

O Provedor de Justiça e a tutela dos cidadãos na Administração Pública

I

Introdução

O Provedor de Justiça, uma reflexão necessária

1. Decidiu o CEJUR que este seu primeiro encontro “presencial”, a realizar depois da interrupção pandémica, teria como tema a [*tutela dos cidadãos na Administração Pública*](#). A decisão incluiu um convite ao Provedor de Justiça para que, de viva voz, participasse no debate. Anuí a este convite, que muito agradeço, com o maior interesse; mas devo desde já advertir que tanto os meus agradecimentos quanto as minhas razões de parte interessada se sustentam em motivos que, porventura, não serão os mais habituais em situações congéneres.

Está quase a terminar o mandato para que fui eleita nos termos do artigo 23.º da Constituição. Ao longo deste tempo muito aconteceu. Por quatro vezes foi cometida ao Provedor de Justiça, por resolução do Conselho de Ministros, a competência para conduzir procedimentos extra-judiciais de adesão voluntária tendentes a determinar em concreto o montante das indemnizações devidas pelo Estado por causação de danos patrimoniais e não patrimoniais. Assim foi com as indemnizações devidas aos familiares dos mortos nos grandes incêndios de 2017, aos feridos graves nos mesmos incêndios, aos familiares dos mortos pela derrocada da estrada de Borba e aos parentes próximos do cidadão ucraniano Ihor Homeniuk. Por outro lado, a partir de março de 2020 – quando foi decretado o primeiro Estado de Emergência – os «serviços do Provedor de Justiça» entraram em «sessão permanente», extraordinária condição na qual se mantiveram, por imposição da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, durante todo o tempo em que durou o

período de exceção constitucional. Creio que perante todos estes acontecimentos seria oportuno que voltássemos a refletir sobre a instituição de que sou titular; e como me encontro hoje perante um público ilustre, que reúne profissionais do foro e da academia, aproveito – literalmente – a *oportunidade* para convocar desde já essa reflexão, sujeitando à vossa apreciação crítica muitas das dúvidas que resultaram da experiência destes últimos quatro anos.

2. Disse Vital Moreira, há quase vinte anos, que «entre os maiores sucessos institucionais no âmbito da Constituição de 1976 se encontra seguramente o Provedor de Justiça»¹. Não sei se assim é, ou se assim continua a ser. Sei, no entanto, que a Instituição é a mais antiga da nova ordem constitucional. Os primeiros pronunciamentos quanto à necessidade da existência de um *Ombudsman* em Portugal datam logo do início da década de setenta do século XX²; e talvez por isso se tenha decidido, tão cedo quanto em setembro de 1974, [*instituir*] *entre nós o Ombudsman, que visará fundamentalmente assegurar a justiça e a legalidade da Administração através de meios informais*³. A decisão foi executada pouco tempo depois. O nome «Provedor de Justiça» – literalmente, aquele que provê à justiça que falta – foi escolhido, as linhas gerais da instituição desenhadas e o seu primeiro titular (Costa Brás) nomeado em 1975 pelo Presidente da República. O órgão é, portanto, pré-constitucional: o artigo 23.º da Constituição recebeu algo que já existia antes dele.

¹ «As Entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça», em *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002 (reimpr.2007), (p. 93).

² «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.

³ *Plano de Ação do Ministério da Justiça*, aprovado em Conselho de Ministros de 20 de setembro de 1974 e publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 240, Novembro de 1974 (p.24).



No entanto, e apesar de tudo isto, a reflexão escrita sobre o Provedor de Justiça é muito rara. Que eu saiba, existem sobre o tema duas [antigas] teses de mestrado [Alves Correia, 1979, Filipe da Boa Baptista, não publicada]. Depois e além delas, foi o meu antecessor Nascimento Rodrigues quem promoveu o debate universitário sobre a Instituição. Participaram nesse debate Mário Aroso de Almeida, José Carlos Vieira de Andrade, Luís Filipe Colaço Antunes, João Caupers, Rui Machete, Jorge Miranda, David Duarte, Tiago Duarte, Carla Amado Gomes, Jorge Reis Novais, além do saudoso Augusto Silva Dias (em co-autoria com Francisco Aguilar). Mas isto foi em 2006 e 2008⁴. Depois disso o silêncio, só foi interrompido pela publicação em 2012 de um conjunto de estudos da autoria de José Lucas Cardoso, com o sugestivo subtítulo *o ombudsman entre a assembleia parlamentar, a administração pública e o cidadão*⁵.

Como todos sabemos que a prática conduzida sem estudo é movimento cego, destituído de destino, sinto – e em sentimento reforçado pela minha própria experiência – que é tempo de voltar a refletir sobre a Instituição. O que é o Provedor de Justiça? Para que serve? Sobretudo: para que deve servir hoje, quarenta e seis anos passados sobre o início da sua ação?

Vou procurar contribuir para este debate, que entendo ser absolutamente necessário, progredindo hoje em três passos essenciais: primeiro, pela análise dos elementos estruturantes do *Ombudsman*, tal como foram logo identificados na primeira versão da Constituição e desde aí mantidos sem alterações; segundo, por uma brevíssima alusão a dados de direito comparado, que nos fornecem o quadro para a compreensão de algumas transformações entretanto ocorridas; e, finalmente, pela abordagem daqueles que considero ser os desafios que a prática institucional agora enfrenta.

⁴ *O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006; *O Provedor de Justiça, Novos Estudos*, Lisboa, 2008.

⁵ *A Posição Institucional do Provedor de Justiça*, Coimbra Editora, 2012.

II

Cinco elementos estruturantes

3. O estatuto constitucional do Provedor de Justiça, que decorre primacialmente do artigo 23.º da CRP, tem-se mantido inalterado ao longo das últimas quatro décadas e é marcado por cinco elementos fundamentais ou estruturantes. São eles: *a independência; a competência; o acesso universal, informal e gratuito; a equidade e a ausência de poderes «coercivos»*. Uma vez que me dirijo a um auditório especialmente informado farei apenas um resumo breve de cada um destes elementos: no meu espírito, a alusão, neste momento, a estes «cinco pontos» serve apenas como tópico de partida para o estabelecimento de uma discussão que desejaria mais alargada.

Em primeiro lugar, a independência. O Provedor de Justiça é um órgão de titularidade singular, eleito por maioria de dois terços dos deputados à Assembleia da República que exerce a sua ação com total independência face aos demais poderes do Estado. A inamovibilidade, pedra angular do seu estatuto (artigo 7.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril), compreende-se no contexto deste princípio geral de independência: o *Ombudsman* age sem vinculações ao poder executivo, é separado do poder judicial (em relação ao qual, como já de seguida se verá, adota uma posição de especial *deferência*) e não recebe instruções do poder legislativo. O facto de, em certo sentido, dever periodicamente «prestar contas» perante o Parlamento que o elege – colaborando diligentemente com ele através de resposta a pedidos de pareceres e da apresentação anual de relatórios de atividade, nos termos dos artigos 20.º e 23.º da Lei n.º 9/91 – não prejudica a sua condição de órgão constitucional autónomo em relação a todos os demais: o curso da ação da

Instituição é o definido pelo seu titular, nos termos do seu estatuto, sem interferências externas.

Em segundo lugar, a competência. O Provedor de Justiça existe, desde logo, para apreciar as queixas que os cidadãos lhe apresentem quanto a atos e omissões que sejam lesivos dos seus direitos ou interesses legítimos e que decorram de decisões dos *poderes públicos*. É o que diz o artigo 23.º da Constituição. Significa isto que o Provedor não detém competência para tratar de conflitos que oponham privados entre si; mas também significa que não deve interferir em processos pendentes em juízo nem apreciar decisões já tomadas pelo poder judicial. Assim, o termo *poderes públicos*, empregue pelo artigo 23.º da CRP, inclui apenas o poder administrativo e, em certo sentido – de seguida explicado – o poder legislativo. Face ao poder de julgar, conferido aos Tribunais nos termos exigidos pelo princípio do Estado de direito, o Provedor deve adotar uma especial posição de *deferência*.

Em terceiro lugar, o acesso universal, informal e gratuito. Quer isto dizer que podem recorrer ao Provedor de Justiça *todos* os cidadãos, nacionais ou estrangeiros [e também as pessoas coletivas], e que o recurso é marcado pelo traço fundamental da informalidade. Tal conduz a uma especial disposição para o *recebimento*. Assim, liminarmente indeferidas serão apenas as queixas de autor ou tema inidentificável ou de mau fundamento ostensivo, conforme dispõe o artigo 27.º da Lei n.º 9/91; e, uma vez recebidas [as pretensões], a sua apreciação decorre à margem da aplicação de regras estritas de processo. A exceção abre-se para a obediência à exigência fundamental de qualquer procedimento justo: *audiatur et altera pars*. No caso das questões apreciadas pelo Provedor de Justiça, a «outra parte», aquela que deve sempre ser ouvida, corresponde logicamente à entidade pública visada pela pretensão cidadã.



Em quarto lugar, a equidade. Emprego aqui o termo *equidade* sem grande compromisso de rigor; e faço-o apenas para mais facilmente poder salientar um importante traço identificativo do *Ombudsman*. Ao contrário do poder judicial, que age, nos termos da Constituição, sempre sujeito à lei e *só à lei* – e que, portanto, diz no caso concreto o que o direito positivo exige que diga –, o Provedor não existe para obedecer, nestes mesmos termos, ao direito preexistente. Pode recomendar a sua mudança. Pode propor uma outra interpretação, diversa daquela que tem sido sempre seguida, para a sua aplicação. Significa isto que ao *Ombudsman* é pedida uma intervenção que se não esgota na «reposição» de uma certa e determinada situação subjetiva, uma vez expurgada a deficiência do agir administrativo ou até a ilegalidade que a afetou; a sua intervenção é também pensada em função de um fundamental desiderato objetivo, que é o do alcance da *melhor legalidade possível* dentro do quadro definido pelo sistema constitucional dos direitos fundamentais e pelo sistema internacional dos direitos humanos. É por isso que, para além da competência para o recebimento e apreciação de queixas, tem também o Provedor competência para agir de *motu proprio*, apresentando recomendações aos poderes públicos ou procedendo, em relação às autoridades administrativas, a inspeções, averiguações ou inquéritos (artigos 20.º e 21.º da Lei n.º 9/91); como é também por isso que, no sistema da Constituição, lhe é reservado o lugar de órgão auxiliar da justiça constitucional, de membro por inerência do Conselho de Estado e – *last but not least* – de instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

Finalmente, o Provedor de Justiça faz isto tudo, tem toda esta amplitude de atuação, mas os seus atos são destituídos da força coerciva que caracteriza os atos dos demais poderes do Estado. A Constituição usa a expressão: *sem poder decisório*. Quer isto dizer que o que quer que o Provedor faça, os seus atos não detêm a força obrigatória, cogente, que é própria dos atos do poder



legislativo, do poder administrativo ou do poder judicial. Não lhe resta outra arma que não seja a persuasão.

4. Pela natureza aparentemente contraditória dos elementos que o compõem, o *Ombudsman* apresenta-se muitas vezes como uma entidade quase contra-intuitiva, de difícil compreensão. É, por um lado, uma instituição de *soft law*, de acordo com os modelos clássicos do direito internacional. No entanto, e ao contrário dos agentes de direito internacional, está particularmente próximo dos cidadãos, uma vez que recebe as suas pretensões de modo universal, informal e gratuito. Por outro lado, combina – também contra-intuitivamente – traços que são próprios da judicatura com traços que são próprios do agir administrativo. Na sua função de recebimento de queixas o Provedor aproxima-se do poder judicial. Tal como este último, contribui precipuamente para a pacificação dos conflitos sociais, no que diz respeito a litígios que se abram entre cidadãos e poderes públicos. Tal como este último, o Provedor funciona aqui como um terceiro neutro e imparcial, que compõe diferendos ouvindo sempre quem se queixa e quem se lhe opõe. Contudo, dispõe de faculdades que são profundamente alheias à natureza da judicatura. Pode agir por iniciativa própria como o faz a administração. Não tem que estar à espera de um pedido para intervir. Quando recebe queixas, não tem que ficar limitado ao que lhe foi pedido. E, uma vez que pode recomendar – ainda que apenas com as armas da persuasão – a alteração do direito [ordinário] vigente, a sua ação não é, definitivamente, enquadrável na grande função de *dizer o Direito*, de *juris dicere*. Outra coisa se lhe exige, como outro resultado se espera da sua atuação.

III

A difusão da instituição em direito comparado

e a assunção de novas competências

5. Todas estas características que acabei de mencionar estão presentes, de uma forma ou de outra, em instituições que, entretanto, se foram difundindo um pouco por todo o Globo. O nome que comumente se lhes dá, na linguagem internacional, é aquele mesmo que tenho usado ao longo deste texto: *Ombudsman*. O termo, que veio da Europa Escandinava para identificar órgãos auxiliares do parlamento no exercício da função de controlo e fiscalização do poder executivo – órgãos esses originariamente criados ainda durante o primeiro constitucionalismo, o de oitocentos – tem as mais diversas traduções nas diferentes línguas dos Estados nacionais. Em Espanha, por exemplo, existe o *Defensor del Pueblo*. Eleito pelas Cortes Gerais (Congresso dos Deputados e Senado) por maioria de três quintos de votos favoráveis, exerce as funções que o artigo 54.º da Constituição espanhola de 1978 lhe atribui: as de *alto comissário* das Cortes para a defesa dos direitos constitucionalmente consagrados e para o “supervisionamento” da atividade da Administração⁶. Funções similares detém em França o *Défenseur des Droits*, nomeado pelo Presidente da República para um mandato não renovável de seis anos e instituído pelo artigo 71.º-1 da Constituição de 1958.

São estes dois exemplos das formas múltiplas que podem revestir as configurações nacionais de instituições similares à nossa. No quadro comparado, aliás, o traço que mais importa salientar, por ser aquele que mais nos distingue e individualiza, é o que decorre do carácter único e exclusivo que marca o Provedor de Justiça em Portugal. Sendo o *Ombudsman* caracterizado pelos princípios fundamentais da informalidade dos

⁶ É a seguinte, a redacção do artigo 54.º da Constituição espanhola: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.”

procedimentos, da universalidade de acesso e da conseqüente proximidade com os cidadãos, é frequente a existência, em cada Estado, de uma pluralidade de figuras com competências desconcentradas em função de regiões ou de temas. Nos países do Norte da Europa, por exemplo, é comum a coexistência de *Ombudsmen* com atribuições específicas em domínios sectoriais tão diversos quanto os que vão da saúde (e da defesa do direito à saúde) à defesa dos direitos de igualdade; e no Sul da Europa é frequente a coexistência de *Ombudsmen* que atuam no âmbito territorial nacional com outros, de competências restritas aos territórios de cada região. É o que sucede com o *Defensor del Pueblo* espanhol. A par dele, que detém competência constitucional para agir em toda a Espanha, existem *Ombudsmen* regionais, atuantes no âmbito geográfico de cada Comunidade Autónoma nos termos dos respetivos Estatutos. Por outro lado, em Itália, não existe nenhum «Provedor» nacional. Mas existem *Ombudsmen* regionais que podem ter também competências desconcentradas em função dos diferentes sectores da atividade administrativa das regiões. Em Portugal, porém, tem-se entendido que o artigo 23.º da Constituição proíbe quer a existência de Provedores regionais quer a existência de Provedores sectoriais; e que, assim sendo, o traço que, em direito comparado, mais distingue o *Ombudsman* português face aos seus congéneres estrangeiros é o da sua necessária *unicidade*. Entre nós, só existe um Provedor de Justiça para todo o território nacional e o único Provedor existente deve receber queixas sobre todas as matérias (desde que relativas a ações lesivas dos “poderes públicos”) sem diferenciação de “sectores”⁷.

6. Como quer que seja, a difusão de instituições com estas características em todo o Globo foi gerando uma intensa prática de cooperação

⁷ Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2009, consultável em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/403-2009-490240>

internacional, tendente à troca de experiências e à afirmação de valores comuns. Fala-se por isso da existência de uma *comunidade dos Ombudsmen*, atuante por diversas formas em vários fóruns internacionais. No mundo ibero-americano existe a *Federação Iberoamericana de Ombudsman*, de que fazem parte, para além dos países de língua espanhola, Portugal e Brasil. No universo da língua portuguesa, existe a rede dos *Provedores de Justiça dos Países Lusófonos*; e, num plano mais amplo – direi eu «global» - a ação do *Instituto Internacional de Ombudsman* deve ser salientada. E estes são apenas alguns exemplos de uma intensa cooperação entre diferentes *Ombudsmen* nacionais que acabou por ter – como se verá já de seguida – consequências na assunção, por parte de alguns deles, de competências não inicialmente pensadas pelos seus estatutos originários.

7. A 20 de Dezembro de 1993 a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução n.º 48/134, contendo os chamados *Princípios de Paris*⁸. A resolução correspondia a um desiderato que remontava a 1948, ano em que se adotara a Declaração Universal: para que a “cultura” dos Direitos Humanos viesse a ser uma *cultura vivida*, e não apenas proclamada em textos oficiais, as instâncias da ONU precisavam de encontrar, em cada espaço doméstico, instituições-parceiras que a auxiliassem no desempenho da sua tarefa precípua de promoção e proteção dos direitos proclamados pela Declaração. Os *Princípios de Paris* definiam os critérios que deveriam ser seguidos para que essas instituições nacionais – doravante designadas como Instituições Nacionais de Direitos Humanos⁹ – pudessem ser reconhecidas

⁸ Consultável em: <https://undocs.org/en/A/RES/48/134>

⁹ Vejam-se, entre outros, Ilia Banketas/ Lutz Oette, *International Human Rights, Law and Practice*, 3.º Ed. Cambridge University Press, 2020, p. 88; Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International*

como *interlocutores* fidedignos do sistema da ONU; e entre esses critérios contava-se, como elemento porventura determinante, o da estrita independência face aos poderes estaduais. Ora em muitos Estados nacionais os *Ombudsmen*, já conspícuos na cena internacional pelos esforços e práticas de cooperação mútua, cumpriam sem margem para dúvidas este impostergável requisito de independência; além disso perfilavam-se, pelas suas gerais atribuições, como naturais candidatos ao reconhecimento da ONU enquanto parceiros preferenciais na atividade de promoção e proteção de direitos. Foi assim que, no virar do século, muitos deles se apresentaram perante o Comité Internacional de Coordenação de Instituições Nacionais de Direitos Humanos¹⁰ para poderem ser admitidos como interlocutores do sistema da ONU. O reconhecimento, uma vez obtido, implicava também a assunção de competências especiais na participação, juntamente com os órgãos internacionais competentes, nos procedimentos regulares e periódicos de avaliação dos Estados subscritores de Tratados de Direitos Humanos quanto ao cumprimento [ou incumprimento] das obrigações jusinternacionais por esses mesmos Estados assumidas¹¹.

É certo que alguns Estados – particularmente aqueles do centro e do norte europeu, em que a instituição do *Ombudsman* seria porventura mais antiga – optaram por responder ao repto lançado pelo sistema da ONU criando instituições novas, específicas e exclusivamente orientadas para o cumprimento do fito que inspirara a resolução dos princípios de Paris¹². Mas

Human Rights Law, Oxford University Press, 2013, pp. 88 e 505-508; Daniel Moeckli, Sangeeta Shah e Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 3.ª ed. 2018, p. 497.

¹⁰ Entretanto o Comité – estabelecido pela Conferência de Turim de 1993 – passou a ser designado, a partir de 2016, por Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI). Sobre o GANHRI e seu estatuto, veja-se <https://ganhri.org/>.

¹¹ Sobre esta participação, e os procedimentos através dos quais ela se concretiza, vejam-se, além das obras e locais citados na nota 9, *The Role of National Human Rights Institutions in the United Nations Treaty Body Process*. German Institute of Human Rights, 2007, *passim*.

¹² Optaram por esta solução, entre outros, a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia e o Luxemburgo. Veja-se a relação completa em <https://ganhri.org/membership/>.

em demais geografias foi ao *Ombudsman* nacional, já existente, que se atribuíram as novas competências¹³. Nascia assim, para a linguagem vulgarmente usada no ambiente da comunidade dos *Ombudsmen*, a distinção entre dois tipos de instituições: as ditas «clássicas», que permaneciam com competências restritas ao recebimento de queixas apresentadas pelos cidadãos relativamente ao mau funcionamento dos serviços públicos, e as que viam acrescer a estas competências originárias as novas, oriundas do sistema da ONU, e que decorriam do estatuto recém-adquirido de *Instituições Nacionais de Direitos Humanos*¹⁴.

Nesta segunda condição se encontra, desde 1999, o Provedor de Justiça de Portugal. Significa isto que, por desde essa altura ter merecido a acreditação necessária para ser tido como «parceiro» privilegiado do sistema internacional de direitos humanos¹⁵, a Instituição tem desenvolvido nas últimas duas décadas uma prática regular de colaboração com os *comités* da ONU (e também do Conselho da Europa) com vista à garantia da promoção e proteção dos direitos consagrados nas respetivas cartas. Semelhante colaboração implica que a Provedoria de Justiça seja *ouvida* sempre que, nos termos dos Tratados por ela subscritos, a República deva ser avaliada quanto ao cabal cumprimento das obrigações jusinternacionais por si assumidas; e implica ainda muitas outras vias informais de diálogo e cooperação, aliás relatadas anualmente pelo Provedor à Assembleia da República no âmbito do dever fixado pelo artigo 23.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril.

¹³ Optaram por esta solução [tendo em conta apenas o contexto europeu] a Áustria, a Bulgária, a Croácia, o Chipre, a Letónia, a Lituânia, a Eslováquia, a Espanha e – como se verá já de seguida- Portugal. <https://ganhri.org/membership/>

¹⁴ Assim, distinguindo entre os *Ombudsmen* clássicos e os *Ombudsmen* de Direitos Humanos, Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 3.ª edição, p. 496; Catarina Sampaio Ventura, *Direitos Humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, Edição da Provedoria de Justiça, 2007.

¹⁵ Depois da primeira acreditação, ocorrida em 1999, a instituição foi alvo de mais outros três procedimentos de avaliação – ocorridos em 2007, 2012 e 2017. O último já se desenvolveu perante o GANHRI (ver *supra*, nota 10).

A assunção destas novas competências por parte do Provedor de Justiça deu-se sem que o seu estatuto constitucional tivesse sido alterado. Os cinco elementos «estruturantes» que dele decorrem, e que acima mencionei como sendo aqueles que desde o início da sua atividade identificam a instituição no plano interno, mantiveram-se intocados. Aliás, a única alteração que, depois da assunção destas novas competências, o Direito nacional conheceu resumiu-se à nova redação dada ao artigo 1.º da Lei n.º 9/91 [Estatuto do Provedor de Justiça]. Introduzida em 2013, pela Lei n.º 17/2013 de 18 de Fevereiro, esta nova redação fez acrescer dois números ao referido artigo 1.º, dizendo que “[o] Provedor de Justiça pode exercer também funções de instituição nacional independente de monitorização da aplicação de tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, quando para o efeito for designado” (n.º 2) e que “[o] Provedor de Justiça assegura a cooperação com instituições congéneres e com as organizações da União Europeia e internacionais no âmbito da defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.” (n.º 3). E foi tudo.

Não creio que semelhante estado de coisas mereça qualquer preocupação especial da parte dos juristas. Afinal de contas, um Provedor definido, constitucionalmente, como elemento dos *princípios fundamentais* da Parte I da CRP (e como membro por inerência do Conselho de Estado e órgão auxiliar do sistema de justiça constitucional) estaria sempre habilitado, no plano interno, para assumir competências como *Instituição Nacional de Direitos Humanos*. O problema, a existir, não reside na falta de autorização dada pela Lei Fundamental para a assunção destas novas competências, mas antes nos efeitos que daí decorreram para a *condução prática* da Instituição. Tratarei já desse problema no ponto seguinte, quando abordar os desafios que hoje o Provedor enfrenta; mas antes uma última nota deve ainda ser salientada.

8. A configuração do Provedor de Justiça de Portugal como *Instituição Nacional de Direitos Humanos* veio reforçar a *dimensão objetiva* das suas atribuições constitucionais. Como disse antes, quando descrevi os cinco elementos estruturais que identificam o recorte básico da instituição, desde o seu início que o *Ombudsman* português foi pensado, não apenas como instância de «restauro» ou de «reposição» de certas e determinadas situações subjetivas, mas também como instrumento de alcance da *melhor legalidade possível* [dentro do quadro definido pelo sistema constitucional dos direitos fundamentais]. A *dimensão objetiva* – ou *sistémica* – da sua intervenção é por isso inegável; e é também por causa dela que o Provedor detém, no sistema constitucional como um todo, o lugar que detém. De igual modo, foi por este motivo que a assunção de novas competências por influxo do direito internacional não causou quaisquer problemas em direito interno: de certa forma, o «sistema» inicialmente desenhado pela ordem constitucional já estava preparado para acomodar a assunção dessas novas competências, que apenas vieram reforçar uma certa dimensão das funções que desde sempre lhe foram atribuídas.

Sucedem, porém, que esse reforço, ocorrido nas últimas décadas, se não resumiu à assunção da «nova» condição – e «nova» desde o virar do século – de *Instituição Nacional de Direitos Humanos*.

Como se sabe, Portugal ratificou, em julho de 1988, a Convenção Internacional de Prevenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, que concretiza o direito consagrado no artigo 5.º da Declaração Universal (*ninguém será submetido a tortura nem a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes*). Anos mais tarde, em 2012, a Assembleia da República aprovou igualmente o Protocolo Facultativo à Convenção, adotado pela ONU uma década antes com o propósito de fazer

assegurar, por meios mais cogentes, o cumprimento das obrigações já assumidas pelos Estados em virtude do tratado. Entre esses meios contava-se a injunção, dirigida aos Estados-membros, de criação no plano interno de um novo órgão designado como *Mecanismo Nacional de Prevenção* [MNP]. O MNP deveria assegurar, através de visitas regulares e periódicas a lugares onde se encontrassem pessoas privadas de liberdade por ordem e à guarda de autoridades públicas, que o Estado signatário da Convenção adotava as práticas necessárias à evitação do *mal* que se pretendia eliminar; e deveria fazê-lo em estreita colaboração com os já existentes organismos internacionais de fiscalização das ações estaduais (artigo 17.º do Protocolo Facultativo).

Ora sucede que, para cumprir esta injunção, o Governo de Portugal decidiu *designar* o Provedor de Justiça como “mecanismo nacional de prevenção”: a *designação* foi feita por Resolução do Conselho de Ministros (Resolução n.º 32/2013, de 20 de maio) e dela resultou, novamente, um acréscimo de competências para a Instituição.

Desde o seu início que o Provedor, no âmbito das atribuições que lhe eram genericamente conferidas pelo artigo 23.º da Constituição, prestava especial atenção às condições existentes em estabelecimentos prisionais e outros lugares de privação de liberdade. Os relatórios elaborados por Meneres Pimentel e Nascimento Rodrigues¹⁶, que tantas consequências tiveram no melhoramento das condições vividas nas nossas prisões, são disso prova bem eloquente.

No entanto, a designação do Provedor de Justiça como “mecanismo nacional de prevenção”, operada por Resolução do Conselho de Ministros, viria, mais

¹⁶ *Relatório sobre o Sistema Prisional*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 1996; *As Nossas Prisões, Relatório especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 1997; *As Nossas Prisões-II*, *Relatório especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 1999; *As Nossas Prisões -III*, Provedor de Justiça, Lisboa, 2003.



uma vez, a acarretar um “alargamento” do mandato e a assunção de novas competências. E isto por três razões essenciais. Em primeiro lugar, porque a atenção a dar ao acompanhamento das condições de vida existentes em lugares de privação de liberdade deixava de ser uma *faculdade*, inscrita nas atribuições genéricas do *Ombudsman* enquanto órgão de fiscalização dos serviços estaduais em geral, para passar a ser um *dever*, decorrente de um Tratado internacional subscrito pela República e por cujo cumprimento se responsabilizava logo em primeiro mão o Provedor. Em segundo lugar, porque o âmbito desse dever se alargava. Dada a noção de «privação de liberdade» decorrente do Tratado (artigo 4.º, n.º 2, do Protocolo Facultativo) as obrigações de controlo e fiscalização deixavam de se circunscrever aos estabelecimentos prisionais (ou sequer de pressupor estes últimos como alvo privilegiado de “monitorização”) para passar a incluir muitos outros lugares e instituições, tantos quantos se subsumissem ao conceito vasto, adotado pelo Protocolo, de “local de detenção”. Finalmente, porque a própria natureza da *obrigação* também mudava, tornando-se prevacente a sua dimensão *preventiva* e, portanto, eminentemente *objetiva*. Já se não tratava de “reparar” injustiças, mas de as prevenir; já se não tratava de reagir perante males já ocorridos, mas de agir de modo a evitar que o pior acontecesse.

IV

O desafio atual: reequilibrar as dimensões subjetiva e objetiva da ação do *Ombudsman*



9. No entanto, ao mesmo tempo que a assunção destas novas competências ia reconfigurando a condição formal do Provedor, outro fator ocorreria que ia moldando, em sentido contrário, a sua *prática*. Refiro-me ao volume das queixas dirigidas pelos cidadãos à Provedoria. Conforme tem sido relatado pelas informações dirigidas cada ano à Assembleia da República, tal volume nunca deixou de crescer, de forma constante e em proporção geométrica, desde o virar do século até agora. Os números falam por si próprios. No ano 2000 foram recebidas 5270 pretensões, dado que inclui *todas* as queixas chegadas à Instituição, independentemente do seu efetivo recebimento. Mas em 2020 as queixas efetivamente admitidas atingiram o record histórico de 11.550. Entre 2016 e 2020 o aumento de procedimentos abertos foi de 68%. Entre 2019 e 2020 a diferença [para mais] foi de 18%.

Como resultado deste crescimento, os serviços da Provedoria foram sendo assolados pela necessidade de resolver cada caso. Em consequência, a capacidade de intervenção objetiva, sistémica ou por *motu proprio* da Instituição foi esmorecendo. Na perceção pública, um tal estado de coisas foi tendo um efeito claro: cada vez mais se instalou a ideia segundo a qual a Provedoria de Justiça seria um *ersatz* do poder judicial ou uma espécie de justiça administrativa informal, que, sem custas nem regras de processo, se instalava como instância estadual permanente de resolução alternativa de litígios jurídico-administrativos, e a isso se resumindo a sua atuação. Escusado será dizer, no entanto, que um tal estado de coisas contraria a própria natureza do Provedor de Justiça. Se assim é – se ele se limita a funcionar como uma espécie de *justiça administrativa informal* – então mal se compreende o seu estatuto constitucional. Mal se compreende a razão de ser de tal estatuto; a sua inserção no Título I da Parte I da Constituição; o “facto” de por ele ser exigida a presença no Conselho de Estado; o “facto” de nele se incluir a legitimidade de ação perante o Tribunal Constitucional.



Creio, por isso, que o maior desafio que hoje a Instituição enfrenta reside precisamente aqui: na necessidade de repor o equilíbrio, entretanto perdido, entre as diferentes dimensões da ação do *Ombudsman*. Ao contrário do que sucede com o poder judicial, o Provedor de Justiça tem o poder e o dever de escolher. Não tem que responder apenas ao que se lhe pergunta. Não serve apenas o pedido que lhe é apresentado. Não se limita a reagir passivamente ao impulso externo que lhe chega. Pode e deve agir; e para agir precisa de escolher o curso da sua atuação, desse modo interpretando a forte componente objetiva que marca as suas atribuições constitucionais.

Quarenta e seis anos passados desde a instituição do Provedor muito tempo passou e muita coisa foi acontecendo. A ciência do Direito Público em Portugal cresceu e desenvolveu-se, creio, de um modo que não tem comparação com as outras áreas do Direito. A estrutura da administração tornou-se infinitamente mais complexa. Os órgãos não judiciais de fiscalização e controlo multiplicaram-se e ganharam outra relevância. Surgiram e implantaram-se as entidades administrativas independentes. A jurisdição administrativa e o Estado de direito tiveram afirmação plena. Perante este quadro, tão diverso daquele que vivíamos em setembro de 1974, quando se decidiu instituir o *Ombudsman* em Portugal, para que deve ele hoje servir? Ou perguntando de outro modo: de que forma deve ele hoje orientar a sua ação, de maneira a continuar a ser um instrumento de proteção dos cidadãos perante os poderes públicos?

Só vejo um meio de responder acertadamente a esta pergunta: hoje, *aquele que provê à justiça que falta* deve orientar a sua ação de modo a conferir especial proteção a quem mais dela precisa, ou a quem, pela sua especial condição, se encontra particularmente exposto às consequências nocivas de práticas sedimentadas de má administração. Na linguagem disseminada do nosso muito saturado espaço público esta especial exposição ao *mal* é



normalmente designada por “vulnerabilidade”. O termo, de tão usado e abusado, ter-se-á tornado para muitos um vazio semântico; apesar disso, não encontro outro para designar o que penso dever ser no tempo presente o farol orientador da liberdade de ação do Provedor de Justiça.

Mas esta é a reflexão que faço após quatro anos de mandato.

Por isso, pedia ao ilustre público perante o qual me encontro que procedesse ao seu exame crítico. Terei eu razão?

Braga, 8 de outubro 2021

Maria Lúcia Amaral

XXI Seminário de Justiça Administrativa