

O PROVIDOR DE JUSTIÇA: DA SINDICÂNCIA DA MÁ ADMINISTRAÇÃO À DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

MIGUEL MENEZES COELHO

Coelho, M. (2015), O Provedor de Justiça: da sindicância da má administração à defesa dos Direitos Humanos. *Boletim do Núcleo Cultural da Horta*, 24: 119-136.

Sumário: O *Ombudsman* configurou, logo no seu surgimento, na Suécia, há mais de 200 anos, uma instituição ambivalente, por ter surgido como um instrumento do poder real, mas que o limitava. Em Portugal, o Provedor de Justiça começou por visar primacialmente a justiça e a legalidade da atuação da Administração Pública, mas foi-se transfigurando, com especial ênfase a partir das inspeções a estabelecimentos prisionais, mas também com a defesa dos direitos das crianças e dos jovens, dos idosos e das pessoas com deficiência e, desde sempre, com as funções no sistema de fiscalização da constitucionalidade. Ao longo do tempo, foi-se consolidando, pois, a dimensão do Provedor de Justiça como promotor e defensor dos Direitos Humanos. Hoje, essa característica é também institucional, uma vez que o *Ombudsman* português agrega as qualidades de Provedor de Justiça, de Instituição Nacional de Direitos Humanos e de Mecanismo Nacional de Prevenção.

Coelho, M. (2015), The Ombudsman: from the supervision of maladministration to the defense of human rights. *Boletim do Núcleo Cultural da Horta*, 24: 119-136.

Summary: Upon its creation, in Sweden, more than 200 years ago, the Ombudsman was an ambivalent institution, having emerged as an instrument of Royal power, but being construed as limiting this same power. In Portugal, the Ombudsman began by targeting primarily the justice and legality of the actions of the public administration, but underwent modifications from the moment when inspections to prisons were made and the institution focused on the rights of children, elderly and people with disabilities. Since then, the Ombudsman is increasingly a human rights promoter and protector. Today, the Provedor de Justiça encompasses the qualities of Portuguese Ombudsman, National Human Rights Institution and National Prevention Mechanism.

Miguel Menezes Coelho – Coordenador da Provedoria de Justiça.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Provedor de Justiça, Prevenção.

Key-words: Human Rights, Ombudsman, Prevention.

1. A GÊNESE

A palavra *Ombudsman* resultará da adaptação do termo *umbodhsmadhr*, originário das línguas nórdicas anteriores ao século XIV, e representa um comissário ou um procurador.

A instituição nasceu na Suécia, quando a Constituição de 1809 separou os poderes legislativo e executivo e consagrou a designação de um emissor habilitado a receber queixas dos cidadãos contra a Administração, tornando-se *personnagio della legenda nordica*¹.

O relato da sua emergência histórica é feito por Frank Orton, antigo Provedor Sueco contra a Discriminação Étnica², nos seguintes termos:

«No ano de 1697 e com a idade de quinze anos, Carlos XII tornou-se rei da Suécia. Três anos mais tarde, no Outono de 1700, obteve uma vitória marcante sobre o Czar Pedro, em Narva, na atual fronteira entre a Estônia e a Rússia, apesar de comandar um exército alegadamente dez vezes inferior ao russo. A vitória fez de Carlos XII um herói no seu tempo e o tema de famosa biografia de Voltaire.

No entanto, nove anos mais tarde, em 1709, o Czar Pedro derrotou-o sem complacência nas margens do Vorskla, perto de Pultava, uma derrota que deu à aura do anterior herói uma tonalidade trágica – e acabou por estar na origem do primeiro Ombudsman do mundo. Após a derrota, Carlos rumou a Bender, na atual República da Moldova (...). Assim, a Suécia, que na época era um poderoso estado europeu, foi governada a partir desta região até ao outono de 1714, quando Carlos finalmente resolveu voltar para o seu reino (...).

Um ano antes, em outubro de 1713 (...), Carlos assinara um decreto instituindo o Ombudsman Real. A tarefa deste era garantir que os juizes, os oficiais militares e os servidores do Estado suecos respeitavam as leis do país e as regras estabelecidas. Tendo estado fora da Suécia desde que partira, havia treze anos, para a campanha militar contra a Rússia, o rei viu-se na necessidade de ter alguém fiscalizando, em seu nome, o estado das coisas do seu país».

¹ Como afirma JOÃO CAUPERS, citando GIOVANNI NAPIONE, *L'ombudsman. Il controllo della pubblica amministrazione*, Milão, 1969, p. 255.

² FRANK ORTON, *The Birth of the Ombudsman*, Sarajevo, 15 junho de 2001, e Varnitsa, 29 de junho de 2001, europeandcis.undp.org/.../ OMBUDS_HISTORY.doc.

Demorou mais de cem anos até que a instituição passasse as fronteiras do seu país de origem: primeiro para a Finlândia, por ocasião da sua independência, em 1919, e, depois, para a Dinamarca, em 1953, e em 1962 para a Noruega. Neste mesmo ano, deu-se a saída da Escandinávia para o resto do Mundo, através da Nova Zelândia.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 22 de janeiro de 1975 – tendo presente que as formas usuais de controlo judiciário não permitem sempre reagir com a rapidez e eficácia bastantes a todos os aspetos e a todos os desvios da administração moderna. E considerando que o *Ombudsman*, o comissário parlamentar ou o *médiateur* desempenham uma dupla função de importância primordial de proteger os particulares contra os abusos das Administrações Públicas e de, mais genericamente, contribuir para o aperfeiçoamento das Administrações –, recomendou ao Comité de Ministros que convidasse os Governos dos Estados-Membros que ainda não haviam adotado aquela instituição ao estudo da possibilidade de designar, tanto a nível nacional como a nível regional e ou local, pessoas que assumam funções correspondentes às dos *Ombudsman* e comissários parlamentares então existentes.

Terá sido Vital Moreira quem, pela primeira vez, trouxe ao conhecimento

dos portugueses a figura do *Ombudsman*, por ocasião do II Congresso Republicano de Aveiro, que decorreu em Aveiro, de 15 a 17 de maio de 1969. Posteriormente, no I Congresso Nacional dos Advogados, que se realizou entre os dias 16 e 19 de novembro de 1972, apresentou uma comunicação sobre o assunto.

Em 1971, José Magalhães Godinho defendeu a criação de um conselho nacional de defesa dos direitos, com funções semelhantes às do *Ombudsman*. Competir-lhe-ia, designadamente, promover, para além de diligências junto do Governo e organismos públicos, inquéritos, investigações e estudos acerca da eficácia das normas asseguradoras dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, inscritos na Constituição e na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

No já referido I Congresso Nacional dos Advogados, de 1972, Vasco da Gama Fernandes apresentou uma comunicação defendendo a criação do *Ombudsman*, com o propósito de prevenir e de promover a defesa dos direitos, em geral, e das liberdades públicas, em particular.

Ainda na mesma ocasião, Mário Raposo foi relator do IV tema («O advogado perante o processo civil») no qual defendia que o *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.

Em 1973, no III Congresso da Oposição Democrática, Vasco da Gama Fernandes reiterou a ideia da criação de um organismo oficial destinado a ser o veículo das reclamações cívicas contra erros, arbítrios ou negligências praticados pela Administração ou pelos municípios, devendo ser dirigido por individualidades nomeadas pelo Parlamento, com o poder de inspecionar, abrir inquéritos, receber reclamações orais ou escritas e dar-lhes o destino conveniente, pelas vias dos tribunais ou das repartições competentes.

Após a Revolução de 25 de abril de 1974, o Decreto-Lei n.º 261/74, de 18 de junho, previu a criação de comissões de reforma judiciária, com a finalidade de elaborar e sistematizar as críticas ao regime judiciário então vigente e de sugerir as reformas julgadas adequadas à democratização e eficácia da justiça; a Comissão de Reforma Judiciária do Supremo Tribunal de Justiça (cujo vogal era Mário Raposo) elaborou um relatório geral sobre todos os trabalhos e propôs a criação, na ordem jurídica portuguesa, do Provedor de Justiça, com competência para o recebimento de queixas de particulares, visando uma injustiça ou um ato de corrupção ou

de má administração e com poder para averiguar, criticar e tornar pública a atuação administrativa, sem a poder modificar.

Posteriormente, e por iniciativa do Ministro da Justiça, Salgado Zenha, foi elaborado o Plano de Ação do Ministério da Justiça, que viria a ser aprovado em Conselho de Ministros, a 20 de setembro de 1974, do qual constava, no plano legislativo, o desígnio de instituir o *Ombudsman*, visando assegurar a justiça e a legalidade da Administração através de meios informais.

A Procuradoria-Geral da República foi encarregada de efetuar um estudo sobre o assunto, que concretizou elencando as opções tomadas pelos legisladores dos vários países e apontando as características que a instituição devia revestir em Portugal. Com base naquele estudo, foi elaborado um anteprojeto de diploma legal.

O Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de abril, criou o cargo de Provedor de Justiça, visando fundamentalmente assegurar a justiça e a legalidade da administração pública através de meios informais, investigando as queixas dos cidadãos contra a mesma administração e procurando para elas as soluções adequadas (artigo 1.º, n.º 1). A instituição Provedor de Justiça foi prevista nos projetos de Constituição apresentados por três dos partidos representados na Assembleia Consti-

tuinte, a saber: Centro Democrático Social (CDS), Partido Socialista (PS) e Partido Popular Democrático (PPD). O projeto do CDS designava-o «defensor do cidadão» e qualificava-o como órgão independente e imparcial incumbido de receber, apreciar e decidir as reclamações ou queixas apresentadas pelos cidadãos contra quaisquer ações ou omissões da Administração Pública arguida de injustiça, imoralidade ou ilegalidade grosseira.

O projeto do PS previa a existência de dois provedores de Justiça, um para o sector da Administração a cargo do Governo e outro para as forças armadas, tendo um e outro por função receber as queixas dos cidadãos relativamente à Administração e aos Poderes Públicos e de, depois de as apreciarem, apresentarem as recomendações para as reparar e prevenir de futuro, sem poder decisório.

Já o projeto do PPD previa que junto da Câmara dos Deputados funcionasse o comissário parlamentar dos interesses dos cidadãos, ao qual competiria indagar das queixas dos cida-

dãos contra atos ilegais ou injustos da Administração e propor à Câmara e ao Governo as providências adequadas.

A discussão na especialidade iniciou-se na sessão da Assembleia Constituinte, de 22 de agosto de 1975, tendo terminado na sessão do dia 26 do mesmo mês, com a aprovação do artigo com alterações (propostas de emenda do Grupo Parlamentar do CDS), depois do que apresentaram declarações de voto os Deputados Lopes de Almeida (PCP), Luís Catarina (MDP/CDE), Mário Mesquita (PS), Costa Andrade (PPD) e Freitas do Amaral (CDS).

A Constituição da República Portuguesa, aprovada na sessão plenária da Assembleia Constituinte, de 2 de abril de 1976, consagrou o Provedor de Justiça, nos seguintes termos: os cidadãos podem apresentar queixas por ações 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 (artigo 24.º, n.º 1).

2. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA

O atual Estatuto do Provedor de Justiça foi aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de abril, entretanto alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de agosto, pela Lei n.º 52-A/2005, de 10 de outubro, e

pela Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro³.

³ Pode ser consultado em <http://www.provedor-jus.pt/?idc=20&idi=15378>.

O artigo 5.º do Estatuto regula a designação do Provedor de Justiça pela Assembleia da República, que deve recair em cidadão que, gozando de comprovada reputação de integridade e independência, preencha igualmente os requisitos de elegibilidade para a Assembleia da República. Mas o procedimento vem igualmente previsto no Regimento da Assembleia da República⁴, na secção III relativa à designação de titulares de cargos exteriores à Assembleia.

Inicia-se com a apresentação de candidaturas (artigo 256.º do Regimento), que devem ser subscritas por um mínimo de 10 e um máximo de 20 Deputados, perante o Presidente da Assembleia, até 30 dias antes da data da eleição, acompanhadas do *curriculum vitae* do candidato e da declaração de aceitação de candidatura.

Durante o período que decorre entre a apresentação das candidaturas e a data das eleições, a Assembleia, através da comissão parlamentar competente, procede à audição de cada um dos candidatos.

A votação deverá alcançar uma maioria qualificada, de dois terços dos

deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções.

Nos termos do artigo 258.º do Regimento, se nenhum dos candidatos obtiver esse número de votos, procede-se a segundo sufrágio, ao qual concorrem apenas os dois candidatos mais votados cuja candidatura não tenha sido retirada.

E, caso não se alcance a eleição de nenhum dos candidatos, o processo é reaberto, no prazo máximo de 15 dias (artigo 260.º do Regimento).

Concluído o processo com sucesso, a posse é tomada, naturalmente, perante o Presidente da Assembleia da República.

São cinco as principais características do Provedor de Justiça, conforme as elenca João Caupers⁵:

- A independência;
- A imparcialidade;
- A acessibilidade;
- A falta de vinculatividade ⁶; e
- A especialização em administração pública.

Vejamos cada uma com mais atenção. A independência resulta tanto das características pessoais do escolhido

⁴ Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, publicado no *Diário da República*, n.º 159, 1.ª série, de 20 de agosto de 2007, e retificado pela Declaração de Retificação n.º 96-A/2007, publicada no *Diário da República*, n.º 202, 1.ª série, 1.º suplemento, de 19 de outubro de 2007.

⁵ *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, p. 85, ss.

⁶ Como se verá adiante, João Caupers fala, verdadeiramente, em falta de poder de decisão.

quanto do procedimento de designação, que visa colocá-lo ao abrigo da interferência dos órgãos administrativos ou executivos visados pela sua atividade.

Pode falar-se de imparcialidade com referência ao *estatuto de equidistância*⁷ relativamente aos vários interesses, uma vez que é totalmente independente nos contextos de conflito em que se move.

A acessibilidade significa que podem recorrer ao Provedor de Justiça todos aqueles que pretendam suscitar questões relativas ao desempenho das entidades compreendidas no âmbito de atuação. É esse o sentido do artigo 3.º do Estatuto, epigrafado «direito de queixa»: todos os cidadãos, pessoas singulares ou coletivas, podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos.

Significa, também, que podem fazê-lo sem especiais requisitos de forma.

Mas, mais relevante ainda do que a mera acessibilidade formal – por certo importante, até porque ligada à desnecessidade de constituição de advogado –, é a «*disponibilidade institucional para “ouvir” e “sentir” as queixas ou as suas antecâmaras, as “lamentações” dos seus concidadãos*»⁸.

Tal interpretação foi publicamente assumida pelo próprio Provedor de Justiça José de Faria Costa, logo nos primeiros tempos do seu mandato, e traduz não só uma efetiva abertura institucional às diferentes solicitações dos cidadãos, como também – e essencialmente – o anúncio de um amplo direito de queixa fundado muito mais na injustiça do que na ilegalidade.

Se, historicamente, o *Ombudsman* configurou um *plus* relativamente ao tradicional controlo jurisdicional dos poderes públicos, como é unanimemente reconhecido, este comprometimento com a vertente *justiça* – a qual, por natureza, não pode deixar de ir além da mera legalidade – e a circunstância de ter sido expressa e solenemente afirmado por um Provedor de Justiça no exercício do seu cargo, traduz a verdadeira essência da acessibilidade como característica distintiva do órgão do Estado.

O mesmo artigo 3.º esclarece, se dúvidas houvesse, que o Provedor de Justiça aprecia as queixas sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças. Caupers, como aliás muitos outros autores, afirma que «*a característica*

⁷ JOÃO CAUPERS, *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, p. 85, ss.

⁸ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Razões de uma razão II”, *Diário de Notícias*, 7 de outubro de 2013, p. 47.

do **Ombudsman** que porventura melhor reflète a sua natureza é a falta de poderes de decisão»⁹, ou seja, a circunstância de não ter capacidade jurídica para alterar ou revogar decisões administrativas.

Parece mais adequado, contudo, falar em ausência de vinculatividade, em vez de falta de poder de decisão. É que, na verdade, o Provedor de Justiça toma decisões e transmite-as às entidades visadas; o que não pode é impor as soluções que considera mais acertadas, limitando-se portanto a sugerir ou aconselhar um desfecho possível. Como sintetizou José Menéres Pimentel, «ao Provedor assiste o poder de influenciar o comportamento dos restantes poderes públicos, não pela razão da autoridade, não por qualquer privilégio de execução prévia, mas pela autoridade da razão, pelo privilégio do distanciamento em relação aos diversos interesses públicos que movem a actuação dos outros órgãos e serviços do Poder»¹⁰.

É esta competência, de formular recomendações, que verdadeiramente constitui o principal traço caracterizador do *Ombudsman*.

O procedimento inerente a tal competência vem descrito no artigo 38.º do Estatuto: as recomendações do

Provedor de Justiça são dirigidas ao órgão competente para corrigir o ato ou a situação irregulares, que dispõe de 60 dias, a contar da sua receção, para comunicar a posição que quanto a ela assume.

No fim da instrução do procedimento, o não acatamento da recomendação tem sempre de ser fundamentada, motivação que se torna desnecessária em caso de concordância. E, caso as recomendações não sejam atendidas pelos órgãos executivos das autarquias locais, o Provedor pode dirigir-se às respetivas assembleias deliberativas e, sempre que a Administração não atuar de acordo com as suas recomendações, o Provedor pode dirigir-se à Assembleia da República, expondo os motivos da sua tomada de posição.

Qual o motivo que explica que seja conferida especial credibilidade às recomendações que o Provedor de Justiça dirige à Administração? A resposta, pelo menos parcialmente, foi dada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República¹¹, ao discorrer sobre a relevância da existência de uma recomendação do Provedor, concluindo que, apesar de não terem força vinculativa para a

⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰ *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, 1994, p. 658.

¹¹ Parecer n.º 41/87, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 29 de julho de 1987 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 292, de 21 de dezembro de 1987).

Administração, num Estado de direito democrático espera-se que ela seja ponderada devidamente.

O Conselho Consultivo lembrou que, por vezes, o Provedor de Justiça recomenda a revisão de uma situação, por meios não contenciosos, com base não só em razões jurídicas, mas também em motivos de equidade, pelo que o acatamento da recomendação exige que a Administração procure, para além do «legal», o «certo e o justo», numa representação onde, apesar de tudo, não deixará de intervir o seu critério subjetivo: a sua consciência jurídica e axiológica. Em suma, concluiu que as recomendações do Provedor de Justiça, ainda que não vinculativas, devem ser ponderadas devidamente pela Administração, que, no respeito por elas, as situações controvertidas devem ser examinadas não só numa perspectiva de legalidade, mas também de equidade, ensaiando-se, se for caso disso, soluções não contenciosas. E se, apesar de tudo, o diferendo se mantiver, justifica-se que se aguarde uma atuação em termos de justiça concreta, para a qual se encontram vocacionados os tribunais. Uma vez que o Provedor de Justiça pode dirigir recomendações legislativas à Assembleia da República, o respetivo Regimento prevê¹² que elas devem ser remetidas, com os

documentos que as acompanhem, aos grupos parlamentares para os fins que estes entendam convenientes, e também que são publicadas no *Diário da Assembleia*.

Para além da obrigação de fundamentar a discordância com as sugestões do Provedor, o Estatuto impõe ainda aos órgãos e agentes 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, das entidades administrativas independentes, das associações públicas, designadamente das ordens profissionais, das entidades privadas que exercem poderes públicos ou que prestem serviços de interesse geral, a obrigação de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhes sejam solicitados pelo Provedor de Justiça.

Em suma, a debilidade que poderia advir da ausência de vinculatividade vem acompanhada de uma *especial autoridade procedimental*, consubstanciada na circunstância de ser devida ao Provedor de Justiça a prestação de informações, a disponibilização de documentos e processos para exame; de o Provedor de Justiça poder fixar, por escrito, prazo não inferior a 10 dias para satisfação de pedido que formule com nota de urgência e de o

¹² Artigo 241.º

Provedor de Justiça poder determinar a presença na Provedoria de Justiça, ou noutro qualquer local que indicar e que as circunstâncias justifiquem, de qualquer trabalhador ou representante das entidades visadas, mediante requisição à entidade hierarquicamente competente, ou de qualquer titular de órgão sujeito ao seu controlo, a fim de lhe ser prestada a cooperação devida, sob pena de o Provedor suscitar ao superior hierárquico competente a instauração de procedimento disciplinar ou ao Ministério Público a instauração do competente processo-crime por desobediência e a realização de inspeções.

O que fica exposto sobre a ausência de vinculatividade permite compreender a expressão «*magistratura de influência*»¹³ aplicada ao Provedor de Justiça.

A última característica é a especialização na Administração Pública, o que significa que o *Ombudsman* desenvolve a sua atividade no universo público, controlando os poderes públicos.

João Caupers sintetiza esta característica:

«(...) é compreensível a ideia de que a instituição somente faz sentido relativamente a actividades que tenham uma conotação pública –

seja por serem desenvolvidas por entidades públicas, seja por serem reguladas por normas de direito público, seja, ainda, porque, de qualquer outra forma, têm a ver com a prossecução de interesses públicos, entendidos estes como os que respeitam à satisfação de necessidades colectivas»¹⁴.

Mas, ainda que os poderes de inspeção e fiscalização do Provedor de Justiça visem fundamentalmente a atividade administrativa do Estado, dois aspetos merecem particular atenção. Por um lado, a extensão do conceito de poderes públicos, de que tanto a Constituição como o Estatuto fazem uso. Compreende, desde logo, o Estado, mas também os chamados entes públicos menores, territoriais ou corporativos. E também as autoridades administrativas independentes. E mesmo os órgãos de soberania são também poderes públicos incluídos no âmbito de atuação do Provedor de Justiça, ainda que apenas na vertente própria do exercício das respetivas funções administrativas, deixando totalmente de fora as funções política, legislativa e jurisdicional.

Como explica Freitas do Amaral,

«*se é verdade que todos os órgãos administrativos desempenham a*

¹³ JOÃO CAUPERS, *ibidem*.

¹⁴ JOÃO CAUPERS, *ibidem*.

função administrativa, não o é menos que esta – a função administrativa – é também desempenhada, ainda que em plano secundário, pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pelos Tribunais: há, com efeito, actos materialmente administrativos praticados pelo Presidente, ou pelos serviços da Presidência, pela Mesa do Parlamento, ou pelo seu Conselho de Administração e respectivos serviços, e ainda pelos juizes e funcionários de justiça»¹⁵.

Por outro lado, coloca-se ainda a questão de saber se a atuação do Provedor pode incidir sobre a atividade discricionária das entidades públicas, quer sobre a discricionariedade administrativa quer sobre a técnica.

A resposta é afirmativa, uma vez que o limite se situa, não na discricionariedade, mas «no controlo do mérito da actuação dos poderes públicos, salvo em casos de “erro manifesto” (erreur manifeste), ou de “total desrazoabilidade” (pure unreasonableness)»¹⁶. Não obstante o que fica dito, justifica ainda maior atenção a questão dos tribunais, na medida em que os poderes

de intervenção do Provedor de Justiça nesta área foram definidos de forma dualista, ao mesmo tempo orgânica e material: de um lado, não incluindo os órgãos de soberania e as assembleias e governos regionais, com exceção da respetiva atividade administrativa; do outro lado, fixando um procedimento próprio relativamente às queixas sobre a atividade judicial.

De facto, o n.º 3 do artigo 22.º do Estatuto dispõe que «as queixas relativas à atividade judicial que, pela sua natureza, não estejam fora do âmbito da atividade do Provedor de Justiça serão tratadas através do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público ou do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, conforme os casos».

O que daqui resulta é tanto que a função jurisdicional está totalmente fora do âmbito da atividade do Provedor de Justiça, quanto que sobre os processos a correr termos nos tribunais a intervenção está limitada aos aspetos administrativos e ao eventual atraso judicial.

Questão diferente, mas ligada ainda à atividade judicial, é a da possibili-

¹⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Ombudsman – Novas competências, Novas funções. VII Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman*, AA.VV., Lisboa, Provedor de Justiça, 2002, p. 230.

¹⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do Ombudsman*, AA.VV., *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2000.

dade de ser apresentada queixa sobre uma situação que, em simultâneo, esteja a ser apreciada em tribunal, sendo pacífico que o Provedor não poderá aceitar apreciá-la – mas não por razão de litispendência, ou para evitar a inútil e prejudicial duplicação de processos, ou a eventual contração das decisões ou por causa do princípio *non bis in idem*; diferentemente do que afirma Diogo Freitas do Amaral¹⁷, o que releva é o respeito pelo princípio da independência dos tribunais e o dever de acatamento das decisões por eles proferidas.

Existe, concomitantemente, uma componente de direitos humanos na atividade dos *Ombudsman*, mesmo que ela seja por vezes menos perceptível pela generalidade dos cidadãos.

Quanto ao Provedor de Justiça, tal

cunho é impressivo e de há muito tempo.

Recordem-se, a título de exemplo, as intervenções ao nível do sistema prisional, que começaram em 1993, visando verificar em que medida a administração penitenciária cumpria os objetivos fixados na Constituição e na Lei, designadamente, se aqueles propiciavam o fim primacial da execução das penas, que é o da reinserção social das pessoas sujeitas a medidas privativas de liberdade.

Mas também as intervenções em matéria de direitos das crianças e dos jovens, dos idosos e das pessoas com deficiência, para além das funções que lhe foram atribuídas no sistema de fiscalização da constitucionalidade e que fazem dele um «*órgão de garantia da Constituição*»¹⁸.

3. A EXPANSÃO DO MODELO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA

Apesar de surgir «*num contexto específico de transição democrática*»¹⁹, primeiro com a consagração legal e, depois, com a constitucionalização, o Provedor de Justiça português teve a virtualidade histórica de lograr esten-

der a sua influência além fronteiras. De início, marcando decisivamente a figura do *Defensor del Pueblo* que, em 1978, surge na Constituição espanhola. É o que atesta Alvaro Gil Robles, autor do projeto de lei orgânica que regula o *Defensor del Pueblo*, ao recordar que «*a Lei Portuguesa foi*

¹⁷ *Ombudsman – Novas competências...*, op. cit., p. 231.

¹⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 171, § II.

¹⁹ CATARINA SAMPAIO VENTURA, *Direitos Humanos e Ombudsman – Paradigma de um Instituição Secular*, Lisboa: Provedor de Justiça, 2007, p. 45.

um elemento de trabalho fundamental, porque constituiu uma mudança significativa na evolução que existira da Instituição do ombudsman, desde a sua origem, até ao ano de 1982 em que se iniciou a experiência espanhola»²⁰.

Relativamente aos países latino-americanos, a marca do modelo português de *Ombudsman* terá operado, ainda que apenas mediatamente por via do *Defensor del Pueblo* espanhol, mas traduziu-se, de forma impressiva, no posicionamento jurídico e político dentro dos direitos fundamentais. Aliás, como destaca Catarina Sampaio Ventura «os laços privilegiados que ligam os países ibero-americanos

encontram-se institucionalizados, no que ao Ombudsman concerne, na Federação Ibero-Americana de Ombudsman (FIO), cujos Estatutos foram adoptados na cidade de Cartagena das Índias (Colômbia), em 5 de Agosto de 1995»²¹.

Mais direta, todavia, foi a exportação do modelo luso para os países de língua oficial portuguesa, designadamente em África e em Timor.

Este processo culminou com a criação, no âmbito da Comunidade de Países de Língua Oficial Portuguesa, de Rede de Provedores de Justiça, Comissões Nacionais e Direitos Humanos e demais Instituições Nacionais de Direitos Humanos.

4. O PROVIDOR DE JUSTIÇA INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

No domínio dos Direitos Humanos, estão internacionalmente definidos padrões mínimos de referência que devem ser respeitados por todas as instituições nacionais que visem a sua defesa, numa ótica de plena independência e eficácia. São conhecidos como *Princípios de Paris*, uma vez que foram elaborados na primeira reunião internacional das instituições nacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, que teve lugar

em Paris, entre os dias 7 e 9 de outubro de 1991.

Foram posteriormente adotados pela Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, através da Resolução 54/1992, e, em 1993, a Assembleia Geral das Nações Unidas reafirmou-os na Resolução n.º 48/134, de 20 de dezembro. No mesmo ano, foi criado o Comité Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ICC), cuja principal mis-

²⁰ ALVARO GIL ROBLES, *El defensor del pueblo*, Madrid: Editorial Civitas, 1979, pp. 149-164.

²¹ *Idem*, p. 72, nota 148.

são é apreciar a conformidade das organizações àqueles Princípios, mediante um processo de acreditação e re-acreditação de que pode resultar uma das três classificações: A (plenamente conforme), B (alguns aspetos não conformes) e C (não conforme). Os *Princípios de Paris* definem as atribuições e competências, a composição e os métodos de funcionamento das instituições nacionais de direitos humanos.

Neste contexto, as instituições nacionais devem ter por atribuições a promoção e proteção dos direitos humanos e um mandato tão amplo quanto possível, claramente consagrado em texto constitucional ou legislativo.

Além disso, as instituições nacionais devem ter, entre outras, a competência para apresentar ao governo, ao parlamento e a qualquer outra entidade recomendações sobre matérias relativas à promoção e proteção dos direitos humanos, designadamente quanto ao respeito dos princípios fundamentais de direitos humanos pelas disposições legais ou administrativas, quanto à violação de direitos humanos, quanto à elaboração de relatórios sobre a situação nacional relativa aos direitos humanos e sobre situações de violação de direitos humanos em qualquer parte do país.

E devem também ter competência para promover e garantir a harmonização da legislação, regulamentos e

práticas nacionais com os instrumentos internacionais de que o Estado seja parte e a sua efetiva aplicação, ou para encorajar a ratificação ou adesão àqueles instrumentos; e contribuir para os relatórios que os Estados devam apresentar aos organismos e comités das Nações Unidas e às instituições regionais; cooperar com as Nações Unidas e com qualquer outra organização do sistema das Nações Unidas, com as instituições regionais e nacionais de outros países; prestar assistência na elaboração de programas de ensino e investigação no domínio dos direitos humanos e participar na respetiva execução nas escolas, universidades e círculos profissionais e, finalmente, divulgar os direitos humanos e os esforços para combater a discriminação em todas as suas formas.

A composição das instituições nacionais e a designação dos seus membros deverão ter por base procedimentos que prevejam as garantias necessárias para a representação pluralista das entidades da sociedade civil que participam na promoção e proteção dos direitos humanos, como organizações não-governamentais, representantes de correntes de pensamento filosóficas ou religiosas, de membros de universidades e peritos qualificados, de parlamentares e de colaboradores de departamentos governamentais.

Adiante-se que as instituições nacionais de direitos humanos devem dis-

por de uma infraestrutura adequada ao bom desempenho das suas atividades, e em particular de fundos suficientes, como forma de garantir a sua independência face ao governo.

Em termos funcionais, os *Princípios de Paris* também definem os métodos de funcionamento das instituições nacionais, visando salvaguardar, nomeadamente, a autonomia e independência de atuação, o acesso irrestrito aos órgãos de comunicação social e o relacionamento com organizações não-governamentais que se dedicam à proteção e promoção dos direitos humanos.

Mas compreendem ainda outras regras sobre o recebimento e exame de queixas e petições, podendo as instituições nacionais procurar ações conciliatórias, prestar informações aos requerentes relativamente aos seus direitos, transmitir e formular recomendações às autoridades competentes.

Finalmente, as Instituições Nacionais de Direitos Humanos acreditadas com estatuto A são parceiros em matéria de Direitos Humanos, designadamente no quadro das Nações Unidas, tendo

mesmo direito de participação em algumas instâncias, *maxime* no Conselho de Direitos Humanos, apresentando documentos próprios, assistindo a reuniões e intervindo nas mesmas. Tenha-se presente, além do mais, que o conceito de Instituição Nacional de Direitos Humanos designa, em regra, dois tipos de instituições de promoção e proteção dos direitos humanos: as Comissões de Direitos Humanos e os *Ombudsman*.

O *Ombudsman* português – Provedor de Justiça – detém, desde 1999, a qualidade de Instituição Nacional de Direitos Humanos portuguesa, acreditada com estatuto A.

E, nessa qualidade, tem assento na Comissão Nacional para os Direitos Humanos, entidade de natureza governamental que funciona na dependência do Ministério dos Negócios Estrangeiros e visa uma melhor coordenação interministerial tanto no que se refere à preparação da posição de Portugal nos organismos internacionais em matéria de direitos humanos, como no que respeita ao cumprimento das obrigações assumidas nessa matéria.

5. O PROVIDOR DE JUSTIÇA MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO DA TORTURA

A *Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* foi adotada pela resolução n.º 39/46, da

Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984. Entrou em vigor na ordem internacional em 26 de junho de 1987 e na ordem jurí-

dica portuguesa em 11 de março de 1989.

Nos termos do n.º 1 do artigo 1.º da Convenção, constitui tortura

«qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito».

A Convenção prevê ainda a formação do Comité contra a Tortura, composto por dez peritos, que examina relatórios apresentados pelos Estados Partes, dando conta das medidas adotadas para cumprir as obrigações impostas pela Convenção, formula comentários gerais interpretativos destas obrigações, e pode ainda, caso os Estados Partes o reconheçam, examinar queixas individuais e interestaduais de alegada violação da Conven-

ção, assim como instaurar inquéritos, em caso de suspeita de violação grave ou sistemática das disposições da Convenção.

Pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 18 de Dezembro de 2002, e em vigor a nível internacional desde 22 de Junho de 2006, foi estabelecido um mecanismo internacional de visita a estabelecimentos de detenção sob a jurisdição dos Estados Partes, designado por Subcomité para a Prevenção da Tortura.

Este Subcomité pode visitar locais de detenção sem autorização prévia dos Estados Partes e dirigir a estes recomendações com vista à prevenção da ocorrência da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

A par deste sistema de visitas por um organismo internacional de peritos, o Protocolo exige também a designação de um mecanismo nacional independente de inspeção aos locais de detenção.

Em Portugal, estas funções foram cometidas ao Provedor de Justiça²² que, para a boa execução da nova missão que lhe foi confiada, criou uma estrutura de apoio composta por dois órgãos, o Conselho Consultivo e

²² Ver Resolução do Conselho de Ministros, n.º 33/2013, de 20 de maio de 2013.

a Comissão de Coordenação. Foram igualmente instituídos o Núcleo de Visitadores e o Apoio Administrativo. As competências do mecanismo nacional de visita são complementares das funções do Comité contra a Tortura.

O Conselho Consultivo é um órgão colegial de consulta e acompanhamento, aberto à pluralidade social e de saberes, designadamente integrando individualidades de elevados e reconhecidos estatutos ético e cívico e representantes da Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais,

Direitos, Liberdades e Garantias, dos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público, bem como das Ordens dos Advogados, dos Médicos e dos Psicólogos Portugueses. À Comissão de Coordenação cabe executar o plano de atividades, elaborado e aprovado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção, bem como assegurar a concretização das visitas aos locais de detenção através do Núcleo de Visitadores.

O Núcleo de Visitadores é constituído pelos colaboradores do Provedor de Justiça designados para o efeito.

6. CONCLUSÕES

O *Ombudsman* configurou, logo no seu surgimento, na Suécia, há mais de 200 anos, uma instituição ambivalente.

Surgiu como um instrumento do poder real, mas que, enquanto tal e paradoxalmente, o limitava.

Dois séculos depois, em Portugal, o Provedor de Justiça é «um órgão constitucional de garantia dos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I da Constituição e dos direitos a eles análogos»²³, eleito pela Assembleia da República,

que se configurou, desde sempre, como um órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídicas subjetivas dos cidadãos que, num primeiro momento, e como resulta claro do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de abril, visou a justiça e a legalidade da atuação da Administração Pública através da investigação, por meios informais, das queixas dos cidadãos e da procura de soluções adequadas.

A especial natureza do Provedor resulta das suas particularidades, destacando-se a independência, a imparcialidade, a acessibilidade, a especialização em administração pública e a falta de vinculatividade das suas

²³ AUGUSTO SILVA DIAS e FRANCISCO AGUIAR, *O Provedor de Justiça e o Processo Penal*, O Provedor de Justiça – Novos Estudos, Lisboa, 2008, p. 12.

posições. Todavia, como assinalou o antigo Provedor Henrique Nascimento Rodrigues, mesmo não sendo de cumprimento obrigatório as suas posições, «a lei abre [ao *Ombudsman*] um caminho vasto para que possa procurar evidenciar a justiça e a legalidade das posições que defende. (...) Aqui radica (...) uma sua marca congénita. Aqui repousa a sua ‘*autoric-tas*’, esse indelével fio que demarca a sua autoridade moral que a distingue de outros órgãos do Estado»²⁴.

O que escasseia em poder, tem o Provedor de Justiça em autoridade. E ainda que a ação do Provedor de Justiça se desenvolva fundamentalmente no quadro da atividade administrativa do Estado, ao longo dos anos, a sua atuação foi-se transfigurando, com especial ênfase a partir de 1993, quando começaram as inspeções a estabelecimentos prisionais – transformação que culminou, em 1996, com a realização de uma ação

de inspeção muito vasta, abrangendo a totalidade dos 51 estabelecimentos prisionais civis então existentes em Portugal.

Mas igualmente as intervenções na defesa dos direitos das crianças e dos jovens, dos idosos e das pessoas com deficiência e, desde sempre, também as funções que lhe foram atribuídas no sistema de fiscalização da constitucionalidade situaram o Provedor de Justiça muito para além da mera fiscalização da Administração.

Ao longo dos anos, foi-se consolidando a dimensão de promoção e proteção dos Direitos Humanos, agregando hoje o *Ombudsman* português as qualidades de Provedor de Justiça, de Instituição Nacional de Direitos Humanos e de Mecanismo Nacional de Prevenção.

Neste ano de 2015, durante o qual se celebram 40 anos de caminho percorrido desde a sua fundação, o Provedor de Justiça é também uma instituição com futuro, com um futuro promissor na batalha – sempre penosa, sempre inacabada, mas também sempre venturosa – pelos Direitos Humanos.

²⁴ HENRIQUE NASCIMENTO RODRIGUES, *II Colóquio Luso-Brasileiro de Ouvidores Públicos /Provedor de Justiça*, Lisboa, 30 de maio de 2005, p. 22.