



PROVEDOR DE JUSTIÇA

O Provedor de Justiça enquanto órgão e Instituição Nacional de Direitos Humanos – experiência de Portugal^(*)

José de Faria Costa, *Provedor de Justiça*

Os acontecimentos históricos ocorridos no palco mundial, em pleno século passado, fizeram repensar o modelo jurídico regulador das relações sociais internacionais.

A diversidade social e as mutações económicas, culturais e filosóficas desnudaram uma realidade hipercomplexa, cujos instrumentos jurídicos de regulação se mostravam já obsoletos e, por isso, ineficazes na resolução da conflitualidade própria do viver comunitário.

A experiência sentida pelos diversos intervenientes internacionais da sua incapacidade de arquitetar e concretizar, singularmente, uma resposta axiologicamente forte e estruturada fez repensar o paradigma e exigia um novo olhar sobre as relações internacionais.

O modelo de Westfália – que teve a força motriz de constituição dos alicerces jurídicos reguladores do direito internacional público moderno, assente no reconhecimento das relações internacionais, cujos pontos de conexão assentavam na natureza estadual dos seus sujeitos e na sua igualdade soberana – tornou-se caduco e inapto para responder adequadamente aos novos desafios internacionais.

(*) Estas palavras tiveram a colaboração da Mestre Rosa Vieira Neves, Adjunta do meu Gabinete, e foram proferidas no âmbito da Conferência sobre a Provedoria de Justiça na Defesa dos Direitos, Liberdades e Garantias dos Cidadãos no âmbito dos Princípios de Paris, realizada no dia 25 de Outubro, em Luanda.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

E um desses desafios ancorou-se na compreensão dos direitos humanos enquanto direitos universais titulados por cada um dos cidadãos. O princípio da dignidade humana, enquanto cimento agregador da diversidade tipológica daqueles direitos, reconhecido pelos Estados e, em muitos deles, inscrito nos seus textos fundamentais, provocou a eclosão de doutrinas que, para além dos Estados como sujeitos de direito internacional, reposicionavam o indivíduo com estatuto jurídico próprio na comunidade internacional.

Evidência deste facto é a existência de diversos instrumentos jurídicos internacionais que versam sobre a pessoa humana, plasmando direitos que, pela sua natureza, lhe são intrínsecos e, por isso, inalienáveis.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada no seio da Organização das Nações Unidas em 1948, é o estandarte mais emblemático concretizador do novo modelo que acabava de se afirmar na Carta constitutiva da referida organização. Este instrumento foi o motor dos diversos passos traçados neste trilha temático. Depois dele vieram os Pactos Internacionais: o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹ e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos², aprovados pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 2200 (XXI), em 16 de Dezembro de 1966.

Tendo-se, pois, continuado o esforço de “jurisdicizarização” dos direitos humanos em um sentido mais especializado. Isto é: traçadas que estavam as linhas mestras essenciais dos direitos humanos, impunha-se a densificação deles de acordo com o seu específico conteúdo material. De todos estes instrumentos, permitam-me realçar o Protocolo Adicional aos referidos Pactos Internacionais, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comumente designada por CEDAW (1976), a Convenção contra a

¹ Entrou em vigor em 3 de Janeiro de 1976, após trinta e cinco ratificações.

² Entrou em vigor em 23 de Março de 1976, também após trinta e cinco ratificações exigidas.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes (1984)³ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)⁴.

O reconhecimento internacional da individualidade humana, desta realidade pré-jurídica, como centro de imputação de direitos que manifesta as diferentes dimensões do agir humano – o ser, o ter e o estar no mundo – originou que, também no seio da comunidade internacional, se construísse um sistema de garantia desses mesmos direitos perante eventuais ataques ou violações.

O sistema da Carta das Nações Unidas tem indubitavelmente um carácter universal, mercê da natureza subjetiva multilateral que caracteriza a Instituição, e vai convivendo pacificamente com outros sistemas de proteção de direitos humanos, assentes em um critério geográfico regional. Estou a referir-me ao sistema europeu (com os subsistemas do Conselho da Europa e da União Europeia), ao sistema americano⁵ e ao sistema africano de proteção internacional dos direitos humanos⁶.

Aqui chegados, impõe-se fazer um tópico reflexivo. A multiplicidade de sistemas ou modelos internacionais de proteção dos direitos humanos, independentemente da discussão dogmática da sua maior ou menor força vinculativa, é bem reveladora do esforço constante e intenso que as instituições interventoras neste domínio têm desenvolvido. Circunstância que, além do mais, firma a assertividade do caminho inequivocamente traçado no aprofundamento dos mecanismos de promoção e de defesa dos direitos humanos.

Feito este breve arco de considerações iniciais, darei nota da atividade do Provedor de Justiça enquanto Instituição Nacional de Direitos Humanos em

³ Portugal, no próximo mês de Novembro, será ouvido para defesa do Relatório apresentado.

⁴ A defesa do relatório apresentado por Portugal, ao Comité dos Direitos da Criança, terá lugar em Janeiro de 2014.

⁵ Definido na Convenção Americana dos Direitos Humanos (C.A.D.H.).

⁶ Definido na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (C.A.D.H.P.).



PROVEDOR DE JUSTIÇA

Portugal, acreditada com o Estatuto “A” de acordo com os comumente conhecidos Princípios de Paris⁷.

A figura do Provedor de Justiça português foi instituída legalmente pelo Decreto-lei n.º 212/75, de 21 de Abril e tem a sua origem primeva no ombudsman sueco. Neste diploma legal, como função primordial do Provedor de Justiça, desenhou-se a tarefa clássica de assegurar a justiça e a legalidade da atuação da administração pública, com recurso a meios informais na investigação das queixas apresentadas pelos cidadãos⁸.

E não obstante a letra da lei o dizer claramente, urge abandonar o plano linear de interpretação literal das coisas do direito, para vislumbrarmos naquele ato normativo um *quid* diferenciador da construção clássica da figura do ombudsman português. E esse *quid* é incontestavelmente o acrescentar de uma dimensão transversal do exercício das tarefas do Provedor de Justiça, apontada à finalidade principal de garantia das liberdades fundamentais⁹.

A sua criação por via ordinária anterior à Constituição de 1976, atualmente em vigor, não impediu que viesse a ser consagrado neste texto fundamental¹⁰. O Provedor de Justiça português é um órgão do Estado independente. A concatenação da norma constitucional com o seu estatuto definido legalmente permite-nos perceber a amplitude das suas funções que extravasam as muralhas definidas para a ação provedoral tradicional de reparação de injustiças ou ilegalidades, por atos ou omissões, da administração pública. E permite-nos ainda referir que essa função não se inscreve no plano estritamente orgânico da estrutura da administração pública. Alarga-se, pois, de um ponto de vista

⁷ Adotados pela Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Dezembro de 1993.

⁸ Veja-se o disposto no n.º 1 do artigo 1.º do referido Decreto-lei.

⁹ Assim se pode ler no ponto 1 do preâmbulo do Decreto-lei n.º 212/75, de 21 de Abril.

¹⁰ Na versão originária encontrava-se previsto no artigo 24.º da Constituição Portuguesa, tendo sido alterada a sua numeração, passando a ser o artigo 23.º, com a LRC/82. O seu texto deste normativo foi revisto pela RC/89, que alterou o n.º 3 e aditou o n.º 4. O n.º 3 volta a ser objecto de alteração com a LRC/97.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

funcional, a toda a atividade materialmente administrativa. A todas as entidades que exerçam poderes públicos.

É ainda de sublinhar a previsão legal de desenvolvimento da atividade do Provedor de Justiça português relativamente a relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias¹¹. Aqui, é inequívoca a desconsideração da autonomia privada, nomeadamente do princípio da liberdade contratual, quando em causa esteja um desequilíbrio fático que distorce a tensão igualitária da relação jurídico-privada que possa colocar em crise a eficácia dos direitos, liberdades e garantias.

O recorte normativo das funções deste órgão permite-nos ainda, sem margem para qualquer dúvida, afirmar que a sua criação, na ordem jurídica portuguesa, foi inovadora e distintiva ao considerá-lo um ombudsman de Direitos Humanos¹². O Provedor de Justiça português é, pois, uma Instituição Nacional de Direitos Humanos, acreditada pela Organização das Nações Unidas, com o estatuto “A”, de acordo com os Princípios de Paris, adotados pela Resolução da Assembleia Geral daquela organização, de 20 de Dezembro de 1993.

Não obstante a heterogeneidade que caracteriza as Instituições Nacionais de Direitos Humanos existentes, resultante das especificidades constitucionais e legais de cada ordenamento jurídico, permite, todavia, categorizá-las, e desse modo distingui-las, em Instituições Nacionais de Direitos Humanos que são Ombudsman e outras que são designadas por Comissões de Direitos Humanos.

No particular caso português, o Provedor de Justiça, com legitimidade democrática resultante do ato parlamentar legitimador da sua eleição, apenas permanece vinculado à Constituição e à defesa dos valores fundamentais nela inscritos. Esta íntima ligação ao edifício axiológico fundamental da sociedade

¹¹ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça (E.P.J.).

¹² Veja-se os n.º 2 e n.º 3 do artigo 1.º e o n.º 1 do artigo 4.º, ambos do E.P.J..



PROVEDOR DE JUSTIÇA

portuguesa¹³ espelha bem, e de modo inequívoco, que se trata de um órgão que representa uma garantia dos direitos fundamentais.

E a efetividade desta garantia institucional desvela-se nas competências que lhe são atribuídas. A apreciação das queixas dirigidas pelos cidadãos constitui uma parte substancial da atividade desenvolvida pelo Provedor de Justiça português que, conseqüentemente, leva à sua intervenção junto das entidades visadas. Mas nela não se esgota, antes poderá constituir o seu ponto de partida.

O Provedor de Justiça tem poder de iniciativa própria, independentemente de o cidadão lhe apresentar uma situação concreta, em matéria de defesa e promoção dos direitos fundamentais. O que o coloca em uma posição privilegiadíssima para perceber a realidade social, identificar os focos de tensão conflituais que afetem a dignidade da pessoa humana e, naturalmente, atuar.

É bem verdade que o Provedor de Justiça português – característica que é intrínseca desta particular figura – não tem poder decisório. No entanto, o reconhecimento do seu prestígio institucional tem levado à aceitação pacífica do Provedor de Justiça como um mediador de conflitos sociais. Não impõe uma decisão. Antes procura, invocando razões de justiça e de direito, aproximar as partes envolvidas, desbravando o caminho. É, neste âmbito, que se move a sua competência de formular recomendações, não só administrativas, mas também legislativas.

O Provedor de Justiça português é, a montante e a jusante, um servidor da Justiça e do Direito. Nesta matriz referencial, a defesa dos direitos humanos, porque universais e inscritos no património axiológico de uma determinada comunidade, surge como baluarte da sua intervenção ativa. E esta intervenção ativa só o é verdadeiramente, se absoluta for a sua independência perante os demais órgãos estaduais. Mais: a intervenção ativa permanece mesmo que

¹³ Desde logo, pela inserção sistemática da figura do Provedor da Justiça na I Parte do texto Constitucional relativa aos direitos fundamentais.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

particulares condições sociais se verificarem, em determinado momento histórico, que determinem a adoção de medidas de exceção, como no caso de declaração de estado de sítio ou de estado de emergência. O texto fundamental português comporta requisitos muito apertados, quer procedimentais, quer substanciais, para que possa ocorrer qualquer uma das situações referidas. E diga-se, no que aqui particularmente importa, que os direitos fundamentais surgem como escudo protetor da esfera pessoal de cada um dos cidadãos que jamais poderá ser trespassada em situação de estado de sítio ou de estado de emergência. Mas perguntar-se-á: como sindicar a legalidade ou constitucionalidade de uma declaração de estado de sítio ou de estado de emergência face à restrição ou compressão dos direitos fundamentais. Aqui, eis que surge novamente a figura do Provedor de Justiça — assim como os Tribunais e a Procuradoria-Geral da República — como garante dos direitos fundamentais, uma vez que, mesmo naquelas particulares situações sociais, o serviço do Provedor de Justiça mantém-se em funcionamento¹⁴.

E a garantia da independência do Provedor de Justiça — também como exigência da sua qualidade enquanto Instituição Nacional de Direitos Humanos, plasmada nos Princípios de Paris — é cimentada, desde logo, pela elaboração de contributos próprios endereçados às instâncias das organizações internacionais, no âmbito do funcionamento dos diversos mecanismos de verificação do cumprimento, por parte do Estado Português, das obrigações internacionalmente assumidas. A isto acresce, naturalmente, o exercício efetivo do direito de audição junto, v.g., do Conselho dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas assim como perante os Comités específicos ou temáticos (v.g. Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Comité dos Direitos da Criança;

¹⁴ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, na redação dada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio, que aprovou o Regime do estado de sítio e o estado de emergência, concretizando o preceito do artigo 19.º da Constituição Portuguesa.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

Comité para apreciação do cumprimento das obrigações assumidas pela ratificação da Convenção contra a Tortura).

Uma última palavra para referir que o exercício do cargo desta natureza funda-se em uma ética do comprometimento. O surgimento de novos problemas, em uma sociedade hipercomplexa como é a do nosso tempo, como afirmámos na nossa tomada de posse, é sinal de que “já não basta prever para prover. É urgente alterar o paradigma e devemos antes, nomeadamente quando olhamos referenciais de cariz social, sufragar a ideia forte, aliás, pouco cara a esta tardo-modernidade, de que o que é preciso e urgente é perceber para prover. Perceber os sinais dos tempos, as circunstâncias fluidas dos acontecimentos socialmente relevantes, a porosidade das relações sociais, a força dos factos, quantas vezes não imediatamente reconhecível. E perceber tudo isso sem nunca perder o horizonte dos valores que a Constituição e a lei impõem ao Provedor de Justiça, pois, só dessa forma se pode, legitimamente, prover a defesa dos direitos fundamentais de todos os concidadãos.”