

# ***DO «OMBUDSMAN» AO PROVIDOR DE JUSTIÇA\****

*Menéres Pimentel \*\**

## **1. O «OMBUDSMAN»**

Muito provavelmente, jamais terá ocorrido aos propulsores do primeiro «Ombudsman», em 1809, na Suécia, uma tão vasta repercussão do seu acto pelos cinco continentes do Globo e, muito menos que, quase duzentos anos após, viesse o «Ombudsman» ser objecto de uma reflexão de uma audiência reunida em Macau não longe dos antípodas de Estocolmo.

A expressão «Ombudsman» trata-se de um vocábulo do idioma sueco, porventura o seu vocábulo mais utilizado internacionalmente, o qual reflecte o modelo inspirador da Provedoria de Justiça de Portugal e também, pese embora as restantes componentes das suas atribuições, um pólo de referência para o Alto Comissariado Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, em Macau.

No tocante à receptividade e à confiança que o «Ombudsman» tem sabido merecer em Portugal, não restam, ao autor, felizmente, quaisquer dúvidas. Relativamente à sua internacionalização e à sua capacidade de vencer meridianos e paralelos, de se adaptar a culturas e sistemas jurídicos distintos, o autor deixou de tê-las quando, em Outubro de 1992, tomou parte na V Conferência Internacional do «Ombudsman», em Viena, onde, diariamente, durante cerca de uma semana, lhe foi permitido trocar ideias e experiências com delegações oriundas de mais de setenta países.

Excelente sinal desta difusão foi, insofismavelmente, a aprovação da Lei n.º 11/90/M, de 10 de Setembro, que criou o Alto Comissariado Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa.

Ordens jurídicas diferenciadas em razão de espaços diversos de aplicação e dos seus destinatários, Macau e Portugal participam num

---

\* Textos com ligeiras alterações da exposição oral realizada em 6.12.93, em Macau, na altura da celebração de um protocolo de cooperação entre o Provedor de Justiça de Portugal e o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa de Macau.

\*\* Provedor de Justiça de Portugal.

mesmo conjunto essencial de valores e princípios, de costumes e vivências que os laços do tempo, da História e de um fraterno encontro de culturas tornaram indissolúvel.

Não será ambíguo, desta sorte, falar-se num sentido amplo do ordenamento jurídico da República Portuguesa, onde se integram duas ordens jurídicas.

Neste sentido, é o autor também da opinião que a ordem constitucional de Macau compreende, não apenas o seu estatuto orgânico, como também, os princípios constitucionais fundamentais e as normas sobre direitos, liberdades e garantias da Constituição da República Portuguesa. Já no que diz respeito a direitos económicos, sociais e culturais, não fora a Resolução da Assembleia da República n.º 41/92, de 31 de Dezembro<sup>1</sup>, e seria bem mais reduzido o núcleo comum.

No acervo comum de princípios constitucionais e de direitos, liberdades e garantias, encontra-se o direito de acesso ao Provedor de Justiça (CRP, artigo 23.º) concorrentemente, para os residentes no território de Macau, com o direito de queixa e reclamação junto do Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa.

Eis, então, a razão que leva a desenvolver a temática do Provedor de Justiça, partindo de uma breve síntese histórica e comparativa da instituição, para, logo após, definir as linhas essenciais do seu Estatuto, sem por fim, deixar de considerar as relações do Provedor de Justiça com o território de Macau, em particular, com o seu Alto Comissariado, à luz do protocolo de cooperação celebrado entre estas duas entidades, não perdendo de vista a projecção presente e futura da Declaração Conjunta Luso-Chinesa, assinada em 13 de Abril de 1987.

## **2. FIGURAS SIMILARES DE «OMBUDSMAN»**

Como ponto de partida desta exposição, toma-se a origem da instituição do Provedor de Justiça, correndo-se porém o risco de estas palavras tão só retomarem, quanto a este aspecto, o que pode ser familiar a alguns e, por outro lado, o risco de permanecer demasiado aquém de uma exposição tão sistemática e aprofundada quanto o seria a de um especialista em História das Instituições.

Desde 1809, o Provedor de Justiça é denominado na Suécia, de «Ombudsman». Com efeito, esta data assinalável marca o termo de um regime absolutista de concentração vertical e horizontal dos poderes na Coroa, à semelhança do que se passara por toda a Europa Continental.

A deposição do rei Gustavo IV fez então surgir uma constituição largamente tributária de um princípio de controlo do poder parlamentar do

---

<sup>1</sup> N. E. (Nota do Editor) A Resolução da Assembleia da República n.º 41/92, de 31 de Dezembro, estende ao território de Macau a aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

«Riksdag» sobre o exercício do poder executivo. Até aqui, nada de original, porquanto a Europa era surpreendida, na mesma época, pelos alvares do movimento constitucionalista liberal, irradiado pelos autores iluministas e veiculado pelos exércitos de Napoleão.

Ao fenómeno sueco também não terá sido estranho o reformismo inglês da «Glorious Revolution», nessa altura já centenário, mas cuja importância na cultura política da Europa do Norte é cada vez mais acentuada pela historiografia contemporânea.

O que verdadeiramente de original houve na Revolução Sueca foi sim a criação de um comissário parlamentar tão independente da Coroa, do Governo e dos Tribunais, quanto do próprio órgão que o designara.

Chamaram-lhe «Ombudsman». Não lhe foram reconhecidas quaisquer competências dispositivas, mas foram-lhe garantidos meios adequados de fiscalização e de investigação a partir de queixas dos cidadãos apresentadas aos Deputados. Este comissário coexistia com um outro, designado pela Coroa, a quem competia exclusivamente controlar a actuação dos Ministros e seus directos dependentes.

Aquele órgão legitimava-se, como tal, não somente pela origem da sua nomeação, mas também pelo exercício das suas funções. Historicamente, encontravam-se assinalados os traços caracterizados deste tipo de órgão: a independência e imparcialidade, os poderes de fiscalização e a ausência de poderes de decisão imediata.

Durante quase cento e cinquenta anos, o comissário parlamentar sueco foi um motivo exclusivo de justo orgulho para o seu país. Melhor se compreenderá que a designação de «Ombudsman» tenha acompanhado a sua internacionalização, iniciada pela Dinamarca em 1955.

Nos últimos trinta anos, um pouco por todo o lado, foram instituídos órgãos com aquelas características e o paradigma sueco, em lugar de ser simplesmente importado por outras culturas jurídicas, desempenhou, ao invés, um modelo de referência.

Por isso, a própria denominação é tão variada quanto o ilustram os variados exemplos que vão desde «ombudsmen regionais» a «ombudsmen nacionais», passando pelo mais recente — aquele que resulta do artigo 138.º-E, do Tratado da União Europeia. Em Espanha recebeu o nome de «Defensor del Pueblo»; em França, «Médiateur de la République»; em Itália, o «Difensore Civico», a nível apenas regional; em Inglaterra, o «Parliamentary Commissioner»; no Quebec, o «Protécteur des Citoyens» e na Venezuela, o «Fiscal General». Muitas outras ilustrações poderiam ser encontradas em Israel, nos Países Baixos, na Áustria, na Zâmbia, na Índia, na Austrália, em Hong Kong ou no Papua-Nova Guiné.

A par destes «Ombudsman» deve ainda salientar-se o papel desempenhado pelas Comissões Parlamentares de Petições, as quais em países como a Alemanha, onde ainda falta um Provedor nacional, estendem a sua actuação até bem perto do modelo do «Ombudsman».

São frequentemente agrupados em várias famílias, partindo sempre, contudo, dos pressupostos comuns enunciados o modelo escandinavo, caracterizado especificamente pela possibilidade de intervenção junto do

poder judicial (modelo do qual, curiosamente, não faz parte a Dinamarca); o modelo francófono cuja especificidade reside na designação presidencial; o modelo anglo-saxónico dos países da «Commonwealth», vocacionado quase estritamente para as questões procedimentais administrativas, em especial, para o acesso a documentos de conhecimento reservado; o modelo difuso, apanágio dos Estados com opção federal ou vincadamente regional, como sejam os casos alemão, norte-americano e italiano, onde «grosso modo» tão só existem «ombudsmen» locais, regionais ou federados; e aquele a que se pode chamar de modelo ibérico, por nele figurarem poderes muito relevantes de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade.

De facto, parece que, sem excepção, não se encontra nenhum «Ombudsman» cujo conteúdo funcional, procedimento adoptado e âmbito de actuação, correspondam em absoluto, ao de outro.

O «Ombudsman» sueco tem uma característica bastante ímpar, pois encontra-se impedido de fiscalizar a actuação do Governo, colegialmente ou através dos seus Ministros.

Isto porque é entendido ser vedado ao Governo, bem como aliás ao Parlamento, estipular como deve a Administração decidir em situações individuais e concretas. Como, por certo, se pode reconhecer, tal limite parece impensável nos modelos administrativos historicamente centralizados de tipo francês ou mesmo nos sistemas de raiz anglo-saxónica.

### **3. PORTUGAL: O PROVIDOR DE JUSTIÇA**

Expostas previamente estas ideias quanto à situação do «Ombudsman» no espaço e no tempo, apresenta-se um pouco mais sobre Portugal e o Provedor de Justiça.

Consagrado constitucionalmente em 1976, o Provedor de Justiça remonta na sua criação, a 1975. Completou em 1993, pois, dezoito anos.

O facto de se encontrar consagrado no artigo 23.º da Constituição (Título II, Capítulo I), confere-lhe uma protecção acrescida, porquanto beneficia assim, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, quer no tocante às restrições a este direito (sujeitas ao crivo estreito do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3), quer no respeitante aos limites materiais de revisão constitucional, artigo 288.º, alínea *d*).

Do texto constitucional resulta, desde logo, o carácter universal do direito de apresentar queixas ao Provedor de Justiça. Apesar de o artigo 23.º, n.º 1, se reportar apenas aos cidadãos, o artigo 15.º, n.º 1, estende aquele direito aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal e, por seu turno, o artigo 12.º, n.º 2, permite às pessoas colectivas recorrer ao Provedor de Justiça, já que se trata de um direito inquestionavelmente compatível com a sua natureza. Refira-se, ainda, que o direito de queixa pode ser exercido colectivamente, mesmo por grupos não dotados de personalidade jurídica e, por outro lado, não é aferido por quaisquer pressupostos de legitimidade procedimental, tal como resulta expressamente do Estatuto do Provedor de Justiça aprovado pela Lei n.º 9/ /91, de 9 de Abril.

Este Estatuto, cuja aprovação é da competência exclusiva da Assembleia da República, sucedeu à primeira versão, constante da Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro.

Nele se dispõe que o Provedor de Justiça possa actuar também por iniciativa própria (artigo 24.º, n.º 1).

Naturalmente, esta disposição não faria sentido se consagrada enquanto direito fundamental, na Constituição, embora, nem por isso, deixe de ser preciosa. Um conjunto de actuações dirigidas aos reitores universitários quanto às provas de acesso ao ensino superior, partiu de uma notícia relatada por um jornal. Só posteriormente chegaram as largas dezenas de queixas, o que não impediu que se agisse rapidamente. A celeridade teve neste caso, como em tantos outros, a vantagem da eficácia.

Outro corolário do princípio da iniciativa própria é o da não vinculação ao objecto da queixa. O Provedor de Justiça não tem de cingir-se aos factos descritos nas queixas recebidas e pode recomendar «*ultra vel extrapetitur*».

Com o propósito de sistematizar, concluiu-se que o Provedor de Justiça pode actuar a partir de queixas, reclamações, simples exposições ou oficiosamente.

Refira-se, ainda, outro pressuposto de actuação — pouco frequente, de resto — que é o da transmissão de queixas pela Assembleia da República.

Em todo o caso, salvo em situações de arquivamento liminar das queixas por falta de competência ou por manifestamente serem desprovidas de fundamento, inicia-se a instrução dos processos. Quando não é conferida directamente ao Provedor de Justiça ou a um dos dois provedores--adjuntos, caberá a um dos cerca de vinte e cinco assessores da Provedoria, coordenados em cinco áreas distintas, mas comunicantes:

- 1.ª Assuntos Constitucionais, Urbanismo, Ambiente e Cultura;
- 2.ª Assuntos financeiros e laborais;
- 3.ª Assuntos Sociais (Educação, Segurança Social, Menores, Saúde, Desporto);
- 4.ª Organização Administrativa, bastante onerada pela profusão de reclamações subscritas por funcionários públicos contra o Novo Sistema Retributivo;
- 5.ª Assuntos Judiciários, Defesa e Segurança Interna. Veja-se a actual Lei Orgânica da Provedoria, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 279/93 de 11 de Agosto, sucessora da Lei n.º 10/78 de 2 de Março.

A instrução é, tanto quanto possível, orientada por princípios de informalidade, não se sujeitando a nenhum dos diversos regimes de produção de prova.

Como limites da instrução encontram-se, naturalmente, os direitos fundamentais (a começar pela reserva de intimidade) e o sigilo protegido especialmente pela lei, ou seja, o segredo de Estado, o segredo de justiça e o segredo profissional por razões estritamente deontológicas. De todo o modo, há-de procurar-se sempre o equilíbrio possível entre o dever de sigilo decorrente da lei (artigo 12.º, n.º 2, do Estatuto) e a não sujeição aos

regimes processuais probatórios [artigo 21.º, n.º 1, alínea

Por forma a habilitar a instrução dos seus processos, o Estatuto garante ao Provedor amplíssimos poderes de investigação, por meio de inspecções, exames, consultas a documentos, inquirições, pedidos de esclarecimento e tanto quanto o permitam as tipologias meramente exemplificativas dos artigos 21.º, 28.º, 29.º e 30.º.

Relacionado com estes poderes encontra-se o dever de cooperação por parte dos «órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares» (artigo 29.º, n.º 1) e o dever de todos os cidadãos prestarem depoimento quando devidamente solicitados (artigo 30.º, n.º 1).

Em situações de absoluto e injustificado não cumprimento destes deveres, surge a incriminação como desobediência ou desobediência qualificada, consoante as situações ou os seus agentes (artigo 29.º, n.º 6 e artigo 30.º, n.º 3).

Após esta breve apresentação do Estatuto do Provedor de Justiça, indicam-se os resultados a que pode conduzir um processo iniciado na Provedoria de Justiça, não sem recordar de novo que o Provedor não tem quaisquer poderes dispositivos, no sentido de criar, revogar ou alterar uma norma, um acto da administração ou uma decisão judicial.

Longe de se revelar como um ponto fraco, vulnerabilizador da actuação, do Provedor de Justiça, este é o traço diferenciador da actuação do «Ombudsman» no quadro dos órgãos do Estado. 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.

Ora, um Provedor de Justiça, segundo se entende, para alcançar êxito na sua missão principal — de prevenir e reparar injustiças perpetradas por acções ou omissões do Poder — não pode confiar apenas no bom sucesso das armas de persuasão, nas virtualidades da sua capacidade de exortar.

Não haja quaisquer dúvidas quanto ao auxílio fundamental prestado ao Provedor pelos órgãos de Comunicação Social, não restem preconceitos quanto a juízos de oportunidade com vista a ser conseguido este ou aquele comportamento por parte da Administração. Todavia, o gládio de qualquer «Ombudsman» deve consistir numa argumentação sólida, coerente e bem edificada, na preserverança optimista de quem procura servir os mais nobres valores da justiça, «last but not least», uma considerável criatividade sempre renovada à luz da vastíssima heterogeneidade de problemas que diariamente lhe são expostos. Como afirma John Rawls, «a questão é a forma justa de responder à injustiça».

Assim, por excelência, a intervenção prototípica do «Ombudsman» é a Recomendação. Como se pode ler na Constituição, trata-se de dirigir «aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças».

As recomendações podem ser classificadas de acordo com vários critérios. O mais usual é o que faz separar as recomendações normativas e

as recomendações não normativas. As primeiras visam alterar ou revogar normas contidas em actos legislativos ou regulamentares tidos por injustos ou, em muitos casos, a sua simples interpretação. Discutiu-se em tempos idos, se assistiria ou não ao Provedor de Justiça propor textos legislativos, propulsionar procedimentos criadores de normas. Actualmente, no bom sentido, o Estatuto admite, sem equívocos, a faculdade de formular sugestões para a elaboração de nova legislação [artigo 20.º, n.º 1, alínea b)].

O segundo tipo de recomendações tem a ver com situações individuais e concretas relativamente às quais se entende que os poderes públicos agiram à margem da lei ou, embora em conformidade com ela, praticaram actos iníquos. Nestes casos, o Provedor de Justiça procura convencer a Administração de que, por acção ou por omissão, violou a lei, motivando--a, por exemplo, à revogação de um acto ilegal, ou então, à sua revogação por razões que se prendem com o mérito. Este último ponto torna-se, por vezes, bastante difícil. Quando se encontra decorrido o prazo de revogação por ilegalidade e o acto não é afectado por vício gerador de nulidade, subsiste apenas a revogabilidade por razões de conveniência. Penetra-se, então, no campo da discricionariedade (até da discricionariedade técnica) e a argumentação jurídica, cede lugar às razões aduzidas por peritos das mais diversas áreas aos quais se pode recorrer. Não há razão alguma para que o Provedor de Justiça, quando esteja munido dos necessários instrumentos, fique condicionado pelas limitações inerentes ao recurso contencioso de mera anulação.

As recomendações que o Provedor formula, caso não venham a ser acatadas, impõem sempre, pelo menos, o cumprimento de um dever de fundamentação no prazo máximo de 60 dias (artigo 38.º, n.ºs 2 e 3). Em frequentes ocasiões, esta fundamentação dá lugar a uma réplica e, em situações extremas, deve o Provedor de Justiça comunicar a situação ao Parlamento (artigo 38.º, n.º 5).

Como se pode facilmente antever, o objecto das recomendações é extremamente variado: desde a simples instalação de um telefone num Tribunal de Menores, ao pagamento de uma quantia em dívida a um funcionário e à alteração do trajecto de uma carreira de autocarros, até à revolução de uma norma que impedia os candidatos ao ensino superior de consultarem as provas que haviam realizado e cujo resultado pretendiam regularmente impugnar, passando pela proposta de criação de um sistema mais solidário e eficaz de indemnização aos cidadãos infectados pelo HIV (Vírus da Sida) em hospitais públicos.

A recomendação é o procedimento típico da intervenção de um «Ombudsman». No entanto, importa considerar soluções obtidas quer a montante, quer a jusante do acto de recomendação.

Com efeito, muitas vezes, a solução é alcançada no decurso da própria instrução — em alguns casos, a partir de um simples telefonema ou do envio de uma telecópia. Podemos considerar como tal, a actividade de conciliação ou de mediação, à qual o Estatuto se reporta quando incumbe o Provedor de Justiça de «procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses

legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da actividade administrativa» [artigo 21.º, n.º 1, alínea c)]. Por outro lado, sempre que possível, surgem actuações no domínio preventivo.

Estas são as intervenções situadas a montante da Recomendação.

Na outra margem, encontram-se as competências do Provedor de Justiça no âmbito do controlo jurisdicional da constitucionalidade e da legalidade. Foi conferido ao Provedor de Justiça um largo poder de iniciativa junto do Tribunal Constitucional, com vista a obter a declaração de inconstitucionalidade de normas [CRP, artigo 281.º, n.º 2, alínea d)] ou a verificação da omissão de medidas legislativas adequadas a desenvolver certos preceitos constitucionais (CRP, artigo 283.º, n.º 1). Refira-se, aliás que a iniciativa na fiscalização por omissão é exclusiva do Provedor de Justiça, apenas partilhada com o Presidente da República. Teve o Provedor oportunidade de lançar mão deste poder, face à não concretização do direito de acção popular — muito mais generoso no artigo 52.º, n.º 3, do texto constitucional que nos preceitos do velho Código Administrativo de 1940.

O poder de iniciativa junto do Tribunal Constitucional ficou enriquecido, desde 1989, ao ser acrescido do domínio da violação das chamadas leis de valor reforçado por outros actos legislativos.

Estes poderes não encontram, algo paradoxalmente, um contraponto adequado na área do Contencioso Administrativo. Na próxima revisão do Estatuto, no mínimo, estabeleceu-se a consagração de uma legitimação conferida ao Provedor no acesso à impugnação de normas regulamentares. Isto, porque acaba, muitas vezes, por se verificar uma duplicação de esforços juntamente com o Ministério Público, sem qualquer vantagem para a Justiça Administrativa, nem para os cidadãos.

Outro poder conferido ao Provedor de Justiça é o de fazer desencadear processos de impugnação contenciosa de cláusulas contratuais gerais tidas por contrárias à boa-fé. Com a multiplicação dos chamados contratos de adesão, as situações de clara menoridade de uma das partes têm-se multiplicado também — fundamentalmente, na sua utilização pelos serviços públicos de saúde, de comunicações e de fornecimento de água e energia. Esta possibilidade de intervenção em defesa dos consumidores e dos utentes de serviços públicos não se encontra assinalada pelo Estatuto do Provedor, mas sim pelo regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, contido no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Encontra eco, porém, na tutela dos interesses colectivos ou difusos, incumbida ao Provedor de Justiça pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea e), do seu Estatuto.

Por fim, indica-se um quinto conjunto de formas típicas de intervenção do Provedor de Justiça. Trata-se das participações de infracções criminais, disciplinares ou do domínio do ilícito de mera ordenação social. Nestes casos, a partir de factos indicados na instrução de um processo, o Provedor de Justiça está vinculado a fazê-lo, de acordo com o disposto no artigo 35.º, n.º 1, do seu Estatuto.

Não ficaria completa, porém, a descrição do estatuto do «Ombudsman»



português se não se referisse o seu âmbito de aplicação.

A Constituição, no seu artigo 23.º, n.º1, refere-se genericamente e sem qualquer exclusão aos poderes públicos. Isto não significa porém, que o Provedor de Justiça não possa estender a sua actividade a outro tipo de poderes, como seja o caso de especiais relações de autoridade entre sujeitos particulares ou entre estes e algumas instituições do chamado sector social e cooperativo. Na verdade, tem vindo o actual Provedor a defender reiteradamente o dever de actuação da Provedoria de Justiça em caso de ameaça ou de efectiva lesão de direitos, liberdades e garantias nas situações apontadas. Esta ideia vem, aliás, ao encontro do princípio segundo o qual esta categoria de direitos fundamentais se faz valer directamente, mesmo no seio de relações privadas. Daí tem-se retirado uma proveitosa intervenção no tocante à protecção de menores e de idosos mesmo contra poderes que não são, em rigor, poderes públicos, mas em que tudo se lhes assemelham.

O Estatuto, quanto ao âmbito de intervenção, estabeleceu, por via do seu artigo 2.º, uma cláusula meramente exemplificativa onde se incluem as Administrações Central, Regional e Local, a par de formas variadas de Administração Pública Indirecta. A enumeração é tanto mais exemplificativa, quanto mais adiante, no artigo 20.º, são referidas as recomendações legislativas.

Quanto aos Tribunais, embora estejam excluídos os poderes de investigação em tudo o que não seja matéria administrativa, importa obter o compromisso possível entre outras formas de intervenção e a preservação da estrita sujeição à lei por parte do poder judicial. Em caso algum, uma intervenção do Provedor de Justiça ameaçará este pressuposto, muito menos o da independência, porquanto os seus actos nunca terão mais valor que o de simples recomendações, embora reconheça tratar-se de uma questão em aberto, sobre a qual há que reflectir desapaixonadamente.

Desta descrição não exaustiva do Estatuto do «Ombudsman» português, pode retirar-se uma bastante significativa vantagem adicional conferida ao cidadão quando recorrer ao Provedor de Justiça ou ao Alto Comissário de Macau.

É-lhe permitido não ter de buscar consolo no velho brocado latino «*dura lex sed lex*». Decorre linearmente das atribuições e competências do Provedor de Justiça, como de resto deve decorrer do estatuto de qualquer «Ombudsman», uma preocupação não apenas com a legalidade de um acto, não apenas com a sua licitude, mas também com a sua conformação a princípios e valores superiores, retirados em qualquer caso, do quadro axiológico constitucional. Se a injustiça de um acto ou de uma omissão radicar na lei, cabe ao «Ombudsman» diligente prover pela alteração da regra que imponha essa omissão ou impeça um acto de conteúdo diverso. E, nessa tarefa, cabe-lhe insistir, reiterar as suas formulações e fazer responsabilizar os órgãos competentes.

Missão difícil, não sem os escolhos de um caminho tortuoso que o «Ombudsman», pela experiência adquirida, deve saber enfrentar, dando voz ao cidadão e exercendo um verdadeiro poder moderador. Não o poder

moderador entre os três poderes clássicos, apontado por Benjamim Constant, mas o poder moderador entre o cidadão e a prolixidade de poderes públicos. É que, como já Erasmo de Roterdão afirmava, no seu «Elogia da Loucura», reportando-se a alguns altos funcionários do seu tempo, estes se revelavam «sempre intransigentes quanto à recolha dos emolumentos e severos para quem ignora os direitos deles; mas tratando-se de algum encargo, prudentemente o colocam nos ombros dos outros, e passam-no de mão para mão como se fosse uma bola».

#### **4. COMPARAÇÃO DOS ESTATUTOS DO PROVIDOR DE JUSTIÇA (DE PORTUGAL) E DO ALTO COMISSÁRIO CONTRA A CORRUPÇÃO E A ILEGALIDADE ADMINISTRATIVA (DE MACAU)**

Do que se disse atrás, quanto ao Estatuto do Provedor de Justiça, podem-se extrair algumas conclusões, no que toca à comparação com o estatuto do Alto Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa.

Em primeiro lugar, temos a origem normativa do órgão. O Provedor é um órgão constitucional do Estado, enquanto o Alto Comissário foi criado por lei. A solução mais favorável ao carácter de independência do órgão é, sem dúvida, a da Constituição, imune a maiorias conjunturais. Por esse motivo se aplaude o conteúdo do artigo 59.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, aprovada em 1993. Embora não seja isenta de crítica a sua redacção, sendo aliás um pouco antinómica a sua primeira parte, qualificando o Comissário contra a Corrupção como órgão independente, com a segunda parte, referindo a sua responsabilidade perante o Chefe do Executivo, julga-se que se ganha alguma coisa com a consagração da figura em lei que, por força dos compromissos assumidos pela República Popular da China, deverá ficar inalterada durante cinquenta anos.

Num segundo ponto, pode-se referir a natureza do órgão. O Provedor é um órgão independente, no sentido de não dever obediência a quaisquer outros órgãos, com as inerentes garantias ao seu titular, e no sentido de as suas decisões não sofrerem a revisão de ninguém, quer interna quer externamente à Administração. O mesmo sucede com o Alto Comissariado de Macau, por força do artigo 2.º da sua lei estatutária.

Ainda na natureza do órgão, assinala-se a singularidade como característica essencial. A Constituição e a lei definem, inelutavelmente, o Provedor como órgão unipessoal. Retirando boa parte da eficácia da sua actuação do prestígio e reputação que goze. Também a Lei n.º 11/90/M, apesar de indicar uma natureza colectiva ao designar o órgão por Alto--Comissariado, logo desfaz as dúvidas ao dispor, no seu artigo 16.º, que todas as competências são concentradas no Alto Comissário. Esta natureza unipessoal é reforçada pelo estatuto dos seus auxiliares mais directos, os adjuntos e os assessores. Sendo nomeados e exonerados livremente pelo Alto Comissário, reforça-se a responsabilização do titular do órgão pela plenitude da função. A situação na Provedoria de Justiça não era assim, mas

foi alterada pela nova Lei Orgânica da Provedoria de Justiça, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de Agosto. A partir de então, todos os assessores nomeados pelo Provedor, bem como os coordenadores, passam a cessar funções no termo do seu mandato.

Muitas outras disposições denotam uma influência do Estatuto do Provedor de Justiça (na versão anterior à actual) na Lei n.º 11/90/M: a possibilidade de actuação oficiosa, a cominação à Administração e aos particulares do dever de cooperação com o órgão em causa, sob sanções penais, o princípio da informalidade na sua actuação e o quadro de garantias, direitos e deveres. Referência à parte merece a autonomia da actuação de ambos os órgãos face aos meios de tutela graciosa e contenciosa. Mais do que expressar a necessidade de opção do particular face aos meios ao seu dispor, se cumulando o recurso ao «Ombudsman» com outras vias, se optando exclusivamente por ele, este princípio de autonomia deve significar a liberdade de decisão do «Ombudsman» e da Administração visada, não curando da existência ou utilização do «Ombudsman» e da Administração visada, não curando da existência ou utilização dos outros instrumentos disponíveis. Não será lícito, assim, a Administração não acatar uma recomendação com o fundamento de não ter sido oportunamente interposto recurso contencioso.

No âmbito das atribuições respectivas, assistimos como que a dois círculos secantes. A competência prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 11/90/M, é menos ampla que a conferida ao Provedor de Justiça, ao passo que as previstas nas alíneas *a)* e *b)* do mesmo artigo e número não têm paralelo no Estatuto do provedor. O Alto Comissariado aparece, assim, estritamente ligado à Administração Pública, possuindo no entanto poderes em matéria de instrução penal que não cabem ao Provedor de Justiça. A este, como se recorda, cabe apenas um dever de comunicação de infracções penais ou disciplinares às instâncias competentes.

No que toca às medidas instrutórias, como no respeitante às providências típicas, há uma grande semelhança entre os dois estatutos.

Quanto às primeiras, realce para as inspecções, com e sem pré-aviso [cfr. artigo 4.º, alínea c), da Lei do Alto Comissariado], para a realização de inquéritos e audição de depoentes e, em geral, para a prática de todos os actos de instrução que se revelem necessários, sem quebra do respeito pelos direitos, liberdades e garantias.

Quanto às segundas, encontramos a recomendação administrativa, prevista no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor de Justiça, e nas alíneas *l)*, *m)* e *p)*, do artigo 4.º da Lei n.º 11/90/M. Nas alíneas *j)*, *o)* e *p)*, do mesmo artigo, encontramos a referência à figura que, no quadro do Estatuto do Provedor, se chama recomendação legislativa, que, aliás, foge um pouco a uma concepção administrativa pura do «Ombudsman».

Mesmo no tocante a uma competência que poucos «Ombudsman» detêm, qual seja a de iniciativa do processo de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e legalidade de normas jurídicas, a Lei n.º 11/90/M atribui um sucedâneo ao Alto Comissário — a proposta do exercício dessa competência, junto do Governador e da Assembleia Le-

gislativa, segundo os casos. É, pois, mais uma figura de recomendação, colocando o Alto Comissário destarte como detentor de um singular direito de petição.

Um aspecto em que se julga estar o Estatuto do Provedor de Justiça em vantagem é o do dever de resposta às recomendações por parte dos seus destinatários. Se ambos os Estatutos prevêm a necessidade de fundamentação do não acatamento, o prazo para a resposta às recomendações do Alto Comissário é de 90 dias, mais 30 do que os previstos no Estatuto do Provedor. Se este último prazo já é, de algum modo, excessivo, muito mais será o previsto no Estatuto do Alto Comissário. De notar, ainda, que só é previsto prazo para resposta a certo tipo de recomendações, ao contrário do Estatuto do Provedor. Tratamento legislativo diferente é o dado ao dever da Administração fornecer os esclarecimentos que se impuserem. No Estatuto do Provedor, a Administração possui o mínimo de 15 dias para prestação das informações pedidas; escusado será dizer que ocorrem por vezes situações em que este prazo é manifestamente excessivo, seja pela facilidade de elaboração da resposta solicitada, seja pela urgência de uma actuação. Neste particular a Lei n.º 11/90/M está mais conseguida, deixando ao juízo crítico do Alto Comissário a fixação do prazo.

Para finalizar este discurso comparativo e como crítica, construtiva entenda-se, à Lei Básica atrás referida, faz-se notar a indefinição do estatuto do Comissário contra a Corrupção, quer em termos de âmbito de actuação, quer em termos de competências. E boa e desejável a existência de um quadro normativo abrangente e reforçado a este respeito, funcionando como mais uma garantia de independência e de eficácia no desempenho da respectiva missão.

## **5. MACAU E A ACÇÃO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA**

Tem sido muito discutida a possibilidade da intervenção do Provedor de Justiça neste território chinês de Macau sob administração portuguesa.

Independentemente da possível concorrência entre o Provedor e o Alto Comissário, tem sido contestada a actuação do Provedor fora do âmbito da República Portuguesa, inclusivamente pelas autoridades de Macau.

Não se nega que o problema tenha de ser visto nas condições muito específicas que a Constituição de 1976 criou ao excluir Macau do território português, mantendo, no entanto, o exercício da soberania portuguesa. Mas, como base de análise, temos de partir da ideia, não constitucionalmente infirmada, da unidade da ordem jurídico-constitucional portuguesa, na terminologia do Professor Jorge Miranda, compreendendo a ordem jurídica de Macau e a vigente no território português, como atrás disse.

No âmbito da unidade da Constituição formal portuguesa, integrando, entre outras, as normas constantes da Constituição instrumental e as do Estatuto de Macau, por força da recepção operada pelo artigo 292.º daquela, há que verificar se o Provedor de Justiça, enquanto órgão de garantia dos direitos fundamentais e da legalidade, *lato sensu*, da actuação

dos poderes públicos, não terá uma palavra a dizer.

Verifique-se esta ambivalência em dois processos que correram termos na Provedoria de Justiça.

No primeiro caso, iniciado em 1990, um macaense solicitou ao Provedor de Justiça o exercício da sua competência de suscitar junto do Tribunal Constitucional a apreciação das normas constantes dos artigos 4.º, n.º 2, e 8.º, n.º 1, da Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio<sup>2</sup>, e do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49/90/M, de 27 de Agosto<sup>3</sup>.

A questão relevante está na determinação do alcance do artigo 281.º da Constituição face às especialidades do Estatuto de Macau, nomeadamente do disposto nos seus artigos 30.º, n.º 1, alínea *à*), e 11.º, n.º 1, alínea *e*).

Apesar de ainda se ter ponderado a possibilidade de intervenção, por aplicação de toda a parte I da Constituição, referida no artigo 2.º do Estatuto de Macau, entendeu-se que ao Provedor não cabia qualquer tipo de acção, por via de duas ordens de argumentos:

*a*) Não constar o Provedor de Justiça das entidades com tal competência referidas pelo Estatuto de Macau;

*b*) Ser o sistema da iniciativa em Macau dotado de uma estruturação diversa da prevista na Constituição, criando uma reciprocidade do controlo, apenas dotando órgãos políticos da capacidade de iniciativa.

Nestes termos, foi o processo em causa mandado arquivar pelo Provedor de Justiça, aconselhando-se o reclamante a suscitar a questão junto dos órgãos competentes, isto é, junto da Assembleia Legislativa e do Governador de Macau.

Num segundo caso, iniciado em 1987, o Provedor de Justiça foi solicitado a intervir no sentido de acelerar uma decisão por parte do Tribunal Administrativo de Macau de um recurso pendente desde 1983.

Colocada a questão nos termos referidos atrás, oficiou-se ao Ministério Público, averiguando as razões do atraso. Em síntese, a resposta atribuiu responsabilidades à deficiência das condições de funcionamento do tribunal, quer físicas, quer em termos de enquadramento legislativo, esperando-se a todo o momento a reestruturação prometida pelo Decreto-Lei n.º 129/84 de 27 de Abril.

Oficiou-se ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais que decidiu não se pronunciar em concreto ou em abstracto. Em concreto, por falta de competência legal; em abstracto, por dever a reestruturação ser enquadrada na nova situação criada pela Declaração Conjunta Luso-Chinesa.

Entretanto o recurso do reclamante tinha sido decidido por Acórdão de 16 de Maio de 1989, pelo que se tornava inútil qualquer outra diligência.

---

<sup>2</sup> N.E. (Nota do Editor) A Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio estabelece medidas relativamente à imigração clandestina.

<sup>3</sup> N.E. O Decreto-Lei n.º 49/90/M, de 27 de Agosto regulamenta a concessão do título de permanência temporária no território de Macau e define os seus efeitos jurídicos.

Estiveram, ou ainda estão, pendentes diversos outros processos onde, por um motivo ou outro, se coloca a questão dos limites de intervenção do Provedor quanto a Macau.

Neles se focam diversos aspectos da actividade da administração pública macaense, estando sempre implícita alguma ambiguidade no relacionamento com a Provedoria de Justiça, resultante da frágil tessitura do tecido constitucional português com o disposto no Estatuto de Macau e da especialíssima situação jurídica do Território, acentuada pelo termo final de 1999.

Não se pode ocultar a perspectiva interventora do Provedor de Justiça. Se, na frase consabida de Bruno Kreisky, que o autor não perde oportunidade de citar, o «Ombudsman» é a única instituição estadual que pode ultrapassar as suas competências, a verdade é que há que proceder com cautela, não exagerando na extensividade da actuação, sob pena de se prejudicar a intensidade. Explicando melhor, se, face aos poderes meramente persuasórios do «Ombudsman», não apresenta grandes riscos para os interesses públicos e privados uma intervenção sua fora do âmbito constitucional e legal de actuação, julga-se que um excesso de intervenções nestes casos poderia corresponder a uma menor aceitabilidade da actuação do Provedor pelos destinatários das suas recomendações, com a consequente diminuição de eficácia.

Neste delicado equilíbrio que o Provedor de Justiça tem de gerir não se exclui, à partida, nenhuma possibilidade. E, no que toca ao primeiro processo referido onde se tratava do poder de iniciativa da fiscalização da constitucionalidade, julga-se que seria possível outra perspectiva. Embora se deva integrar o Estatuto de Macau na Constituição formal portuguesa, face à norma do artigo 292.º (artigo 306.º da versão de 1976), pensa-se que nem sempre a introdução de normas especiais poderá fazer afastar a aplicação das normas gerais.

Concretizando, não se poderá *ab initio* afastar a aplicação do artigo 281.º, n.º 2, da Constituição, pela inserção no Estatuto de Macau da competência de iniciativa da fiscalização sucessiva, cometida ao Governador e à Assembleia Legislativa do Território. O artigo 281.º, n.º 1, alínea *a*), nomeadamente, refere-se à inconstitucionalidade de quaisquer normas, não fazendo distinções. E parece possível, face à aplicação, posto que parcial, da Constituição instrumental em Macau, admitida em graus diversos pela Doutrina e pela Jurisprudência do Tribunal Constitucional, assumir que a competência dos órgãos previstos no artigo 281.º, n.º 2, alíneas *á*) a *f*), da Constituição é concorrencial com a do Governador e da Assembleia Legislativa de Macau, nos termos previstos no Estatuto. Tenderia, assim, a assimilar esta competência à prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea *g*), da Constituição, para os Ministros da República e órgãos das autonomias regionais. Esta competência, pensa-se, não exclui as alterações ao Estatuto (mas já não as normas oriundas da sua versão originária, recebidas em 1976 pelo artigo 306.º), o que não é impossibilitado pela sua natureza constitucional formal, dada a larga aceitação doutrinária da figura das normas constitucionais inconstitucionais, reflexo da natureza constituída e derivada

do poder de revisão constitucional, neste caso secundária.

Conclusão oposta acarretaria vários riscos, ao colocar num hipotético conluio entre o Governador e a Assembleia Legislativa o bloqueio da fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade.

Não se pretende deixar de dar conta de uma outra possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça no território de Macau. Estando este Território sujeito a uma especial influência do Presidente da República, que se julga desnecessário frisar, não se pode esquecer a particular importância que pode ter nas decisões do Chefe de Estado a audição do seu órgão de consultas, o Conselho de Estado (cfr. CRP, artigo 144.º). Note-se que essa audição, sendo obrigatória em determinado tipo de processos de decisão, [cfr. CRP, artigo 148.º, alíneas *a) af*], 1.ª parte], é sempre possível a solicitação do Presidente [cfr. CRP, segunda parte da alínea *f*] do artigo 148.º]. Ora o Provedor de Justiça é membro desse órgão, por força do artigo 145.º, alínea *d*), da Constituição. Trata-se de uma forma atípica de intervenção, assumida em colégio e que, reconheça-se, não é isenta de riscos. Mas pode ser mais um meio para o Provedor carrear os valores que especificamente lhe estão confiadas para o processo da decisão do Presidente da República, neste particular, no que toca a Macau.

Com a criação do Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, em 1990, geraram-se novas fontes de dúvidas sobre a possibilidade e o âmbito de intervenção do Provedor de Justiça em Macau.

Embora, como já se disse, de natureza e fins algo diversos, forçoso é reconhecer uma zona de sobreposição de atribuições, com a natural zona de fronteira em que pode ser suscitada junto de um órgão uma questão que talvez fosse melhor resolvida por outro, por maior adequação de meios.

Não é um problema novo, tendo-se já suscitado no próprio território da República, face à Alta Autoridade Contra a Corrupção, entretanto desaparecida, e face à Alta Autoridade para a Comunicação Social, no que toca, especialmente, aos órgãos de comunicação social sob domínio dos poderes públicos.

Dado o facto essencial, veiculado pela Constituição no seu artigo 23.º, n.º 2, da independência dos meios gratuitos e contenciosos de tutela face à actuação do Provedor, agravado pela configuração constitucional de órgãos com competências no mínimo conexas, suscita-se a questão de, por meios, informais ou não, articular as respectivas actuações, no quadro da economia de meios, maximização dos recursos e, principalmente, prossecução dos objectivos.

Como primeira estrutura de articulação, bastante informal, temos uma espécie de «self-restraint», operada pelo Provedor ou pela entidade similar, e que não é mais do que o traçar da linha entre o objectivo proposto e o reconhecimento do órgão mais adequado para o atingir.

Escusado será referir o risco de surgimento de pontos de fricção entre as diversas entidades intervenientes e, no máximo, o de imobilização do tratamento da questão concreta, com os consequentes prejuízos para os particulares envolvidos e, porque não dizê-lo, para o prestígio das instituições em causa.

Como alternativa, tanto nestes casos como nos em que existe interesse mútuo na cooperação, têm sido celebrados diversos protocolos, fixando os modos e termos da colaboração entre o Provedor de Justiça e outras instituições.

Uma dessas instituições, que se cita por alguma similitude com o caso em análise, foi a Alta Autoridade Contra a Corrupção (de Portugal), já extinta. No protocolo, assinado em Março de 1984, estabeleceu-se um dever de comunicação quando uma das partes deparasse com matéria de competência da outra. De notar, face à concepção definida no seu preâmbulo, que quando essa comunicação fosse feita pela Alta Autoridade, deveria esta dar disso conhecimento ao reclamante; outrossim não sucedia com o Provedor de Justiça que apenas daria conhecimento da comunicação feita, se o achasse pertinente. Era uma visão subjectivista do Provedor e objectivista da Alta Autoridade Contra a Corrupção que prevalecia.

No que diz respeito a Macau e dado o que atrás ficou traçado, será inútil realçar a necessidade e utilidade mútua do estabelecimento de frutuosos laços de cooperação entre duas instituições que, apesar das diferenças, prosseguem finalidades similares, pelo que foi assinado um protocolo com o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, na expectativa de uma profícua colaboração.

Mais do que uma repartição de tarefas ou estabelecimento de obrigações de comunicação, este protocolo ganha outro sentido à luz do seu preâmbulo. É a identidade de ambas as instituições que deve marcar um conhecimento recíproco mais aprofundado, possibilitando, pela articulação do funcionamento, quer em abstracto, quer em concreto, um melhor desempenho tanto nas zonas de confluência como nas próprias de cada órgão.

Deste modo criam-se encontros periódicos, com vista, em geral, a um aprofundamento das questões relacionadas com as acções e omissões da Administração Pública e, em especial, com os múltiplos problemas que se adivinham, resultantes do fim do período de transição e das inevitáveis questões resultantes do regresso de portugueses residentes em Macau, no seu relacionamento com a Administração.

Na mesma linha estabelece-se um contacto permanente, traduzido no mútuo conhecimento do essencial da produção de cada uma das instituições, particularmente no que respeita à intervenção junto da Administração

As relações entre o Provedor de Justiça e o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa devem pautar-se, acima de tudo, por regras de eficácia. Esta não é mais do que o afirmar de um objectivo, objectivo esse que deve conformar a actuação destas entidades e que é, afinal, assegurar ao cidadão que a Administração Pública e os demais poderes públicos actuem por e para ele, mesmo quando lesam os seus direitos e interesses. Nessa função legitimadora que confere a actuação destes órgãos independentes, garante-se a verdadeira democraticidade das instituições.



## 6. CONCLUSÃO

É, pois, com palavras de fé e esperança que se pretende concluir esta intervenção. De fé, no futuro deste território de Macau marcado ao longo de quatro séculos pela convivência entre povos; de esperança em que, como legado dessa convivência, a Administração Pública macaense, actual e futura, saiba incorporar as virtualidades próprias do «Ombudsman», qualquer que seja a sua configuração concreta, a bem dos objectivos que lhe são próprios: defender os interesses dos particulares face à Administração, com a certeza de assim se contribuir para uma mais forte legitimação, e consequente aceitação, da actuação desta.

O povo chinês, como diz John Gilissan, por hábito ancestral tem propensão à utilização de meios não formais de realização do Direito. Falando da diferença entre o Li e o Fa, diz este autor que a justificação do Li passa pela desnecessidade do processo, como vicissitude desonrosa, atentatória «contra a paz social, ou seja, contra a ordem natural». Afirma--se, assim a necessidade de se alcançar o «compromisso, a conciliação, a solução negociada que acomode uma e outra parte». A instituição do «Ombudsman», nascida, como se disse, longe das paragens do Oriente, pode assim corresponder aqui, não a um modelo importado, mas a uma efectiva corporização de anseios seculares.

O Provedor de Justiça, enquanto Macau estiver sob administração portuguesa, tudo fará, em colaboração com o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, para assegurar os fins que os motivam.

Para o futuro, faz o autor votos das maiores felicidades para os habitantes deste Território, seguro de que a realização destes votos passa também pela aproximação entre os poderes públicos e os particulares, que este tipo de instituição que foi apresentada procura facilitar.

