida à mesma entidade, havia citado, considerando aplicáveis, vários preceitos da Lei n.º 65/93, admitindo implicitamente a inclusão do Provedor de Justiça no âmbito de aplicação subjectivo desta lei¹⁴.

A tese da exclusão do Provedor de Justiça do âmbito de aplicação da mencionada lei – e também do Código do Procedimento Administrativo e de outras leis que utilizam fórmulas idênticas ou semelhantes às utilizadas por estes diplomas para se referirem à administração pública – teria consequências que reputamos criticáveis, deixando sem cobertura uma série de situações que não encontram regulamentação nas leis específicas do Provedor de Justiça e do seu serviço. Vejamos quatro exemplos.

Qual o regime do uso ilegítimo de informações por parte de funcionários do Serviço do Provedor de Justiça, matéria contemplada no artigo 10.º da Lei n.º 65/93?

Que regras se aplicariam às notificações feitas pelo Provedor de Justiça, se não fossem aplicáveis as normas dos artigos 66.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo?

Poderia o Provedor de Justiça outorgar contratos administrativos, se não estivesse habilitado para tal pelo artigo 149.º do Código do Procedimento Administrativo?

Que regras seriam aplicáveis à tramitação de um procedimento disciplinar instaurado a um funcionário do Serviço do Provedor de Justiça, tendo em conta que o n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, manda aplicar o Estatuto Disciplinar que o diploma aprovou aos funcionários e agentes da *administração central, regional e local*?

Em suma, parece-nos inconveniente a tese da exclusão do Provedor de Justiça do âmbito da administração pública. Sustentamos que, não obstante as especificidades da figura, o Provedor de

¹³ Ofício n.º 3008, de 20 de Fevereiro de 2003, dirigido ao Presidente da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos.

¹⁴ Ofício n.º 10124, de 23 de Julho de 2002.

Justiça exerce uma actividade susceptível de ser reconduzida ao exercício da função administrativa – ou, se se preferir, desempenha tarefas de natureza administrativa pública.

12. Definida esta posição, que consequências decorrerão dela?

Sendo, em princípio, aplicáveis ao Provedor de Justiça as normas que garantem o direito à informação administrativa, como conciliá-las com o dever de sigilo que lhe impõe o n.º 1 do artigo 12.º do seu Estatuto?

Não será inútil recordar a natureza do Provedor de Justiça para procurar obter uma resposta a esta questão.

O Provedor de Justiça constitui uma garantia essencial dos cidadãos confrontados com actos ou omissões, sobretudo de entidades e serviços envolvidos no exercício de actividades de natureza administrativa pública. A sua instituição teve como propósito encontrar uma forma expedita, menos formal do que o tradicional recurso aos tribunais, e gratuita, de atender às razões de queixa daqueles que entendam ter sido lesados por comportamentos jus-públicos. E, sobretudo, cremos, um mecanismo susceptível de censurar a má administração e já não apenas, como os tribunais, a administração desrespeitadora da legalidade.

Aquilo que podemos considerar o paradigma do Provedor de Justiça apresenta os seguintes traços característicos principais:

- a impossibilidade de o Provedor de Justiça modificar, revogar ou substituir actos jurídico-públicos, mesmo que os considere ilegais ou inconvenientes (cfr. n.º 1 do artigo 22.º do Estatuto);
- a ampla liberdade de que o Provedor de Justiça e os seus colaboradores desfrutam de acesso aos locais e documentos da administração pública (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do Estatuto);
- o uso de instrumentos de persuasão, designadamente as recomendações e o recurso à opinião pública, como forma de alterar ou provocar comportamentos administrativos (cfr. n.º 2 do artigo 35.º e artigo 38.º do Estatuto).

13. Supomos poder dizer que o sucesso de uma figura como o Provedor de Justiça depende de um conjunto de factores.

Impossibilitado como está de utilizar procedimentos injuntivos contra a Administração Pública, o Provedor de Justiça tem de investir na única qualidade capaz de possibilitar o exercício satisfatório das suas funções: o respeito dos cidadãos e da Administração Pública.

Para tanto, afigura-se-nos indispensável que o Provedor de Justiça:

- a) Exerça os seus poderes de intervenção com rigor, prudência e moderação;

- b) Actue com o máximo de transparência relativamente aos cidadãos que se lhe dirigem, por forma a que estes fiquem cientes das razões que o conduzem a intervir, ou não, relativamente a uma dada queixa;
- c) Cumpra escrupulosamente as obrigações decorrentes do princípio do contraditório, dando sempre aos órgãos e agentes da Administração Pública postos em causa a oportunidade de explicar as suas condutas e justificar as suas decisões.

14. No decurso da sua actividade investigatória o Provedor de Justiça tem em absoluto de evitar que a sua interferência num determinado assunto possa ser confundida com aquilo que poderíamos designar por «tráfico institucional de influências».

Na verdade, não obstante a iniciativa de que o Provedor de Justiça dispõe, há que reconhecer que a parte mais substancial da sua actividade depende das solicitações que os interessados lhe dirigem.

Ora, em resultado da simples interferência do Provedor de Justiça, solicitando informações sobre uma situação relativa a uma pessoa que se lhe dirigiu, pode suceder (e sucedia, como testemunhámos quando ali trabalhámos, sobretudo em casos em que o cidadão se queixava da excessiva demora na solução de um problema que o afectava – o que, como sabem aqueles que conhecem a nossa administração pública, é demasiado frequente) que o órgão da Administração posto em causa, para evitar maiores problemas, acelere a solução do caso que havia originado a queixa, parecendo encarar a intervenção do Provedor de Justiça como um mecanismo informal de aceleração procedimental, uma espécie de “cunha”, actuando na esperança de que, resolvendo “isto” depressa, o Provedor de Justiça “o deixe em paz”.

15. É à luz desta nossa preocupação que se poderão compreender as observações que se seguem.

A primeira delas incide sobre algo que consideramos um verdadeiro princípio enformador da actividade do Provedor de Justiça, que nos parece dever ser sempre respeitado: a intervenção deste órgão não pode servir para que alguém aceda a documentos aos quais não tem o direito de aceder. Na verdade, seria inadmissível que o Provedor de Justiça servisse de instrumento para ultrapassar limitações e constrangimentos legais, em geral destinados a proteger direitos subjectivos e interesses legítimos de terceiros.

Mas vamos mais longe: em nosso entender, a intervenção do Provedor de Justiça também não deve servir para facilitar o acesso a documentos da Administração, ainda que o queixoso considere ter o direito de aceder a eles e o exercício de tal direito lhe houver sido recusado.

Na verdade, existe um órgão específico, concebido precisamente para assegurar o acesso à documentação administrativa, quando este acesso for posto em causa pela Administração Pública, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA). Ora, neste caso parece particularmente recomendável que o Provedor de Justiça faça uso da faculdade que o n.º 1 do artigo 32.º do Estatuto lhe confere de *encaminhar o queixoso para a entidade competente*, uma vez que existe um *meio gracioso* apropriado, *especialmente previsto na lei*.

Considerada a vocação própria da CADA (cfr. artigos 18.º e 20.º da Lei n.º 65/93), não faz sentido que o Provedor de Justiça opere como uma instância paralela ou alternativa a este órgão.

Se o Provedor de Justiça não respeitasse o mencionado princípio e aceitasse contribuir para o acesso indevido à documentação administrativa – ou, mesmo, para o acesso que entendesse corresponder ao exercício de um direito contrariado pela Administração, substituindo-se à CADA com o propósito de assegurar tal exercício –, a consequência seria, muito provavelmente, uma dificuldade acrescida nas relações do Provedor de Justiça com a Administração Pública. Sobretudo no primeiro caso que referimos, em que o órgão da Administração que tivesse facultado o acesso ao documento, convencido que o Provedor de Justiça guardaria reserva sobre ele, não deixaria de encarar a atitude deste, no mínimo, como uma deslealdade. A credibilidade da instituição ficaria inevitavelmente abalada.

16. Até este ponto tratámos do acesso aos documentos da Administração através do Provedor de Justiça como problema geral. A partir deste ponto tornam-se necessárias algumas distinções.

Na verdade, podem encontrar-se no Serviço do Provedor de Justiça documentos de natureza muito diversa.

Uma primeira distinção a ser feita contrapõe os *documentos internos*, isto é, documentos preparados no âmbito do próprio Serviço, pelos seus assessores e técnicos, e documentos de terceiros, elaborados no âmbito de outras entidades e serviços públicos, a que o Provedor de Justiça acede por força do seu estatuto.

No que respeita aos primeiros, haverá que proceder a uma segunda distinção:

- por um lado, as decisões tomadas pelo Provedor de Justiça pondo termo a processos pendentes no seu Serviço, isto é, decisões finais tomadas sobre queixas de um cidadão ou em procedimentos de iniciativa do próprio Provedor;
- por outro lado, despachos interlocutórios do Provedor de Justiça ou de colaboradores seus, determinando ou recusando a realização de diligências, aceitando ou recusando explicações da Administração, solicitando a realização de diligências ou o envio de documentos, etc..

Uma outra distinção relevante é a que contrapõe documentos nominativos e documentos não nominativos, em termos que já referenciámos noutra ponto.

Vejamos como, em nosso entender, estas distinções se projectam na resolução do problema que nos ocupa.

17. Começemos pelos documentos internos do Serviço do Provedor de Justiça, e, de entre estes, pelos despachos interlocutórios.

A nossa posição relativamente ao acesso a estes documentos é fácil de antecipar. Na verdade, tendo nós sustentado que a Lei n.º 65/93 é aplicável ao Provedor de Justiça, tem aqui pleno cabimento a invocação do disposto no n.º 5 do artigo 7.º deste diploma:

O acesso a documentos constantes de processos não concluídos ou a documentos preparatórios de uma decisão é diferido até à tomada da decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração.

No que toca aos documentos internos do Serviço do Provedor de Justiça que contenham as decisões finais do Provedor ou que integrem procedimentos findos, a resposta é um pouco mais complexa.

Tratando-se de documentos não nominativos, documentos que não contêm quaisquer dados pessoais relativos a pessoas identificadas ou identificáveis, envolvendo apreciações, juízos de valor ou informações abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada, entendemos que o acesso dos cidadãos deve ser plenamente assegurado. Não encontramos qualquer motivo relevante para que tais documentos conheçam restrições no respectivo acesso, que não põe em causa quaisquer pessoas ou órgãos dos serviços envolvidos em actividades de natureza administrativa pública.

18. Diferente tem de ser a resposta relativa aos documentos nominativos, dadas as características peculiares deste tipo de documentos.

Como dissemos noutro ponto, o melindre envolvido pelo acesso a estes documentos reside na necessidade de equilibrar o exercício de dois direitos fundamentais: o direito à reserva da vida privada, protegido pelo artigo 26.º da Constituição, e o direito de acesso à informação administrativa.

Sempre considerada a aplicabilidade, por nós sustentada, da Lei n.º 65/93 ao Provedor de Justiça, a condicionante do acesso consta do n.º 2 do artigo 7.º: o acesso a estes documentos é reservado à pessoa a quem os dados digam respeito e a terceiros que demonstrem interesse directo e pessoal. Não é aqui respeitado, como também já referimos, o princípio da transparência, não estando assegurado o acesso desinteressado.

Esta solução não é, a nosso ver, incompatível com a que decorre do n.º 2 do artigo 62.º do Código do Procedimento Administrativo: na verdade, se se excluírem (caso tal exclusão seja tecnicamente possível, naturalmente), de um documento nominativo os dados pessoais não públicos, tudo se passa como se o documento tivesse deixado de ser nominativo. O acesso pode, assim, ser livremente assegurado.

19. Passemos aos documentos elaborados no âmbito de outras entidades e serviços públicos a que o Provedor de Justiça acedeu por força do seu estatuto.

É precisamente neste ponto que entendemos que se projectam com maior nitidez as especificidades da instituição do Provedor de Justiça.

Na verdade, sustentamos que o Provedor de Justiça deve ser o único e absoluto juiz quanto ao acesso de quaisquer cidadãos a documentos elaborados no âmbito de outros órgãos e serviços da Administração Pública. Não deve poder ser invocado contra ele, no que a estes documentos respeita, qualquer direito de acesso, independentemente de se tratar de documentos nominativos ou não.

Por que sustentamos nós esta posição? Por razões que antecipámos: considerados os propósitos do acesso assegurado ao Provedor de Justiça – que visa, não só mas sobretudo, assegurar a este condições para apreciar devidamente as queixas que os cidadãos lhe dirigem – os documentos que o Provedor de Justiça recebe da Administração Pública e por via dos quais os respectivos autores pretendem, as mais das vezes, contrariar as queixas dos cidadãos, destinam-se apenas a esclarecer o Provedor.

E se os interessados – queixosos ou não – entenderem que a eles devem ter acesso? Bom, devem dirigir-se aos seus autores e exigir-lo. Caso o não consigam, deverão então utilizar, contra tal recusa, os meios administrativos e contenciosos que a ordem jurídica coloca ao seu dispor para tal.

Em suma, entendemos que o Provedor de Justiça não pode ser constrangido a proporcionar o acesso a quaisquer documentos de terceiros. O significado de tal constrangimento não poderia deixar de ser uma pressão no sentido da divulgação pelo Provedor de Justiça de documentos da administração pública, o que viria inevitavelmente a minar a base de confiança de que o Provedor necessita para bem desempenhar as suas funções.

20. Em conclusão: entendemos que a disposição do n.º 1 do artigo 12.º do Estatuto do Provedor de Justiça deve ser interpretada no sentido de que é ao próprio Provedor, e apenas a ele, que cabe determinar quais os documentos produzidos no âmbito de outros órgãos e serviços da Administração Pública cujo acesso implicaria a divulgação de factos que devem merecer o sigilo do Provedor de Justiça.

Claro que, tratando-se de documentos nominativos, o Provedor de Justiça deverá ter em conta o disposto no n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 65/93, que não autoriza o acesso de terceiros desinteressados a tais documentos. Mas, mesmo para além dos limites desta regra, ainda que esteja em causa o acesso de interessados, o Provedor de Justiça não deverá permitir este sempre que considere que ele possibilitará o conhecimento de factos sobre os quais deva guardar sigilo.

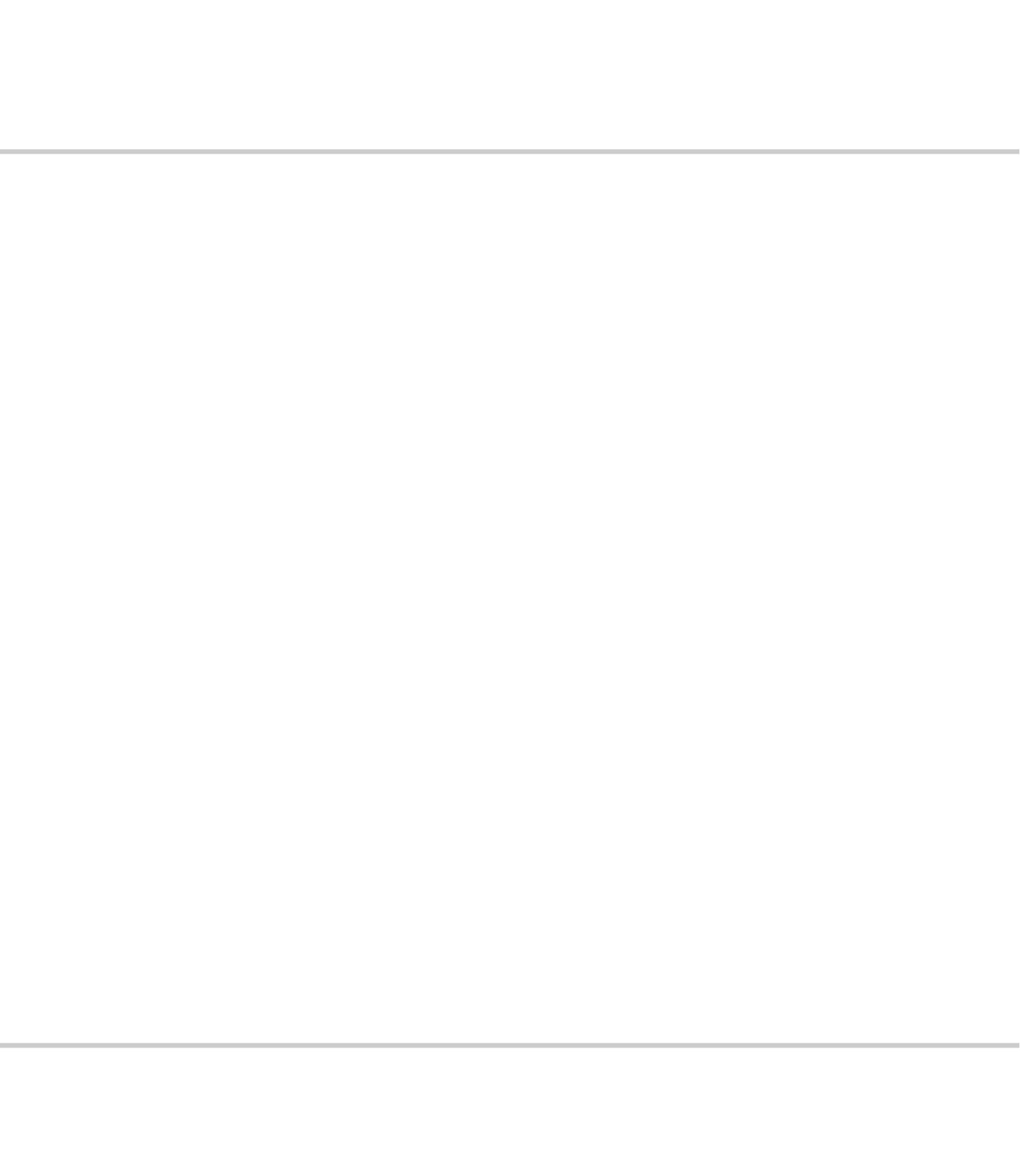
Relativamente aos documentos não nominativos, opera simplesmente a regra de que o Provedor de Justiça ajuíza, sem constrangimentos, da conveniência em facultar ou não o respectivo acesso, à luz daquilo que entenda serem as expectativas de confidencialidade da entidade ou serviço no âmbito do qual os documentos foram produzidos.

Pode, assim, dizer-se que o dever de sigilo que o n.º 1 do artigo 12.º do Estatuto do Provedor de Justiça faz impender sobre esta autoridade é um dever *reforçado*, no sentido de que sem o respeito por ele não é concebível a própria actividade do Provedor de Justiça.

The background features several thin, light gray curved lines that sweep across the page, creating a sense of movement and elegance. These lines are positioned both above and below the central text area.

Rui Chancerelle de Machete

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa



As funções do Provedor de Justiça e os limites jurídicos da sua intervenção

1. O Provedor de Justiça é caracterizado na nossa Constituição como «um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar» – art. 23.º, 3. O n.º 1 do mesmo artigo refere que «os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças». Por seu turno, o n.º 2 do artigo 23.º esclarece que «o Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis».

Apesar do rigor técnico usado pelo legislador constitucional, o qual tem o cuidado de qualificar o Provedor como um órgão independente – o seu Estatuto acrescenta, precisando «do Estado», art. 1.º, 1 da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril¹, e de distinguir o órgão do seu titular, permanecem algumas dúvidas sobre a sua competência e âmbito de actuação, que os desenvolvimentos feitos no actual Estatuto, aliás, não dissipam inteiramente. Existe até a impressão de que o assinalável êxito da Instituição junto dos mais desprotegidos e a procura crescente dos seus serviços e apoio favorecem o alargamento dos limites da sua intervenção para além do estritamente previsto na Constituição e até na lei.

Estas notas pretendem contribuir para uma melhor demarcação dos limites de intervenção da actividade do Provedor, a qual, se isenta de dúvidas, do mesmo passo, robustecerá ainda mais a sua relevância.

¹ O Estatuto do Provedor de Justiça é actualmente regulado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril. Deve ainda ser tida em consideração a Lei n.º 19/95, de 13 de Maio (Regime e queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas).

2. O «Ombudsman» constitui uma contribuição original e muito interessante do constitucionalismo sueco no longo esforço de aperfeiçoamento dos instrumentos de controlo dos Parlamentos sobre a actividade dos Executivos, particularmente da Administração Pública. A partir da segunda metade dos anos cinquenta do século passado, o seu sucesso e rápida disseminação fora da Escandinávia, devidos em grande parte à natureza informal e independente da sua actuação, conduziram também a uma progressiva diversificação da sua tipologia. Poderemos dizer, de um modo aproximativo, que o instituto foi sendo cada vez menos frequentemente consagrado como órgão auxiliar das assembleias políticas, enquanto se acentuava o seu papel de controlo da actividade administrativa, e, também, de mediador de conflitos entre a Administração e os particulares².

3. O nosso Provedor de Justiça foi criado logo em 1975, como entidade designada pelo Presidente da República. Mas já na versão originária da Constituição de 1976, o Provedor passou a ser escolhido pela Assembleia da República, mantendo-se desde aí o artigo que lhe é dedicado sem alterações de monta.

A qualificação do Provedor como órgão independente permite afastar a ideia de que seja um órgão parlamentar ou auxiliar do parlamento. A designação do seu titular pela Assembleia destina-se a reforçar a sua independência perante o Governo e a Administração, particularmente importante pelas funções de controlo que exerce. A substituição, feita em 1976, do Presidente da República pela Assembleia deve-se provavelmente à circunstância de nessa época aquele presidir ao Conselho da Revolução e este último ter atribuições governativas e administrativas. Corresponde ainda à origem histórica do instituto que nasceu na órbita do poder parlamentar³.

O preceito que se ocupa do Provedor de Justiça, o já citado artigo 23.º, encontra-se no Título I, «Princípios Gerais» da Parte I, «Direitos e Deveres Fundamentais», da Constituição Portuguesa, direitos e deveres de que são titulares os cidadãos portugueses e, por extensão, as outras pessoas singulares, e inclusivamente, em certos casos, dependendo da natureza das coisas, as próprias pessoas colectivas. Compreende-se, por isso, que seja a partir de um direito subjectivo de carácter instrumental, o direito de apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos com o fim de prevenir e reparar injustiças, que se defina a missão do «Ombudsman».

² A bibliografia sobre o «Ombudsman» é hoje extensíssima. Vejam-se, entre tantos, Gellhorn, «Ombudsman and Others», Cambridge, Mass, 1966; Rowat, «The Ombudsman Citizen's Defender», Londres, 1968; G. Vergottini, «Ombudsman» in «Enciclopedia Del Diritto», vol. XXIX, pp. 879 e segs.; Mario Comba, «Ombudsman» in «Digesto delle Discipline Pubblicistiche», vol. X, pp. 296 e segs.; «Le Médiateur», Centre d'Études Constitutionnelles et Administratives», Bruxelas, 1995. Em Portugal, para além do estudo inicial de Fernando Alves Correia, «Do Ombudsman ao Provedor de Justiça», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979 (há separata); «O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes», Provedoria de Justiça, 2002; «Democracia e Direitos Humanos no Século XXI», Provedoria de Justiça, Lisboa, 2003.

³ A ligação à Assembleia da República, como modo de garantir a sua independência perante o Executivo, denota-se ainda em demais artigos do Estatuto: 8.º, n.ºs 2 e 3, 14.º, 1, 20.º, 1, c); 23.º, 26.º, 38.º, 6.

Desta primeira indicação, é possível retirar uma primeira importante consequência: O Provedor tem como principal objectivo da sua actividade a protecção dos direitos e também dos interesses legítimos ou interesses legalmente protegidos dos particulares⁴. Se estabelecermos um paralelo com a tradicional discussão sobre o carácter objectivo ou subjectivo do sistema de contencioso administrativo em vigor em cada ordenamento jurídico, diremos que a acção do Provedor de Justiça dá prevalência à defesa das situações subjectivas dos particulares e só se preocupa com as críticas e melhorias a introduzir no direito objectivo na medida em que estas se reflectam nos direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

A sua actividade primacial reside no controlo do modo de aplicação dos princípios e normas jurídicas na medida em que estes tenham por destinatários os particulares, criando, modificando ou extinguindo situações subjectivas. A sua preocupação principal é a da defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrados na Constituição, incluindo os direitos fundamentais de natureza análoga – Const., art. 17. Mas, porque deve procurar corrigir os actos ilegais e injustos, o seu campo de intervenção é mais vasto, podendo intervir em todos os actos que afectem indevidamente a esfera jurídica dos particulares. Envolve, porém, necessariamente uma prévia canonização jurídico-normativa dos interesses que visa proteger. A sua actividade representa sempre uma aplicação da lei, ainda quando orientada para a realização da justiça⁵.

Jurisdição e Administração constituem as duas funções executivas do Estado, atribuídas, respectivamente, ao conjunto orgânico Poder Judicial e Poder Executivo. Ficam, porém, excluídos da fiscalização do Provedor os processos jurisdicionais, mesmo os de jurisdição voluntária, por os tribunais serem independentes e apenas se encontrarem sujeitos à lei – Const., art. 203.º.

A actividade administrativa em sentido material constitui, deste modo, o principal âmbito de actuação do «Ombudsman» português – arts. 2.º, 1 e 21.º, 1, a) e c) da Lei n.º 9/91.

Cabe-lhe ainda assinalar deficiências normativas e fazer sugestões, seja ao nível legislativo – art. 20.º, 1, b) e c) da Lei n.º 9/91 –, seja ao nível regulamentar.

É assim que o Estatuto refere expressamente que compete ao Provedor: «assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais serão enviadas ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro e aos ministros directamente interessados e, igualmente, se for caso disso, aos Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais e aos Presidentes dos Governos das Regiões Autónomas» – art. 20.º, 1, b) da Lei n.º 9/91.

⁴ Assinale-se a sinonímia com que no Estatuto são usadas as expressões “interesses legítimos” e “interesses legalmente protegidos”, excluindo destes, e bem, os interesses reflexamente protegidos.

⁵ Menéres Pimentel dá-nos um vivo e interessante panorama das variadas situações de vida em que o Provedor é chamado a intervir, “O Provedor de Justiça (Hoje e Amanhã)”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III, 1999.

4. O problema dos limites de competência do Provedor de Justiça em relação aos tribunais e, sobretudo, às funções política e legislativa carece, todavia, de maiores desenvolvimentos. De algum modo, o Estatuto procurou resolvê-lo, dizendo que «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» – art.22.º, 2 da Lei n.º 9/91.

São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais – art. 110.º, 1 da Const.. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição – art. 110.º, 2. Contudo, o preceito só por si é insuficiente para imunizar os órgãos de soberania da actividade de controlo do Provedor. As fronteiras são traçadas recorrendo aos conceitos, em sentido material, das funções exercidas pelos diversos órgãos.

No que concerne aos tribunais, a questão é resolvida pela garantia da independência dos tribunais consagrada no artigo 203.º da Constituição. A independência e a qualificação como órgãos de soberania são notas concedidas aos tribunais por causa da sua função jurisdicional, da sua função de administrar a justiça – Const., art. 202.º, epígrafe e n.º 1. A actividade de carácter administrativo desenvolvida pelos tribunais, designadamente quanto ao pessoal dos serviços de justiça que não sejam magistrados judiciais ou do Ministério Público, fica sujeita aos poderes de inspecção e fiscalização do Provedor de Justiça – Lei n.º 9/91, art. 22.º, 1 e 2. Este não poderá assim, a nosso ver, proceder a controlos, ainda que de carácter global, sobre o modo de funcionamento dos serviços de justiça, mesmo que estes, v.g. pelos seus atrasos, prejudiquem direitos fundamentais dos cidadãos.

No que se reporta à função política que já se materializou em actos jurídicos, importa distinguir se estes revestem natureza legislativa e deverão ser considerados a propósito desta função, ou se são actos concretos. Os segundos, por exemplo, a dissolução da Assembleia da República, não se destinam a regular situações subjectivas dos particulares, não produzem efeitos na sua esfera jurídica, embora possam ter consequências negativas do ponto de vista fáctico (v.g. fazem cessar o mandato dos deputados). Situam-se, portanto, fora do âmbito de acção do Provedor.

Os actos legislativos traduzem juridicamente opções políticas primárias, ou desenvolvem e concretizam outras já tomadas pelo legislador constituinte. São fontes de normas que têm por destinatários os particulares, ou os órgãos do Estado.

Na primeira hipótese, constituem a premissa maior de futuros silogismos de aplicação do direito a casos concretos, em que os correspondentes efeitos podem ser desfavoráveis a situações jurídicas anteriores. Nessa medida, porque violam direitos fundamentais, princípios ou outros preceitos constitucionais, justificam a intervenção do Provedor. As tentativas de «Verfeinerung des

Gesetzes», motivada por motivações políticas que não se fundamentem em vinculações constitucionais, afiguram-se inadmissíveis. Tão pouco parecem aceitáveis as recomendações que visem substituir-se à discricionariedade do legislador na formulação, quer da previsão, quer da estatuição das normas.

Se as normas legais se destinam aos órgãos do Estado e, por essa via, não pretendem regular situações subjectivas dos particulares, são puras normas organizatórias ou técnicas, não há fundamento para a intervenção do Provedor.

Doutrina idêntica vale para a actividade consultiva desenvolvida a solicitação da Assembleia da República, nos termos do artigo 20.º, 1, c) da Lei n.º 9/91.

O Provedor é uma das entidades competentes para requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral – Const., art. 281.º, 2, d) –, e a inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais – Const., art. 283.º, 1. Devemos reconhecer que a fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade se estende para além das fronteiras que, em nosso entender, demarcam o âmbito de competência do Provedor em matéria de aperfeiçoamento legislativo. Pode razoavelmente argumentar-se que o motivo para tal se funda em que não se quis, nem para o Provedor, nem para o Procurador-Geral da República, introduzir limitações ao poder de suscitar a questão da inconstitucionalidade baseadas em critérios de aplicação difícil que fragilizassem o processo de declaração de inconstitucionalidade por discussões que nada tivessem a ver com o seu objecto, com a questão da inconstitucionalidade propriamente dita.

5. O Estatuto do Provedor de Justiça prevê ainda a sua intervenção em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias – Lei n.º 9/91, art. 2.º, 2. O preceito não tem uma redacção feliz e não é de fácil interpretação. Visa, contudo um objectivo louvável e de aplaudir: empenhar o Provedor de Justiça na protecção dos chamados «Drittwirkungen» dos direitos fundamentais. Parece, com efeito, que a norma não tem em vista relações de direito público em que se verifiquem situações de exercício privado de funções públicas, como as que ocorrem entre os concessionários e os utentes de serviços públicos concessionados, pois estas são relações de direito administrativo e, aliás, estão já expressamente previstas no n.º 1 do artigo 2.º anteriormente citado. Não deve tão pouco respeitar ao chamado Direito Privado Administrativo, isto é, à utilização do Direito Privado pela Administração Pública em substituição das normas pertinentes do Direito Administrativo mas com sujeição aos princípios gerais do Direito Público, em especial do Direito Constitucional. Reportam-se, antes, a relações jurídicas de direito privado. Parecem, porém, exigir

que um dos sujeitos da relação se encontre em posição de supremacia por ser detentor de um poder privado, v.g., o do empregador face ao trabalhador no contrato de trabalho, ou o da sociedade perante o accionista. Este requisito é, todavia, limitativo da doutrina que se pretende aplicar, uma vez que os efeitos horizontais dos direitos fundamentais nas relações entre privados não pressupõem necessariamente uma desigualdade estrutural entre os sujeitos da relação jurídica, e não deve considerar-se como tal o facto de um dos sujeitos ser o titular do direito ou outra posição activa e o outro de uma posição de dever ou obrigação. Curial será, por consequência, interpretar o preceito extensivamente, à luz da doutrina dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais⁶.

6. O centro de gravidade da acção de controlo do nosso «Ombudsman» é, como vimos, a actividade administrativa tomada em sentido material, mas cujo núcleo principal é o trabalho desenvolvido pela organização administrativa, pelo sistema de pessoas colectivas e órgãos que compõem a Administração Pública. Isso mesmo resulta desde logo da Constituição, onde se fala, no quadro dos direitos fundamentais, de queixas por acções ou omissões dos poderes públicos – art. 23.º, 1. Por um lado, as leis, decretos-leis e resoluções não costumam ser designados por «acções dos poderes públicos» e, por outro, enquanto a actividade do Provedor «é independente dos meios gratuitos ou contenciosos previstos na Constituição e nas leis» – Const., art. 23.º, 2, – as inconstitucionalidades e as ilegalidades de normas constantes de actos legislativos encontram-se submetidas a um processo de fiscalização abstracta – Const., art. 281.º e as omissões de medidas legislativas têm igualmente uma disciplina processual específica – Const., art. 283.º. Mas é no Estatuto que se acentua o controlo da actividade administrativa como o centro das atenções do Provedor. Logo no artigo 2.º, ao definir-se o âmbito de actuação, se escreve que «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», e essa mesma ideia é repetida com redacção ligeiramente diferente no artigo 21.º, 1, a) e na alínea c) do mesmo artigo e número, onde diz-se que o Provedor tem poderes para «procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da acção administrativa». Para o efeito, poderá «proceder a todas as investigações e inquéritos que considere necessários ou convenientes, podendo adoptar, em matéria de recolha

⁶ Veja-se, sobre esta doutrina, o claro resumo de Klaus Stern, “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, vol. III, 1, Munique, 1988, pp. 1509 e segs..

e produção de provas, todos os procedimentos razoáveis, desde que não colidam com os direitos e interesses legítimos dos cidadãos» – anote-se, também, o facto de haver uma lei exclusivamente dedicada ao regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas, a Lei n.º 19/95, de 13 de Julho.

O Provedor de Justiça usa meios informais para procurar prevenir ou reparar injustiças e assegurar a legalidade no exercício dos poderes públicos – arts.1.º, 1 e 3.º da Lei n.º 9/91 –, porém, sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações que entender necessárias para o efeito – art. 3.º da Lei n.º 9/91 –, as quais tanto têm em vista a correcção dos actos ilegais ou injustos, como a melhoria dos serviços – art.20.º, 1, a) da Lei n.º 9/91.

O facto de o Provedor não possuir competência decisória significa que as suas recomendações têm efeitos procedimentais e não efeitos substantivos finais. As recomendações, quando se inseriram em procedimentos que desemboquem em actos concretos, não anulam, revogam ou modificam os actos dos poderes públicos – os actos administrativos em sentido amplo dos órgãos «das entidades públicas civis e militares», como precisa o artigo 29.º, 1 da Lei n.º 9/91, nem suspendem o decurso de quaisquer prazos, designadamente os de recurso hierárquico e contencioso – art. 22.º, 1 da citada Lei. As recomendações dirigidas ao órgão competente para corrigir o acto, constituem este no dever de tomar uma decisão em conformidade, ou de recusar a solução indicada, tendo, porém, sempre de fundamentar o acto de recusa. «Mutatis mutandis», também as recomendações destinadas à melhoria de serviço requerem igualmente uma tomada de posição por parte dos seus destinatários, devidamente fundamentada quando for de rejeição.

As recomendações do Provedor de Justiça são irrecorríveis e só podem ser objecto de reclamação para o próprio Provedor – art. 36.º da Lei n.º 9/91. Já os actos de acatamento ou de recusa das recomendações fazem parte dos procedimentos administrativos e poderão ser apreciados em recurso hierárquico ou em acção de impugnação, *de per se* ou a propósito do acto final do procedimento, consoante os casos, e se os prazos ainda o permitirem. Sendo a obrigação de reexame do acto objecto de recomendação concluída por um acto de concordância ou recusa devidamente fundamentado, haverá forte probabilidade da Administração activa reduzir a sua discricionariedade, aumentando consequentemente os poderes de cognição do tribunal ou os de controlo do superior hierárquico.

7. O artigo 23.º, 1 da Constituição estabelece como finalidade norteadora da actividade do Provedor de Justiça a prevenção e reparação de injustiças. O Estatuto contrapõe a justiça e a legalidade, ambas constituindo objectivos a guiar a acção do Provedor – art. 1.º, 1.

Em face do actual artigo 262.º, 2 da Constituição e 6.º do Código do Procedimento Administrativo, que subordinam os órgãos e agentes administrativos ao princípio da justiça, não

poderá sustentar-se que este cai inteiramente no espaço discricionário reservado à Administração Pública e também ao poder de fiscalização do Provedor, mas que se encontra excluído da sindicância dos tribunais. O problema assume, aliás, um especial interesse quando já em paralelo correr um processo contencioso. O artigo 21.º, 2 da Lei n.º 9/91 estatui claramente que «a actuação e intervenção do Provedor de Justiça não é limitada pela utilização de meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis, nem pela pendência desses meios...».

De acordo com os preceitos citados, o Provedor só poderá intervir no que, em princípio, seria o campo reservado à margem de livre apreciação da Administração, ou à opção das alternativas oferecidas pela estatuição da norma à entidade agente, se estiver em jogo uma questão de justiça comutativa, distributiva ou legal que afecte os destinatários em sentido amplo do acto, incluindo os contrainteressados. Mas essa intervenção situa-se no âmbito da legalidade e não do mérito ou conveniência. Por seu turno, uma eventual revogação por parte da autoridade administrativa terá de ter em conta o disposto no artigo 141.º do Código do Procedimento sobre a revogabilidade dos actos inválidos.

8. Finalmente, há que mencionar que o Estatuto do Provedor alarga a acção deste à tutela dos interesses colectivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas – art. 20.º, 1, e) da Lei n.º 9/91. As entidades públicas participam nos procedimentos como titulares de direitos procedimentais. Possuem, designadamente, legitimidade activa as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição, art. 2.º, 2 da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular), mas também outras pessoas colectivas públicas que tenham nas suas atribuições a defesa dos interesses colectivos ou difusos em causa. Têm legitimidade passiva as entidades públicas promotoras ou responsáveis pela actividade de planeamento – planos de desenvolvimento, planos de ordenamento do território e de urbanismo, etc. – por obras públicas e investimentos públicos de certo vulto – Lei n.º 83/95, art. 4.º –, e, naturalmente, pela sua participação nos correspondentes processos contenciosos.

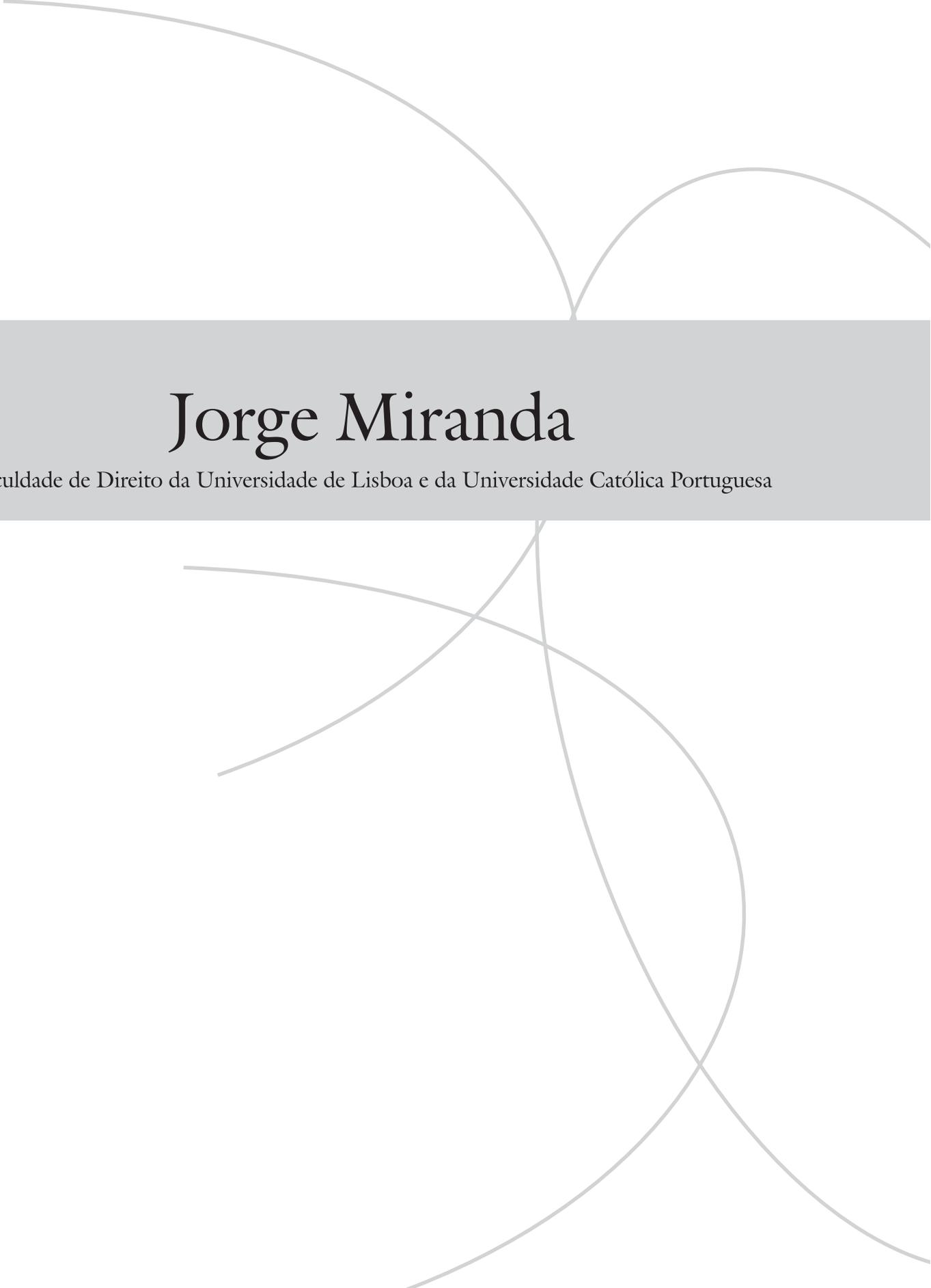
9. A actividade do Provedor de Justiça, não obstante a sua informalidade, exerce-se sempre pela via procedimental, ora inserindo-se num procedimento já existente, ora iniciando um novo por iniciativa própria. A sua acção pode corresponder à necessidade de responder a uma queixa de um particular – as entidades públicas não podem apresentar queixas ao Provedor, Const., art.º 23.º, 1 e Lei n.º 9/91, art. 3.º – ou pode ser “*ex officio*” – art. 24.º, 1 da Lei n.º 9/91. As queixas não dependem da afirmada titularidade de um direito ou interesse legítimo, mas, a nosso ver, não devem corresponder a um mero interesse de facto – art. 24.º, 2 da Lei n.º 9/91.

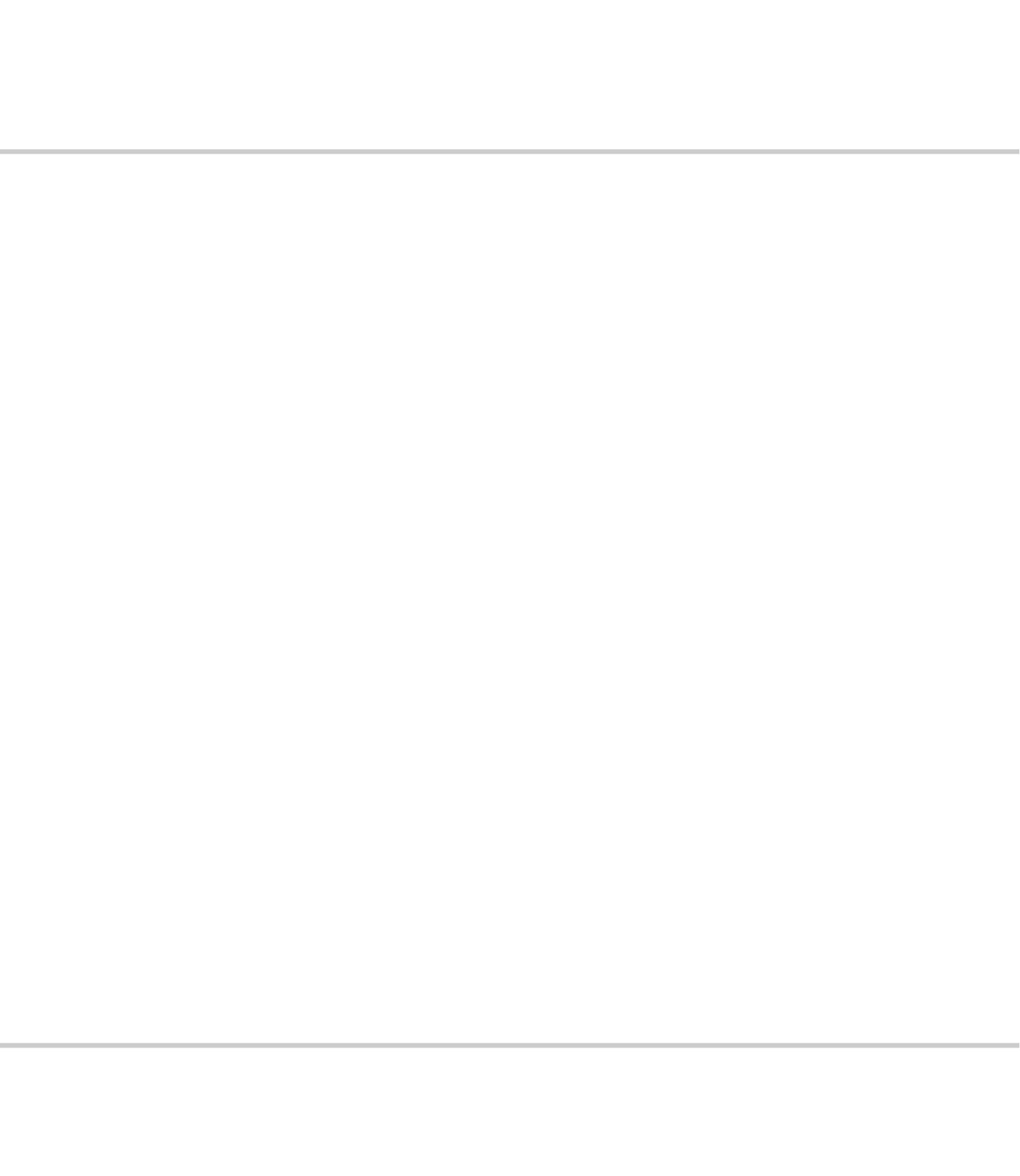
A informalidade dos procedimentos e da acção do Provedor não podem confundir-se com a promoção de interesses não jurídicos, isto é, são previamente canonizados pelo ordenamento. Mas, como hoje é reconhecido, o procedimento constitui o lugar onde as deficiências da organização administrativa são colmatadas, revelando ou dando relevância jurídica a interesses que até aí passavam despercebidos. Deste modo, o Provedor, sem quebra da sua imparcialidade, pode contribuir para a definitiva passagem para o mundo do direito de interesses, particularmente os difusos, que até aí lhe permaneciam estranhos. Um prudente “*self-restraint*” e equilíbrio neste capítulo parecem aconselháveis para prevenir que venha a resvalar em acções politicamente motivadas, que comprometeriam o prestígio do Provedor e o carácter sempre supra-partidário da sua acção.



Jorge Miranda

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa





Sobre o âmbito de intervenção do Provedor de Justiça

1. O Provedor de Justiça, o *Ombudsman*, é no nosso Direito – e na generalidade dos ordenamentos – essencialmente um guardião dos direitos das pessoas frente aos poderes públicos.

Não por acaso a Constituição contempla-o no título I da sua parte I, ao serviço dos direitos fundamentais, para isso gozando, em especial, da faculdade de iniciativa tanto de fiscalização sucessiva abstracta de normas jurídicas como de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão. E, sob este aspecto, o instituto apresenta-se, até certo ponto, como um sucedâneo – e, efectivamente, assim tem funcionado – do *recurso de amparo* ou de figura análoga.

Mas, tal como qualquer dos outros grandes princípios inscritos naquele título – o da universalidade, o da igualdade, o da proporcionalidade, o da tutela jurisdicional, o da responsabilidade – para lá dos direitos fundamentais quaisquer outros direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas podem e devem entrar no campo da sua actividade.

Naturalmente, apesar da letra do art. 23.º, também pessoas colectivas privadas e estrangeiras podem apresentar-lhe queixas. É o que decorre dos arts. 12.º e 15.º.

Por outro lado, a *ratio* do preceito, em conjugação com o art. 18.º, n.º 1, permite a intervenção do Provedor nas relações entre particulares que impliquem “uma especial relação de domínio no âmbito dos direitos, liberdades e garantias” (conforme hoje prevê o seu Estatuto).

2. Ao invés, não se enxerga como pessoas colectivas públicas possam apresentar, perante o Provedor, queixas contra outras pessoas colectivas públicas¹.

¹ Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 171; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 218. Como salientam aqueles dois primeiros Autores, a possibilidade dessas queixas faria intrometer o Provedor em conflitos institucionais.

É o caso, desde logo, das regiões autónomas e das autarquias locais, que, no fundo, correspondem a manifestações do próprio poder político (arts. 223.º e 235.º da Constituição). Os direitos de participação das regiões autónomas e das autarquias locais na dinâmica estatal reconduzem-se a fenómenos de descentralização e de equilíbrio de poder.

O mesmo se diga a respeito dos institutos públicos, das empresas públicas e das pessoas colectivas da Administração pública sob formas jurídico-privadas – todos, entidades resultantes da mera descentralização funcional ou de desdobramento do Estado (ou das regiões autónomas ou das autarquias) por imperativos de racionalidade e de eficiência de acção².

Problemas que aí surjam devem ser resolvidos no âmbito das formas adequadas de relacionamento entre o Estado e as regiões autónomas, ou entre o Estado (ou as regiões autónomas) e as autarquias locais ou entre autarquias de diferentes graus. São essencialmente políticos³ ou problemas a encarar na perspectiva da tutela e da superintendência. Ou então conflitos de atribuições.

3. As únicas entidades públicas que poderiam, eventualmente, beneficiar dessa faculdade seriam aquelas que, por corresponderem a realidades sociologicamente distintas (no todo ou em parte) do Estado-comunidade, com interesses específicos e com relativa margem de livre determinação frente ao Estado-poder, se admite que tenham direitos fundamentais: as associações públicas profissionais (arts. 47.º e 267.º, n.º 4 da Constituição) e as universidades (arts. 76.º e 77.º).

Mesmo assim, parece difícil configurar hipóteses desse género.

4. Tão pouco é de admitir um direito de queixa de titulares de órgãos do poder – sejam do Estado, das regiões autónomas, de autarquias locais ou de outras entidades públicas (com a excepção, porventura, também, das associações públicas profissionais e das universidades) – contra titulares dos mesmos órgãos ou de outros órgãos⁴.

Aqui tudo há-de depender da capacidade de auto-correcção no funcionamento dos órgãos e, em última análise, de decisão dos tribunais, em especial do Tribunal Constitucional, ao abrigo do art. 223.º, n.º 2.

² Por isso, em geral, as pessoas colectivas públicas não podem ter direitos fundamentais: v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 81 e 82, e Autores citados.

³ Por exemplo, queixa de uma câmara municipal contra o Governo por não concessão de subsídio previsto em contrato-programa.

⁴ Por exemplo, queixa de um vereador contra a câmara por incumprimento de regulamento cuja execução está a cargo de outro vereador, ou queixa de um secretário de junta de freguesia contra o presidente ou vice-versa, por faltas repetidas e injustificadas às reuniões; ou queixa de um membro de assembleia municipal contra o presidente da câmara municipal por alegados actos ilegais.

5. Finalmente, poderia ainda o Provedor de Justiça receber queixas de militantes de partidos políticos contra órgãos dos seus partidos?

A resposta tem de ser negativa, por dois motivos: 1º) porque, apesar de associações de Direito Constitucional com estatuto *a se* (arts. 10.º, n.º 2, 51.º, n.º 1, 114.º, n.º 1, etc.), os partidos não são entidades públicas em sentido próprio; 2º) porque, ressalvado o âmbito de autonomia de que devem gozar como garantia de pluralismo político (art. 2º), para as hipóteses mais graves os militantes têm o direito de se dirigir ao Tribunal Constitucional [art. 223.º, n.º 2, alínea *b*)].

