

***ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO,
DIREITOS FUNDAMENTAIS
E O INSTITUTO DO OMBUDSMAN
— UMA INTRODUÇÃO AO TEMA:
«OMBUDSMAN — QUADRO
NORMATIVO E EXPERIÊNCIA
INSTITUCIONAL»****

*Jorge Carlos Fonseca***

Quiseram os organizadores desta Conferência Internacional, conceder-me o privilégio de, perante tão qualificado e distinto auditório, introduzir um dos grandes painéis: «O Ombudsman — Quadro normativo e experiência institucional». Sabiam certamente que a experiência deste honrado convidado, no que se refere às tarefas da docência e investigação universitárias ou às lides de jurisconsulto, se limitava nos últimos vinte anos ao domínio — chamemos-lhe assim — das ciências criminais, sendo certo que o tema que aqui será apresentado e debatido terá sobremaneira os seus contornos jurídicos marcados pelo direito constitucional e administrativo. Todos sabemos que, pelo menos até agora, em Cabo Verde, o instituto da mediação entre o cidadão e os poderes públicos se limita a um quadro normativo — constitucional e legal — do direito de petição, sem que se possa afirmar uma qualquer experiência prática ou institucional muito relevante nesse domínio¹. Sabemos também que a figura da Alta Autoridade Contra a Corrupção

* O texto corresponde, com algumas alterações, à comunicação apresentada na Praia, a 2 de Junho de 1998, na Conferência Internacional sobre «Direitos e Liberdades dos Cidadãos — As experiências de mediação: Ombudsman e Comissões de Petição», organizada pelo grupo parlamentar do P.A.I.C.V., com o patrocínio da Fundação Friedrich Ebert.

** Jurista em Cabo Verde.

¹ Sobre o direito e as comissões de petição em Cabo Verde, desde a Constituição de 1980, veja-se a comunicação de *Ilidio Cruz*, feita na Conferência Internacional da Praia sobre «Direitos e Liberdades — As experiências de mediação:

se, pelo seu figurino legal, nomeadamente, o modo de sua designação e âmbito de actuação, mas, sobretudo, pela concreta modelação do seu funcionamento, tem na petição, melhor, na tutela graciosa dos direitos fundamentais², um pólo de referência distante, indirecto e parcial³, muito pouco tem a ver — iremos ver isso mais adiante — com a instituição do Ombudsman, Mediador, Comissário Parlamentar, Defensor do Povo. E esta inexistência de qualquer afinidade pode verificar-se em qualquer dos diferentes modelos que, desde a criação do Ombudsman sueco, através da reforma constitucional de 1809, passando pelo finlandês (1919), dinamarquês (1955), neozelandês (1962), norueguês (1962), até às mais recentes criações do Provedor de Justiça português, do Defensor del Pueblo espanhol, do Médiateur francês e de vários países africanos francófonos, do British Parliamentary Commissioner, estendido, na sua modelação, aos países da Commonwealth, do Provedor Europeu, se foram criando nos países do Leste Europeu e latino-americanos, após a queda dos regimes comunistas e militares, respectivamente-

Ombudsman e Comissões de petição» (2 a 4 de Junho de 1998), intitulada «Direito de petição e as Comissões de Petição nos países de expressão portuguesa — a experiência particular de Cabo Verde».

² Sobre a chamada tutela graciosa dos direitos fundamentais, que, segundo o autor, abarca o direito de petição (em parte, já que ele também é direito autónomo e direito político, enquanto direito de representação ou «...direito de, na perspectiva do interesse geral, levar qualquer questão aos órgãos do poder público para que estes tomem as medidas adequadas, mas sem que fiquem vinculados a um estrito dever de decidir») e o Instituto do Provedor de Justiça, cfr. *Jorge Miranda*, «Manual de Direito Constitucional», tomo IV, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1993, págs. 248 ss; cfr. igualmente, *Gomes Canotilho*, num diferente tratamento sistemático (direito de petição e Provedor de Justiça, a par do direito de resistência, do direito a um procedimento justo, do direito à autodeterminação informativa, do direito ao arquivo aberto e das garantias impugnatórias no procedimento administrativo, são «meios de defesa não jurisdicionais») — «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», Almedina, Coimbra, 1998, págs. 466 ss; *Vieira de Andrade*, «Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», Almedina, Coimbra, 1987, págs. 335 ss, autor que inclui o direito de petição e o tratamento do instituto de Ombudsman na categoria de *remédios*.

³ A figura, criada pela Lei n.º 28/IV/91, de 30 de Dezembro, funciona junto da Chefia do Governo. A Alta Autoridade é um cargo individual de nomeação pelo Conselho de Ministros (artigo 2.º). A instituição foi criada para «prevenir, averiguar e denunciar actos de corrupção, fraudes e quaisquer outras actividades lesivas do interesse público ou da moralidade administrativa, cometidos no exercício de cargo público» (artigo 1.º, n.º 1). Trata-se pois, mais de instituição ao serviço do Estado e do interesse público, particularmente, o patrimonial do que de tutela dos direitos dos cidadãos. Significativamente, ficam excluídos da sua esfera de acção os actos administrativos (que não apenas os actos políticos) praticados pelos titulares dos órgãos de soberania (n.º 2 do artigo 10.º).

Cfr., no entanto, *Menéres Pimentel*, que menciona a Alta Autoridade Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa de Macau como tendo o instituto do Ombudsman como pólo de referência («Provedor de Justiça», in DJAP, n.º 1, 1994, págs. 653 -654).

te, na África⁴ e na Ásia e igualmente, nos últimos tempos, na Grécia e na Bélgica; que uma instituição deste género não existe entre nós, bem que, recentemente, algumas vozes autorizadas tenham propugnado a sua criação entre nós.

Apesar destas condicionantes, porque se trata de um painel em que destacadas figuras vão apresentar e fazer um balanço das experiências concretas vividas em países onde existe um tipo de Ombudsman, numa preocupação de troca de experiências, normativas e práticas, em matéria de protecção de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos face ao Estado e à Administração, cabendo-nos, assim, a tarefa de uma introdução geral à problemática ligada a esse instituto numa perspectiva global de tutela dos direitos fundamentais, condição de afirmação da dignidade da pessoa humana e fundamento do Estado de Direito; porque, ao cabo e ao resto, sempre é indesmentível — desde a célebre proclamação de *Henkel*⁵ — que quem lida com o direito penal e o processual penal está a lidar com direito constitucional aplicado, abalançámo-nos a este trabalho de introdução.

Os termos de referência da Conferência são claros no enquadramento dado à problemática que aqui nos traz: quando se pretende um balanço das experiências já feitas, ou se prosseguem objectivos como os de procura de uma melhor adequação ou operacionalidade do instituto do Ombudsman (ou instituto equivalente), ou, ainda se indaga das vantagens e inconvenientes da sua introdução nos ordenamentos jurídicos de países como o nosso, trata-se sempre da afirmação ou, como dizem os termos de referência, consolidação do Estado de Direito. Estado de Direito Democrático, aliás, como explicitamente dizem os organizadores, na ideia, globalmente correcta de que se, normalmente, se acolhem hoje autonomamente nas Leis Fundamentais (como no caso de Cabo Verde, diga-se em abono da verdade)⁶ os princípios do estado de direito e da democracia, no exacto sentido, respectivamente, de Estado que se funda no respeito da dignidade da pessoa humana, dos direitos, liberdades e garantias individuais ou, como diz a Constituição caboverdiana, «reconhece a inviolabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda a comunidade humana...» (artigo 1.º), e que está enraizado nas ideias de soberania popular e do pluralismo de expressão e de organização política, hodiernamente é indiscutível a asserção de que não há Estado de Direito sem democracia ou fora dela, não há Estado democrático que não seja de Direito, isto é, submetido

⁴ Veja-se, a propósito, as indicações contidas no «Le Médiateur de la République», Rapport annuel au President de la République, Dakar, 1997.

⁵ «Strafverfahrenecht, ein Lehrbuch» (Vorwort), 2.^a ed., 1968.

⁶ Veja-se o nosso trabalho «Democracia, Cultura Democrática e Exercício do Poder Político», in De Mindelo para Cabo Verde — Convergência para a Solidariedade, dossier compilado sob a coordenação de Carlos Araújo, Mindelo, 1995, págs. 53 ss.

às suas regras jurídicas⁷. Valência (e recíproco condicionamento)⁸ de ambos que se concretiza e corporiza no Estado de Direito Democrático⁹, no quadro de uma Constituição vista não só como fundamento, mas também como limite do poder, este não podendo ser formado ou exercido senão nos termos da Lei Fundamental. Dito de outra forma, como já tivemos ocasião de o proclamar, não existe democracia fora da Constituição e nenhuma vontade pode prevalecer contra a Constituição¹⁰.

⁷Veja-se, por todos, *Comes Canotilho*, «Direito...», págs. 81 ss; *Castanheira Neves*, «O princípio da legalidade criminal», in *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra Editora, 1995, págs. 412 ss («...O Estado de Direito não é de direito porque usa o direito para realizar certos fins axiológico-políticos, mas porque assume o direito como fundamental dimensão constitutiva da sua institucionalização política...» — pág. 413); *Reis Novais*, «Contributo para uma teoria do Estado de Direito

Do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito», Coimbra, 1987, particularmente págs. 224 ss; *Zippelius*, «Teoria Geral do Estado», 2.ª ed., F.C.Gulbenkian, Lisboa, 1984, págs 152 ss; *E. Benda*, «El Estado social de Derecho», in *Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde*, Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, págs. 487 ss.

⁸Cfr.o nosso estudo intitulado «O problema das «Fontes de Direito», in *Revista Cabo-verdiana de Direito*, n.º 4, Praia, 1990, pág. 6 e notas 22 a 26, onde na esteira de *Sousa e Brito* («A lei penal na Constituição», in *Direito Penal — Textos de apoio*, A A.F.D.L., 1977/78, págs. 267-268) defendíamos que uma noção material de Estado de direito «...exige hoje a assunção e o recíproco condicionamento do princípio do estado de direito e do princípio democrático, de forma que a validade dos actos do Estado e a própria expressão da vontade popular se tenham de aferir pelo respeito de princípios e valores que, ancorados na constituição material, dão «rostro» e são, digamos, conaturais ao Estado de direito...». Cfr., ainda, *Gomes Canotilho*, «Constituição dirigente e vinculação do legislador — Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas», Coimbra Editora, reimpr., 1994, particularmente págs.14 ss. O autor refere que a compreensão da Constituição passa por uma simbiose de *duas legitimidades* — do processo e normativo-material — a ser realizada pelo Estado democrático-constitucional. «... O Estado constitucional é um Estado «no direito»... e em «função do direito» (pág, 23); *Manuel Afonso Vaz*, «O conceito de lei na Constituição Portuguesa — uma perspectiva de reflexão», in *Direito e Justiça*, vol. III, 1987/1988 (págs. 179-206).

⁹*Reis Novais*, falando do Estado social e democrático de Direito, é claro no seu conteúdo essencial. «...se é certo que da compenetração destes três elementos resulta a impossibilidade de uma interpretação que no isolamento de cada um deles acabasse por afectar o sentido global do conjunto, importa igualmente preservar a especificidade do contributo de cada, sem o que o verdadeiro alcance do princípio unitário não seria apreendido» (ob. cit., pág. 224).

¹⁰Cfr. *Canotilho/Vital Moreira*, «Constituição da República Portuguesa Anotada», Coimbra, 1993, pág. 64; *Jorge Carlos Fonseca*, «Democracia...», págs. 53 ss; *Cristina Queirós*, «Os actos políticos no Estado de Direito», Almedina, Coimbra, 1990, págs. 136 ss. Sobre a noção de Estado de direito, numa correspondência de sentido com a de «Estado constitucional», cfr. *Jorge Miranda*, «Direito constitucional — Aditamentos», Lisboa, 1982, págs, 291 ss; *Carl Schmitt*, «Teoria de la Constitución» (versão espanhola de Francisco Ayala), Alianza Universidad Textos, 2.ª reimpr, Madrid, 1996, págs. 137 ss; *Ferrajoli*, «Jurisdição e democracia», *Revista do Ministério Público*, ano 18.º, 1997, n.º 72, págs. 11 ss, autor que

A verdade é que, curiosa e significativamente, a figura do Ombudsman surge na Suécia, nos princípios do século XIX¹¹, no termo de um regime absolutista de concentração de poderes na Coroa, à semelhança, aliás, do que se passava na Europa continental e na sequência de uma reforma constitucional largamente tributária do princípio do controlo parlamentar sobre o executivo. A palavra Ombudsman, que significa que uma pessoa tem uma procuração para representar alguém - no caso, o povo ou as pessoas que se queixam de alegadas ilegalidades ou injustiças da administração pública —, passa a consubstanciar um instituto em que um comissário parlamentar independente da Coroa, do Governo, dos Tribunais e do próprio órgão que o designa, é dotado de fortes poderes que incluem o exercício por iniciativa própria — de fiscalização da actividade da Administração e dos tribunais, podendo inclusivamente fazer directamente participação criminal contra funcionários, num modelo «forte» e clássico de Ombudsman que, talvez à excepção da Finlândia, em 1919, não foi geralmente reproduzido no perfil sumaria-mente recortado^{12 13}. Na Suécia, e, depois, na Finlândia, um jurista alta-

considera a transformação do «velho Estado de Direito» em Estado constitucional de Direito a mudança radical do paradigma moderno: «uma espécie de segunda revolução que muda ao mesmo tempo a natureza do direito, a natureza da política e a natureza da democracia...» (pág. 12). Transformação que implica, nomeadamente, que a política deixe de ser «omnipotente», invertendo-se a sua relação com o direito: também a política e a legislação por ela produzida se subordinam ao direito. Mas mudança de paradigma que, ainda no entender do autor, se, no plano da teoria do direito, se manifesta pela dissociação entre vigência e validade das leis, no plano da teoria política se manifesta «numa mudança paralela da natureza da própria *democracia*; que deixa de consistir simplesmente na *dimensão política* que resulta *da forma* representativa e maioritária da produção legislativa que condiciona a vigência das leis, mas também a *dimensão substancial* que lhe é imposta pelos princípios constitucionais...» (pág. 14).

¹¹ Karl Loewenstein dá-nos conta do que entende ser uma instituição semelhante (ou técnica estatal, como também refere) já no Baixo Império Romano: o *defensor civitatis* ou *plebis* recebia as queixas dos súbditos relativamente às intromissões e vexames da administração imperial dos grandes latifundiários («Teoria de la Constitución», Ariel Demos, Barcelona, 1982, pág. 524, nota 48). A figura de ouvidor público também remonta aos tempos do Brasil-colónia. Eram os auxiliares directos dos donatários das capitânias hereditárias nomeados para a função de juiz. Em 1548, com a criação do Governo Geral do Brasil, surge o Ouvidor-Geral com as funções de corregedor-geral da justiça em todo o território colonizado.

Mas torna-se claro que estas figuras, historicamente datadas, pouco têm a ver com o moderno instituto, tal qual o recortamos no texto.

¹² Sobre a origem sueca do Ombudsman, sua evolução e sua «reprodução» noutros espaços, veja-se *Luís Lingnau da Silveira*, «O Provedor de Justiça», in Portugal — O sistema político e constitucional, 1974/87, coord. de Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 1989, págs. 701 ss; *Alves Correia*, «Do Ombudsman ao Provedor de Justiça», in sep.do B.F.D.U.C., 1979, págs. 99 ss; *Menéres Pimentel*, loc. cit., passim; *Giuseppe de Vergottini*, «Diritto Costitu-zionale Comparato», 4.^a ed., Padova, Cedam, 1992, págs. 516 ss; idem, «Ombudsman», in Dicionário de Política (Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e

mente qualificado e respeitado passa a supervisionar, com um mandato constitucional, as autoridades públicas, incluindo as judiciárias. Esse mediador tem, aliás, a obrigação de inspeccionar todas as instituições públicas» fechadas», como as prisões, os hospitais psiquiátricos e as casernas militares, sem que tenha que esperar por qualquer queixa ou denúncia, devendo assegurar que as pessoas internadas, assim como os chamados ao serviço militar sejam tratados em conformidade com o direito e as convenções internacionais sobre os direitos do Homem.

Ficavam, desde então, historicamente assinalados os traços essenciais caracterizadores deste género de órgãos: a independência e a imparcialidade, os poderes de fiscalização e a ausência de poderes de decisão imediata¹⁴.

Deve, porém, ser referido que as experiências que se seguiram, mais concretamente as da Dinamarca (1955) e da Noruega (1962), se basearam num modelo mais flexível e mais fraco, tendo o Ombudsman um mandato mais restrito que não inclui a actividade do poder judicial nem a mencionada obrigação de inspeccionar regularmente as ditas instituições públicas «fechadas». Os seus poderes concentram-se na administração pública, cabendo-lhe, essencialmente, prevenir e remediar práticas administrativas ilegais, através de amplos poderes de investigação e do principal dos seus poderes efectivos: o de fazer recomendações, que incluem as feitas ao Parlamento, por via de um relatório anual ou de relatórios especiais, para se proceder a alterações legislativas.

Muitos factores concorreram para essa alteração do perfil do Ombudsman. Por um lado, a normal insuficiência do sistema de tutela jurisdicional em relação à actividade administrativa, progressivamente crescente e abrangendo áreas cada vez mais vastas e sofisticadas. Por outro lado, as experiências concretas da democracia política parlamentar mostravam uma divisão cada vez mais clara e profunda entre maioria e oposições e uma actuação cada vez mais sincronizada e dependente entre a maioria parlamentar e o governo. Assim, a fiscalização do Parlamento sobre as actividades do Executivo nos domínios da administração, a sindicância ou a censura de actos ilegais ou injustos, foram sendo deixadas preferentemente aos cuidados da oposição, mas esta normalmente sem grandes meios de tomar efectivo um tal controlo. Tornava-se, pois, necessário, criar mecanismos mais ágeis e eficazes

Gianfranco Pasquino), 2.^a ed., Editora Universidade de Brasília, 1986, págs. 838 ss; *Jacob Söderman*, Intervenções na Universidade de Atenas (11.11.96), em Vitória (9.12.96) e em Paris (5.2.98); *Walter Gellhorn*, «Ombudsman and others. Civilian Protection in Nine Countries», Cambridge, Mass., 1996, passim.

¹³*Vergottini* dá-nos conta que, se, com a Constituição de 1809, o Ombudsman era originariamente um instrumento de fiscalização política do executivo monárquico, com a progressiva afirmação do princípio da responsabilidade política do executivo face ao Parlamento, ele passou por uma radical transformação, sendo, a partir daí, um «...tutore del corretto uso del potere amministrativo...» («Diritto...», pág. 519).

¹⁴Assim, expressamente, *Menéres Pimentel*, loc. cit., pág. 655.

do que os tradicionais inquéritos parlamentares ou as interpelações ao Governo, quando estavam em causa o mau funcionamento da administração, e, sobretudo, a lesão de interesses legítimos dos cidadãos, sobremaneira tratando-se de domínios em que está envolvida de forma clara a orientação política da maioria¹⁵.

É aquele modelo dinamarquês de mediador — que se pode denominar mediador moderno, para usar a caracterização de *Jacob Söderman*¹⁶ — que é normalmente tido como aquele que vai influenciar directamente os figurinos dos Ombudsman que, um pouco por todo o mundo, se vão instalando. O reconhecido êxito deste modelo tem a ver, em boa parte, com o seu relativamente mais apertado âmbito de actuação, facto que teria contribuído para uma sua mais fácil aceitação por quem detinha o poder, não faltando também quem admita ser um tipo de mediador com maiores probabilidades de um funcionamento efectivo em países onde a democracia constitucional e a *rule of law* existem mas são ainda recentes ou pouco consolidadas¹⁷. Iguamente abriu caminho a um tipo de mediador que tem a vocação do diálogo e da concertação, de procura de soluções negociadas ou através da persuasão e da influência junto das autoridades públicas em causa. O que, desde logo, fez distinguir o instituto do tradicional direito de petição¹⁸, transformando o Ombudsman urna verdadeira magistratura de influência junto dos poderes públicos¹⁹. O que se seguiu até aos dias de hoje passou por um constante apuramento daquele figurino, com a introdução ou o ajustamento de outros elementos, como a supervisão no domínio dos direitos humanos, considerando-se o Ombudsman ou instituto equivalente como importante meio não judicial de defesa dos direitos do Homem. Pode dizer-se ser esta a tendência dominante, a qual tem sido vincada nas diferentes instâncias e reuniões internacionais, nomeadamente a nível do Conselho da Europa²⁰.

¹⁵Claramente neste sentido, *Vergottini*, «Ombudsman», loc. cit., págs. 839-840.

¹⁶«La mediation: Quel avenir» — discurso n.º 25.º aniversário do Mediador da República Francesa (Paris, 5.2.98).

¹⁷Assim parece ser o pensamento de *J. Söderman*, expresso na já referida intervenção de Atenas, em 1996.

¹⁸Sobre o direito de petição, cfr., por todos, *Luís Barbosa Rodrigues*, «o direito de petição perante a Assembleia da República», in *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976*, II volume (Organização de *Jorge Miranda*), Coimbra Editora, 1997, págs. 643 ss.

¹⁹Cfr. *Eudoro Pamplona Corte-Real*, «Provedor de Justiça», in *Polis Verbo*, 4, 1986, pág. 1697; *Vergottini*, «Diritto...», pág. 520; *Menéres Pimentel*, loc. cit., pág. 658 «...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...».

²⁰Um registo do que se diz no texto pode ser encontrado em *L. L. da Silveira*, loc. cit., págs. 707-708.

Mas, se os figurinos actualmente em vigor vêm no modelo dinamarquês o seu antecedente mais próximo, particularmente no que se refere à exclusão de competências no domínio da actividade do poder judicial e de directa participação criminal e disciplinar contra os agentes de autoridade que incorram em práticas ilegais, ajustado ou acrescido, como vimos, de outros elementos, o certo é que há uma multiplicidade de modelos, podendo dizer-se que praticamente não existe um que se reduza a um outro, no que se refere ao seu conteúdo funcional, aos procedimentos adoptados ou ao âmbito de actuação. No entanto, sempre seria possível organizar uma tipologia, a partir de características comuns a determinado número de espaços ou países que, face aos restantes, apresentariam um ou outro elemento dominante ou diferenciador²¹. Assim, teríamos o modelo francófono, marcado pela designação do *Médiateur* através de decreto de Conselho de Ministros; o ibérico, com competência em matéria de fiscalização da constitucionalidade das normas²²; o modelo nórdico (que não abrange o dinamarquês, como já vimos), onde existe a possibilidade de intervenção na área do poder judicial; o anglo-saxónico dos países da Commonwealth, vocacionado quase estritamente para as questões procedimentais administrativas, em especial, para o acesso a documentos de conhecimento reservado²³; o modelo difuso, apanágio dos Estados com opção federal ou vincadamente regional, como sejam os casos alemão, norte-americano e italiano²⁴, onde, grosso modo, apenas existem Ombudsman locais, regionais

²¹Veja-se *Menéres Pimentel*, loc. cit., pág. 656; *Vergottini*, «Diritto...», 517-519; *J. Söderman*, Intervenção na Univ. de Atenas (11.11.96).

²²Já não assim o «Valedor do Pobo» da Galiza e outras figuras autonômicas similares existentes no País Basco, Catalunha, Aragón, Andaluzia, Valência, Canárias e Baleares, que, além disso, apenas têm competência relativamente á Administração da respectiva Comunidade Autónoma. Outrossim, o Defensor del Pueblo pode lançar mão do recurso de amparo e da acção de responsabilidade, meios de que o Provedor português se encontra desprovido. Cfr. *L. Lingnau da Silveira*, «O Provedor de Justiça — Análise comparativa com o Defensor del Pueblo de Espanha e o Valedor do Pobo da Galiza», in *Scientia Iuridica*, tomo XXXVIII, 1989, Braga, págs. 27 ss. Cfr., sobre as relações entre o Defensor del Pueblo e as figuras autonômicas afins, *José Luis Carro Fernández-Valmayor*, «Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonômicas afines», in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 243, Julho-Setembro de 1989, págs. 527 ss. «...Los defensores del Pueblo autonômicos... no son órganos constitucionales ni, por supuesto, tienen el carácter de órgano del Estado global. Estamos aquí, por el contrario, ante organos autonômicos previstos en algunos Estatutos de Autonomia en virtud del poder de autodisposición organizativa que constitucionalmente corresponde a las Comunidades Autónomas» (págs. 528-529); *José Cazorla Perez/Juan B. Cano Bueso*, «Los defensores del Pueblo: Imagen Publica e interrelaciones juridicas», in *Revista de estudios Politicos*, 59, 1988, pgs. 41 ss.

²³Cfr. *Garner*, «Constitutional and Administrative Law», London, 1979, págs. 104 ss.

²⁴Cfr. *Temistocle Martines*, «Diritto Costituzionale», 8.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 1994, págs. 844 ss; *Vergottini*, «Ombudsman», loc. cit., págs. 841-842.

ou federados. Deve ser dito, no entanto, que, muitas vezes, debaixo da designação de Ombudsman ou outra que a ele se refira como instituto equivalente, estão organismos que pouco têm a ver com a referência de origem. É o caso de alguns instituídos pelas administrações locais dos Estados Unidos, realmente muito dependentes do Executivo²⁵.

Na teia de afinidades e diferenças, a que não escapam sequer as designações (Ombudsman, Mediador, Comissário Parlamentar, Defensor do Povo, Provedor, Fiduciário), o modo de designação (pelo Parlamento — directamente ou mediante proposta de outro órgão, como, por exemplo, o Presidente, o que sucede — na Hungria; pelo Conselho de Ministros, pela intervenção combinada do soberano e do Primeiro Ministro, com audição prévia do chefe da oposição, como acontece na Grã-Bretanha), a área de competência territorial (ombudsman nacionais apenas; mediadores nacionais com delegados regionais ou locais; apenas Ombudsman regionais, locais ou federados); a de competência material (Ombudsman com competência geral ou apenas para certos assuntos, como ambiente, questões militares, protecção do consumidor ou da infância)²⁶ ou funcional ou, ainda, a composição singular ou colegial do órgão, ou a coexistência, ou não, da figura do Ombudsman com o instituto de direito de petição (os casos de Portugal, Países Baixos e a União Europeia exemplificam a primeira hipótese), podemos, de alguma forma, recortar traços comuns, sobretudo se surpreendermos a figura na sua evolução mais recente: no geral os Ombudsman têm a obrigação de supervisionar as actividades das autoridades públicas e intervir para pôr fim às actividades e práticas ilegais ou iníquas da Administração que lesem os direitos e interesses dos cidadãos; dispõem de um estatuto de independência face aos poderes públicos e aos órgãos de soberania, conferido pela Constituição, sendo normalmente eleitos, por voto secreto, pelo Parlamento para um mandato entre os quatro e os seis anos, não renovável ou renovável apenas uma vez, e não podendo ser destituídos de suas funções antes do fim do mandato, a não ser que se verifiquem de extrema gravidade, como a de prática de crime ou de comprovada e grave violação de deveres funcionais; exercem as suas atribuições através de queixas ou denúncias que lhe são dirigidas pelos cidadãos ou por iniciativa própria, mediante o uso de amplos poderes de investigação; não têm geralmente poderes decisórios, sendo providências típicas a recomendação, a apresentação de re-

²⁵Cfr. *Vergottini*, «Ombudsman», loc. cit., pág. 838. Daí que se proponha como indispensável uma definição internacional que fixe as condições de base para uma instituição digna de confiança... capaz de prevenir a «diluição» deste importante conceito ou o seu uso abusivo por governos autoritários...». (Cfr. *J. Söderman*, *La mediation...*, loc cit.).

²⁶A Constituição húngara (artigo 32 B-1 e 2) consagra um Ombudsman para os Direitos Cívicos e outro para os direitos das minorias nacionais e étnicas. O Parlamento pode ainda, de acordo com a Constituição, eleger Ombudsmen para a protecção de direitos individuais protegidos constitucionalmente.

latório, nomeadamente ao Parlamento, a conciliação e a participação criminal ou disciplinar às entidades competentes²⁷.

Se acrescentarmos que a tendência actual é a de a maioria dos Ombudsman ou institutos análogos combinaram a actuação na fiscalização da actividade da administração com a de defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, senso mesmo dos direitos fundamentais vistos na sua globalidade, sendo até esta segunda componente vista como a peça essencial na afirmação do Estado de Direito, particularmente na sequência de regimes autoritários, fica-nos um perfil dominante (ou com tendência para tal) de Ombudsman ou mediador moderno. Restam diferenças de perfil constitucional e legal que, podendo ser muito relevantes sobretudo no que toca à eficácia e à extensão ou profundidade da actuação do provedor²⁸, ficam dependentes de opções que têm em conta valorações de ordem política global, de ordem cultural ou sociológica ou do grau de desenvolvimento e consolidação da democracia ou do que hoje é banal apelidar-se de cultura democrática. Enfim, da extensão da cidadania²⁹.

Não nos coube a incumbência de propor aqui um qualquer modelo óptimo de Ombudsman ou instituição equivalente, a partir da análise dos diferentes quadros normativos e das experiências institucionais e práticas vividas nos diversos países. Muito menos a tarefa de justificar ou não a criação da figura em Cabo Verde, e, em caso afirmativo, uma sua modelação constitucional ou legal. Essa incómoda e complexa atribuição foi conferida a outros. Mas, do que já foi dito, assinalado e a par e passo comentado por nós nesta singela comunicação, surgem-nos como indeclináveis as seguintes reflexões finais:

1. Mesmo nos Estados de direito mais avançados, a tutela jurisdicional ou contenciosa dos direitos fundamentais não consegue cobrir todas as situações de eventual lesão daqueles direitos, surgindo quase sempre como que fragmentária, bem que, como, aliás, entre nós, se proclame constitucional e tendencialmente uma «protecção jurídico-

²⁷Muitas das características assinaladas no texto foram recortadas na Conferência Mundial, realizada em Buenos Aires, em Outubro de 1996, pelo International Ombudsman Institute, que, então, registou a existência de uma instituição do tipo do Ombudsman em 84 países, como no dá conta *J. Söderman (cit. discurso em Atenas)*.

²⁸Em Portugal, pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, foram reforçadas as competências do Provedor de Justiça. O âmbito de sua actuação passou a incidir, além do mais, «em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias». O que se torna, na prática, importante em domínios como os da banca e das seguradoras, por exemplo.

²⁹Veja-se, por todos, *Boaventura Sousa Santos*, «Pela mão de Alice — o social e o político na pós-modernidade», Ed. Afrontamento, Porto, 1995, págs. 203 ss; *Jorge Carlos Fonseca*, «Democracia», loc. cit., págs. 64 ss; Mário Anselmo Matos, «Cultura democrática e os condicionalismos da sociedade cabo-verdiana», *ibidem*, págs. 71 ss.

-judiciária individual sem lacunas»³⁰, consequência, de algum modo, do princípio, caro ao Estado de direito democrático moderno, de primazia ou supremacia da Constituição, entendido no sentido de que ela é ou corporiza um «...projecto político estável, racionalizável e concretizável pelo recurso à ideia de jurisdição...»³¹. O que deixa uma margem significativa de possibilidades de intervenção à chamada tutela graciosa em que se pode incluir o instituto do Ombudsman ou Provedor de Justiça.

2. Alargamento de possibilidades de tutela se pensarmos em áreas como as de exercício de poderes discricionários da Administração, dos direitos sociais ou fundamentais positivos de tutela jurisdicionalizada menos abrangente³², dos interesses colectivos ou difusos, ou se tivermos em conta um figurino em que a intervenção do Ombudsman, mediador ou instituto materialmente equivalente não dependa da existência ou não de outros meios de tutela administrativos ou judiciais³³, possa fazer-se por iniciativa própria e, sendo o impulso dado por queixa ou denúncia, estas não dependerem de prazos nem de interesse directo, pessoal e legítimo do queixoso ou denunciante.

3. A adopção de poderes decisórios imediatos e, sobremaneira, a atribuição ao Ombudsman ou Provedor de competências no domínio dos actos políticos e do poder judicial pode, se for feita sem limitações e directamente, afectar a indispensável vigência do princípio da separação de poderes³⁴, e, assim, a própria efectividade do Estado de Direito Democrático que se pretende ver consolidado. O que pode não implicar a proibição de uma sua intervenção no âmbito da actividade administrativa dos tribunais ou outras que não ponham em causa a inde-

³⁰Neste sentido, cfr. *Comes Canotitho*, «Direito...», pág. 265; Jorge Miranda, ob. cit., pág. 249; idem, «Constituição e Democracia», Livraria Petrony, Lisboa, 1976, pág. 276 («...O avanço do Estado de Direito verifica-se precisamente à medida que consagra... o princípio de que todos os direitos têm uma tutela jurisdicional...»); Vieira de Andrade, ob. cit., págs. 339 ss; *Jorge Carlos Fonseca*, «Democracia...», págs. 57 ss.

³¹*Cristina Queirós*, ob. cit. pág. 136.

³²Cfr., por todos, *Vieira de Andrade*, ob. cit., págs. 343 ss; *Jorge Bacelar Gouveia*, «Os direitos fundamentais atípicos», *Aequitas*, Ed. Notícias, Lisboa, 1995, págs. 465-466 e nota 194; *Paulo Barile*, «Garanzie Costituzionali e Diritti Fondamentali: Un'Introduzione», in *Perspectivas* ..., II, págs. 131 ss.

³³Em Portugal, na altura da discussão e aprovação da Lei Fundamental, em 1976, algumas forças políticas manifestaram-se contra a ideia — que acabou por vingar — de que a intervenção do Provedor não dependeria da circunstância de existir ou não outros meios de reacção administrativa e contenciosa. O argumento utilizado, por exemplo, pelo Movimento Democrático Popular era o de que aqueles meios seriam suficientes, importando antes revigorá-los. Acrescentavam que lhes parecia que a criação do Provedor de Justiça «...viria a provocar um desequilíbrio em favor dos interesses individuais dos cidadãos, em detrimento dos interesses colectivos» — cfr. *L. L. da Silveira*, loc. cit., pág. 703.

³⁴Veja-se o Parecer da PGR de Portugal n.º 8/84, de 27 de Abril, in *BMJ* 341, pág. 68.

pendência do poder judicial e o conteúdo essencial e irreduzível do princípio da separação de poderes. Pense-se, por exemplo, na intervenção junto dos órgãos de gestão dos tribunais, a propósito de demora na tramitação de processos ou com o fito de se alcançar uniformidade de actuação de agentes do Ministério Público face a situações idênticas³⁵.

4. A atribuição de poderes de iniciativa própria³⁶; a utilização das providências típicas da recomendação, do reparo ou censura às entidades que pratiquem actos ilegais ou injustos, da procura da negociação com as entidades públicas interessadas; a tónica na defesa dos direitos humanos, *maxime* na fiscalização da situação de funcionamento e de respeito por aqueles direitos nas prisões, domínio em que, reconhecidamente, se exige, para a obtenção de soluções efectivas, para usar as palavras do Provedor europeu *Söderman*, «...political experience and force»³⁷, a intervenção de uma entidade provida de meios e poderes amplos de intervenção e de influência, tudo isso pode fazer compatibilizar a existência de uma figura como a do Ombudsman com a do direito de petição³⁸.

5. Condições que, a serem realizadas, tornam, para além do mais, o instituto mais operacional por relação à petição parlamentar e à própria actividade de fiscalização a que o Parlamento estaria obrigado, em certos domínios em que o órgão legislativo não teria nem disponibilidade nem preparação técnica para tanto, sem esquecer a própria eficácia da fiscalização³⁹.

6. Deste modo, o Ombudsman, Provedor ou Comissário não deve ser configurado como órgão de fiscalização política do executivo (na esteira do Ombudsman originário), mas sim como órgão independente com funções inspectivas que poderão, de algum modo, ser dirigidas ao desencadeamento ulterior do controlo parlamentar⁴⁰.

7. Se é verdade, como alguns têm sustentado, que o sucesso de um instituto como aquele que aqui estamos a debater, sobretudo numa sua versão «forte», é tanto mais viável quanto maior for o desenvolvimen-

³⁵Veja-se, neste sentido, *E. Pamplona Côte-Real*, loc. cit., pág. 1697; *L. L. da Silveira*, loc. cit., pág. 712; *Menéres Pimentel* considera que é questão em aberto, sobre a qual se deve reflectir desapassionadamente, a de obter um compromisso possível entre outras formas de intervenção e a preservação da estrita sujeição a lei por parte do poder judicial» (loc. cit., pág. 662).

³⁶Significativamente, o Parlamento Europeu, durante a apresentação do relatório anual relativo ao ano de 1995, considerou que os poderes de investigação do Ombudsman europeu por iniciativa própria deveriam ser utilizados com mais frequência (Discurso do Provedor Europeu, já cit., em Vitoria — 9.12.96).

³⁷In discurso na Univ. de Atenas já citado.

³⁸*Marcel Prélôt* dá-nos conta, no entanto, de que, em França, a criação do mediador terá feito regredir a instituição da petição («Institutions politiques et Droit Constitutionnel», 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1987, pág. 872).

³⁹Assim, claramente, *Loewenstein*, ob. cit., pág. 542. Cfr., igualmente, *Vergoffini* (como na nota 13).

⁴⁰*Vergottini* fala de *controlo parlamentar confiável* («Ombudsman», loc. cit., pág. 839).

to democrático ou da cultura democrática do país em causa, não o deixa de ser igualmente que, em países onde se instituiu já um Estado de direito democrático, mas o grau de consolidação da democracia é baixo, a interiorização e a generalização de uma cultura de cidadania ainda são empreendimento a cimentar, a «vontade de constituição»⁴¹ é mínima, quer da parte dos destinatários do poder, quer da parte das autoridades públicas, os meios de acesso ao direito e à justiça não são suficientes ou conhecidos de muitos, a introdução da figura do Om-budsman ou do Provedor pode surgir como uma instância de pedagogia ou de promoção desses valores retirados sempre do quadro axiológico da Constituição. Contribuiria, certamente, para que caminemos em direcção a um estágio de desenvolvimento cultural e civilizacional em que a garantia fundamental dos direitos e liberdades estará, no dizer de *Prosper Well*, «dans l'air du temps»⁴².

8. Nas condições de países onde o processo de afirmação da democracia e do Estado de direito ainda está por consolidar, parece preferível, a optar-se pela figura de Ombudsman, um modelo em que a queixa ou denúncia pode ser directamente feita ao órgão, e, não, como sucede com o *Médiateur* francês⁴³ ou senegalês⁴⁴, ou, ainda, o Comissário britânico, por intermédio de um parlamentar ou senador. Esse filtro político poderia funcionar como amortecedor, senso impeditivo do funcionamento da mediação.

9. Por tudo quanto se disse imediatamente acima, a efectividade de uma tal provedoria exigiria que o titular do órgão tivesse, constitucional e legalmente, as condições para actuar com efectiva independência face aos demais poderes públicos, como verdadeiro mediador entre o cidadão e as autoridades do Estado. Um tal estatuto exigiria em países nas condições atrás recortadas um processo de designação parlamentar por uma maioria muito qualificada e uma personalidade que, pela sua efectiva independência, reputação social e competência e idoneidade técnicas, pudesse merecer aquela quase unanimidade.

10. Independência que sugere não dever ser o Ombudsman um parlamentar ou sujeito a directivas parlamentares, nomeadamente para o exame de casos específicos⁴⁵. Independência que aconselha que a cessação de funções apenas possa acontecer em situações excepcionais

⁴¹Cfr. *K. Hesse*, «Die normative Kraft der Verfassung», 1959, págs. 9 ss.

⁴²Cit. por *Vieira de Andrade*, ob. cit., pág. 313.

⁴³Cfr. *Verrier*, «Le médiateur», in *RDFSP*, 1973, págs. 941 ss.

⁴⁴Artigo 7.º da Lei n.º 91-14, de 11 de Fevereiro. Cfr. «Le médiateur de la République du Senegal», comunicação feita pelo Mediador senegalês, Professor Seydou Madani Sy, na citada Conferência da Praia (2 a 4 de Junho de 1998).

⁴⁵Não nos parece de exigir que, por exemplo, seja uma personalidade da oposição, como se pretendeu em Portugal, hipótese que acabou por não vingar. Isso seria também comprometer a isenção do titular do órgão, estigmatizando-o politicamente. Neste aspecto, damos o nosso inteiro acordo a *L. L. da Silveira*, loc. cit., pág. 721.

que impliquem grave violação dos deveres funcionais e, não, apenas, mera violação da relação de confiança do Parlamento, como parece defender *Vergottini*⁴⁶.

Autonomia de acção que deve ser reforçada pela liberdade na escolha dos colaboradores e na direcção e desenvolvimento das suas actividades e garantida pela atribuição ao seu titular de imunidades afins às normalmente conferidas ao exercício da magistratura.

Enfim, não poderei aqui, perante esta augusta assembleia, fazer uma alegação em defesa incondicionada do Ombudsman. Não poderei, como o Provedor europeu *Söderman*, dizer que esse instituto é o mais bem sucedido desenvolvimento constitucional no mundo no plano da criação do estado democrático moderno, em especial nas últimas décadas. Não arriscarei sequer dizer perante vós que o Ombudsman «sim-boliza o Estado de Direito e o respeito pelas liberdades fundamentais e pelos direitos do Homem nos Estados modernos», para ainda utilizar a expressão optimista e entusiástica (quem sabe!, talvez acertada, porque fundamentada) de *Söderman*⁴⁷.

Essas conclusões deixá-las-ei eventualmente para todos os que me ouvem. A mim basta-me a ideia, que aqui me atrevo a deixar-vos, de que, num quadro de pressupostos e condições constitucional e legalmente estabelecidos, e já traçados nesta comunicação, o Ombudsman ou o Provedor, sempre como poder independente, autónomo e moderador entre o cidadão e o Estado, pode surgir como instituição de real utilidade⁴⁸ e adequada especialmente à afirmação crescente do Estado de direito e, sobretudo, da cidadania. Mais do que um Provedor de Justiça seria um defensor da sociedade civil face ao Estado, um Provedor de Cidadania.

⁴⁶«Ombudsman», loc. cit., pág. 840.

⁴⁷Curioso e significativo é o facto de já nas páginas da Internet vir publicidade do instituto. Por exemplo, do *ouvidor brasileiro* — seja o privado, seja o público. Em termos tais que se coloca a questão de sua necessidade numa relação custo-benefício: essa relação seria vantajosa, diz uma página, «...para qualquer governo... destacando-se:

— Melhor direccionamento das acções do governo; melhoria no atendimento do serviço público; maior transparência da administração pública; maior credibilidade do governo junto à população; fortalecimento da imagem do administrador; aprimoramento da democracia e do exercício da cidadania».

⁴⁸No mesmo sentido positivo, cfr., para a experiência espanhola, *José Carzola Perez/Juan B. Cano Bueso*, loc. cit. págs. 27 ss; sobre a experiência senegalesa, veja-se *Seydou Madani Sy*, loc. cit.