RELATÓRIO

Da actividade do Provedor de Justiça

Ano de 1993

Em cumprimento do disposto no artº. 23º, nº. 1 da Lei nº. 9 /91, de 9 de Abril, tenho a honra de apresentar à Assembleia da República o Relatório da actividade do Provedor de Justiça referente ao ano de 1993.

No presente Relatório dá-se conta das queixas recebidas, das iniciativas empreendidas e medidas tomadas, dos resultados conseguidos, bem como da restante actividade deste Órgão de Estado.

Juntam-se, ainda, os Discursos e Intervenções que tive o ensejo de proferir no ano em apreço.

O PROVEDOR DE JUSTIÇA

José Menéres Pimentel

Sumário

1. Introdução 1

2. Da Actividade Processual

2.1. Dados Estatísticos 5

2.1.1. Comentário 22

2.2. Pedidos de Declaração de Inconstitucionalidade 24

2.2.1. Casos em que se decidiu não pedir
a fiscalização da constitucionalidade 151

2.3. Recomendações legislativas-genéricas 182

2.4. Resumos de processos anotados 323

3. Da Actividade extra-processual

3.1. Participações do Provedor
em reuniões internacionais 411

3.1.1. Bona, 28 de Junho 411
3.1.2. Helsínquia, 15 a 17 de Setembro 411
3.1.3. Luxemburgo, 18 e 19 de Outubro 412
3.1.4. Vitoria, 27 a 30 de Outubro 414

3.2. Discursos e intervenções
do Provedor de Justiça 415

4. Índices (Actividade Processual)

4.1. Sistemático 478

4.2. Cronológico 487

1. Introdução

Introdução

1. O ano de 1993 teve impacto sobre a Instituição em duas vertentes essenciais e complementares: a publicação do Decreto-Lei nº. 279/93, de 11 de Agosto, que aprovou a Lei Orgânica, assim como a renovação do quadro técnico da Provedoria.

A partir da referida data, iniciou-se um processo de revitalização da Provedoria de Justiça, com a admissão de novos assessores e coordenadores, no âmbito dos novos quadros de pessoal. De importância primordial, também, a nomeação dos dois novos provedores-adjuntos, Dr.ª Maria Madalena Diener de Oliveira e Dr. António Nadais.

Pena foi que o referido diploma legal, já prometido pelo artº. 46º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), tivesse surgido com um atraso de quase dois anos.

Remodelou-se a estrutura da Assessoria que ficou composta por cinco áreas encabeçadas por um coordenador e formadas, cada uma, por cinco assessores. As áreas foram repartidas segundo um critério material, ficando designadas por Assuntos Constitucionais, Urbanismo, Ambiente e Cultura (1ª); Assuntos Financeiros e Laborais (2ª); Assuntos Sociais: Segurança Social, Educação, Saúde, Menores e Desporto (3ª); Organização Administrativa (4ª) e Assuntos Judiciários, Defesa e Segurança Interna (5ª). Duas das áreas ficaram sob a direcção de um provedor-adjunto e as restantes sob a direcção do outro provedor-adjunto, estando todas, como é evidente, debaixo da orientação do Provedor de Justiça.

Esta nova arrumação, e preenchimento quase total, durante o ano de 1993, dos lugares de assessores e coordenadores, as novas formas de tramitação dos processos e outra dinâmica imprimida a Provedoria permitiram recuperar atrasos de anos e controlar o serviço. Com isto se constrói uma organização sólida, coerente e bem edificada, perseverando na função de servir os mais nobres valores da justiça e impregnando-a de criatividade sempre renovada à luz da vastíssima heterogeneidade de problemas diariamente expostos. Parafraseando autor consabido, tenta-se, eficazmente, responder de forma justa à injustiça.

Os mapas estatísticos seguintes e casos seleccionados para este Relatório demonstram o já exposto.

2. Desenvolvendo e concretizando, viu-se que, apesar de ainda não ter sido possível inverter o saldo processual negativo (mais 559 processos abertos do que os arquivados), a taxa de crescimento do número de processos pendentes diminuiu (15,9% em 1992, para 8,44% em 1993) e isto apesar da quantidade de queixas ter aumentado (3460 em 1992 para 3511 em 1993). Finalmente, a taxa de eficácia na solução dos problemas postos ao Provedor e resolvidos com a sua mediação aumentou de 58% (1992) para 75% (1993).

Em 1993 foram tratadas questões de grande relevância, como se verá e foi, decerto, do conhecimento da Assembleia da República. Permito-me destacar o caso dos hemofílicos contaminados com o vírus HIV, o caso dos hemodialisados de Évora, a problemática do acesso dos candidatos ao ensino superior às provas específicas por si realizadas e o processo do destacamento de médicos assistentes eventuais.

Ainda em 1993 deu-se inicio a uma nova forma de intervenção nos domínios do ambiente. Simbolicamente marcada pela minha visita a Sines, propiciadora do diálogo entre Administração e administrados que foi a grande bandeira no caso desfraldada, esta nova maneira de encarar as questões do ambiente e a forma de o Provedor de Justiça desenvolver aí as suas virtualidades permitiu a fuga a esquemas clássicos de actuação. O ano de 1993 não permitiu mais que uma actuação baseada no meu Gabinete, esperando-se para 1994 o desenvolvimento apoiado na 1.ª área da Assessoria.

Outra nova área de actuação foi a defesa dos menores em situação de risco. Surgida em sequência do Seminário promovido em 1992, foi contratada uma técnica com larga experiência no contacto com crianças e lançada, ainda em fase experimental, a linha telefónica "Recados da Criança". Apesar da limitada divulgação, propositada, durante o ano de 1993, a linha telefónica em causa já provou ter virtualidades na abertura de mais um domínio da vida social à actuação do Provedor de Justiça.

A actividade de divulgação externa e interna da Provedoria de Justiça pode avaliar-se pela participação efectiva do Provedor em vários encontros nacionais e estrangeiros, como adiante se dará conta.

Uma palavra para as instalações (finalmente próprias, como se referiu no relatório de 1992 e o exigia o artº. 40º, nº. 3 do Estatuto). Durante o ano de 1993, foi apenas possível decorar algumas salas com sobriedade, mas ainda sem a dignidade que a Instituição merece. Mais e melhor se procurara continuar a fazer, não só no aspecto da aquisição de equipamento como no da melhor distribuição dos serviços pelas salas disponíveis.

Julgo que o ano de 1993 ficara na história do Provedor de Justiça como decisivamente marcante na vida da instituição: a nova Lei Orgânica e as alterações estruturais e procedimentais por ela permitidas assim o possibilitaram e seria grave omissão não as aproveitar e potencializar. Espera-se que o registo da actividade nos anos próximos futuros assim o demonstre.

2. Da Actividade Processual

2.1. Dados Estatísticos

2.1. Dados Estatísticos

Quadro 1

Movimento geral de processos

I – Número de Processos organizados	
Queixas escritas	3085
Queixas verbais	372
Total	**3457**
Iniciativas do Provedor	54
Total geral	**3511**
das quais correspondem a processos de inconstitucionalidade	23

II – Número de processos reabertos	
de 1976 a 1987	19
de 1988	5
de 1989	8
de 1990	11
de 1991	13
de 1992	2
Total	**58**

III – Número de processos movimentados e a movimentar	
Processos que transitaram de 1976 a 1987	966
Processos que transitaram de 1988	275
Processos que transitaram de 1989	348
Processos que transitaram de 1990	631
Processos que transitaram de 1991	2376
Processos que transitaram de 1992	2712
Processos reabertos	58
Processos organizados em 1993	3511
Total	**10877**
IV – Processos arquivados em 1992, transitados de:	

1976 a 1987	175
1988	75
1989	78
1990	182
1991	720
1992	998
1993	724
Total	**2952**

V – Totais finais	
Processos organizados	3511
Processos movimentados	10877
Processos arquivados	2952
Processos organizados e terminados em 1993	724 *
* Representa 20, 62 % do total de processos organizados	

Quadro 2

Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar	409	13,87%
B	Improcedência	1415	47,92%
C	Não resolvidos	161	5,44%
D	Não resolvidos/Recomendação não acatada	15	0,51%
E	Resolvidos independentemente da intervenção do Provedor	419	14,18%
F	Resolvidos pela instrução do processo	452	15,31%
G	Resolvidos/Recomendação acatada	65	2,21%
H	Pedido de declaração de inconstitucionalidade	16	0,56%
Total		**2952**	**100,00%**

Quadro 3

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	(Todos-A)/(Todos)	86,13%
Taxa de resolução	(E+F+G+H)/Todos-(A+B)	84,41%
Taxa de sucesso	(F+G+H)/(Todos - [A+B+E])	75,21%

Comparação entre 1992 e 1993

	1992	**1993**
Taxa de estudo	80,62%	86,13%
Taxa de resolução	72,18%	84,41%
Taxa de sucesso	58,84%	75,21%

Quadro 4
Classificação dos Processos por Assuntos

Administração da Justiça			
	Processo penal		
		Instrução	1
		Prisão preventiva	5
		Diversos	192
	Processo de trabalho		
		Demoras	0
		Diversos	0
	Demoras		56
	Questões gerais		134
		Total	**388**
Administração Local			**103**
Administração Pública			**92**
Agricultura e Pecuária			
	Reforma agrária		1
	Questões diversas		17
		Total	**18**
Águas			**1**
Bancos			**24**
Comércio Externo			**0**
Comércio Interno			**7**
Contribuições e Impostos			**144**
Crime			**4**
Descolonização			**6**
Direitos Fundamentais			
	Direito ao Ambiente e qualidade de vida		101
	Direito ao Ensino		3
	Liberdade de informação		5
	Direitos políticos		1
	Outros		123
		Total	**233**
Educação e Ensino			**141**

Empresas		
	Auto-gestão	0
	Intervenção estadual	0
	Nacionalização	0
	Questões diversas	25
	Total	**25**
Expropriação e requisição de bens		**18**
Habitação		
	Arrendamento	29
	Despejos	15
	Ocupações	0
	Diversos	126
	Total	**170**
Indústria e Energia		**9**
Jogo		**1**
Polícia/GNR		**111**
Processo administrativo		**0**
Regime Prisional		**36**
Registos e Notariado		**27**
Saúde Pública		**60**
Segurança Social		
	Abono de Família	5
	Aposentação e reforma	8
	Pensão de sobrevivência	249
	Diversos	180
	Total	**442**
Seguros		**31**

Trabalho			
	Administração Local		
		Adidos	0
		Admissões	0
		Carreiras	6
		Concursos	4
		Demissões e Despedimentos	0
		Disciplina	0
		Provimento	0
		Reintegrações	0
		Remunerações	12
		Saneamentos	0
		Diversos	36
		Total	**58**
	Administração Central e Regional		
		Adidos	4
		Admissões	1
		Carreiras	82
		Concursos	59
		Demissões e Despedimentos	5
		Disciplina	2
		Provimento	0
		Reintegrações	4
		Remunerações	299
		Saneamentos	0
		Diversos	418
		Total	**874**
	Empresas Públicas		43
	Sector Privado		
		Despedimentos	6
		Inspecções	0
		Diversos	35
		Total	**41**
Transportes e Comunicações			**17**

Urbanismo e Obras		
	Obras Ilegais	22
	Licenciamento	50
	Obras coercivas	4
	Obras públicas	2
	Diversos	43
	Total	**121**
Diversos		**266**
Assunto incompreensível		**0**
Total		**3511**

Quadro 5

Entidades visadas nos processos

I – Administração Central	
Governo	51
Primeiro Ministro	0
Presidência do Conselho de Ministros	10
Ministério da Administração Interna	242
Ministério dos Assuntos Parlamentares	0
Ministério da Defesa Nacional	37
Ministério dos Negócios Estrangeiros	10
Ministério das Finanças	378
Ministério do Planeamento e Administração do Território	6
Ministério da Justiça	187
Ministérios da Agricultura	39
Ministério da Educação	196
Ministério da Indústria e Energia	14
Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações	43
Ministério da Saúde	178
Ministério do Emprego e Segurança Social	269
Ministério do Comércio e Turismo	10
Ministério do Ambiente e Recursos Naturais	13
Ministério do Mar	14
Total	**1697**

II- Administração Regional	
Açores	9
Madeira	18
Macau	0
Total	**27**

III – Administração Local	
Governos Civis	11
Juntas Distritais	0
Assembleias Distritais	9
Federações de Municípios	0
Câmaras Municipais	428
Assembleias Municipais	2
Serviços Municipalizados	31
Juntas de Freguesia	24
Assembleias de Freguesia	3
Juntas de Turismo	0
Total	**508**

IV – Empresas públicas, nacionalizadas e intervencionadas	
Empresas públicas e nacionalizadas	250
Empresas intervencionadas	0
Total	**250**

V – Outras entidades	
Presidência da República	0
Assembleia da República	5
Provedoria de Justiça	0
Conselho Superior da Magistratura	4
Tribunais	459
Ministério Público	0
Forças Armadas	19
Comissão Nacional de Eleições	0
Comissões de recenseamento	0
Entidades estrangeiras	0
Entidades particulares	193
Associações Públicas	0
Outras	349
Total	**1029**

Quadro 6
Características das queixas

A) Situação socio-profissional dos reclamantes

I – Queixas individuais	
Agricultor	26
Aposentado ou reformado	432
Comerciante	46
Desempregado	61
Doméstica	32
Emigrante	23
Estudante	87
Industrial	27
Militar	59
Profissão liberal	130
Profissão não declarada	770
Proprietário	28
Recluso	153
Trabalhador da Administração Central, Regional ou Local	883
Trabalhador de empresa pública ou nacionalizada	15
Trabalhador do sector privado	187
Total	**2959**

II – Queixas colectivas	
Associações profissionais	19
Comissões de moradores	50
Comissões de trabalhadores	11
Entidades públicas	10
Partidos políticos	2
Sindicatos e Associações Sindicais	164
Sociedades	60
Outros	182
Total	**498**

Total geral	**3457**

B) Origem geográfica das queixas

I- Distritos continentais	
Aveiro	156
Beja	26
Braga	138
Bragança	38
Castelo Branco	50
Coimbra	239
Évora	26
Faro	90
Guarda	55
Leiria	95
Lisboa	1304
Portalegre	19
Porto	496
Santarém	117
Setúbal	274
Viana do Castelo	77
Vila Real	78
Viseu	64
Total	**3338**

II – Regiões Autónomas e Território de Macau	
Açores	33
Madeira	37
Macau	3
Total	73

III – Estrangeiro e não identificada	
Estrangeiro	36
Não identificada	10
Total	**46**

C) Distribuição dos reclamantes por género

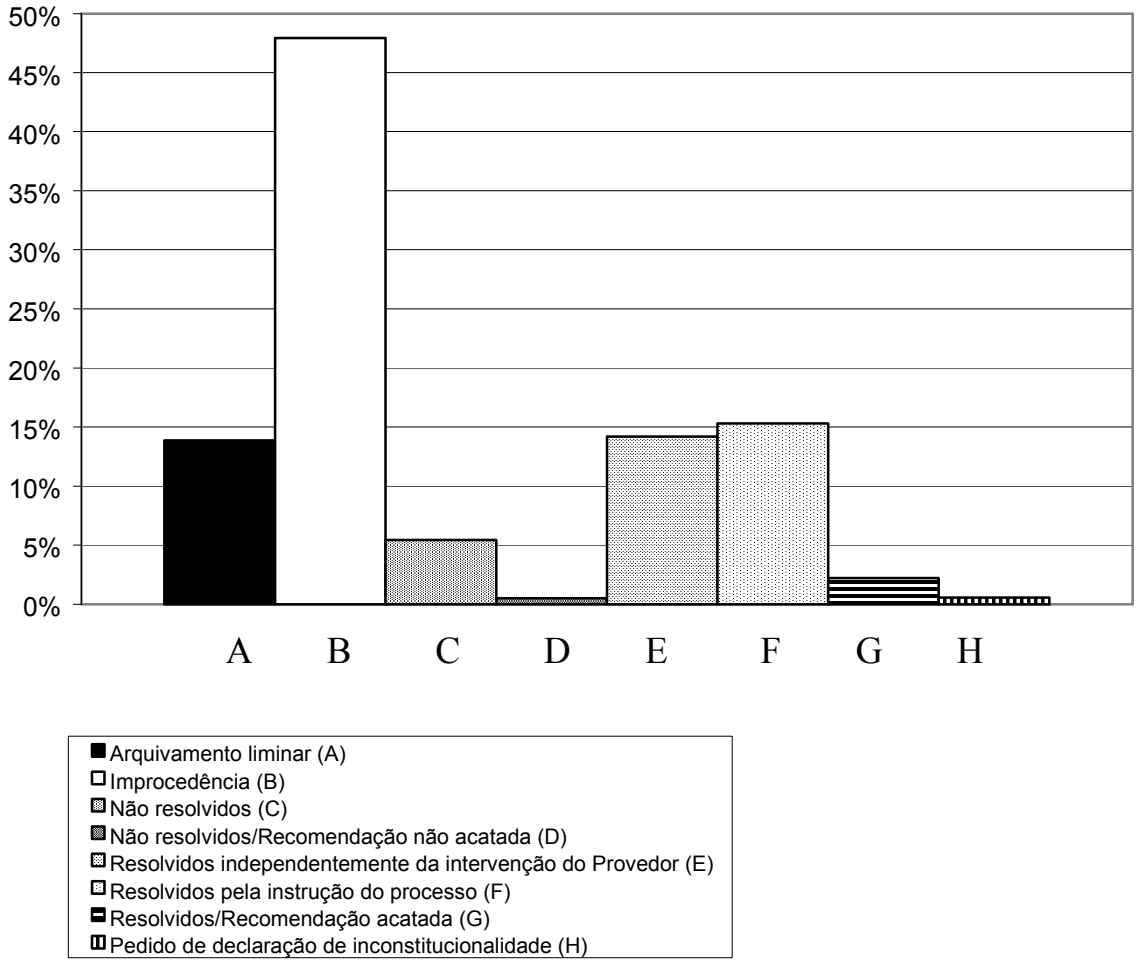
Sexo Feminino	1015
Sexo Masculino	1943
Entidade colectiva	498
Não identificado	1
Total	**3457**

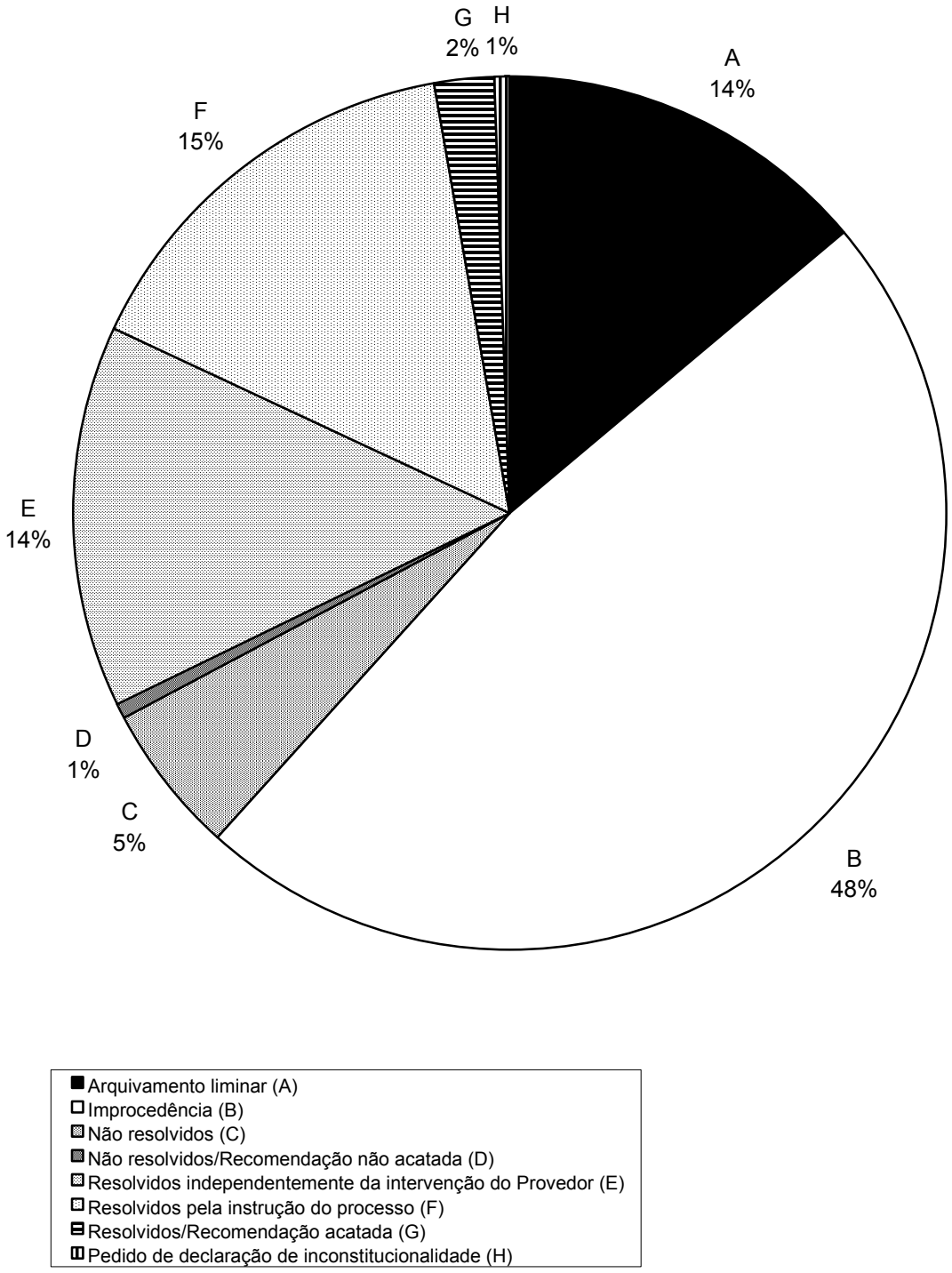
D) Queixas oriundas de intermediário

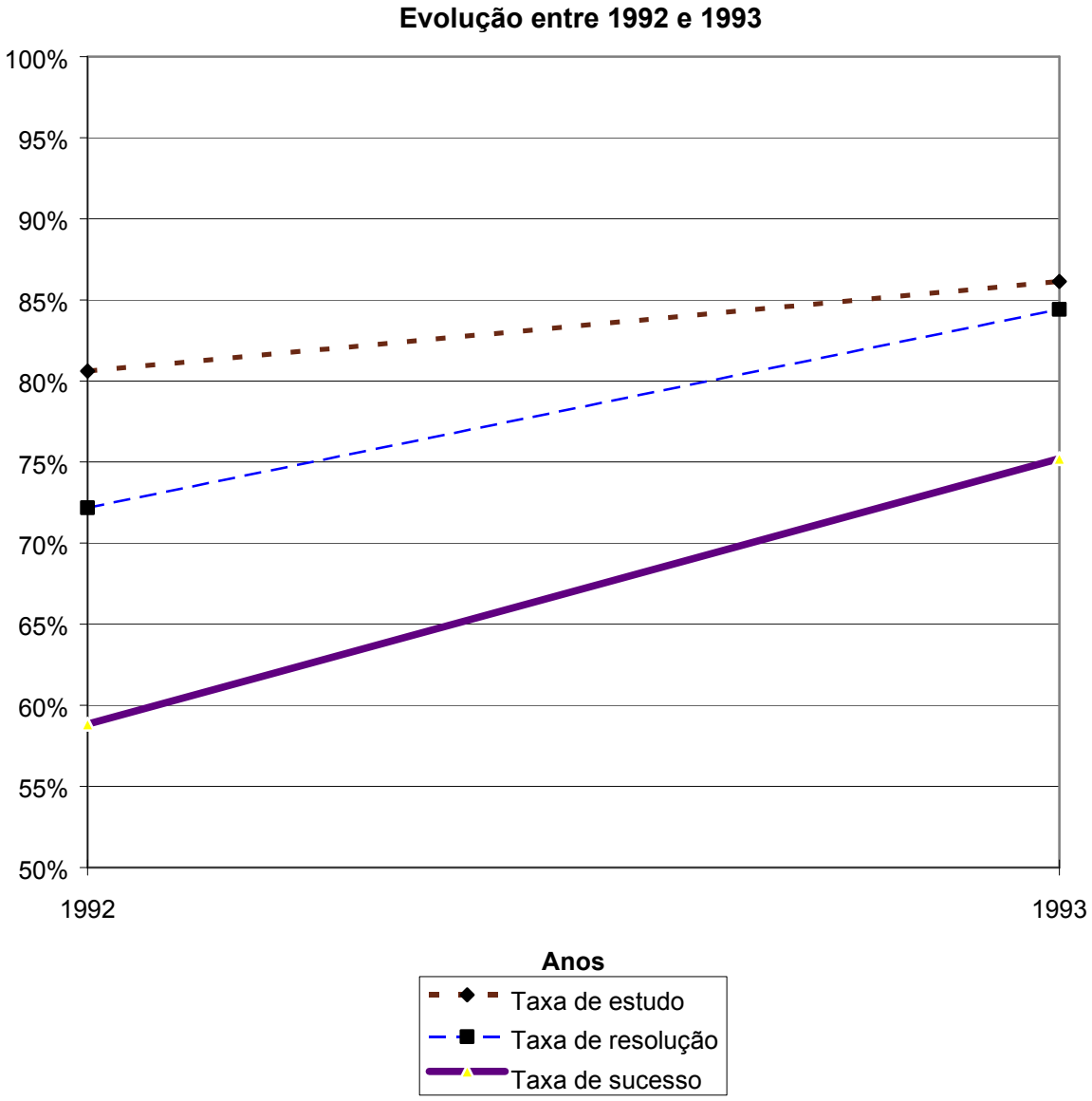
Assembleia da República	2
Ministério Público	3
Total	**5**

E) Natureza do interesse em causa

Individual	2306
De grupo	1091
Geral	60
Total	**3457**


50%
45%
40%
35%
30%
25%
20%
15%
10%
5%
0%
A
B
C
D
E
F
G
H
Arquivamento liminar (A)
Improcedência (B)
Não resolvidos (C)
Não resolvidos/Recomendação não acatada (D)
Resolvidos independentemente da intervenção do Provedor (E)
Resolvidos pela instrução do processo (F)
Resolvidos/Recomendação acatada (G)
Pedido de declaração de inconstitucionalidade (H)


G
2%
H
1%
A
14%
F
15%
E
14%
D
1%
C
5%
B
48%
Arquivamento liminar (A)
Improcedência (B)
Não resolvidos (C)
Não resolvidos/Recomendação não acatada (D)
Resolvidos independentemente da intervenção do Provedor (E)
Resolvidos pela instrução do processo (F)
Resolvidos/Recomendação acatada (G)
Pedido de declaração de inconstitucionalidade (H)


Evolução entre 1992 e 1993
100%
95%
90%
85%
80%
75%
70%
65%
60%
55%
50%
1992
1993
Anos
Taxa de estudo
Taxa de resolução
Taxa de sucesso

2.1.1. Comentário aos dados estatísticos

1 - O número total de processos abertos em 1993 foi de 3511, o que correspondeu a um acréscimo de 51 processos, em relação ao ano anterior.

2 - As queixas apresentadas por escrito foram 3085 e as verbais 372, num total de 3457 sendo 54 os processos abertos por iniciativa do Provedor.

3 - Movimentaram-se ao todo 10877 processos, tendo o número de processos que transitaram de anos anteriores sido de 1976 a 1987 de 966, de 1988 de 275, de 1989 de 348, de 1990 de 631, de 1991 de 2376, de 1992 de 2712 e reabertos 58.

4 - Foram arquivados 2952 processos, sendo 175 processos de 1976 a 1987, 75 de 1988, 78 de 1989, 74 de 1989, 182 de 1990, 720 de 19991, 998 de 1992.

5 - Dos processos organizados em 1993, foram terminados 724, o que representa 20,62% do total dos processos organizados.

6 - Nos processos em que o Provedor tomou posição sobre o mérito, observou-se que formulou 263 recomendações.

Das Recomendações, 65 foram acatadas e 15 não acatadas, não havendo ainda resposta sobre as restantes no final do ano em análise, por não ter passado ainda o prazo legal de resposta.

7 - O Provedor apresentou 13 pedidos de declaração de inconstitucionalidade.

8 - Em 1993 alcançou-se solução favorável aos interessados, em virtude da intervenção do Provedor e durante a instrução do processo, em 452 processos, o que corresponde a 15,31% do total dos processos arquivados. Somando a esses os resolvidos por via de Recomendação acatada (65), a percentagem foi de 17,52%.

9 - A taxa de estudo dos processos foi de 86,13% - restando 13,87% que correspondem aos arquivamentos liminares - sendo a taxa de resolução de 84,41%, excluindo as improcedências e os arquivamentos liminares (incompetência e manifesta improcedência).

A taxa de sucesso verificada foi de 75,21%, o que é demonstrativo do aumento da eficácia da intervenção do Provedor de Justiça (vide quadro comparativo em 1992), representando um acréscimo de 16,37 pontos percentuais ou, um ganho real, de cerca de 28%.

10 - As matérias mais tratadas foram: Trabalho (1016), com especial relevo para a Administração Pública Central, Regional e Local; Segurança Social (442); Administração da Justiça (388); Direitos Fundamentais (233); Habitação (170);

Contribuições e Impostos (144); Educação e Ensino (141); Urbanismo e Obras Públicas (121) e queixas contra a Polícia e GNR (111).

Referência ainda aos quantitativos relativos à Administração Local (103), Saúde Pública (60), Regime Prisional (36) e Seguros (31).

Mostra-se reduzido o número de processos respeitantes a agricultura e pecuária (18), transportes e comunicações (17), comércio (7), águas (1) e jogo (1).

11 - Dentro das queixas respeitantes à Administração central (1697), 378 foram dirigidas ao Ministério das Finanças, 269 ao Ministério do Emprego e Segurança Social, 196 ao Ministério da Educação, 187 ao Ministério da Justiça, e 178 ao Ministério da Saúde repartindo-se as demais pelos restantes ministérios.

12 - Na Administração Local, as Câmaras Municipais foram as mais visadas com 428 processos, seguindo-se os serviços municipalizados com 31, as Juntas de Freguesia com 24, as Assembleias de Freguesia com 3 e as Assembleias Municipais com 2.

13 - A caracterização sócio-profissional predominante dos que se queixaram ao Provedor de Justiça realçou o elevado número dos trabalhadores da Administração Pública (883), sendo seguidos dos aposentados ou reformados (432), dos trabalhadores do sector privado (187), dos reclusos (153) e dos profissionais liberais (130).

14 - De entre as queixas formuladas por entidades colectivas sobressaíram os sindicatos e associações sindicais com 164 queixas, seguidos das sociedades (60), das comissões de moradores (50), das associações profissionais (19) e das entidades públicas (10).

Foram ainda formuladas 2 queixas por associações partidárias.

15 - A repartição geográfica das queixas, segundo os distritos de origem, mantém as tendências anteriores. Assim, os distritos que receberam mais queixas foram: Lisboa (1304), Porto (496), Setúbal (274), Coimbra (239), Aveiro (156), Braga (138), Santarém (117), Leiria (95) e Faro (90).

Em contraposição, os distritos que deram origem a menos queixas foram: Castelo Branco (50), Bragança (38), Évora (26), Beja (26) e Portalegre (19).

Pouco elevados foram os quantitativos respeitantes aos Açores (33) e Madeira (37), verificando-se um ligeiro aumento no caso da primeira Região (29 em 1992) e uma ligeira diminuição em relação à segunda (45 em 1992).

16 - De entre as queixas individuais apresentadas 1015 provieram do sexo feminino e 1943 do sexo masculino.

As queixas apresentadas por entidades colectivas foram 498 e uma queixa não identificada.

17 - O peso das questões concernentes a interesses individuais foi o superior (2306), sendo seguido dos interesses de grupo (1091) e geral (60).

2.2. Pedidos de Declaração de Inconstitucionalidade

I.P. 44/93

No exercício dos poderes de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade por omissão, previstos pelo art. 283º, nº 1, da Constituição, o Provedor de Justiça requer ao Tribunal Constitucional a apreciação e verificação da inexistência de quaisquer medidas legislativas que confiram exequibilidade à norma contida no art. 52º, nº 3, do texto constitucional.

Por forma a motivar esta pretensão, invocam-se os fundamentos que ora se expõem:

1º

A redacção da norma contida no art. 52º, nº 3, da Constituição, teve origem na II Revisão Constitucional, aprovada pela Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de Julho.

2º

Anteriormente, no texto resultante da I Revisão, para além da consagração de um direito de acção popular (art. 52º, nº 2), já inscrito no art. 49º, nº 2, da versão originaria, a Constituição continha duas disposições onde se conferia a todos o direito a uma legitimidade processual activa com vista *à prevenção ou cessação dos factores de degradação do ambiente* (art. 66º, nº3) e *à prevenção ou cessação dos factores de degradação do património cultural* (art. 78º, nº 3).

3º

O mesmo texto garantia ainda, no tocante à degradação ambiental, *o direito à correspondente indemnização, em caso de lesão directa* (art. 66º, nº 3, da versão de 1982).

4º

A Revisão Constitucional de 1989, aparentemente, com a redacção do art. 52º, nº 3, efectuou uma ordenação sistemática de todos os afloramentos do direito de acção popular dispersos pelo texto constitucional.

5º

Tal ordenação não é, contudo, inteiramente coerente. Isto, porque a par do direito a uma verdadeira e própria acção popular, ficou contida naquele preceito uma acção para a defesa de certos interesses difusos, entendendo-se estes como pretensões não subjectivadas de tutela de bens jurídicos.

6º

Tais interesses são, como afirma JORGE MIRANDA, "uma manifestação da existência ou do alargamento de *necessidades colectivas individualmente sentidas*" (cfr. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 2ª Ed., p. 65), enquanto a acção popular, em sentido próprio visa exclusivamente o interesse público.

7º

"O interesse geral e difuso, mercê do qual o agente da acção popular justifica a sua actuação, terá de ser sempre um interesse público, pois, (...) é a partir da noção de colectividade política que se opera a atribuição do direito de acção popular" (ANDRADE, José Robin de - A Acção Popular no Sistema Administrativo Português, Coimbra, 1967, p. 4).

8º

Em bom rigor, tal direito de acção popular não deveria ter ficado incluído no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política (capítulo II, do Título II), já que não estará em causa, necessariamente, o interesse público.

9º

A tutela dos interesses difusos através da acção popular (no sentido impróprio que lhe foi conferido no art. 52º, nº 3, da CRP) cabe às pessoas na sua qualidade de membros da sociedade, antes de serem considerados membros da comunidade política.

10º

O mesmo preceito congrega, actualmente, os dois sentidos de acção popular: o sentido próprio e o sentido impróprio, nos termos *supra* desenvolvidos.

11º

Em ambos os casos, pese embora tratar-se de uma disposição preceptiva, falta-lhe exequibilidade por si mesma, como ficou assinalado na letra do preceito, ao remeter-se para a lei a concretização essencial e como foi, de resto, observado durante o procedimento de revisão constitucional de 1989:

"Agora é preciso que nos empenhemos aqui em, logo a seguir à Revisão Constitucional, fazermos uma lei que possibilite aos cidadãos isoladamente ou em grupos ou em associações em que se integram, a poderem exercer este direito (...). Portanto, penso que a esperança deve ser agora transferida para a lei ordinária." (Deputado Almeida Santos, *in* D.A.R., I Série, nº 74, de 4 de Maio de 1989, p. 3539);

De facto, seja qual for a vontade política do legislador ordinário, a complexidade está reduzida por obra do legislador constituinte. Até aqui, era muito mais ampla a complexidade ao dispôr do legislador ordinário, isto é, o espectro das alternativas ao seu dispôr era muito mais extenso, a começar pela alternativa de não fazer nada, enquanto que agora já não é assim." (Deputado Costa Andrade, *in* D.A.R., I Série, nº 74, de 4 de Maio de 1989, p. 3542).

12º

Por forma a precisar o significado da não exequibilidade por si mesma de uma norma constitucional, poderá afirmar-se, com JORGE MIRANDA que em tais normas se verifica uma dualidade: " Por um lado, um comando que substancialmente fixa certo objectivo, atribui certo direito, prevê certo órgão; e, por outro lado, um segundo comando, implícito ou não, que exige do Estado a realização desse objectivo, a efectivação desse direito, a constituição desse órgão, mas que fica dependente de normas que disponham as vias ou os instrumentos adequados a tal efeito." (ob. cit., p. 247).

13º

Assim, não restarão dúvidas quanto à caracterização da norma contida no art. 52º, nº 3, da CRP. A falta da *interpositio legislatoris* compromete decisivamente a efectivação do direito de acção popular, não tanto pela enunciação do seu âmbito, a qual resulta em boa medida do próprio texto constitucional, mas pela necessidade de criar um regime adjectivo consentâneo com os critérios de aferição da legitimidade processual activa resultantes da acção popular.

14º

A sua efectivação não deixará certamente de passar pela definição dos poderes de intervenção do Ministério Público, pelo regime da intervenção de terceiros e pela delimitação da extensão subjectiva do caso julgado em processo de acção popular, bem como as garantias a introduzir em matéria de contraditório, de sistema do ónus da prova e eventuais necessidades de alargamento dos poderes de cognição do Tribunal.

15º

Tratar-se-á seguidamente de considerar a omissão do legislador - no caso presente, da Assembleia da República (art. 168º, nº 1, alínea b)) - a par de algumas circunstâncias que poderiam, eventualmente, contraditar a evidência da falta de medidas legislativas e, consequentemente, da omissão constitucionalmente relevante.

16º

Isto porque o direito de acção popular encontra desenvolvimento nos artºs. 369º e 822º do Código Administrativo, respectivamente nas suas modalidades de acção popular supletiva e de acção popular correctiva.

17º

Todavia e como sem esforço se poderá notar, tais modalidades de acção popular estão confinadas à Administração Local Autárquica, de acordo com o domínio próprio de aplicação do Código Administrativo e resumem-se ao contencioso administrativo (no caso do artº 822º) e a defesa de direitos ou bens do corpo administrativo que hajam sido usurpados ou de qualquer modo lesados (artº 369º).

18º

Por outro lado, em ambas as disposições se faz exigir uma relação jurídico-administrativa ao agente da acção popular, a qual se posiciona, de todo, à margem do artº 52º, nº 3, da CRP. Com efeito, exige o artº 822º do Código Administrativo que estejam em causa "deliberações (...) tomadas pelos corpos administrativos das circunscrições em que se ache recenseado, ou por onde seja colectado" e o artº 369º refere-se, bem assim, ao contribuinte que tiver domicílio há mais de dois anos na autarquia local.

19º

Também a consagração de regras de legitimidade procedimental para a protecção de interesses difusos pelo Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-

Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, em nada impedirá a verificação da omissão constitucionalmente relevante de medidas legislativas (cfr. artº 53º, nºs 2 e 3, do C.P.A.).

20º

Na verdade, a redacção do artº 52º, nº 3, da CRP, oferece garantia à legitimação abstracta também na fase procedimental administrativa, mas de modo algum se esgota aí:

> "É evidente que a norma que aqui se contém, sob a designação unitária de acção popular, em bom rigor, alude a duas realidades totalmente diferentes: por um lado, a uma verdadeira e própria *actio*, ou seja, meio ou providência junto dos tribunais para obter um efeito jurídico preciso e concreto e, por outro lado, aquilo que poderia chamar-se - e provavelmente a doutrina virá a chamar - o direito a procedimentos colectivos para a prevenção ou cessação de factores de perturbação da saúde pública, da degradação do ambiente e qualidade de vida ou da degradação do património cultural". (Deputado José Magalhães, *in* D.A.R., I Série, nº 74, de 4 de Maio de 1989, p. 3539).

21º

A vertente jurisdicional, isto é, o acesso às vias judiciárias à luz do conteúdo do artº 52º, nº 3, da CRP, está todo ele por concretizar, com a excepção dos *supra* mencionados preceitos do Código Administrativo de 1940, os quais isoladamente significam uma restrição claramente intolerável do alcance do disposto no texto constitucional em matéria de acção popular.

22º

Dir-se-á, porventura, não existir uma omissão para efeitos do artº 283º, nº 1, da CRP, pelo facto de terem sido apresentados na Assembleia da República dois projectos de lei, no decurso da presente legislatura - o projecto lei nº 21/VI, publicado *in* D.A.R., II Série-A, nº 8, de 18.12.1991 e o projecto lei nº 41/VI, publicado *in* D.A.R., II Série-A, nº 12, de 15.01.1992.

23º

Este argumento, no sentido de estar configurado um mínimo de materialidade para a adopção de medidas legislativas adequadas, não deve obter acolhimento.

24º

A este propósito e alterando a posição que vinha a sustentar, defende, hoje, JORGE MIRANDA que:

> "Quando ainda nem está aprovado o projecto ou a proposta, continua a dar-se inconstitucionalidade por omissão. Esta deve apurar-se independentemente de qualquer item conducente ao seu suprimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras ou potenciais. A observação da prática parlamentar - com dezenas e dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento - leva outrossim a esta conclusão." (ob. cit., 3ª Ed., Coimbra, 1991, p. 523; cfr. posição sufragada pelo mesmo Autor na 2ª Ed., p. 409).

25º

Com efeito, o simples exercício de poderes de iniciativa legislativa poderá revelar escassos resultados. Tal foi o caso dos projectos de lei nºs 465/V e 480/V, publicados *in* D.A.R., II Série-A, nº 21, de 17.02.1990, os quais vieram a caducar com o termo da legislatura, por força do disposto no artº 170º, nº 5, da CRP.

Nos termos da fundamentação exposta é, assim, requerida a verificação da omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à norma contida no artº 52º, nº 3, da CRP, na qual se inscreve o direito de acção popular. Tal omissão importa o não cumprimento da Constituição, pelo que mais se requer ao Tribunal Constitucional que de conhecimento de tal situação de inconstitucionalidade a Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República.

***

R-2124-B-4/84
R-1328-B-4/85
R1789/87; DI 118

O Provedor de Justiça, exercendo o poder que lhe confere a Constituição da República Portuguesa, através do seu artº 218º, nºs 1 e 2, alínea d), reproduzido pelo artº 20º, nº 3, da Lei 9/91, de 9 de Abril, requer a fiscalização, para efeitos de declaração de

inconstitucionalidade com força obrigatória geral, das normas contidas no nº 5 da Portaria 309-F/84, de 23 de Maio, no nº 5 da Portaria 31-P/85, de 12 de Janeiro, no nº 5 da Portaria 894-C/85, de 23 de Novembro, no nº 5 da Portaria 733-G/86, de 4 de Dezembro, no nº 7 da Portaria 925-O/87, de 4 de Dezembro, no nº 7 da Portaria 805-G/88, de 15 de Dezembro, no nº 7 da Portaria 1110-H/89, de 28 de Dezembro, no nº 7 da Portaria 1121-B/90, de 19 de Dezembro e no nº 8 da Portaria 6-A/92, de 8 de Janeiro.

Entende o Provedor de Justiça serem tais normas desconformes com o preceituado nos artºs 106º, 2 e 3, 168º, 1, i), 201º, b) e 115º, 1 e 5, nos termos da fundamentação que se passa a expôr:

I

INTRODUÇÃO

1º

Pelo nº 5 da Portaria 309-F/84, de 23 de Maio, veio o Governo, através do Ministro do Equipamento Social, autorizar a E.P.A.L. - Empresa Pública de Águas Livres, E.P., a cobrar um adicional por metro cúbico de água consumida, aos seus clientes da cidade e concelho de Lisboa, revertendo o produto dessa cobrança à compensação dos gastos públicos do Município de Lisboa.

2º

Sucessivamente, pelas Portarias 31-P/85, de 12 de Janeiro, 894-C/85, de 23 de Novembro, 733-G/86, de 4 de Dezembro, 925-O/87, de 4 de Dezembro, 805-G/88, de 15 de Dezembro, 1110-H//89, de 28 de Dezembro, e 1121-B/90, de 19 de Dezembro, foi o valor do referido adicional actualizado.

3º

Entretanto, pelo Decreto-Lei nº 230/91, de 21 de Junho, a E.P.A.L., Empresa Pública de Águas Livres, E.P., passou a sociedade de capitais exclusivamente públicos, sob a denominação de E.P.A.L. - Empresa Portuguesa de Águas Livres, S.A. prevendo o artº 10º, 2, a emissão de uma portaria regulamentadora das condições de fixação dos preços dos serviços prestados, através de convenção entre o Estado e a E.P.A.L. (artº cit., nº 1).

4º

E, em execução do referido artº 10º, 2, foi publicada a Portaria 6-A/92, de 8 de Janeiro, que autorizava, mais uma vez, a E.P.A.L. a cobrar o adicional *supra* mencionado, ficando a determinação do valor relegada para a convenção entre o Estado e a E.P.A.L., nos termos do artº 10º nº 1 do Decreto-Lei 230/91.

5º

Crê-se que as normas acima referidas estão viciadas de inconstitucionalidade nos seus aspectos orgânico e formal.

II

QUESTÕES PRÉVIAS

6º

Como primeira questão prévia diga-se que nada na argumentação expendida infra se baseia em relações de ilegalidade das normas *sub judicio*.

7º

Apesar de serem bastos os pontos de conflito entre as normas regulamentares e as normas legais regulamentadas.

8º

Sabendo de antemão que a Constituição, ao contrário do que se passa quanto à constitucionalidade das normas, apenas atribui competência ao Tribunal Constitucional para conhecer de determinados tipos de ilegalidade,

9º

deixar-se-á em claro a questão da compatibilidade das normas em apreciação face aos normativos legais, v.g., face ao Decreto-Lei 100/84, de 29 de Março, ao Decreto-Lei 190/81, de 4 de Julho e ao Decreto-Lei 230/91, de 21 de Junho.

10º

Todos os vícios aqui assacados as normas *sub judicio* resultam de violação directa e autónoma de normas e princípios constitucionais (cfr. artº 277º nº 1 da Constituição), podendo portanto ser causa de pedir em sede de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade, junto do Tribunal Constitucional (cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 3ª ed., pgs. 429 e 430),

11º

relegando a questão da ilegalidade das portarias em causa para apreciação em sede própria.

12º

Como segunda questão prévia, coloca-se a admissibilidade de apreciação de normas já revogadas, como são todas as que ora se apresentam a consideração do Tribunal Constitucional, com excepção do nº 8 da Portaria 6-A/92, de 8 de Janeiro.

13º

São unanimes a doutrina e a jurisprudência em admitir tal fiscalização, tão logo haja ainda algum interesse e efeito útil na declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (cfr. Ac. TC 17/83, 103/87 e 275/89, publicados, respectivamente, no Diário da República, II Série, nº 26, de 31 de Janeiro de 1984, I Série, nº 103, de 6 de Maio de 1987, e II Série, nº 133, de 12 de Junho de 1989; cfr., ainda, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 3ª ed., pg. 427, e Canotilho Moreira, Fundamentos da Constituição, pg. 255).

14º

Ora, face aos efeitos próprios da revogação, nomeadamente, a não repristinação das normas revogadas pela norma a revogar (cfr. artº. 7º, 4, do Código Civil) e a eficácia *ex nunc* do acto revogatório quanto aos efeitos dispositivos da norma revogada,

15º

e tendo em conta os efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (cfr. artº 282º, 1 a 3 da Constituição), onde, por regra, há repristinação e os efeitos são *ex tunc*, dada a natureza declarativa do acórdão que declara a inconstitucionalidade,

16º

parece haver, e há, todo o interesse em que as normas ora impugnadas, por revogadas que estejam na sua larguíssima maioria, sejam sindicadas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta sucessiva.

17º

Nem se obtempere com os mecanismos excepcionais do artº 282º, nº 4.

18º

Como defende a melhor doutrina, estes mecanismos, para além de só poderem ser utilizados excepcionalmente em casos bem ponderados e fundamentados pelo Tribunal Constitucional, são de aplicação posterior à decisão sobre a questão da constitucionalidade das normas *sub judicio*, ou seja,

19º

só faz sentido permitir a restrição dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, quando previamente se tenha determinado que a norma judicada era realmente inconstitucional, e em que medida os efeitos de tal inconstitucionalidade, quando declarada nos termos do artº 282º, 1 a 3, prejudicariam os interesses relevantes justificativos de uma decisão redutora, nos termos do artº 282º, 4.

20º

Só num sopesar de interesses que, de um modo acurado, nunca poderá alcançar o equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade (artºs 3º, nº 3 e 277º, nº 1, da Constituição) e outros princípios constitucionalmente relevantes que o artº 282º, nº 4, propunha.

21º

Nada obstando ao exame de normas já revogadas, alega-se, desde já, que, na opinião do requerente, não se julga procedente o recurso à norma do artº 282º, nº 4, razão pela qual aqui se peticiona a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das referidas normas, já que

22º

a aplicar-se no limite máximo, isto é, atribuindo efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 3ª ed., pg. 505) o preceituado no artº 282º, 4 à declaração que se pede do Tribunal Constitucional no caso *sub judicio*, se retiraria boa parte do efeito útil dessa mesma declaração.

III

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS REFERIDAS *SUPRA*

23º

O adicional criado pela portaria referida *supra* (cfr. nº 1) destinava-se a cobrir os gastos de presumível utilidade pública efectuados pelo Município de Lisboa,

24º

sendo justificado pela ausência, para este município, dos resultados pecuniários provindos da actividade de distribuição da água canalizada, já que na área do concelho de Lisboa tal actividade era desenvolvida directamente pela E.P.A.L.,

25º

chegando, no nº 8 da Portaria 6-A/92, de 8 de Janeiro, a qualificar-se tal adicional como fazendo parte do preço da água.

26º

Defende-se, pois, que tal adicional constitui uma taxa, como correlativo da prestação de um serviço público.

27º

Ora tal conclusão e, no mínimo, equívoca.

28º

A doutrina de há muito vem distinguindo as figuras tributárias que são a taxa e o imposto.

29º

Assim, num breve relance pela doutrina portuguesa, o imposto será caracterizado por se tratar de uma prestação colectiva, de carácter patrimomonial, definitiva, não sinalagmática, estabelecida por via de autoridade a favor de entidade que tem a seu cargo funções públicas e com o motivo principalmente determinante de obtenção dos meios financeiros necessários a prossecução dessa actividade de utilidade pública (cfr. Alberto Xavier, Manual de Direito Fiscal, I, pg. 35, Vitor Faveiro, Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português, vol. I, pg. 197 e segs., Pedro Soares Martinez, Manual de Direito Fiscal, pg. 27 e segs., Nuno Sá Gomes, Manual de Direito Fiscal, vol. I, pg. 60 e segs., entre outros).

30º

Sendo, teleologicamente, justificado pela afectação de recursos dos particulares a cobertura das necessidades colectivas cujas utilidades sejam indivisíveis, isto é, não passíveis de imputação quantitativa (ou, por vezes, qualitativa) aos particulares.

31º

Pelo contrário, a taxa, partilhando das demais características que definem os tributos, baseia-se na existência de sinalagma,

32º

sendo justificada a sua existência com a possibilidade de fazer suportar determinado custo a determinado particular, por se entender corresponder a uma utilidade divisível (notando, desde já, que utilidade não e sinónimo de vantagem, cfr. Cardoso da Costa, Curso de Direito Fiscal, pg. 12),

33º

usando a doutrina caracterizar as taxas como correlativas da remoção de obstáculos jurídicos ao desenvolvimento de uma actividade relativamente proibida.

34º

Ora sem sombra de duvida que o quantitativo a pagar pelo particular pela água que consome e uma taxa.

35º

Trata-se de uma prestação efectuada pelo particular como correspectivo do serviço prestado pela Administração, qual seja, o transporte e tratamento da água.

36º

Maiores problemas levanta o adicional em causa.

37º

Para lhe ser atribuído o carácter de componente do preço, havia mister provar ser ele cumulativo de algum serviço prestado pela entidade beneficiária (ou, no limite, por qualquer outra entidade, incluindo a cobradora).

38º

Ora o argumento aduzido pelas portarias em causa (corroborado pela resposta da E.P.A.L. aos ofícios que o Provedor de Justiça entendeu enviar ao Ministério do Equipamento Social) e que distribuindo as outras Câmaras Municipais fornecidas pela E.P.A.L. directamente ao consumidor, cobram-se elas desse serviço prestado, o que

39º

segundo a argumentação expendida, colocaria em desigualdade a Câmara Municipal de Lisboa por não usufruir desse rendimento.

40º

Ora tal não é verdade.

41º

Se os outros municípios se cobram do serviço de distribuição da água é porque, efectivamente, o prestam aos particulares,

42º

sendo esse serviço prestado e pago, em Lisboa, directamente pela e a E.P.A.L.

43º

Não faz sentido considerar como prejudicado e em situação de desigualdade um município que não se cobra por um serviço que não presta e com o qual não suporta quaisquer encargos.

44º

Como é por demais sabido, o princípio da igualdade exige que o que seja desigual seja tratado desigualmente.

45º

Nem faz mais sentido falar-se num direito ao lucro resultante da exploração (deduzindo, portanto, os custos da distribuição) já que ele não se justifica por si mesmo, possuindo a sua causa no risco e na remuneração adequada da actividade económica que é a distribuição de água, mesmo em regime de monopólio.

46º

Não havendo qualquer utilidade somada ao processo de fornecimento de água ao consumidor pela Câmara Municipal de Lisboa, há que reconhecer a inexistência de utilidades divisíveis que pudessem fundamentar a existência de uma taxa ou, melhor, o reconhecimento de determinada espécie tributária como pertencente a categoria das taxas.

47º

Quanto à utilidade indivisível que resulta dos consumos públicos da Câmara Municipal de Lisboa, é precisamente o que justifica a qualificação de verdadeiro imposto que se atribui a este adicional,

48º

não se podendo vislumbrar um paralelismo de utilidade entre a que resulta do consumo privado de cada consumidor e a que resulta, para esse mesmo consumidor, dos consumos públicos da Câmara Municipal de Lisboa.

49º

Duas prevenções se justificam neste passo.

50º

Em primeiro lugar, crê-se não ter ocorrido qualquer alteração relevante das coordenadas do problema, por via da passagem da E.P.A.L. - Empresa Pública das Águas Livres, E.P. a E.P.A.L. - Empresa Portuguesa de Águas Livres, S.A., por força do artº 1º, do Decreto-Lei 230/91, de 21 de Junho.

51º

Na verdade, a E.P.A.L. (em qualquer das formas jurídicas) é uma mera entidade cobradora, sendo o adicional criado em benefício do Município de Lisboa, consignado às despesas referidas nas portarias *sub judicio*.

52º

No entanto, para a concepção defendida pelas portarias e pela E.P.A.L. (julga-se, também pelo Município de Lisboa), poder-se-ia indagar se tal alteração não teria redundado na transformação da taxa em preço, por público que fosse.

53º

Julga-se que não, face à diferenciação tradicionalmente estabelecida entre taxa e preço público.

54º

Como diz o Prof. Alberto Xavier (Manual de Direito Fiscal, vol. I, pg. 54), a distinção assenta numa base teleológica: tratar-se-á de taxa ou preço consoante a essencialidade dos bens ou serviços prestados, no quadro das funções do Estado.

55º

Por estes motivos, julga-se poder afirmar que a natureza jurídica da entidade cobradora não releva para a dilucidação do problema.

56º

Diga-se, no entanto, que tal só favoreceria a posição que aqui se defende,

57º

já que, segundo Alberto Xavier (Manual de Direito Fiscal, vol. I, pgs. 54 e 55), o sinalagma é bem mais marcado no caso dos preços do que no caso das taxas, isto é, as influências das condições de mercado fazem-se sentir de forma mais viva.

58º

Em segundo lugar, os dados do problema não se alteram se considerássemos como preço de água o valor da água consumida, da chamada quota de serviço e do adicional *sub judicio*,

59º

já que a afectação dos recursos assim obtidos sempre desmentiriam a natureza sinalagmática da relação e do pagamento efectuado.

60º

E nem se pode ver uma utilidade divisível mediatizada nos consumos públicos do Município de Lisboa, já que

61º

é no mínimo duvidoso que a utilidade dos referidos consumos públicos se reparta do mesmo modo, quantitativa e qualitativamente, consoante os consumos privados dos particulares.

62º

Não é por uma família gastar mais água nos seus consumos domésticos que se lhe pode assacar uma utilidade maior ou menor resultante da fruição de uma fonte luminosa municipal.

63º

Isto porque, como se disse *supra*, estamos perante um tributo onde não há sinalagma,

64º

onde não há quaisquer utilidades divisíveis pelos particulares que para o seu custeamento contribuem.

65º

Não é suficiente, ao contrário do que refere o Acórdão do Tribunal Constitucional 76/88 (Diário da República, I Série, 21 de Abril de 1988), qualquer prestação de serviço aos sujeitos tributados para se poder falar em taxa.

66º

Além da utilidade decorrente do serviço poder ser divisível,

67º

há que encontrar uma adequação entre a utilidade usufruída e os sujeitos tributados.

68º

Por esta razão, leia-se com precaução o que refere o Prof. Alberto Xavier (Manual de Direito Fiscal, vol. I, pg. 44), cit. pelo Ac. TC 76/88: "ao conceito de sinalagma não importa a equivalência económica, mas a equivalência jurídica".

69º

Esta posição, por correcta que esteja, deve ser encarada *cum granis salis* já que, tomada à letra, poderia equivaler à destruição da noção de sinalagma.

70º

Se não há que buscar uma equivalência em termos económicos, há que, sob pena de tornar o conceito de relação sinalagmática oco e inoperante, encontrar o mínimo de correspectividade das prestações.

71º

No caso em apreço não existe essa correspectividade, aliás sempre prejudicada pela expressa consignação do produto do adicional *sub judicio*, impossibilitando qualquer intervenção, como prestadora de serviços, da E.P.A.L.

72º

Mais: ainda aplicando o critério seguido pelo Tribunal Constitucional, no seu Ac. 76/88 já cit., no caso em apreço nem a utilidade de consumo público da água é divisível, nem se pode dizer que a repercussão desse custo nos consumidores privados (e públicos, para além da Câmara Municipal, diga-se), consoante o seu consumo próprio, seja um critério adequado à natureza propugnada de taxa.

73º

Termos em que se conclui pela natureza de imposto do adicional criado primeiramente pelo nº 5 da Portaria 305-F/84, de 23 de Maio.

74º

Imposto, aliás, incidente sobre o consumo de água no concelho de Lisboa.

75º

Como tal, recai no âmbito do artº 106º, nº 2, da Constituição, que estabelece uma reserva de lei quanto à criação dos impostos.

76º

E, para além deste requisito formal, *ex vi*, artº 106º, 2, diz-nos o artº 168º, 1, i), que tal lei (no sentido dado pelo artº 115º, nº 1) tem que ser uma lei da Assembleia da República (lei em sentido nominal),

77º

ou um Decreto-Lei do Governo, aprovado pelo Conselho de Ministros, no caso de autorização legislativa pelo Parlamento, já que se trata de matéria de reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República.

78º

Nestes termos, tendo o adicional sido criado pelo Governo, através de um Ministro, e sem precedência de autorização legislativa, e inconstitucional organicamente (contra, Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. I, pg. 68, qualificando o vício como de inconstitucionalidade formal, por preterição de um passo procedimental, qual seja a autorização legislativa), por o governo não possuir, naquele momento, competência para criar impostos.

79º

E à inconstitucionalidade orgânica junta-se a inconstitucionalidade formal já que, por um lado, o Governo, mesmo se competente, só poderia criar impostos no caso de autorização legislativa através de Decreto-Lei (cfr. artº 201º, 1, b), e, por outro lado, o artº 106º, 2, já cit., exige sempre um acto legislativo em sentido formal (ou seja, no sentido que lhe dá o artº 115º, 1, da Constituição).

80º

Estas inconstitucionalidades, orgânica e formal, violam, também, o direito fundamental dos contribuintes de não pagarem impostos senão nos termos previstos na Constituição, positivado no artº 106, nº 3, da Constituição, direito fundamental cuja analogia com os direitos, liberdades e garantias é flagrante,

81º

tratando-se, aliás, de imposto cuja autorização anual para cobrança nunca foi dada em Orçamento.

82º

Diga-se, ainda, que nada impede este pedido conjunto de fiscalização deste acervo de normas.

83º

Independentemente de qualquer fundamentação positiva, constituindo eles uma cadeia de normas dispositivas sobre determinada matéria, revogatórias da precedente, fácil é de concluir que a realidade jurídica tratada por todos eles é a mesma e em termos idênticos em todos eles.

IV

CONCLUSÃO

Nestes termos, requer-se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória das normas constantes dos

a) Nº 5 da Portaria 309-F/84, de 23 de Maio
b) Nº 5 da Portaria 31-P/85, de 12 de Janeiro
c) Nº 5 da Portaria 894-C/85, de 23 de Novembro
d) Nº 5 da Portaria 733-G/86, de 4 de Dezembro
e) Nº 7 da Portaria 925-O/87, de 4 de Dezembro
f) Nº 7 da Portaria 805-G/88, de 15 de Dezembro
g) Nº 7 da Portaria 1110-H/89, de 28 de Dezembro
h) Nº 7 da Portaria 1121-B/90, de 19 de Dezembro
i) Nº 8 da Portaria 6-A/92, de 8 de Janeiro

***

R-1410/92
D.I.-31

O Provedor de Justiça, exercendo o poder que lhe confere a Constituição da República Portuguesa, através do seu artº 281º, nºs 1 e 2, al. d), reproduzido pelo artº 20º, nº 3, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, requer a fiscalização, para efeitos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, da norma contida no artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, de 4 de Abril.

Entende o Provedor de Justiça ser o conteúdo de tal norma desconforme com a norma contida no artº 115º, nº 5, 2º Parte, da Constituição, nos termos da fundamentação que passa a expôr:

I

INTRODUÇÃO

1º

Veio o Governo, através do Conselho de Ministros, a fazer publicar o Decreto-Lei nº 74/79, de 4 de Abril, onde se traçava o regime jurídico da atribuição de licenças para a exploração da indústria de transportes de aluguer em veículos ligeiros de passageiros.

2º

Este diploma, no seu artº 2º, impunha a via do concurso para a atribuição das referidas licenças,

3º

estabelecendo no seu artº 3º, nº 1, os critérios juridicamente relevantes para a seriação dos candidatos.

4º

Ora, no nº 3 do mesmo artigo, dispunha-se que, nos casos das capitais de distrito e "outros centros urbanos de marcado desenvolvimento económico", podia o Ministro dos Transportes e Comunicações, através de portaria e com a intervenção, aí regulada, da Câmara Municipal e do sindicato de motoristas da área em causa, alterar os critérios fixados no nº 1 do artº 3º do citado Decreto-Lei.

5º

É tal possibilidade que se vem aqui impugnar, por violação do princípio da tipicidade da forma e da força de lei, ínsito no artº 115º, nºs 1 e 5, da Constituição.

II

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTº 3º, Nº 3, DO DECRETO-LEI Nº 74/79, DE 4 DE ABRIL

6º

A Constituição de 1976, na sua versão primitiva, não continha um preceito inequívoco que disciplinasse as relações entre actos normativos de diferente hierarquia, *rectius*, entre a lei e o regulamento.

7º

E, apesar de se poder, face ao texto originário da Constituição, traçar regras similares ao do actual artº 115º, nºs 1 e 5, a partir do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, com princípio de competência que é,

8º

e das regras pertinentes à distribuição de competências legislativa e regulamentar,

9º

foi necessário esperar pela Lei Constitucional 1/82 para ser aditado um novo artigo à Constituição, com o número 115º, regulando a matéria dos actos normativos públicos.

10º

Pensado para a disciplinarização da produção normativa (cfr. a intervenção do Deputado Jorge Miranda, *in* Diário da Assembleia da República, I Série, nº 115, de 8 de Julho de 1982, pág. 4775), nele eram traçadas importantes balizas para a definição constitucional de lei e para a relação entre os actos legislativos e os de outra natureza.

11º

No seu nº 1, elenca o artº 115º as várias formas admissíveis de actos legislativos, distinguidos nominalmente pelos vários órgãos com competência legislativa, a saber,

12º

as leis emanadas da Assembleia da República (artº 169º, nºs 2 e 3),

13º

os decretos-lei emanados do Governo, através do Conselho de Ministros (artºs 201º, nº 1, e 203º nº 1, al) d)),

14º

e os decretos legislativos regionais, provindos das assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira (artº 229º, nº 1, als) a), b) e c) e artº 234º, nº 1, 1ª parte).

15º

De notar que, após a revisão de 1989, há que proceder a uma interpretação extensiva desta norma da Constituição, incluindo na menção das leis da Assembleia da República as leis em sentido nominal (artº 169º, 3) e as leis orgânicas (artº 169º, 2).

16º

O elenco do artº 115º, nº 1, deve ser considerado como um *numerus clausus*, em virtude da proibição introduzida pela 1ª parte do nº 5 do mesmo artigo, onde se veda a criação *ex lege* de outras formas de actos legislativos.

17º

A esta tipicidade da forma de lei corresponde também uma tipicidade de força de lei,

18º

como é preceituado na segunda parte do mesmo artº 115º, nº 5, da Constituição.

19º

Aqui se proíbe a atribuição, por via de lei, a actos que não revistam uma das formas previstas no nº 1 do artº 115º, da capacidade de interpretarem, modificarem, suspenderem ou revogarem qualquer dos preceitos contidos em acto de natureza legislativa (pelo menos, formal), com eficácia externa.

20º

Deste modo, está vedada a atribuição aos actos das diversas funções do Estado, que não a legislativa, de poderes de interacção com os actos provindos da função legislativa, com força obrigatória geral, isto é,

21º

equiparando-se em eficácia ao próprio acto legislativo.

22º

Em parêntesis diga-se que esta norma não veda os chamados casos de actos com força afim da força de lei, de que é exemplo marcante o acórdão de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral,

23º

já que o que o artº 115º, nºs 1 e 5, proíbe é a atribuição *ex lege* dessa força afim e já não, como é evidente, a atribuição *ex constitutionem*.

24º

Se a aplicação do preceituado no artº 115º, nºs 1 e 5, à função jurisdicional tem levantado basta polémica (cfr. num resumo das posições antagónicas, a anotação do Prof. Antunes Varela ao Acórdão do S.T.J. de 18/03/1986, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 124, nº 3813, pág. 373, e a anotação do Prof. Gomes Canotilho ao Acórdão do Tribunal Constitucional 359/91, na mesma Revista, ano 124, nº 3811, pág. 318),

25º

tem sido pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a aplicabilidade de tais preceitos à função administrativa, no caso, ao poder regulamentar da Administração Pública.

26º

Visando os regulamentos prover a "boa execução" de uma lei determinada ou de uma pluralidade indeterminada de leis, é usual a classificação que os reparte segundo o tipo de relações que estabelecem com os diplomas legais regulamentados.

27º

E, entre as categorias que de modo mais directo e claro se pode dizer que chocam com o preceituado no artº 115º, nº 5, 2ª parte, temos os regulamentos modificativos,

28º

como aqueles que visam, com eficácia externa, derrogar o regime legalmente estabelecido, alterando-o de modo geral e abstracto ou, apenas para um caso particularizado, de modo geral e concreto.

29º

Sem sombra de dúvida que, na ausência de qualquer autorização legal, tal comportamento regulamentar seria ilegal, por violação do princípio de legalidade administrativa (cfr. artº 266º, nº 2 da Constituição).

30º

E é à validade da autorização legal em contrário, isto é, da auto (no caso *sub judice*) restrição operada por lei da sua eficácia, possibilitando a intervenção no seu âmbito normativo do regulamento, que se dirige o artº 115º, nº 5, retirando-lhe qualquer fundamento constitucional.

31º

É a esta técnica, denominada doutrinariamente de "regulamento delegado", que se dirige a proibição do artº 115º, nº 5, 2ª parte, não se confundindo esta situação com aquela em que,

32º

por ausência de disciplina legislativa de determinada matéria, tão logo não seja objecto de qualquer reserva de lei constitucionalmente estabelecida,

33º

o regulamento determine, de modo inovador, a disciplina jurídica da matéria em questão.

34º

De modo mais claro, quando ocorre uma revogação de um acto legislativo sem que se faça substituir as normas revogadas por outras da mesma categoria hierárquica, poder-se-á falar em deslegalização (cfr. Jorge Miranda, Funções, Órgãos e Actos do Estado, 199O, pág. 249) que, esta sim,

35º

se poderá considerar conforme à Constituição por não implicar nem violação de reserva de lei (por definição), nem intervenção de actos não legislativos na esfera ocupada por actos legislativos.

36º

Ora, o Decreto-Lei nº 74/79 vem determinar, como se disse *supra*, o regime jurídico de atribuição de licenças de transportes de aluguer, vulgarmente designados por "táxis".

37º

E, determinando o conteúdo do artº 3º, nº 1, os critérios juridicamente relevantes para a atribuição dessas licenças em concurso público,

38º

vem o nº 3 do mesmo artigo permitir, em determinadas condições, a alteração desses critérios por portaria do Ministro dos Transportes e Comunicações.

39º

Ora a portaria é uma das formas que podem revestir os regulamentos, adoptada para a emissão de regulamentos do Governo por um ou mais Ministros, sem intervenção do Conselho de Ministros (o que já implicaria a forma de decreto regulamentar sujeito a promulgação - cfr. artº 137º, b) -, ou, pelo menos, a da resolução do Conselho de Ministros, conforme descrito pelo Prof. Freitas do Amaral, no III volume do seu "Direito Administrativo", a pág. 55).

40º

E o efeito pretendido pela aplicação do nº 3 do artº 3º do Decreto-Lei nº 74/79 é, indubitavelmente, a alteração, por mais determinado que seja o concurso a que se destina a portaria, da norma contida no artº 3º, nº 1, do mesmo diploma.

41º

Já que se visa a alteração dos critérios determinados por lei para a atribuição das licenças *sub especie*,

42º

pela introdução, por via regulamentar (para o que releva, bastava ser não legislativa), de outros critérios ou de diferente ordenação de prioridades dos enunciados na lei,

43º

indiciada estava uma violação da regra contida no artº 115º, nº 5, 2ª parte, da Constituição.

44º

Mas, como resulta do preceito e bem notam Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa anotada, 3ª ed., pág. 511, anotada XVIII ao artº 115º), "a proibição constitucional só abrange os actos dotados de 'eficácia externa'".

45º

E a eficácia externa da modificação permitida pelo artº 3º, não podia ser mais evidente, já que estamos perante a atribuição ou privação de determinado direito aos cidadãos que se candidatam ao concurso abrangido pela portaria modificativa,

46º

por aplicação de diferentes conjuntos de critérios aplicáveis, o legal e o regulamentar,

47º

possuindo ambos o mesmo âmbito respectivo de aplicação, no concurso a que se referiria a portaria regulamentadora do artº 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 74/79.

48º

Seria uma verdadeira derrogação com força obrigatória geral, posto que para o concurso em causa, do artº 3º, nº 1, do citado Decreto-Lei.

49º

Ora tal caso é, sem dúvida, o da possibilidade, criada pelo artº 3º, nº 3, do citado Decreto-Lei, de emissão de um regulamento delegado, sob a forma de portaria ministerial.

50º

Num caso análogo o Tribunal Constitucional considerou tal situação como inconstitucional (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional 34/86, DR, II Série, nº 109, 13/05/1986, não chegando a declarar essa inconstitucionalidade, apenas por aplicação do princípio do pedido).

51º

E não pode, de modo algum, partilhar-se a dúvida enunciada pelo Conselheiro Cardoso da Costa, na parte final da sua declaração de voto no acórdão citado, já que,

52º

tanto no caso tratado por este acórdão, como no caso *sub judice*, há um tratamento legislativo da matéria que, por via de uma norma legal de autorização, sofre as derrogações que o regulamento queira introduzir.

53º

Como diz Jorge Miranda (Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pág. 250), não se trata da passagem da matéria de lei a matéria de regulamento, mas sim do alargamento dos tipos de actos a interagir sobre o tratamento de determinada matéria.

54º

Como bem diz o Parecer 34/84 da Procuradoria Geral da República (B.M.J. 341/96), tanto no caso tratado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional 34/84, como neste *sub*

judice possuímos uma regulamentação material que admite excepções introduzidas por via regulamentar,

55º

e não uma mera regulamentação formal, relegando toda a matéria da esfera legislativa para a esfera do poder regulamentar.

56º

Tal a diferença entre o fenómeno dos regulamentos delegados e o da deslegalização.

57º

Sem sombra de dúvida que o artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, não faz mais do que relativizar a força jurídica do nº 1 do mesmo artigo, diminuindo-lhe o valor (cfr. Canotilho, Direito Constitucional, 5ª ed., pág. 792).

58º

E fá-lo, permitindo que preceitos de natureza não legislativa, regulamentares, modifiquem, com força obrigatória geral, preceitos legislativos.

59º

Nestes termos, deve a norma do mencionado artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79 ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral,

60º

não se requerendo ao Tribunal Constitucional nenhuma fiscalização das normas regulamentares já emitidas ao abrigo desta disposição normativa já que,

61º

como disse o próprio Tribunal Constitucional (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional 354/86, DR, II Série, nº 85, de 11.04.87), o vício resultante para esses regulamentos da inconstitucionalidade das normas legais que lhe autorizavam tal comportamento é, meramente, o da ilegalidade.

62º

E, como é jurisprudência assente, quer pela Comissão Constitucional quer pelo Tribunal Constitucional, corroborada pela doutrina, a competência do Tribunal Constitucional quanto às questões de ilegalidade está restringida aos tipos previstos na Constituição e na sua Lei de Organização, Funcionamento e Processo,

63º

neles não encontrando acolhimento a ilegalidade de regulamentos por violação da lei ordinária.

64º

Em rigor, e como já se enunciou *supra* (cfr. nº 7 e sgs), poder-se-ía atribuir à inconstitucionalidade do artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, o carácter de originária,

65º

por, como se disse, se poder considerar tal normativo violador do princípio da interdependência dos órgãos de soberania como manifestação do mais lato princípio de competência, tendo como corolário a separação da esfera legislativa da esfera regulamentar (neste sentido se podendo interpretar a anotação ao artº 115º, de António Nadais *et allii*, Constituição da República Portuguesa, pág. 117, e a intervenção do Deputado Jorge Miranda, citado *supra*, no nº 10).

66º

À falta de norma que explicitasse tais desideratos constitucionais, sempre se dirá que já a versão originária da Constituição, no então artº 280º, nº 1, previa que a inconstitucionalidade pudesse ter origem em violação da norma ou princípio (cfr. actual artº. 277º, nº 1).

67º

De qualquer modo, após a entrada em vigor da Lei Constitucional 1/82, há-de ter-se por inconstitucional supervenientemente a norma do artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, por infracção do disposto no artº 115º, nº 5, 2ª parte, da Constituição.

68º

Nem se estranhe a invocação da possibilidade de superveniência da inconstitucionalidade neste caso.

69º

Como é sabido, quanto aos elementos formais e orgânicos de um acto vale o princípio *tempus regit actum*,

70º

impossibilitando a aplicação retroactiva de normas que visem disciplinar a competência ou a forma de um acto, e consequentemente a inconstitucionalidade superveniente (cfr. Canotilho/Moreira, C.R.P. anotada, 3ª ed., págs. 993, anotação XIII ao artº 277).

71º

Mas o que está aqui em causa não é nem a competência para a emissão da norma do artº 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, nem o procedimento ou a forma utilizada para a sua criação e exteriorização.

72º

O que esta aqui em causa é o conteúdo da norma do artº 3º, nº. 3, do citado Decreto-Lei, pelo que qualquer contradição entre tal conteúdo e uma norma ou princípio constitucional gera uma inconstitucionalidade material (cfr. Canotilho//Moreira, CRP anotação, 3ª ed., pág. 992, anotada XII no artº 277),

73º

como, aliás, numa perspectiva algo diferente, se exprimiu o Tribunal Constitucional no Acórdão 303/85, DR, II Série, nº 83, 10.04.1986).

III

CONCLUSÃO

Nestes termos, requer-se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma contida no artigo 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 74/79, de 4 de Abril, por violação do preceituado no artº 115º, nº 5, 2ª parte, da Constituição da República Portuguesa.

***

I.P. 23/92

O Provedor de Justiça, exercendo o poder que lhe confere a Constituição da República Portuguesa, através do seu artº 281º, nº 2, alínea d), reproduzido pelo artº 20º, nº 3 da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, requer a fiscalização, para efeitos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, da norma contida no artº 22, nº 2, *in fine*, do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, e, subsidiariamente, nos termos do artº 469º do Código de Processo Civil, da parte da mesma norma que se aplica as assembleias que funcionam como órgãos do poder local.

Entende o Provedor de Justiça ser o conteúdo da parte final da norma do artº 22º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo desconforme com a norma do artº 119º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, quanto a obrigatoriedade da presença da maioria do número legal de membros dos órgãos colegiais como *quorum* necessário a deliberação, nos termos da fundamentação que se passa a expôr:

I

INTRODUÇÃO

1º

No cumprimento de directiva constitucional, velha de 15 anos, veio o Governo, através do Decreto-Lei 442/91, de 15 de Novembro, e precedendo, nos termos do artº 168º, nº 1, n) e nº 2, da Constituição, autorização legislativa da Assembleia da República, aprovar o Código de Procedimento Administrativo.

2º

Este Código, no desenvolvimento do quadro constitucional relativo à Administração Pública, muito em particular no seguimento do actual artº 267º, nº 4, da Constituição, tem como objectivo "disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, procurando racionalizar as actividades dos serviços" e "regular a formação da vontade da Administração, por forma que sejam tomadas decisões justas, legais, úteis e oportunas" (preâmbulo do Decreto-Lei 442/91, no seu nº 4, reproduzindo o artº 2º, a) e b), da Lei 31/91, de 20 de Julho).

3º

Neste enquadramento da actividade administrativa incluiu-se um tratamento sistemático da organização e funcionamento dos órgãos colegiais da Administração Pública, mais carecidos de uma procedimentalização acurada da sua fisiologia, na Secção II do Capítulo I da Parte II do mesmo Código (artºs 14º a 28º).

4º

É neste contexto que se insere o artº 22º do mesmo diploma, versando sobre a matéria do *quorum* de deliberação dos órgãos colegiais.

5º

No seu nº 1 estabelece-se o número de membros do órgão que deverá estar presente, em primeira convocatória,

6º

estabelecendo-se, no seu nº 2, a possibilidade de, caso não seja viável realizar a reunião nos termos do nº 1, efectuar uma reunião com um *quorum* significativamente menos exigente (um terço dos membros votantes, num mínimo de 3, com a observância de outros requisitos, nomeadamente de dilação temporal).

7º

Não havendo nada a apontar à norma constante do nº 1 do artº 22º (excepto, como se verá, o pressupor na sua letra a existência do nº 2), por se limitar a transcrever o conteúdo da norma constitucional aplicável,

8º

e a norma do nº 2 do artº 22º, na sua parte final, que se vem aqui atacar perante o Tribunal Constitucional, com vista a declaração da inconstitucionalidade desta norma com força obrigatória geral.

II

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTº 22º Nº 2, *IN* FINE, DO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

9º

É pacífica a distinção entre órgãos colegiais e órgãos singulares (cfr. Miranda, Jorge, Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pg. 77; Amaral, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, I, pg. 595; Caetano, Marcello, Manual de Direito Administrativo, 10ª edição, vol. I, pg. 207, entre outros), consoante o número de titulares que lhes servem de suporte físico e psicológico.

10º

Assim, são órgãos colegiais aqueles que forem formados por mais do que um titular, com a consequente imposição de mecanismos específicos de funcionamento quanto a formação e exteriorização da vontade (cfr. Miranda, Jorge, Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pg. 94),

11º

numa procedimentalização mais cerrada e complexa (cfr. Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., pg. 959).

12º

De entre os órgãos colegiais é uso realçar os órgãos do tipo Assembleia,

13º

definidos pelo Professor Jorge Miranda como uma "categoria de órgãos colegiais definida não tanto pela sua extensão quanto pelo regime peculiar que preside a sua composição e pelas funções que lhe andam conexas" (Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pg. 98),

14º

comportando o actual quadro constitucional, em tal categoria, a Assembleia da República, as assembleias legislativas regionais, as assembleias regionais, as assembleias municipais, as assembleias de freguesia e, *pro tempore*, as assembleias distritais (cfr. Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, 3ª ed., pg. 539, nota I ao artº 119º).

15º

Como resulta do que atrás fica dito, não se esgota na categoria das assembleias o universo dos órgãos colegiais previstos na Constituição,

16º

nem muito menos o dos integrantes do Estado (em sentido amplo, envolvendo o conjunto dos poderes públicos), exercendo qualquer das suas funções,

17º

podendo apontar-se entre os primeiros, isto é, previstos constitucionalmente, a Alta Autoridade para a Comunicação Social (artº 39º, 2), o Conselho Superior da Magistratura (artº 220º), o Conselho Superior do Ministério Público (artº 222º, 2), o Conselho Económico e Social (artº 95º), o Conselho de Ministros (artº 187º, 1), o Conselho de Estado (artº 144º), a Câmara Municipal (artº 250º), a Junta de Freguesia (artº 241º, 1), o Governo Regional (artº 233º, 1), a Junta Regional (artº 259º) e, mesmo, os tribunais, quando colectivos.

18º

Em todos os órgãos colegiais se coloca um certo número de problemas ligados ao seu funcionamento, entre os quais avulta o do *quorum* ou, em certos casos, dos *quorum*.

19º

Impensável que é a exigência da presença da totalidade dos titulares do orago colegial, pela necessidade da eficácia das decisões e por redundar num direito de veto atribuído a qualquer desses titulares,

2Oº

há então que definir um limiar mínimo exigível do número de titulares presentes para que o órgão possa funcionar - *quorum* de funcionamento, ou deliberar - *quorum* de deliberação, validamente.

21º

Na história constitucional portuguesa encontramos a primeira manifestação desta preocupação no artº 4Oº da Constituição de 1838 onde se diz:

22º

"nenhuma das Câmaras pode tomar resolução alguma sem que esteja presente a maioria da totalidade de seus Membros."

23º

Também a Constituição de 1911, no seu artº 13º, 2º parágrafo, 2ª parte, impunha a verificação de um *quorum* de deliberação nas Câmaras de Parlamento:

24º

"As deliberações serão tomadas por maioria de votos, achando-se presente, em cada uma das Câmaras, a maioria absoluta dos seus membros."

25º

A Constituição de 1933, quanto à Assembleia Nacional, também estabelecia um *quorum* de deliberação, no seu artº 95º:

26º

"A Assembleia Nacional funciona em sessões plenas e as suas deliberações são tomadas à pluralidade de votos, achando-se presente a maioria absoluta do número legal dos seus membros."

27º

Como se viu, estes textos constitucionais centram as suas preocupações no *quorum* dos corpos legislativos, sem prejuízo, no entanto, da possibilidade de extensão analógica do regime a outros órgãos colegiais.

28º

A Constituição de 1976, na sua versão primitiva, consagrou aos órgãos colegiais o artº 119º, dispondo no nº 1 que "as reuniões das assembleias que funcionam como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local são públicas, excepto nos casos previstos na lei."

29º

E no nº 2: "salvo quando a Constituição ou a lei exijam maioria qualificada, as deliberações dos órgãos colegiais são tomadas à pluralidade dos votos, estando presente a maioria do número legal dos seus membros."

3Oº

Pela Lei Constitucional 1/82, de 3O de Setembro, o nº 2 da versão de 1976 foi cindido, passando o novo nº 2 a prever que "As deliberações dos órgãos colegiais são tomadas com a presença da maioria do número legal dos seus membros."

31º

E no novo nº 3 que "salvo nos casos previstos na Constituição, na lei e nos respectivos regimentos, as deliberações dos órgãos colegiais são tomadas à pluralidade dos votos, não contando as abstenções para o apuramento da maioria."

32º

É na indagação do âmbito dos nºs 2 e 3, e na sua contraposição ao âmbito do nº 1 que está uma parte da resposta às questões de constitucionalidade que o artº 22º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo levanta.

33º

A doutrina vem entendendo, maioritariamente, que o artº 119º, 2, está sujeito, quanto ao seu âmbito, ao nº 1 do mesmo artigo.

34º

Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira (C.R.P. anotada, 3ª ed., pg. 539, nota I ao artº 119º), referem-se aos órgãos colegiais abrangidos por este artigo como sendo "os órgãos de soberania, (..) os das regiões autónomas e do poder local."

35º

Jorge Miranda (Funções, Órgãos e Actos do Estado, 199O, pg. 96) segue a mesma linha, ao abranger exclusivamente no artº 119º, 2, os "órgãos colegiais de soberania, das regiões autónomas e do poder local."

36º

Diogo Freitas do Amaral e outros, no seu comentário ao Código do Procedimento Administrativo (Almedina, Coimbra, 1992, pg. 55) restringem ainda mais o âmbito do nº 2 do artº 119º, ao torná-lo aplicável apenas às assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local", transcrevendo, de modo significativo, o conteúdo do nº 1 do artº 119º.

37º

Importa, pois, para o que aqui releva, definir o âmbito do artº 119º, 2 e verificar a que órgãos ou tipo de órgãos realmente se dirige.

38º

E, para tal, reputa-se necessária a saída de posições formalistas e penetrar no âmago da materialidade do instituto do *quorum*.

39º

Não se trata apenas de marcar um simples limiar quantificado para a presença ou ausência do órgão em sessão.

4Oº

Não se trata apenas de um modo neutro, teológica e axiologicamente oco e transparente, estabelecer números-barreira com conteúdo organizatório e funcional supostamente irrelevante para a adequação e justiça da deliberação.

41º

Estamos, sim, em presença de um conceito que hodiernamente se reveste de um conteúdo material não despiciendo, ligado intimamente que está a princípios essenciais do nosso sistema político-constitucional.

42º

Assim, o instituto do *quorum* está estreitamente ligado ao princípio democrático (cfr. Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, Fundamentos da Constituição, pg. 199), na medida em que se assegura a aplicação do princípio da maioria,

43º

sem, no entanto, deixar de salvaguardar os direitos das oposições, quando haja apenas uma maioria relativa (sem prejuízo de os direitos das minorias serem melhor e de forma directa protegidos nas previsões excepcionais de maiorias de aprovação qualificadas).

44º

De um modo simétrico a existência do *quorum* impede, na esmagadora maioria dos casos, um direito de veto das minorias.

45º

Concomitantemente, o instituto do *quorum* constitui uma garantia do princípio da separação e independência dos órgãos de soberania (cfr. artº 114º, nº 1, da C.R.P.), ao permitir que o equilíbrio maioria-oposição, chave dos sistemas políticos modernos, não seja perturbado (cfr. Canotilho, Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., pg. 7O6).

46º

O *quorum*, ao impôr a presença de uma fracção mínima dos titulares de um órgão, defende, do mesmo passo, o princípio representativo, ao conferir ao órgão o que, constitucionalmente, se pode considerar como representatividade de grau suficiente.

47º

O *quorum*, quer no quadro de órgãos eleitos directamente, quer no caso de órgãos designados por outros órgãos com base no sistema proporcional, assegura também o princípio da proporcionalidade, impedindo a sua subversão.

48º

Finalmente, o *quorum* pode, no quadro da procedimentalização da actividade do Estado (em benefício de interesses públicos e privados), entender-se como um auxiliar metodológico na busca de soluções adequadas,

49º

que passam também, pela consensualização dessas decisões, com o capital não desprezível de uma aplicação da deliberação mais célere e eficaz porque debatida, preenchida materialmente e aprovada por um leque de opiniões alargado e matizado pelo contraditório.

5Oº

Nesta perspectiva do *quorum* como constituinte do conceito de procedimento como meio sistemático de preenchimento material de decisão e de formação de vontade (teoria da decisão) poder-se-á encontrar, porventura, razão para negar legitimidade à distinção entre funcionamento e deliberação, com a consequente impossibilidade de estabelecimento de *quorum* menos exigente para o primeiro caso (cfr., aparentemente seguindo esta opinião, Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, 3ª ed., pg. 54O, nota III ao artº 119º).

51º

Dada a teleologia do instituto, pouco parece haver em comum com as finalidades da exigência de publicidade imposta pelo artº 119º, 1.

52º

O que até é traduzido pela autonomia do tratamento que é dado a esta figura, também com raízes oitocentistas (cfr., artº 9Oº da Constituição de 1822, artº 23º da Carta Constitucional, artº 44º da Constituição de 1838, artº 13º da Constituição de 1911 e artº 95º, § único da Constituição de 1933), apesar de, do mesmo modo, sempre relacionado com os corpos legislativos.

53º

Transcreva-se o que disse, em declaração de voto, o Deputado constituinte Jorge Miranda; "... o princípio da publicidade do funcionamento das assembleias que funcionam como órgãos de soberania ou de poder local, é uma manifestação clara daquele tipo de democracia que queremos que haja no nosso pais - uma democracia que funciona voltada para o povo e que não tem medo de dar satisfação ao povo das deliberações que são tomadas a todos os níveis." (Diário da Assembleia Constituinte, nº 1O9, 6 de Fevereiro de 1976, pg. 3587).

54º

Não parece, pois, que as conformações e objectivos dos dois institutos exijam, ou sequer apontem, um âmbito subjectivo comum.

55º

Ora é o que a doutrina vem fazendo, pressupondo, dada a colocação da exigência do *quorum* a seguir à exigência da publicidade, que o âmbito do nº 2 é o mesmo do nº 1 do artº 119º.

56º

Veja-se o que dizem os autores citados *supra*, nos nºs 34 a 36.

57º

E, embora numa posição simétrica, o que diz o Professor Soares Martinez, alargando, de modo algo forçado, o nº 1 do artº 119º a partir do nº 2, na redacção de 1976 que, para o caso, é idêntica à actual (cfr. Comentários à Constituição Portuguesa de 1976, pg. 174).

58º

Não parecem ser essas as melhores opiniões, fundamentalmente por três ordens de razões, para além das de natureza substancial já referidas.

59º

Em primeiro lugar, devemos atribuir alguma relevância ao facto de o legislador constituinte ter designado os órgãos sujeitos ao nº 1 por "assembleias" e os sujeitos ao nº 2 por "órgãos colegiais".

60º

Como já vimos, os órgãos colegiais são o género de que as assembleias são uma espécie.

61º

E, como preceitua, aliás no quadro das boas regras de interpretação, o artº 9º, 3, do Código Civil, o intérprete deve presumir que "o legislador (...) soube exprimir o seu pensamento em termos adequados."

62º

Há pois que assumir que a uma diversa terminologia no quadro da mesma divisão normativa (o artº 119º), se deve tendencialmente fazer corresponder um diverso tratamento no quadro da interpretação dos conceitos empregues.

63º

E, portanto, que se todas as assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local estão vinculadas ao nº 2 do artº 119º, como órgãos colegiais que são,

64º

só os órgãos colegiais qualificados como Assembleias que funcionam como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder estarão vinculadas ao nº 1 do artº 119º.

65º

O âmbito subjectivo do artº 119º, nº 1 é, pois, mais restrito relativamente ao seu nº 2.

66º

Em segundo lugar, há que entrar em consideração com o elemento histórico de interpretação.

67º

E verificar que os actuais nºs 2 e 3 do artº 119º resultam da cisão do artº 119º, 2 da versão primitiva da Constituição de 1976,

68º

artigo esse onde se mantinha a contraposição entre o princípio da publicidade para as Assembleias, no nº 1, e a exigência do *quorum* de funcionamento e da maioria simples para a aprovação de deliberações para todos os órgãos colegiais, no nº 2,

69º

onde talvez fosse mais viva a contraposição entre o regime genérico dos órgãos colegiais e o regime específico das assembleias que funcionassem como órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local.

7Oº

Em terceiro lugar, aponte-se o facto de o nº 1 não constituir um proémio para o resto do artigo, ou seja, para o nº 2 ou para o nº 3, nem estando o nº 2 numa posição que, em técnica legislativa, se pudesse considerar formalmente subordinada ao nº 1, não constituindo uma alínea deste.

71º

Deste modo será ilegítimo extrair-se automática e inelutavelmente o conteúdo do nº 2 a partir do nº 1 do artº 119º (e vice-versa, reconheça-se).

72º

E deverá entender-se que, pela materialidade subjacente aos dois institutos e pelas considerações de ordem formal acima aduzidas, âmbito subjectivo do nº 1 e do nº 2 do artº 119º e diverso.

73º

Finalmente, não será também legítimo restringir, como parece fazer o Prof. Jorge Miranda (cfr. Funções, Órgãos e Actos do Estado, pg. 96), o âmbito do artº 119º, 2 aos órgãos colegiais que funcionam como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, assimilando, pois o nº 1 ao nº 2, eliminando, apenas, a exigência do carácter de assembleia.

74º

Isto porque é tão legítimo aplicar a regra do artº 119º, nº 2, a órgãos colegiais que funcionem como órgãos de soberania como aos que não funcionam como tal,

75º

como é o caso dos que, apesar de órgãos estaduais, não estão compreendidos no elenco do artº 113º, 1 da Constituição;

76º

como é o caso dos que integram na orgânica das várias pessoas colectivas que compõem a administração indirecta do Estado.

77º

Porque todos eles, bem como os órgãos de soberania, os das regiões autónomas ou os da administração autárquica se podem considerar abrangidos por uma norma que se integra no título I, sob a epígrafe de "Princípios Gerais", de uma parte III da Constituição dedicada a organização do poder político,

78º

e a concepção de poder político que a Constituição assume nesta epígrafe da sua parte III não é, em termos sintéticos, compaginável com uma redução ao exercício da função política *stricto sensu* (cfr. Miranda, Jorge, Funções, Órgãos e Actos do Estado, pgs. 2O e 37),

79º

nem tão pouco ao da função política *lato sensu* (cfr. Miranda, Jorge, Funções, Órgãos e Actos do Estado, pgs. 19 e segs.).

8Oº

O poder político, em sede de aplicação dos princípios gerais equivale a poder público,

81º

sendo esta parte III "globalmente a organização do político em sentido amplo, o que implica: a) abandono da tradicional concepção restrita da Constituição como estatuto jurídico-formal do Estado-instituição ou Estado-pessoa colectiva; b) transferência para a esfera política, constitucionalmente relevante, de aparelhos do Estado tradicionalmente relegados para o domínio extra constitucional (por exemplo, administração pública,

forças de segurança)". (Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, 3ª ed., pg. 479),

82º

não curando aqui, por desnecessário, do problema de saber se certas entidades privadas, com relevância ímpar no sistema político-constitucional, *rectius*, os partidos, não deveriam também obedecer a estes princípios gerais (pelo menos, quando compatíveis com a sua natureza e fins).

83º

Como conclusão desta parte, assente-se que o âmbito subjectivo do artº 119º, 2 engloba todos os órgãos colegiais que integram qualquer das funções do Estado, em sentido amplo, a saber, a política, a legislativa, a administrativa e a judicial.

84º

Sem prejuízo de se poderem estabelecer regimes especiais (de que é exemplo o artº 42º, 1 da Lei Orgânica de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional), obedecendo à especificidade das situações em jogo, materialmente consideradas, como, v.g., o princípio da proibição do *non liquet* para os Tribunais, o princípio da solidariedade ministerial para o Conselho de Ministros (cfr. Oliveira, Mário Esteves de, Direito Administrativo, vol. I, pg. 229), ou a consideração das especiais relações entre o Conselho de Estado e o Presidente da República, no quadro do artº 8º, 1 e 2 do Regimento do Conselho de Estado.

85º

Focando agora a atenção no normativo aqui impugnado como inconstitucional, vemos que o artº 22º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo reproduz, sem mais, o conteúdo do artº 119º, nº 2, da Constituição.

86º

Para a determinação do âmbito daquela norma, há que recorrer ao artº 13º do mesmo Código de Procedimento Administrativo e, por via dele,

87º

ao artº 2º, nº 2, que elenca entre os órgãos submetidos ao regime em análise,

a) os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas.

b) os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas.

c) os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.

88º

É aos órgãos das categorias citadas, que se puderem qualificar como órgãos colegiais, que se permite, pelo artº. 22º, 2, *in fine*, reunir em 2ª convocatória, com um *quorum* inferior ao estabelecido no artº 119º, 2 da C.R.P., reproduzido pelo artº 22º, 1 do Código de Procedimento Administrativo.

89º

Como não podemos deixar de considerar como compreendidos no âmbito do artº 119º, 2 da C.R.P., tal como delimitado *supra* (nº 83), os órgãos colegiais referidos no artº 2º, 2 do Código de Procedimento Administrativo,

90º

fica claro que há uma efectiva sobreposição do âmbito do artº 22º, nº 2, (*ex vi* artº 2º, 2) e do artº 119º, nº 2, da Constituição,

91º

compreendendo o âmbito desta norma ou daquela.

92º

Tal facto, associado à contradição de regimes, não pode deixar de ser considerado como gerador de inconstitucionalidade material, parcial, originária da norma do artº 22º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo.

93º

Inconstitucionalidade material, por ser o conteúdo desta norma a chocar com normas ou princípios constitucionais;

94º

inconstitucionalidade parcial, porque compreende um segmento do enunciado linguístico da norma, por ser este segmento desconforme com a Constituição;

95º

inconstitucionalidade originária, porque coeva da entrada em vigor da norma ordinária aqui impugnada.

96º

É de realçar ainda, embora anterior à entrada em vigor do Código de Procedimento Administrativo, e sem se fundamentar em juízos de inconstitucionalidade, a opinião do Prof. Freitas do Amaral (Curso de Direito Administrativo, vol. I, pg. 604) segundo a qual razões de interesse público impediriam a possibilidade de deliberações em 2ª convocatória com um *quorum* menos exigente dos órgãos colegiais das pessoas colectivas de direito público.

97º

Nem se diga que a existência de lei especial conforme ao preceituado na Constituição, tal como o Decreto-Lei 100/84, no seu artº 80º, 1, 2ª parte, em relação aos órgãos das autarquias locais, restringe a inconstitucionalidade do artº. 22º, nº 2, *in fine*, do Código de Procedimento Administrativo.

98º

Em primeiro lugar, não é líquido que o Código de Procedimento Administrativo não tenha revogado (ou, pelo menos, no caso *sub judice*, aditado a possibilidade aberta pelo nº 2 do seu artº 22º, *in fine*) as disposições citadas do Decreto-Lei 100//84 (em sentido afirmativo, cfr. anotação ao artº 2º do Código de Procedimento Administrativo, por Freitas do Amaral *et allii*, pg. 29).

99º

Em segundo lugar, e mesmo que o não tenha feito, ainda que subsistam normas especiais que, nos casos concretos, não conduzam a resultados contrários à Constituição, é ainda de entender, em sede de fiscalização abstracta, à contradição normativa de uma regra completa e perfeita a se (já que se trata, precisamente, de uma regra geral) com a Constituição.

100º

Já que se, porventura, fossem revogadas as disposições pertinentes do Decreto-Lei 100/84, a inconstitucionalidade do regime aplicável às autarquias locais viria a lume, pela aplicação do regime geral do artº 22º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo, legislativamente descomprimido pela revogação da lei especial,

101º

sem que fosse lícito afirmar estarmos perante uma inconstitucionalidade superveniente,

102º

pois esta, é definida doutrinariamente como aquela que resulta da contradição entre uma norma ordinária que, sendo conforme com o quadro constitucional vigente à altura da sua emissão, se torna posteriormente inconstitucional por contradição com uma norma constitucional que faz a sua aparição posterior no ordenamento constitucional (cfr. Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 3ª ed., pg. 340), aliás como vem normativamente referido no artº. 282º, nº 2, da Constituição.

103º

E no caso apresentado, a inconstitucionalidade é, como se disse acima, sem dúvida originária, porque coeva da formação e entrada em vigor da norma ordinária ora impugnada.

104º

Concluindo, entende-se que, dirigindo-se o artº 119º, 2 da Constituição a todos os órgãos colegiais integrados em pessoas colectivas de direito público,

105º

e permitindo o artº 22º, 2 do Código de Procedimento Administrativo uma conduta diversa do preceituado constitucionalmente a órgãos dos referidos no nº anterior,

106º

deve ter-se o mesmo artº 22º, 2, *in fine*, do Código de Procedimento Administrativo por inconstitucional, devendo ser emitida a respectiva declaração com força obrigatória geral, para os efeitos do artº 282º da Constituição.

III

PEDIDO SUBSIDIÁRIO

107º

Para o caso de esse Tribunal não acompanhar as conclusões da primeira parte da fundamentação exposta, isto é,

108º

no caso de, por motivos decerto ponderosos e acurados, se entender que o artº 119º, nº 2, da Constituição, quanto ao seu âmbito, esta subordinado ao âmbito do artº 119º, nº 1,

109º

formula-se o seguinte pedido subsidiário, nos termos do artº 469º, 1 do Código de Processo Civil.

110º

Como questão prévia, refira-se a possibilidade de invocar o Código de Processo Civil em sede de fiscalização abstracta e a própria admissibilidade do pedido subsidiário em processo constitucional.

111º

Quanto ao primeiro ponto, o artº 69º da Lei Orgânica de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional manda aplicar, subsidiariamente, ao processo de fiscalização concreta as normas do Código de Processo Civil.

112º

A ausência de norma análoga quanto a fiscalização abstracta indiciaria a impossibilidade de recurso a essas disposições, fora da fiscalização concreta.

113º

Mas não parece ser assim.

114º

E geralmente admitido que o Código de Processo Civil contém, de algum modo, a matriz do Direito Processual.

115º

Nem falta legislação a consagrar o seu carácter subsidiário, salvaguardada a compatibilidade de princípios e de fins estruturantes do ramo de direito processual em causa.

116º

Assim, v.g., o artº 1º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (Decreto-Lei 267/85, de 16 de Julho), para o processo administrativo;

117º

o artº 2º, f) do Código de Processo Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei 154/91, de 23 de Abril para o processo tributário;

118º

o artº 4º do Código do Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei 78/87, de 17 de Fevereiro, para o processo penal;

119º

e o artº 1º do Código de Processo de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei 272-A/81, de 30 de Setembro.

120º

Há, pois, que reduzir o artº 69º da Lei Orgânica da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, ao que verdadeiramente significa,

121º

e que se restringe à disciplina, em termos subsidiários, da tramitação dos recursos em sede de fiscalização concreta, pelo modelo normativo do recurso de apelação e demais normas processuais civis aplicáveis.

122º

Como diz Vitalino Canas "... isso não significa que o legislador tenha pretendido excluir toda e qualquer utilização dessas regras, quando tal seja possível e útil, nos processos de fiscalização abstracta. Eventualmente terá tido consciência de que nestes, mais do que em quaisquer outros, a adaptação será difícil. Mas isso não impede que, sempre com as cautelas necessárias, o Tribunal a elas recorra." (Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional - natureza e princípios estruturantes, pg. 90).

123º

Ora, a primeira vista, o instituto da formulação de pedidos cumulativos e de pedidos subsidiários (artºs 469º e 470º do C.P.C.) parece adequado ao processo constitucional, ao contrário da formulação de pedidos alternativos, já que se exige sempre uma iniciativa inequívoca (cfr. Ac., TC 16/83, publicado no D.R., II Série, nº 26, de 31.1.85) e, até, irrevogável (cfr. artº 53º da Lei Orgânica da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, a *contrario sensu*).

124º

A dúvida pode colocar-se pelo facto que ao pedir-se a inconstitucionalidade total de uma norma, a título principal, e a sua inconstitucionalidade parcial, a título subsidiário, não se está mais do que a abranger a latitude possível das decisões face ao primeiro pedido (não curando da possível aplicação do nº 4 do artº 282º).

125º

Julga-se, no entanto, que tal não desmerece a bondade da formulação e fundamentação de um pedido subsidiário já que,

126º

como diz o Professor Castro Mendes, mesmo nos casos em que os poderes do juiz dispensam a formulação de pedidos subsidiários, por já os abrangerem (citando, a propósito, o artº 661º, 1, do Código de Processo Civil, a *contrario sensu*), nada impede a sua admissibilidade, querendo o autor, *mutatis mutandis*, o órgão de iniciativa (cfr. Direito Processual Civil, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, vol. II, pg. 321), pois,

127º

Quod abundat non nocet.

128º

Nestes termos, caso o Tribunal Constitucional entenda não procedente a argumentação acima aduzida quanto à não identidade do âmbito do artº 119º, 1 e 2, forçoso é reconhecer que

129º

no artº 119º, 1 estão incluídas as Assembleias das autarquias locais.

130º

Logo, e seguindo a opinião contrária à perfilhada acima, também para efeitos do artº 119º, 2 se deverão considerar abrangidas estas assembleias.

131º

Como, sem sombra de dúvida, as mesmas assembleias estão sujeitas ao disposto no artº 22º, 2 do Código de Procedimento Administrativo, *ex vi* artº 2º, 2,

132º

independentemente da existência ou não da lei especial (cfr. nº 97 e segs.),

133º

temos que o mesmo artº 22º, nº 2, *in fine*, do Código de Procedimento Administrativo é inconstitucional enquanto aplicável às assembleias das autarquias locais.

134º

Freitas do Amaral e outros (Código de Procedimento Administrativo anotado, Almedina, Coimbra, 1992, pg. 55) perfilham a conclusão da inaplicabilidade do regime traçado no artº 22º, nº 2, *in fine*, as "assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local",

135º

numa alusão clara ao disposto no artº 119º, 1 da C.R.P. que, assim, estendem, quanto ao seu âmbito, ao nº 2 do mesmo artigo.

136º

Para além de não podermos integrar todas as assembleias referidas por estes autores, no artº 2º, 2 do Cód. de Procedimento Administrativo,

137º

a verdade é que estes autores chegam a esta conclusão por uma interpretação restritiva, imposta pela Constituição, num arremedo de interpretação conforme a Constituição.

138º

Ora o princípio da interpretação conforme à Constituição funciona entre duas interpretações da norma, quando uma seja conforme à Constituição e a outra desconforme.

139º

O requisito adicional a fazer é o da possibilidade ou adequação de ambas as interpretações à norma em causa.

140º

Já que não é permitido criar entorses à vontade legislativa, mesmo sob o pretexto da conservação dos actos jurídico-públicos, sob pena de se violar a separação e interdependência dos órgãos do poder (artº 114º, 1 da Constituição).

141º

Não parecendo possível a interpretação restritiva feita por aqueles autores, não poderá haver lugar a qualquer aplicação do princípio de interpretação conforme à Constituição.

142º

Quanto às assembleias que integram a Administração autárquica procedem as razões de inconstitucionalidade, sendo elas

143º

as assembleias de freguesia, as municipais e as regionais, como órgãos das autarquias locais que aso (cfr. artº 238º, 1 da C.R.P.),

144º

isto, independentemente de as Regiões Administrativas e, concomitantemente, os seus órgãos, estarem em concreto instituídos e instalados ou não.

145º

A estas assembleias há ainda que aditar as assembleias distritais.

146º

Embora o seu carácter de autarquia local seja controverso (contra, Amaral, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, I, pg. 535, a favor, dubitativamente, Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, pg. 1074, anot. 2 e 4 ao artº 291º),

147º

parece ser de aplicar a estas assembleias o regime das assembleias nas autarquias locais (cfr. Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, pg. 539, anot. 1 ao artº 119º), enquanto não se extinguirem pela instalação em concreto das regiões administrativas (cfr. artº 291º, 1 da Constituição).

148º

Deste modo, a norma da parte final do artº 22º, 2 do C.P.A. é inconstitucional por violação do artº 119º, 2, de modo parcial e originário.

149º

Trata-se de um segmento ideal da norma que contraria a C.R.P. e, por isso mesmo, enquanto segmento autonomizável da norma poderá ser alvo de uma decisão de inconstitucionalidade, como reconheceu o Tribunal Constitucional, no Ac. 143/85 (D.R., I, 202, 3.4.1985),

150º

apesar de, tal como aqui, a parte da norma que se tem por inconstitucional não possuir "autonomia no enunciado semântico do preceito..."

151º

De notar, que o conceito de inconstitucionalidade parcial agora utilizado é diverso do empregue *supra* (nº 94).

152º

No caso referido *supra* (nº 94), trata-se de inconstitucionalidade que vicia um segmento do enunciado linguístico expresso.

153º

No caso ora apresentado, trata-se da inconstitucionalidade que vicia um segmento ideal da norma, sem correspondência no enunciado linguístico ou em parte dele. (Cfr., para esta distinção, Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 3ª ed., pg. 338; sobre este 2º tipo de inconstitucionalidade parcial, cfr. Ac. TC 143/85, já citado).

154º

Dado que a declaração de invalidade pedida reduz o âmbito da norma, que não o seu alargamento, não se coloca a questão de admissibilidade de o TC poder emitir uma declaração deste tipo, v.g., pelo risco possível de intromissão abusiva na esfera legislativa (cfr. Canas, Vitalino, Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional - os seus efeitos em particular, 1984, pg. 91).

CONCLUSÃO

1) Nestes termos requer-se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, de modo parcial e originário, da norma constante do artº 22º, nº 2 do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei 442/91, de 15 de Novembro, na parte em que prevê a possibilidade de órgãos colegiais integrados na Administração Pública poderem deliberar com um *quorum* menos exigente, em 2ª convocatória, por violação do artº 119º, 2 da C.R.P..

Em consequência, requer-se a declaração da insubsistência da parte da norma contida no artº 22º, 1, na medida em que faz restringir o seu âmbito à primeira convocatória das reuniões dos órgãos colegiais.

2) Caso assim não se entenda, requer-se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da mesma norma, na parte em que pretende estender o regime citado as assembleias da administração autárquica, designadamente, às assembleias de freguesia, às assembleias municipais, às assembleias distritais, enquanto existirem, e às assembleias regionais, quando existirem.

***

R-2226/85
D.I.-91

O Provedor de Justiça no uso da competência que lhe advém da al) d), do nº 2, do artº 281º da Constituição e nos termos do nº 1 do artº 51º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, requer ao Tribunal Constitucional seja declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas nos seguintes preceitos:

a) artº 8º, nº 1, al) b) do Decreto-Lei nº 351/83, de 1 de Agosto, na sua versão primitiva e na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 462/85, de 4 de Novembro;

b) nºs 1, 2 e 4 do nº 2º da Portaria nº 31-M/85, de 12 de Janeiro, rectificada pela Portaria nº 61/85, de 30 de Janeiro;

c) artº 6º do Decreto-Lei nº 202/86, de 22 de Julho;

d) artº único do Decreto-Lei nº 412/90, de 31 de Dezembro;

e) artºs. 1º e 3º do Decreto-Lei nº 21/93, de 26 de Janeiro;

Funda-se no seguinte:

1º

A Portaria nº 31-M/85 determinou no nº 1 do seu nº 2º que "nos fornecimentos de energia eléctrica facturados pelas tarifas de alta, média ou baixa tensão será aplicado um adicional para o Fundo de Apoio Térmico no valor de 8% da facturação total relativa à venda de energia eléctrica, abrangendo, nomeadamente, as receitas da energia activa, potência, energia reactiva e taxas de acesso a tarifas diferentes das da tensão de entrega" (rectificação da Portaria nº 61/85).

2º

E a mesma Portaria nº 31-M/85 estatuiu no nº 2 do respectivo nº 2º que "nos fornecimentos de energia eléctrica em média ou alta tensão com facturação pela tarifa de muito alta tensão será aplicado um adicional à respectiva taxa mensal de acesso no valor de 325$00 por Kilowatt de potência contratada" (rectificação da Portaria nº 61/85).

3º

A receita resultante da aplicação daqueles adicionais na facturação da EDP - Electricidade de Portugal, EP foi afectada pelo nº 4 do nº 2º da Portaria nº 31-M/85 ao Fundo de Apoio Térmico, nos termos do Decreto-Lei nº 351/83, de 1 de Agosto.

4º

O Fundo de Apoio Térmico era uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica e de autonomia administrativa e financeira, criada pelo citado Decreto-Lei nº 351/83, e funcionava na dependência da EDP - Electricidade de Portugal, EP, regendo-se pelas disposições daquele diploma e, subsidiariamente, pela legislação aplicável aos fundos autónomos que o não contrariasse (artº 1º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 351//83).

5º

Criado com uma função "de estabilização da economia correspondente à produção de energia eléctrica, atenuando os efeitos que sobre ela produzirem as irregularidades climáticas", como dizia o preâmbulo do Decreto-Lei nº. 351//83, foi confiado ao Fundo de Apoio Térmico o "objectivo de assegurar a correcção dos resultados da EDP, através dos diferenciais entre o custo económico da produção de energia eléctrica pela EDP e o valor de referência correspondente ao custo económico calculado em função de condições hidrológicas consideradas médias (custo económico de referência)" (artº 2º, nº 1, do referido diploma).

6º

Como receitas do Fundo de Apoio Térmico foram-lhe atribuídas, além de outras receitas, "os adicionais à tarifa de venda de energia eléctrica no continente, de natureza eventual e variável, fixados por portaria dos Ministros das Finanças e do Plano e da Indústria e Energia, sob proposta do FAT, destinados a acorrer a situações de notória anormalidade "(artº 8º, nº 1, al. b), do Decreto-Lei nº 351-/83, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 462/8, de 4 de Novembro).

7º

E estabeleceu-se que "os adicionais são calculados em termos de o equilíbrio financeiro do FAT ser alcançado a prazo compreendido entre 5 e 10 anos" (artº 8º, nº 4, do Decreto-Lei nº 351/83, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 462//85).

8º

Em face dos elementos acima alinhados, torna-se visível que os adicionais criados pela al. b) do nº 1 do artº 8º do Decreto-Lei nº 351/83 (com as alterações do Decreto-Lei nº 462/85) e pelos nºs 1, 2 e 4 do nº 2º da Portaria nº 3-M/85 (com as rectificações introduzidas pela Portaria nº 61/85) não tinham a natureza jurídica de "taxa" que correspondia às "tarifas" cuja cobrança total constituía a base de aplicação dos mesmos adicionais.

9º

Com efeito, aquelas "tarifas" correspondiam directamente ao preço que os consumidores pagavam pelos fornecimentos de energia eléctrica que os distribuidores lhes faziam em alta, média ou baixa tensão (e em cuja facturação global entravam, nomeadamente, a taxa de energia, a taxa mensal de potência e a taxa mensal de acesso a tarifa de tensão diferente da de entrega), enquanto que os referidos adicionais constituíam um encargo especificamente criado e destinado a assegurar o equilíbrio financeiro do Fundo de Apoio Térmico (face ao elevado défice por ele acumulado em anos anteriores), não correspondendo, pois, e obviamente, a qualquer bem ou serviço cuja prestação por aquele Organismo aos consumidores de energia eléctrica achasse contrapartida no aludido encargo.

10º

Faltava, assim, aos adicionais em causa o sinalagma que confere às "taxas" (e às "tarifas") um carácter não unilateral e se traduz numa equivalência jurídica (embora não necessariamente económica) de contraprestações recíprocas da Administração Pública e dos particulares (as quais podem ter como facto constitutivo tanto a prestação de uma actividade, como a utilização de bens do domínio público ou a remoção de um limite jurídico à actividade dos particulares).

11º

E, na ausência de tal nexo sinalagmático, os questionados adicionais configuram-se como prestações patrimoniais unilaterais, que são características dos impostos (e de outras receitas ditas parafiscais caracterizáveis como verdadeiros impostos), enquanto prestações patrimoniais coactivas que não se encontram entrelaçadas com quaisquer outras obrigações recíprocas de que constituam contrapartida.

12º

Efectivamente, revela-se incontroverso que à obrigação de pagamento, pelos consumidores, dos adicionais aplicados nos fornecimentos de energia eléctrica facturados pelas tarifas de alta, média ou baixa tensão, bem como nos fornecimentos de energia eléctrica em média ou alta tensão, com facturação pela tarifa de muito alta tensão, não correspondia, por parte do Fundo de Apoio Térmico, que arrecadava a receita dai resultante, qualquer obrigação recíproca com o mesmo fundamento e que fosse a contrapartida das prestações patrimoniais obtidas através dos adicionais em foco.

13º

Ora, assumindo os adicionais criados pela al). b), do nº 1, do artº 8º, do Decreto-Lei nº 351/83 (com as alterações do Decreto-Lei nº 462/85) e pelos nºs 1, 2 e 4, do nº 2º da Portaria nº 31-M/85 (rectificada pela Portaria nº 61/85) a natureza de verdadeiros impostos, seguir-se-á que a sua instituição só poderia ter lugar através de lei formal ou de diploma do Governo emanado no uso de autorização legislativa - que não existiu -, visto a matéria respeitante à "criação de impostos e sistema fiscal" constituir reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artº 168º, nº 1, al). i), da Constituição).

14º

Com efeito, o artº 1º, nº 1, do Decreto-Lei nº 344-A/82, de 1 de Setembro, invocado na Portaria nº 31-M/85, atribuiu ao Ministro da Indústria e Energia competência para fixar, por portaria, os "preços de venda" da energia eléctrica (abrangendo nesses preços o resultado global da aplicação das respectivas fórmulas e as componentes destas), mas não lhe permitiu criar impostos sobre a venda de energia eléctrica.

15º

Por outro lado, os mencionados adicionais também não podiam ser validamente instituídos ao abrigo do Decreto-Lei nº 351//83, de 1 de Agosto, igualmente invocado na Portaria nº 31-M//85, já que a al). b) do nº 1 do artº 8º daquele primeiro diploma - porque não emanada a coberto de autorização legislativa que para o efeito houvesse sido concedida ao Governo - colidia com os preceitos constitucionais em vigor, ao criar como receitas próprias do Fundo de Apoio Térmico adicionais às "tarifas" de venda de energia eléctrica que assumiam a natureza de verdadeiros impostos e para cuja fixação, por Portaria, se atribuiu competência aos Ministros das Finanças e do Plano e da Indústria e Energia (de acordo com a redacção dada a norma em causa pelo Decreto-Lei nº 462//85, de 4 de Novembro).

16º

E assim se concluirá que a criação dos adicionais referidos na al). b), do nº 1 do Decreto-Lei nº 351/83 (alterado pelo Decreto-Lei nº 462/85 (rectificada pela Portaria nº 61/85), padecem, desde a sua origem, de inconstitucionalidade orgânica face ao estatuído no artº 168º, nº 1, al). i), da Constituição, por falta de autorização ao Governo para legislar sobre tal matéria.

17º

O Fundo de Apoio Térmico veio a ser extinto pelo Decreto-Lei nº 202/86, de 22 de Julho, o qual transferiu as atribuições e competências daquele Organismo, tem como a universalidade das suas obrigações e direitos, para a EDP - Electricidade de Portugal, EP (artºs 1º e 2º do citado diploma).

18º

No entanto, o artº 6º do Decreto-Lei nº 202/86 manteve em vigor, até 31 de Dezembro de 1990, o adicional de 8% sobre a factura de electricidade fornecida em alta, média e baixa tensão, nos termos da Portaria nº 31-M/85, determinando que a sua receita passasse a pertencer a EDP - Electricidade de Portugal, E.P.

19º

O adicional veio a assumir o valor de 8% ou 417$00/KW, respectivamente, para os fornecimentos referidos nos nºs 1 e 2, do nº 2 da Portaria nº 31-M/85, com as rectificações introduzidas pela Portaria nº 61/85.

20º

O prazo da sua vigência foi prorrogado até 31 de Dezembro de 1992 pelo ulterior Decreto-Lei nº 412/90, de 31 de Dezembro e, mais recentemente, até 31 de Dezembro de 1993 pelo Decreto-Lei nº 21/93, de 26 de Janeiro, o qual reduziu o valor do adicional em causa para 4%, nalguns casos.

21º

A manutenção do adicional em causa continuou a visar a progressiva regularização do elevado défice do ex-Fundo de Apoio Térmico existente à data da respectiva extinção, como confessou o preâmbulo do Decreto-Lei nº 412/90 e emerge também, do proémio do Decreto-Lei nº 21/93.

22º

Apenas passou a constituir uma receita própria da EDP - Electricidade de Portugal, EP (entretanto, transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, denominada EDP - Electricidade de Portugal, S.A.), a qual presta um serviço aos seus utentes onerados com o pagamento do mesmo adicional, fornecendo-lhes energia eléctrica sobre cuja facturação é aplicado tal encargo.

23º

Nem de tal sorte se verificou a descaracterização do adicional em referência como imposto, porquanto, embora de forma mais dissimulada, inexiste qualquer relação sinalagmática (prestação/contrapartida) que falta ao conceito do aludido tributo, independentemente de qual seja a destinação financeira da receita proveniente do adicional.

24º

A unilateralidade que caracterizava o adicional definido pelo artº 8º, nº 1, al) b) do Decreto-Lei nº 351/83, de 1 de Agosto (com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 462/85, de 4 de Novembro - ou sem ela), completado pelos nºs. 1, 2 e 4, do nº 2, da Portaria nº 31-M/85, de 12 de Janeiro, mantém-se com o Decreto-Lei nº 202/86, de 22 de Julho.

25º

Muito embora o destinatário das receitas deixe de ser o Fundo de Apoio Térmico, dando lugar a prestadora do fornecimento de energia eléctrica (sobre cuja facturação já recaia o adicional), continua a não ser observado qualquer nexo de correspectividade entre os 8% cobrados (ou 4% nos casos do artº 2º, do Decreto-Lei nº 21/93, de 26 de Fevereiro) e o bem ou utilidade directamente retirada pelos consumidores.

26º

Se a ausência de uma relação sinalagmática era evidente até à publicação do Decreto-Lei nº 202/86, de 22 de Julho, o certo é que ela não surge do simples facto de passar a EDP a beneficiar do tributo proporcional às tarifas que aplica.

27º

Como se reconheceu no Acórdão nº 76/88 do Tribunal Constitucional (DR, I, 21.04.1988, p. 1553), "o que releva para definição da relação sinalagmática, característica da taxa, não é propriamente a destinação financeira das receitas obtidas, mas antes a prestação, aos sujeitos tributados de um serviço".

28º

Ora, não pode deixar de entender-se que ao adicional em causa não corresponde qualquer prestação adicional de um serviço.

29º

Em conclusão, tem-se por certo que a criação e cobrança dos adicionais referidos na al). b), do nº 1, do artº 8º do Decreto-Lei nº 351/83, de 1 de Agosto (na sua redacção primitiva e na versão introduzida pelo Decreto-Lei nº 462/86, de 4 de Novembro), bem como os nºs 1, 2 e 4, do nº 2 da Portaria nº 31-M/85, de 12 de Janeiro (rectificada pela Portaria nº 61/85, de 30 de Janeiro) padecem de inconstitucionalidade orgânica, por ofensa do disposto no artº 168º, nº 1, al). i), da Constituição.

30º

Do mesmo vício padece a norma contida no artº 6º do Decreto-Lei nº 202/86, de 22 de Junho, cuja eficácia foi prolongada pelo artº único do Decreto-Lei nº 412/90, de 31 de Dezembro e pelos artºs 1º e 30º do Decreto-Lei nº 21/93, de 26 de Fevereiro.

31º

Declarada a inconstitucionalidade das normas em apreço, deverá, porém, o Tribunal Constitucional, no âmbito da margem de apreciação que lhe confere o artº 282º, nº 4 da Constituição, ponderar os interesses e valores em questão.

32º

Não deixará, certamente, o Tribunal Constitucional de examinar o interesse público na conservação da vigência passada destas normas, a fim de observar e qualificar o relevo que possa assumir. A declaração de inconstitucionalidade, reportando-se à entrada de tais normas em vigor, implicaria, por certo, onerosas indemnizações a cargo de entidades públicas, comprometendo, porventura seriamente, as finanças da EDP - Electricidade de Portugal, S.A., prestadora de um serviço público essencial.

33º

Caso assim venha a ser sufragado, sempre manterá interesse a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do rol das normas citadas, de modo a produzir efeitos *ex-nunc* e a prevenir novas criações e cobranças de encargos semelhantes, em idênticas condições.

Nestes termos e de acordo com os motivos enunciados, o Provedor de Justiça requer ao Tribunal Constitucional que declare, com força obrigatória geral, as normas *supra* referidas por violação directa do artº 168º, nº 1, al). i), dando lugar a uma situação de inconstitucionalidade orgânica.

***

R.32l4/87
D.I.164

O Provedor de Justiça, no uso dos poderes que a Constituição lhe confere, através da al). d), do nº 2, do seu artº 281º e nos termos do artº 51º, nº 1, da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade das normas contidas nos seguintes preceitos:

a) artº 37º do Regulamento Disciplinar dos Funcionários Civis, aprovado por decreto de 22 de Fevereiro de 1913;

b) artº 36º do Decreto-Lei nº 48953, de 5 de Abril de 1969, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 461/77, de 24 de Outubro.

Entende o Provedor de Justiça serem violadoras das normas e princípios constitucionais enunciados na fundamentação que ora se expõe:

1º

À referida norma contida no artº 37º do RDFC (aprovado por decreto de 22 de Fevereiro de 1913) é reconhecida a produção de efeitos relativamente ao pessoal da Caixa Geral de Depósitos, por via do disposto no artº 36º do Decreto-Lei nº 48953, de 5 de Abril de 1969, na redacção que lhe deu o Decreto-Lei nº 461/77, de 24 de Outubro.

2º

A remissão efectuada por esta última norma permite à Administração da Caixa Geral de Depósitos, E.P., em sede de processo disciplinar, desligar do serviço o funcionário arguido, com a consequência de perda do vencimento ou de parte dele.

3º

Inverte-se, assim, a presunção de inocência que assiste ao arguido, nos termos do artº 32º, nº 2, da Constituição.

4º

Tal presunção não deve cingir-se ao processo penal, antes merecendo acolhimento nos demais processos sancionatórios.

5º

A simples garantia de audiência e defesa prevista pelo nº 3 do artº 269º representa, tão só, uma aparente vulnerabilidade da posição jurídica do arguido em processo disciplinar movido pela Administração Pública, por comparação com o processo criminal.

6º

"A alusão expressa à garantia de audiência e defesa em processo disciplinar não significa que a isso se reduzam os direitos dos trabalhadores nesse processo".
(Canotilho, Gomes e Moreira, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 3ª ed. 1993, p. 947)

7º

A presunção de inocência há-de reconhecer-se como fundamental para o arguido em processo disciplinar. Situá-la à margem do artº 269º, nº 3 (CRP) significaria retirar as garantias de defesa ali previstas parte substancial do seu conteúdo útil.

8º

A defesa do arguido em processo disciplinar não comporta apenas as manifestações activas de contraditar a argumentação expendida por quem exerce o poder de disciplina.

9º

Na sua real extensão, compreende também uma faceta passiva ou negativa que assiste ao arguido de ser tido como não culpado até ao momento da decisão.

10º

Em processo disciplinar a posição do arguido exige, pois, o benefício de ser presumido inocente até ao termo daquele.

11º

Ao invés, o artº 37º do RDFC, mais que retirar-lhe tal defesa, faz recair sobre o arguido uma verdadeira presunção de sinal contrário - uma presunção de culpa com as consequências patrimoniais e pessoais *supra* mencionadas.

12º

Ficam, como tal, atingidas as garantias de defesa que assistem ao arguido por via do artº 269º, nº 3, da Constituição, compreendido à luz do princípio constitucional do artº 32º, nº 2.

13º

Ainda que assim não fosse, contudo, sempre o aludido preceito se revela inconstitucional, porquanto se afasta de uma qualquer relação de proporcionalidade entre a medida coactiva e eventuais fins legítimos visados.

14º

A norma em questão - do artº 37º do RDFC - e, por razões idênticas, a norma do Decreto-Lei nº 48953, de 5 de Abril de 1969 que para ela remete, atentam contra o princípio constitucional da proporcionalidade, no seu significado de proibição do excesso.

15º

A aplicação deste princípio ao caso vertente não deixa margem para dúvidas, tanto pelo respeito que lhe é devido pelos órgãos e agentes administrativos no exercício das suas funções (artº 266º, nº 2, CRP) - e o exercício do poder disciplinar é-o certamente -, como também por força do regime das restrições a direitos, liberdades e garantias (artº 18º, nº 2, da CRP).

16º

Com efeito, em parte alguma se exige, sequer, um mínimo de correspectividade entre os factos indicados (susceptíveis de fazer desencadear um processo disciplinar contra certo funcionário) e a medida prevista materialmente no artº 37º do citado regulamento.

17º

Em momento anterior ao de uma eventual condenação em processo disciplinar, independentemente da pena que venha a ser infligida, poderá o arguido ser desligado do serviço ser-lhe retirada parte ou a totalidade do seu vencimento.

18º

Significando o princípio da proporcionalidade, enquanto corolário de um Estado de Direito (artº 2º CRP), o uso moderado, razoável e adequado do poder disciplinar, não poderá permitir a Constituição que uma norma de direito ordinário preveja como possível o uso desproporcionado do poder disciplinar.

19º

Poderia argumentar-se, abono da conformidade constitucional desta norma não ser, ela em si, desproporcionada. Sê-lo-íam apenas os actos do poder disciplinar que dela fizessem um uso imoderado, desnecessário ou não razoável.

20º

Restaria sempre ao arguido opôr-se ao acto que o desligasse do serviço ou lhe amputasse o direito ao vencimento, quer directamente quer na impugnação do acto final do procedimento disciplinar.

21º

Todavia, não será bem assim. Nem é pela eventualidade de a perda do vencimento poder vir a ser reparada ou levada em conta na decisão final que a natureza e a desproporção da medida em causa sofrem alguma alteração na sua essencialidade.

22º

Não obstante essa possibilidade, o princípio da proporcionalidade continuará violado - violado, desde logo, pela norma que admite esta sanção sem estarem verificados os pressupostos que revelem qualquer medida de proporcionalidade.

23º

Foi, aliás, neste sentido que o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a norma em apreço, na parte em que permite a perda total do vencimento do funcionário desligado do serviço por contra ele haver sido instaurado processo disciplinar (cfr. Ac. nº 198/90, procº nº 82/89, publicado em DR, II, 17.01.1991).

> Nestes termos, por considerar serem inconstitucionais as normas do artº 37º do Regulamento Disciplinar dos Funcionários Civis, aprovado por decreto de 22 de Fevereiro de 1913 e do artº 36º do Decreto-Lei nº 48953, de 5 de Abril de 1969 (na redacção constante do Decreto-Lei nº 461/77, de 24 de Outubro) ao violarem directa e materialmente, por um lado, o princípio de presunção do arguido em processo disciplinar (resultante da leitura concertada dos artºs 32º, nº 2 e 269º, nº 3, ambos da Constituição) e, por outro, o princípio da proporcionalidade (artºs 18º, nº 2 e 266º, nº 2 da Constituição), requeiro ao Tribunal Constitucional a declaração da sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

***

R-1321/89

O Provedor de Justiça, no exercício da competência que o artº. 281º, nº 2, al). d), da Constituição lhe confere, requer a fiscalização da constitucionalidade das normas contidas no artº 4º do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho e no nº 7, al). a) da Portaria nº 162/76, de 24 de Março, por entender serem estas normas inconstitucionais por ofensa ao princípio da igualdade, consagrado no artº 13º da Constituição.

Para tanto, fundamenta a sua posição nos motivos que ora se expõem:

I

DO ALCANCE E EXTENSÃO DAS NORMAS VISADAS

1º

As normas que são objecto deste pedido ofendem o princípio constitucional da igualdade por produzirem uma cisão, infundadamente, dentro de um conjunto de indivíduos com as mesmas características e na mesma situação - deficientes das Forças Armadas em resultado do tempo de serviço prestado em campanha no decurso da Guerra Colonial (1961-1974).

2º

Dentro do universo dos referidos deficientes das Forças Armadas (DFA), encontram-se, actualmente, muitos deles, em situação de reforma extraordinária/pensão de invalidez, nos termos e para os efeitos dos artºs 38º, 54º, 118º, nº 2 e 127º e segs. do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro.

3º

Até à aprovação do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro a aposentação extraordinária/pensão de invalidez (esta última destinada a militares que não fossem subscritores da Caixa Geral de Aposentações) surgia como opção a todos quantos ficassem diminuídos por acidente de serviço, em alternativa ao desempenho de funções em regime que dispense plena validez.

4º

Este regime resultava da aplicação dos Decretos-Lei nº 44995, de 24 de Abril de 1963, nº 45684, de 27 de Abril de 1964 e da Portaria nº 21776, do Ministério do Exército, de 7 de Janeiro de 1966, entre outros diplomas legais e regulamentares.

5º

A aposentação extraordinária, bem como a pensão de invalidez, tem a base do seu cálculo em remuneração de carácter permanente correspondente ao último posto no activo (artº 3º do Decreto-Lei nº 45684, de 27 de Abril de 1964 e artº 121º, nº 1 do Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro).

6º

A publicação do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Maio, para além de envolver um alargamento subjectivo do âmbito de aplicação do regime, trouxe consigo um acréscimo significativo de benefícios e regalias aos deficientes das Forças Armadas.

7º

De novo, ficou consagrado o direito de opção entre a permanência na situação de activo e a passagem à reforma extraordinária (artº 1º, do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Maio).

8º

Quanto aos militares a quem não haja sido reconhecida a diminuição de capacidade, de acordo com os critérios definidos - primeiro no artº 1º do Decreto-Lei nº 44995, de 24 de Abril de 1963, depois, nos artºs 1º e 2º do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Dezembro - , restar-lhes-ia a permanência no activo ou a passagem à reserva, à disponibilidade ou aos quadros complementares.

9º

Em muitas situações desta espécie foi verificado pelas autoridades médicas competentes não existir um nexo de causalidade, necessário nos termos da legislação então vigente, entre a diminuição e a campanha militar.

10º

A publicação do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro deixou expresso o reconhecimento de ter a legislação anterior dado azo "a situações contraditórias, como a marginalização dos inválidos da 1ª Grande Guerra" e ter criado "injustiças aos que se deficientaram nas campanhas pós-1961", como se pode ler no preâmbulo daquele diploma.

11º

Adiantando-se à Constituição que viria a ser aprovada no mesmo ano, o Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, marcou, segundo cremos, um compromisso com os objectivos apontados ao Estado em matéria de reabilitação e integração dos deficientes (artº 71º, nº 2, CRP).

12º

Como exemplos desta iniciativa do legislador merecem destaque: um novo alargamento do conceito de DFA (artºs 1º e 2º do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro) e o conjunto de direitos e regalias assinaladas no artº 14º.

13º

Foi reconhecida a actualização automática tanto de pensões de reforma extraordinária, como de pensões de invalidez (artº. 12º, nº 1).

14º

Este diploma admitiu imediatamente, como deficientes das Forças Armadas os militares considerados como tal ao abrigo da legislação anterior (artº 18º, nº 1).

15º

Por outro lado veio permitir a comunicação do estatuto garantido aos DFA às situações de diminuição ou incapacidade constituídas no passado, à luz dos novos critérios, mediante revisão do seu processo.

16º

Estão neste caso todos aqueles que viram recusado o seu reconhecimento como beneficiários da passagem à reforma extraordinária/pensão de invalidez ou ao desempenho de serviços moderados, pelas competentes juntas médicas, na vigência da legislação anterior.

17º

Na sequência da publicação do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro foram aprovados dois diplomas regulamentares, cuja importância para o assunto em questão é primordial.

18º

Trata-se das Portarias nºs 94/76, de 24 de Fevereiro e 162//76, de 24 de Março, as quais disciplinam, respectivamente, os serviços moderados e as situações transitórias.

19º

Aliás, uma das normas desta última portaria é objecto do presente pedido de fiscalização.

20º

O desenvolvimento do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, no que toca à situação dos beneficiários de revisão do processo, veio permitir-lhes o regresso ao serviço activo [nº. 8, al). a) da Portaria nº 162/76, de 24 de Março].

21º

Este meio permite obter aos mesmos a reconstituição da sua carreira, tal qual estaria se não tivessem estado desligados do serviço activo [nº 8º, al). e) da Portaria nº 162/76, de 24 de Março].

22º

Após o seu regresso ao activo efectivo fica-lhes facultada a aposentação extraordinária, a qual será, naturalmente, calculada já de acordo com a reconstituição da carreira entretanto operada [nº 8, al) c), *idem*].

23º

Os militares destinatários a faculdade de requerer a revisão do processo - em situação de reserva, de disponibilidade, de quadro complementar ou até de reforma ordinária - ficam, assim, habilitados a escolher o momento mais adequado para o reingresso, acompanhando as promoções dos seus congéneres no activo.

24º

Após o regresso ao activo, para que se torne admitida a passagem à reforma extraordinária, é exigido, em regra geral, o cumprimento de uma série de requisitos (nº 8, alínea a), da Portaria nº 162/76, de 24 de Março).

25º

Dentro destes avulta o cumprimento mínimo de um ano de serviço efectivo.

26º

No entanto, esta regra sofre excepções muito vastas.

27º

Desde logo, o pedido pode ser efectuado, por alguns, antes do termo de um ano (nº 8, al) c), da Portaria nº 162/76 de 24 de Março).

28º

Por outro lado, os militares que se encontravam na reserva, nos quadros complementares, na disponibilidade ou na situação de reforma ordinária, cuja revisão do processo tenha tido um resultado positivo, reintegrados no serviço activo e com a carreira reconstituída ficam dispensados de cumprir os requisitos da al). a) do nº 8 da Portaria nº 162/76 de 24 de Março (cfr. nº 10-b); nº 11-b); nº 12-B), da mesma portaria).

29º

E, se dúvidas houvesse quanto ao modo de cálculo das pensões de reforma extraordinária/pensão de invalidez após esta transição pelo activo - a qual pode ser muito fugaz, como observámos -, sempre seriam dissipadas pela Portaria nº 94/76, de 24 de Fevereiro, através do seu nº 9:

> "Os militares que optarem pela continuação na situação do activo em regime que dispense plena validez podem, mediante declaração, no prazo de um ano, passar à situação de reforma extraordinária se dos quadros permanentes, ou pensão de invalidez, se dos quadros de complemento ou não permanentes, <u>sendo-lhes atribuída a pensão correspondente ao posto em que nessa data se encontrem promovidos ou graduados</u>". (sublinhado nosso)

30º

Além do mais, a escolha do momento mais conveniente ou adequado para transitar pelo activo fica garantida pela intemporalidade do pedido de revisão.

31º

Embora inicialmente tenha sido fixado um prazo de cento e oitenta dias (nº 3 da Portaria nº 162/76, de 24 de Março), o certo é que tal prazo foi sucessivamente prorrogado.

32º

Finalmente, com a publicação da Portaria nº 114/79, de 12 de Março, admitiu-se *sine die* o pedido de revisão do processo.

33º

Ao invés, aqueles cuja deficiência fora reconhecida até às vésperas da publicação do novo regime e - dentro destes - os que se encontravam já em situação de reforma extraordinária, permaneceram à margem da nova situação atrás descrita.

34º

O Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro aplica-se automaticamente (vd. artº 18º, nº 1), excepto no benefício de reingresso no activo e na consequente vantagem de reconstituição da carreira.

35º

Contudo, a norma contida na al). a) do nº 7 da Portaria nº 162/76, de 24 de Março produz o efeito de lhes bloquear estes benefícios.

36º

Veda-lhes o direito de opção, tanto nos termos da legislação actualmente vigente, como de acordo com o Decreto-Lei nº. 210/73, de 9 de Maio.

37º

Este bloqueamento, contudo, revela-se noutro aspecto: a norma do artº 4º do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro (nos termos da rectificação publicada em DR, I Série, de 16 de Março de 1976).

38º

Esta norma, também ela objecto do presente pedido de fiscalização, impede quaisquer alterações nas pensões de reforma dos mesmos DFA.

39º

O Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho, operou a sua graduação "no posto a que teriam ascendido se não tivessem mudado de situação" (cfr. artº 1º), i.e., se não tivessem sido extraordinariamente aposentados.

40º

A graduação não teve quaisquer efeitos patrimoniais nas esferas jurídicas destes militares. Tão só lhes foi reconhecido um posto superior para efeitos honoríficos.

41º

Como resultado da discrepância que o novo regime veio trazer, ao excluir os DFA que já o eram, é de admitir, por hipótese, hoje, que dois oficiais que sofreram o mesmo acidente, com consequências semelhantes e que se encontravam no mesmo posto, com a mesma antiguidade, se encontrem hoje auferindo pensões de reforma extraordinária com valores muito diversos. Por exemplo, um vencerá como coronel, o outro como capitão.

42º

A explicação residirá, simplesmente, no *iter* que cada um deles percorreu com a consequente aplicação de regras diversas, sendo certo que a aplicação de umas e outras disposições escapou por inteiro a sua livre escolha e a previsibilidade que razoavelmente se lhes poderia exigir.

43º

O primeiro, retomando a hipótese atrás configurada, após o acidente, fora sujeito a exame médico e vira-lhe recusada a qualificação descrita nos termos legais então em vigor (artº 1º do Decreto-Lei 44995, de 24 de Abril de 1963; artº 1º do Decreto-Lei nº 45684, de 27 de Abril de 1964; artº 1º do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Maio).

44º

Transitou então para a reserva, ao abrigo das normas gerais respeitantes a essa matéria.

45º

Publicado o Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro pediu a revisão do seu processo; veio a ser considerado DFA (de acordo com os artºs 1º e 2º deste diploma) e reingressou no activo.

46º

Nele permaneceu o tempo estritamente indispensável - nem sequer um ano de serviço efectivo, como se observou ser possível (*supra*, 28) - e aposentou-se como coronel.

47º

Ainda que por hipótese, admita-se que tudo isto ocorreu no mês de férias a que teve direito, no âmbito do trabalho que presta civilmente.

48º

E aposentou-se de acordo com a remuneração de coronel porque aguardou a promoção do militar que, dentro do seu quadro ou classe, imediatamente o antecedia em antiguidade, o qual foi ascendendo normalmente na hierarquia respectiva sem nunca ter saído do serviço efectivo.

49º

O segundo, tal como este, foi apresentado a exame médico após o acidente, obteve o reconhecimento como diminuído em campanha e, em alternativa aos serviços que dispensem plena validez, optou pela passagem à reforma extraordinária.

50º

A sua pensão foi calculada de acordo com o vencimento que auferia (artº 3º do Decreto-Lei nº 45684, de 27 de Abril de 1964 e artº 121º, nº 1 do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro).

51º

Após a publicação do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho, foi graduado como coronel, mas por acção do artº 4º deste diploma não sofreu quaisquer alterações na sua pensão.

52º

Após a publicação do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, foi-lhe negada a faculdade de reingresso no activo (nº 7, al). a), da Portaria nº 162/76, de 24 de Março) e a inalterabilidade da pensão foi mantida.

53º

Compreende-se, assim, a cisão dentro do conjunto, o que não significa que ela seja admissível à luz do princípio da igualdade.

54º

Em favor da não inconstitucionalidade das normas visadas poderá objectar-se que também os DFA preteridos beneficiaram de uma faculdade de reingresso, nos termos do artº 15º do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Maio.

55º

Esta argumentação não deve ser colhida, porém. Isto, fundamentalmente, por duas ordens de razões.

56º

A primeira resulta da comparação entre o direito de opção consagrado em 1973 e o do regime de 1976, hoje vigente.

57º

Ao abrigo do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Março, a opção pelo activo foi condicionada pelo prazo de um ano (cfr. artº 15º deste diploma).

58º

Ao abrigo dos diplomas que regulamentaram o Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, essencialmente, com a publicação da Portaria nº 114/79, de 12 de Março, o prazo deixou de existir.

59º

Depois, a opção a exercer em 1973/74 situava-se, ainda no período da Guerra Colonial.

60º

Muito possivelmente, a opção pelo activo, ainda que em funções que dispensassem plena validez, implicaria uma alteração radical no curso das suas vidas, dos seus familiares e de outros dependentes, em termos tais que se torna difícil, por falta de rigor, a comparação com o actual sistema.

61º

Reconhecer um prejuízo patrimonial aos militares cuja qualificação como DFA fora recusada, por comparação com os que se encontravam já extraordinariamente aposentados, poderia levar a encontrar um fundamento material para justificar a desigualdade.

62º

Há-de ter-se presente, no entanto, que de acordo com o Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, nos termos do seu último parágrafo, houve e há lugar ao pagamento retroactivo das pensões de reforma, com efeitos a partir de 1 de Setembro de 1975.

63º

E isto é assim, sem que o legislador haja reconhecido sequer que o imperativo de justiça na revisão dos processos tivesse por base situações de erro material por parte da Administração.

64º

A revisão pretende, tão somente, aplicar o novo critério de DFA a situações que se encontravam já definidas - negativamente, é certo - no passado.

65º

Da situação de uns e outros deficientes (i.e. considerados automaticamente DFA por via do artº 18º, nº 1 do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro ou mediante revisão com base no artº 18º, nº 2 do mesmo diploma), sobressaem pois, situações de reforma extraordinária/pensão de invalidez profundamente desiguais.

66º

Tanto quanto resulta do *iter* legislativo descrito, a preocupação de justiça material que levou a rever processos de avaliação de deficiência, ultrapassou largamente o estatuto daqueles que beneficiaram da graduação operada nos termos do artº 1º do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho.

II

DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

§ 1º

DA VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO TRATAMENTO ARBITRÁRIO

67º

Estamos perante um caso de arbítrio legislativo, como se afirmou no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 12/88, quando se verifique:

> "... numa nítida falta objectiva de apoio material - constitucional para diferenciação efectuada pela medida legislativa." (Diário da República, I Série, 30.01.1988)

68º

A situação mantida pelas normas visadas conduz, precisamente, a uma situação arbitrária.

69º

A possibilidade de alteração das pensões de reforma das DFA depende, hoje, do momento em que os seus beneficiários viram reconhecida aquela qualidade: ou em processos anteriores à publicação do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro ou, em sede de revisão, posterior a este diploma.

70º

Ao critério não pode negar-se uma medida de fortuitidade redutora do princípio da igualdade.

71º

A razão da desigualdade emerge unicamente da ponderação de ordem político-legislativa, à margem de qualquer valor constitucional.

72º

Poder-se-ia tentar sustentar que o tratamento desigual descrito encontrava apoio, precisamente, numa obrigação de diferenciação, também ela corolário do princípio da igualdade (vd., por todos - Albuquerque, Martins de - Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência, Liv. Almedina, Coimbra, 1993, págs. 336 e segs.).

73º

A mera aparência desta argumentação ficou já contestada *supra* cfr. 54º e segs.

74º

Para proceder tal argumento a opção concedida aos beneficiários de revisão deveria ter uma medida semelhante, pelo menos, à do direito concedido em 1973 (artº 15º, do Decreto-Lei nº 210/73?, de 9 de Maio).

75º

O que, notoriamente, não sucede.

76º

A margem que separa os deficientes militares que podem dos que não podem fruir da reconstituição da sua carreira revela, afinal, uma natureza temporal: o momento da consideração como DFA.

77º

Tal como expressou, anteriormente, a jurisprudência constitucional, também aqui se torna possível afirmar que:

> "O anódino referencial que as separa é simples fronteira no tempo aleatoriamente traçada. As situações são equivalentes e, por isso, não se justifica que uma seja privilegiada em relação a outra sem qualquer base séria". (Tribunal Constitucional, Acórdão nº 203/86, DR. II Série, 26.08.1986).

78º

De resto, forçoso será reconhecer a homogeneidade do conjunto dos destinatários de um e do outro direito de opção.

79º

Todos eles são, em maior ou menor grau, vítimas de lesões sofridas nas campanhas militares coloniais de 1961 a 1974 ou em circunstâncias conexas.

80º

Todos eles são ex-militares das Forças Armadas, sujeitos de relações jurídicas com o Estado Português em tudo semelhantes.

81º

Todos beneficiam ou podem beneficiar de pensões de reforma extraordinária ou de pensões de invalidez militar em virtude dos pressupostos descritos em 79º e 80º.

82º

Assim, para o que aqui importa, nada parece justificar esta diversidade de tratamentos.

§ 2º

DA VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

83º

A distinção de tratamento entre aqueles que beneficiam da revisibilidade dos processos e a consequente possibilidade de reconstituição das suas carreiras e todos os outros que vêem mantida a inalterabilidade das suas pensões revela, como bem se vê, um tratamento mais favorável dos primeiros por comparação com os segundos.

84º

Trata-se, contudo, não de um privilégio destes, mas de uma discriminação em relação àqueles.

85º

"Se na concessão dos direitos são contemplados apenas alguns dos que, de acordo com o princípio da igualdade, deveriam gozar dele, existe um privilégio ilegítimo; se são contemplados todos menos alguns existe discriminação ilegítima".
"Albuquerque, Martim . ob.cit. p. 336)

86º

Em bom rigor, as normas em questão envolvem uma discriminação.

87º

O regime introduzido pelo Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, aplica-se a todos, mas não a Portaria nº 162/76, de 24 de Março que o regulamenta.

88º

As regras definidas pelos Decretos-Lei nºs 210/73, de 9 de Maio e 295/73, de 9 de Junho, à margem de quaisquer considerações sobre o seu mérito, ofereciam tratamento essencialmente igual.

89º

A ofensa ao princípio da igualdade surge, supervenientemente, quando vêem o seu posicionamento na ordem jurídica realinhado.

90º

A manutenção da norma contida no artº 4º do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho e a superveniência da norma da al). a), do nº 7, da Portaria nº 162/76, de 24 de Março, constituem numa dupla barreira à comunicabilidade dos benefícios, já por várias vezes referidos, dos quais foram destinatários os novos DFA.

91º

As normas visadas funcionam no sistema em situação de excepcionalidade.

92º

Esta sempre há de obter justificação plausível e coerente com as normas e princípios constitucionais, sob pena de violação da proibição do tratamento discriminatório.

93º

A situação de excepção verifica-se, citando PALADIN, quando:

> "... uma norma tem em vista uma parte singular de um conjunto de relações, limitando a expansão de outra norma potencialmente apta a regular as mesmas relações no seu complexo." (Enciclopedia del dirito, Giuffre Ed., Vol. XIV. "Eguaglianza", p. 529)

94º

A inconstitucionalidade do tratamento desigual operado pelas normas que são objecto deste pedido foi exposta *supra* (cfr. 72º e segs.)

95º

Todavia, ainda que fosse justificado o tratamento desigual dentro do conjunto dos deficientes das Forças Armadas, a diferença teria de situar-se nos limites da proporcionalidade.

96º

"A verdade é que o princípio da proporcionalidade assume um significado especial para o princípio da igualdade, tanto no domínio da actividade legislativa, como da acção administrativa". (Correia, Fernando Alves - O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade - Ed. Almedina, Coimbra, 1989, p. 443).

97º

E continua o mesmo Autor:

> "O princípio da proporcionalidade constitui um limite ao princípio da igualdade. [...] qualquer tratamento desigual não pode, por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, produzir enquanto tal um dano que seja desproporcionado ou excessivo em relação ao resultado obtido". (ob. cit, pgs. 444 e 445)

98º

Ainda que, por simples hipótese, viesse a obter fundamento a desigualdade de tratamento, esta sempre haveria de considerar-se ofensiva da norma constitucional do artº 2º.("A República Portuguesa é um Estado de direito democrático ...") por atingir o princípio da proporcionalidade.

99º

Com efeito, bastará colocar a par o prazo fixado pelo artº 15º, nº 1, do Decreto-Lei nº 210/73, de 9 de Maio com a intemporalidade consagrada na Portaria nº 114/79, de 12 de Março, para que seja dada conta da manifesta desproporção.

III

CONCLUSÕES

As normas cuja fiscalização de constitucionalidade ora se requer, contidas no artº 4º, do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho e na al). a), do nº 7, da Portaria nº 162/76, de 24 de Março -

> A - impedem que as vantagens garantidas aos beneficiários de revisão do processo de avaliação e qualificação como deficientes das Forças Armadas (artº 18º, nº 2, do Decreto-Lei nº 43/76, de 20 de Janeiro) se comuniquem a todos quantos não precisaram de tal revisão por já terem sido como tal considerados, ao abrigo da legislação anterior a 1976;

B - produzem uma cisão dentro de um conjunto com as mesmas características (portadores de deficiências resultantes das campanhas militares em África no período de 1961-74, todos eles militares), porquanto admitido que foi a uns o reingresso no activo al.) e), do nº 8, da Portaria nº 162/76, de 24 de Março, em momento oportuno (Portaria nº 114/79, de 12 de Março), bem como a reconstituição das respectivas carreiras (fls. 4, da Portaria nº 94/76, de 24 de Fevereiro) antes da passagem à reforma extraordinária/pensão de invalidez al.) a), do nº 6, da Portaria nº 162/76, de 24 de Março).

Aos outros é mantida a inalterabilidade das pensões (artº 4º, do Decreto-Lei nº 295/76, de 24 de Março);

C - colidem, por isso, com o princípio constitucional da igualdade (artº 13º, CRP), tanto na sua vertente de proibição do arbítrio, como na de proibição do tratamento discriminatório;

D - não possuem, por outro lado, qualquer fundamento constitucionalmente relevante que sirva de suporte objectivo a desigualdade apontada e,

E - ainda que por mera hipótese se verificasse existir tal fundamento, sempre estariam em colisão com o princípio da proporcionalidade, consagrado enquanto corolário da primeira parte do artº 2º do texto constitucional.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas no artº 4º, do Decreto-Lei nº 295/73, de 9 de Junho e na al) a), do nº 7, da Portaria nº 162/76, de 24 de Março, por violarem o princípio constitucional da igualdade, consagrado pelo artº 13º da Constituição.

***

R.63/91

O Provedor de Justiça, no uso da competência que o artº 281º, nº 2, al.) d), da Constituição da República Portuguesa lhe confere, reproduzida pelo artº 20º, nº 4, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), requer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade:

I) das normas contidas nos artºs 120º, nºs 1 e 2, 122º, 123º, 124º, nº 1, 125º, nºs 1 e 2, 126º, nº 1 e 127º, em toda a sua extensão e conteúdo, do Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pelo Decreto-Lei nº 142//77, de 9 de Abril, com a redacção que aqueles preceitos receberam do artº 2º do Decreto-Lei nº 226//79, de 21 de Julho;

II) das normas contidas nos artºs 138º e 145º do Estatuto Militar da Guarda Nacional Republicana, aprovado pelo Decreto-Lei nº 465/83, de 31 de Dezembro;

III) da norma contida no artº 59º, nº 4, 2ª parte da Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas (Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro, por violarem directamente as normas e os princípios constitucionais apontados na fundamentação que ora se expõe:

I

INTRODUÇÃO

1º

O artº 120º, nº 1, do Regulamento de Disciplina Militar (aprovado pelo Decreto-Lei nº 142/77, de 9 de Abril e, doravante referido, apenas, pelas suas iniciais) estabelece a competência do Supremo Tribunal Militar para o contencioso administrativo disciplinar, relativamente aos actos praticados pelos Chefes dos Estados-Maiores (CEM).

2º

O artº 126º, nº 1, do RDM opera uma remissão genérica para o direito processual militar (Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de Abril), relativamente aos recursos contenciosos daqueles actos.

3º

Isto significa que no tocante aos actos disciplinares para cuja definitividade e executoriedade seja necessária decisão proferida pelos CEM, há lugar a recurso de anulação para a jurisdição militar, nos termos do processo previsto no CJM.

4º

O exercício do poder disciplinar militar, no entanto, não foi exclusivamente confiado aos CEM.

5º

Com efeito, o artº 37º do RDM, completado por quadro anexo ao diploma, apresenta um sistema desconcentrado de competências em matéria disciplinar.

6º

Em traços gerais, estão presentes dois critérios nesta distribuição: primeiro, no sentido de a gravidade da pena disciplinar corresponder, proporcionalmente, uma competência punitiva situada em nível mais elevado da hierarquia militar; segundo, tendo em vista que da qualidade do infractor (oficial, sargento, cabo ou outras praças) dependerá a competência punitiva, na mesma proporção hierárquica.

7º

Do acto de punição disciplinar cabe reclamação - aliás, necessária para efeitos de impugnação (cfr. artº 114º, nº 1, do RDM) - e recurso hierárquico "para o chefe imediato da autoridade que o puniu" (artº 114º, nº 1, *idem*).

8º

A decisão então proferida confere definitividade vertical ao acto punitivo, de modo a tornar-se contenciosamente recorrível.

9º

No entanto, para conhecer do recurso contencioso desse acto (cuja definitividade seja alcançada em nível inferior aos dos CEM) e competente, não a jurisdição militar, mas a jurisdição contenciosa administrativa.

10º

Este é o entendimento que resulta da interpretação conforme a Constituição do artº 119º, nº 2, do RDM, fixada pelo Acórdão nº 90/88 do Tribunal Constitucional, de 19 de Abril de 1988, em sede de fiscalização sucessiva abstracta (DR, I, 13.V.1988).

11º

Esta matéria encontra-se, assim, sob uma dualidade de regimes, a qual, como se afirma no referido aresto parte "da entidade que haja proferido a decisão recorrida".

12º

Bem se antevê, pois, que este dualismo não é vazio de significado, nem quanto as normas e princípios processuais, nem quanto as garantias dos administrados.

13º

De resto, o Tribunal Constitucional não deixaria de abordar este aspecto no Acórdão nº 90/88:

> "... dir-se-á que se não afigura minimamente plausível imaginar que o legislador possa pretender distribuir por tribunais de duas ordens diferentes - a administrativa e a militar - o conhecimento de recursos da mesma índole e incidindo sobre matérias da mesma natureza".

14º

A Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas (Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro) não é, de todo, alheia a esta situação, na medida em que admite o recurso para o Supremo Tribunal Militar de actos disciplinares praticados pelos CEM (cfr. artº 59, nº 4).

15º

E afirma-se que admite porquanto, no tocante ao recurso contencioso de anulação de tais actos, deixa a atribuição da competência aos termos da lei (cfr. artº 59º, nº 4, *idem*).

16º

Lei essa que é, de momento, o RDM nos seus artºs 120º e segs.

17º

A LDNFA admite, assim, a impugnação contenciosa de actos dos CEM, em matéria disciplinar, junto do Supremo Tribunal Militar, tanto quanto o permitam as leis definidoras das competências daquele Tribunal - o Código de Justiça Militar e, neste ponto, o artº 120º, nº 1, do RDM.

18º

A norma contida no artº 120º (em ambos os seus números), bem como todas as outras normas do RDM *supra* enunciadas, as quais pressupõem a validade da primeira, violam o disposto nos artigos constitucionais 214º, nº 3 e 215º, nº 3, em articulação com o artº 113º, nº 2 e violam, ainda, o direito garantido no artº 268º, nº 4, sem encontrarem cobertura nas normas e princípios do artº 18º.

19º

Deve, a título subsidiário, aduzir-se que o artº 127º do RDM, pelas limitações que introduz ao conhecimento do objecto do recurso, viola acrescidamente o preceituado no artº 268º, nº. 4, da CRP.

20º

Por outras palavras, ainda que, por hipótese, as restantes normas que admitem ou pressupõem a competência do Supremo Tribunal Militar em matéria de contencioso administrativo militar não se encontrassem feridas de inconstitucionalidade, sempre a norma do artº 127º haveria de ter-se como inválida (infra).

21º

Quanto às normas do Estatuto do Militar da GNR (aprovado pelo Decreto-Lei 465/83, de 31 de Dezembro) cuja constitucionalidade se pretende ver fiscalizada dir-se-á que, quanto à primeira (a do artº 138º), colide com as garantias do recurso contencioso de anulação (artº 268º, nº 4, CRP), a menos que seja interpretada em conformidade à Constituição em sentido idêntico ao que recebeu o artº 119º, nº 2 do RDM pelo Acórdão nº 90/88 do Tribunal Constitucional.

22º

Por seu turno, a norma do artº 145º do EMGNR ao admitir o recurso contencioso de certos actos administrativos para os Tribunais Militares viola os artºs 214º, nº 3, 215º, nº 3 e 268º, nº 4 da Constituição.

II

DA VIOLAÇÃO DA NORMA DO ARTº 215º, Nº 3 DA CRP PELAS NORMAS DOS ARTºS 120º (RDM), 59º, Nº 4, 2ª PARTE (LDNFA) E 145º (EMGNR)

23º

Importa centrar a atenção no artº 120º do RDM, pois as normas dos artºs 122º, 123º, 124º, 125º e 126º, bem como, de resto, a norma do artº 59º, nº 4, da LDNFA e a do artº 145º do EMGNR fazem depender a sua conformidade constitucional da validade da primeira.

24º

O vício de inconstitucionalidade apontado a tal norma (artº 120º do RDM) resulta do facto de não poder concluir-se do artº 215º, nº 3 (CRP) a competência dos Tribunais Militares em matéria de contencioso administrativo disciplinar.

25º

O que se retira da interpretação literal do artº 215º, nº 3, da CRP é, tão só, a faculdade concedida ao legislador ordinário de levar a cabo uma jurisdicionalização da aplicação de medidas disciplinares.

26º

Tendo presente, por um lado, o rigor dos deveres disciplinares castrenses (artº 4º do RDM, aplicável, também, aos militares da GNR *ex vi* artº 4º do EMGNR) e, por outro, a imperiosa necessidade da sua observância estrita, pode compreender-se a gravosidade de algumas penas disciplinares, nomeadamente a pena de prisão (artºs 27º e 28º do RDM), reconhecida, aliás, pela Constituição (artº 27º, nº 3, al.) c).

27º

Consequentemente, melhor se discerne o alcance pretendido com a faculdade outorgada à lei pelo artº 215º, nº 3 da CRP - lei parlamentar, entenda-se, ou Decreto-Lei autorizado (cfr. artº 168º, nº 1, al. 6)).

28º

E se é certo que o elemento literal parece não admitir outra leitura, também os outros elementos relevantes para a hermenêutica jurídica, não deixam refutar a interpretação apontada.

29º

Antes de mais, recorde-se a situação excepcional dos tribunais militares é definida por regra excepcional, ela deve como tal ser interpretada.

30º

Se a competência dos tribunais militares é definida por regra excepcional, ela deve como tal ser interpretada.

31º

Não pode ser esquecido, por sua vez, que as normas em matéria de competência dos tribunais militares terão de observar o disposto no artº 113º, nº 2 da CRP.

32º

Assim, confinar-se-ão, estritamente, as competências fixadas no texto constitucional.

33º

Por seu turno, nem os trabalhos preparatórios nem os debates parlamentares acerca do artº 215º, nº 3 - introduzido na primeira revisão constitucional como nº 3 do, então, artº. 218º - adiantam significativamente sobre a sua génese.

34º

Na verdade, apesar do extenso debate parlamentar desenvolvido em torno do actual nº 2 do artº 215º, o nº 3 do mesmo artigo não mereceu atenção especifica na revisão de 1982.

35º

Por ocasião da segunda revisão, todavia, a propósito das propostas de alteração (e até de supressão) do artº 215º, salienta-se uma intervenção do deputado Miguel Galvão Teles, a qual, de algum modo, ilustra a origem do preceito:

> "...Alguns passos se deram no sentido de cingir os tribunais militares a certo domínio, seja o que resultou da interpretação do Tribunal Constitucional, no sentido de que tinha, na revisão de 1982, sido impedido que os tribunais militares funcionassem como tribunais de contencioso administrativo". (*in* Diário da Assembleia da República, II Série, nº 49-RC, de 22 de Outubro de 1988, pág. 1525; sublinhado nosso).

36º

E não se diga em desfavor do entendimento aqui propugnado do artº 215º., nº 3, (CRP) que o artº 27º, nº 3 al.) c), a tanto obsta.

37º

Aqui se prevê que da aplicação de uma medida de prisão disciplinar se possa recorrer para o tribunal competente.

38º

O seu alcance é imediato se - ou enquanto - o legislador não lançar mão da faculdade prevista no artº 215º, nº 3 (CRP), no sentido de o acto administrativo disciplinar das Forças Armadas, ceder o lugar ao acto jurisdicional.

39º

Nesses termos, a referida norma constitucional pretende traduzir uma garantia de recurso contra acto praticado pela Administração militar, em abono dos artºs 20º, nº 1 e 268º, nº 4, ambos da Constituição. O tribunal competente a que se refere não pode deixar de ser um tribunal administrativo, como veremos.

40º

Ora, ainda que se assista à jurisdicionalização do procedimento disciplinar militar, o nº 3 do artº 27º (CRP), sempre garantirá o recurso para o tribunal competente - em tal caso, um tribunal militar.

41º

Fica-lhe reservado o sentido de admitir uma medida disciplinar preventiva de prisão "pelo tempo e nas condições que a lei determinar" (artº 27º, nº 3, CRP).

42º

A interpretação defendida *supra* do artº 215º, nº 3 (CRP) em nada faz perder o conteúdo útil da regra contida no artº 27º, nº 3, al.) c) (CRP), observando-se, mais uma vez, a harmonia no quadro do sistema.

43º

Uma coisa é confiar à Administração militar a aplicação de sanções disciplinares aos elementos das Forças Armadas com recurso por ilegalidade para o Supremo Tribunal Militar.

44º

Outra será entregar tal função aos tribunais, ainda que militares.

45º

Onde a Constituição consente a primeira e abre as portas à segunda, não pode deixar de vedar a solução actual (artº 120º do RDM): a aplicação de medidas sancionatórias pela Administração com recurso para um tribunal militar.

46º

Bem se vê, pois, que apenas dois sistemas são possíveis à luz do artº 215º, nº 3 (CRP).

47º

O primeiro será o de conferir o exercício do poder sancionatório à função administrativa (no âmbito das Forças Armadas), com a garantia de recurso para a jurisdição contenciosa administrativa (ou até comum, eventualmente).

48º

O segundo passará pela jurisdicionalização pura e simples da aplicação das penas disciplinares militares - ou das mais gravosas, no limite. O *jus puniendi* disciplinar transitaria da hierarquia militar para os tribunais militares, garantindo-se o recurso no âmbito da jurisdição.

49º

A solução resultante do artº 120º e seguintes do RDM, acompanhada pelo artº 145º do EMGNR e permitida pelo artº 59º, nº 4 da LDNFA não se compagina com nenhum dos sistemas constitucionalmente admissíveis - razão pela qual viola o artº 215º, nº 3, da CRP.

50º

Em suporte da posição sustentada parece ser a leitura que do artº 215º, nº 3 (CRP) fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira:

> "Trata-se de uma abertura para a jurisdicionalização de medidas disciplinares, certamente das mais graves, entre as quais se encontram medidas privativas da liberdade, as quais, apesar de autorizadas pela Constituição (artº 27º, nº. 3 al.c), sempre se apresentam dificilmente harmonizáveis com os princípios do Estado-de-Direito Democrático". (Constituição da República Portuguesa Anotada, 2º Volume, 2ª ed., Coimbra Ed., 1985, pgs. 335 e 336, em anotação ao artº 218º, nº 3 da versão constitucional de 1982, que hoje corresponde ao artº 215º, nº 3).

III

DA VIOLAÇÃO DA REGRA SOBRE COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS (ARTº 214º, Nº 3, CRP)

51º

Ao partir para uma abordagem diversa das questões suscitadas pelo actual regime de disciplina militar quanto ao recurso de actos sancionatórios, valerá a pena, de novo, citar Gomes Canotilho e Vital Moreira quando afirmam que:

> "Problemática é a questão de saber se aos tribunais militares pode ser conferido julgamento dos recursos em matéria de contencioso disciplinar militar. A solução mais conforme a Constituição é a negativa." (ob. cit. pgs. 335 e 336)

52º

Analisada a desconformidade do regime actual com as competências que a Constituição entrega, ou permite entregar, aos tribunais militares, resta saber da harmonia do mesmo com as competências dos tribunais administrativos e fiscais.

53º

Com efeito, as relações jurídicas entre a Administração Pública e os seus funcionários e agentes, nessa qualidade, não admitem outra qualificação que não seja a de relações jurídicas administrativas.

54º

Até aqui forçoso é reconhecer não haver lugar para qualquer distinção entre o âmbito civil e o âmbito militar.

55º

Actualmente não haverá dúvidas sobre a caracterização dos militares e agentes militarizados como funcionários e agentes da Administração Pública.

56º

Administração Pública - no sentido orgânico que aqui importa - "é o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas colectivas públicas, que asseguram em nome da colectividade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar". (Amaral, Diogo Freitas do - "Curso de Direito Administrativo", vol. I, Liv. Almedina, Coimbra, 1986, pág. 37.

57º

Na mesma obra e logo após a descrição sumária da estrutura da Administração Central do Estado, afirma Freitas do Amaral:

> "Por um lado, importa ter presente que as figuras acima apontadas não esgotam, só por si, o âmbito da própria administração central do Estado: pertencem-lhe igualmente as instituições militares e os seus servidores, bem como as forças militarizadas". (*idem*, pág. 34).

58º

A nível europeu, as posições doutrinárias são hoje, largamente, no sentido da inclusão das Forças Armadas no conceito de Administração Pública.

59º

É de referir, nomeadamente, a posição de André de Laubadereque qualifica expressamente as Forças Armadas como um serviço público (cfr. "*Traité de droit administratif*", Tomo III, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1978, pág. 112).

60º

Mesmo entre os autores alemães adversos às teses administrativas das Forças Armadas, cujas posições eram até há pouco maioritárias, encontramos autores como Quaritsch que afirmam:

> "Os princípios do Direito Administrativo geral podem ser aplicados ao Direito e à organização das Forças Armadas, enquanto tenham a sua origem no 'solo materno comum' do executivo e não se oponham a singularidade do âmbito militar". (o texto é de Lopez de Ramon, descrevendo a posição daquele A. germânico, *in* "*La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*", Centro de Estudios Constitucionales, 1987, Madrid, pág. 268).

61º

No quadro de referências fornecidas pelo nosso texto constitucional, nada parece apontar no sentido de apartar as Forças Armadas da Administração Pública - antes pelo contrário.

62º

Pese embora a sistematização dos títulos IX (Administração Pública) e X (Defesa Nacional) é no primeiro que se encontra tratada a matéria das restrições ao exercício de certos direitos por parte dos militares e agentes militarizados (cfr. artº 270º, CRP).

63º

Em princípio, todas as normas e princípios contidos no título IX que não colidam com o disposto no título X aplicam-se às Forças Armadas.

64º

Assim, o litígio emergente da aplicação de uma sanção disciplinar ao abrigo do RDM não deixa de ser um litígio emergente de uma relação jurídica administrativa, apesar das especifidades da disciplina militar, como, de resto, sucede noutras áreas da Administração.

65º

O litígio emerge, pois, do binómio poder disciplinar do superior/deveres militares (artº 4º do RDM).

66º

Para a resolução de tais litígios são competentes, nos termos do artº 214º, nº 3 (CRP), os tribunais administrativos e fiscais, sem excepções.

67º

Se é certo que a existência de tribunais administrativos e fiscais era facultada ao legislador nas duas primeiras versões do texto constitucional (cfr. artºs 212º, nº 3, da versão originária e 212º, nº 3, do texto de 1982), não é menos certo que, a terem existência, sempre haveria que respeitar as suas competências e, desde logo, por natureza, o contencioso administrativo de anulação.

68º

Esta ideia é, no entanto, mais clara desde 1989. Após a II Revisão Constitucional a existência de uma jurisdição contenciosa administrativa ficou constitucionalmente vinculada, nos termos do artº 211º, nº 1, al) b).

69º

Por outro lado, a competência dos tribunais administrativos e fiscais foi definida constitucionalmente (artº 214º, nº3).

70º

A justiça administrativa encontra, hoje, nesta norma uma verdadeira reserva de jurisdição.

71º

Ora, sem prejuízo do papel que possa confiar-se aos tribunais arbitrais, a resolução jurisdicional "de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais" não pode ser subtraída, em nome de critério algum, aos tribunais previstos na al.) b) do artº 211º, nº 1 da CRP (cfr., de novo, artº 113º, nº 2).

72º

Caberá à lei densificar e desenvolver as competências consagradas na Constituição, naturalmente respeitando as dos restantes tribunais.

73º

Em caso algum será possível, contudo, diminuir a extensão de cada uma das jurisdições.

74º

Ao ser retirada do Supremo Tribunal Administrativo a competência sobre o contencioso administrativo disciplinar das Forças Armadas e das forças militarizadas não pode deixar-se intocada a norma do artº 214º, nº 3, da CRP.

75º

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem, por várias vezes, manifestado um entendimento favorável à competência dos tribunais administrativos sobre todo o contencioso administrativo: Acórdãos nºs 61/84, DR II, de 17.11.1984; 37//87, DR I, de 17.03.1987; 204/86, DR I, de 27.06.1986.

76º

Em todo o caso, nunca o evidenciou tão claramente, como no Acórdão nº 81/86 (Diário da República, I Série, de 22 de Abril de 1986):

> "É de registar todo o entendimento de que certas áreas do contencioso administrativo devem, por natureza, ser da competência dos tribunais administrativos, constituindo uma reserva necessária destes; e muito menos pode aceitar-se que, qualquer que seja o juízo de conveniência que se faça quanto a este assunto - motivado ou não por pré-juízos de índole castrense -, tal concepção tenha de determinar a *outrance* a leitura da Constituição quanto à matéria".

77º

E também no Acórdão nº 90/88, já tantas vezes referido, o Tribunal Constitucional reconheceu que:

> "qualquer decisão em matéria disciplinar, quer tenha sido proferida no âmbito da administração pública civil, quer no âmbito das Forças Armadas, assume sempre o carácter de um acto administrativo, e os recursos delas interpostos integram-se, indubitavelmente, no âmbito do contencioso administrativo".

IV

DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA DE RECURSO CONTENCIOSO (ARTº 268º, Nº 4, CRP)

§1º

DA INCONSTITUCIONALIDADE COMUM AS NORMAS DOS ARTºS 120 E SEG. DO RDM, 145º DO EMGNR E 59º, Nº 4, 2ª PARTE DA LDNFA

78º

O recurso contencioso de anulação de actos administrativos encontra-se garantido pelo artº 268º, nº 4 (CRP), em termos de não excluir à *priori* quaisquer actos administrativos.

79º

Muito embora esta garantia se encontre colocada fora do título II, da Parte I da Constituição, goza do regime de protecção dos direitos, liberdades e garantias por via da cláusula de extensão do artº 17º (CRP).

80º

Por consequência, vê salvaguardada a sua posição contra restrições efectuadas à margem do disposto no artº 18º, nºs 2 e 3 (CRP).

81º

Ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Militar para conhecer dos recursos contenciosos de alguns actos administrativos (aqueles a que se refere o artº 120º do RDM) restringe a esfera de protecção do artº 268º, nº 4 da Constituição.

82º

Poder-se-ía julgar que, apesar de interposto para o Supremo Tribunal Militar e não para o Supremo Tribunal Administrativo, sempre estaria garantido o recurso contencioso de anulação.

83º

Contudo, não é assim. O recurso contencioso, por ilegalidade de todos e quaisquer actos administrativos, que firam direitos ou interesses legalmente protegidos, não pode deixar de ser o recurso para os tribunais administrativos com todas as garantias e meios processuais, principais ou acessórios, que o estatuto e a lei reguladora do processo oferecem ao administrado recorrente.

84º

Recorde-se que a compreensão do alcance da norma constitucional contida no nº 4 ficaria incompleta sem observação da norma do nº 5 do artº 268º (CRP).

85º

Depois de garantir o recurso contencioso, a Constituição viu introduzida em 1982 a garantia da chamada acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido (artº 268º, nº 3, de então).

86º

A 2ª Revisão Constitucional foi mais longe e, em seu lugar, através do nº 5 do artº 268º, pretendeu assegurar a plenitude do acesso à justiça administrativa, para tutela de direitos e interesses legalmente protegidos.

87º

Afirma-se no novo preceito constitucional que este direito de acesso à justiça administrativa é <u>igualmente</u> garantido.

88º

De onde se retira, pois, que a expressão <u>igualmente</u> parte da garantia do recurso contencioso.

89º

Ou seja, tanto na regra do artº 268º, nº 4, como na do seu nº 5, está sempre a garantir-se o acesso à justiça administrativa; tanto num como noutro preceito esta sempre a garantir-se o acesso aos tribunais administrativos.

90º

Parece, assim, não ser possível encontrar na Constituição dois recursos contenciosos - um para a justiça administrativa, outro para a militar.

91º

Recurso contencioso de actos administrativos tidos por lesivos e ilegais é, tão só, o recurso contencioso em sede de jurisdição administrativa.

92º

O recurso que os artºs 120º do RDM e 145º do EMGNR garantem é, notoriamente, de alcance mais restrito que o recurso contencioso garantido pela Constituição, a tal ponto que sob a mesma designação se observam regimes jurídicos profundamente diversos.

93º

"O princípio especial da protecção jurisdicional efectiva consignado no nº 4 do artº 268º constitui um mínimo de protecção jurisdicional a prever e estruturar pelo legislador ordinário; o que significa que o legislador ordinário poderá ir mais longe (e vai; acções contenciosas e acções de intimação)" "Melo, A. Barbosa de - Direito Administrativo II (A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública), 1987, Coimbra, ed. polic., pág. 4).

94º

Pois bem, é seguro não tolerar a Constituição o incumprimento do mínimo constitucional de protecção, como é certo, também rejeitar o desenvolvimento da garantia constitucional, pelo legislador ordinário, em termos infundadamente desiguais.

95º

Antes do mais, o RDM através do seu artº 126º, afasta a aplicação das normas sobre Contencioso Administrativo (LTPA, aprovada pelo Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho) ao remeter para "as normas de processo previstas no Código de Justiça Militar".

96º

As garantias oferecidas aos administrados recorrentes pela LPTA (a começar pelos meios processuais acessórios dos artºs 76º e segs.), no recurso contencioso do artº 120º do RDM cedem o lugar as garantias oferecidas pelo Código de Justiça Militar (aprovado pelo Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de Abril) - num processo de ordem criminal (cfr. artºs 322º e segs. do CJM).

97º

Também os prazos (artº 123º, do RDM), as condições de interposição (artº 124º) e os limites de conhecimento do objecto do recurso (artº 127º) se afastam do regime desenvolvido pelo legislador ordinário a partir do artº 268º, nº 4 (CRP).

98º

O regime que decorre dos artºs 120º e segs. do RDM e 145º do EMGNR, ao abrigo do artº 59º, nº 4, 2ª parte da LDNFA, traduz-se num regime especial sem qualquer justificação constitucional. Abre uma ruptura na garantia de recurso contencioso, pois conduz à existência de um género com espécies diferentes - sendo certo que uma delas é claramente minimizadora das garantias dos administrados.

§ 2º

DA INCONSTITUCIONALIDADE PRÓPRIA DE QUE PADECEM OS ARTºS 127º DO RDM E 138º DO EMGNR

99º

Ainda que, por hipótese, não fossem inconstitucionais as restantes normas enunciadas do RDM, do EMGNR e da LDNFA, sempre haveria de concluir-se pela inconstitucionalidade das normas contidas nos artºs 127º (RDM) e 138º (EMGNR).

100º

Trata-se, pelo menos em relação ao artº 127º (RDM) de arguir subsidiariamente - não outro vício, porquanto o vício é o mesmo, inconstitucionalidade por violação do artº 268º, nº 4 da CRP -, mas outros motivos.

101º

Em ambos os casos se assiste a uma directa violação (e não meramente consequente) da norma de plenitude da garantia de recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos.

102º

Em primeiro lugar, quanto à referida norma do RDM torna-se patente o seu carácter restritivo no que toca ao conhecimento do objecto do recurso.

103º

A gravidade das penas disciplinares aplicadas e a existência material das faltas imputadas ao arguido ficam, sem mais, fora do alcance do tribunal.

104º

Como se sabe, por razões a que não é alheio o princípio da separação de poderes, o recurso contencioso confina-se à legalidade dos actos da Administração.

105º

Esta visão é sufragada pelo próprio artº 268º, nº 4 da Constituição, ao restringir a garantia contra actos ilegais.

106º

Encontra assim suporte constitucional a norma do artº 19º da LOSTA (Decreto-Lei nº 40768, de 8 de Setembro de 1956), como também o conteúdo do artº 121º do RDM.

107º

"No Estado-de-Direito Democrático a ordem jurídica administrativa reparte-se por normas, princípios e valores, por assim dizer, externos (no sentido de acessíveis à invocação e aplicação por todos os operadores da comunidade jurídica) e por normas, princípios e valores internos (confiados exclusivamente à aplicação da Administração). [...] Isto é o mesmo que dizer, além do mais, que nos recursos contenciosos o tribunal não pode conhecer e decidir questões discricionárias". (Melo, A. Barbosa de - ob. cit., pg. 71 e 72)

108º

A reserva de Administração pressupõe, todavia, a demarcação de áreas vinculadas e áreas não vinculadas nos actos administrativos inclusivamente, nos disciplinares.

109º

O elemento teleológico da norma que confere competência para a prática do acto é, reconhecidamente, um elemento vinculado (cfr. artº 19º, LOSTA; artº 121º, RDM), obstando à validade do acto a dissonância por parte do "motivo principalmente determinante da prática do acto recorrido".

110º

O desvio de poder não esgota, contudo, os vícios mais recentemente reconhecidos ao acto administrativo. São hoje, também assimilados ao conjunto dos elementos concernentes à legalidade do acto o erro sobre os pressupostos de facto e a aplicação dos princípios da igualdade, justiça e proporcionalidade.

111º

De tal forma são, actualmente, dados adquiridos no controlo da legalidade pelo Contencioso Administrativo que as referências bibliográficas e jurisprudenciais que viessem a ser feitas, seriam, no mínimo, superabundantes.

112º

O artº 127º do RDM, ao privar o Tribunal do conhecimento da gravidade das penas e ao privá-lo, também, do conhecimento da existência material dos factos está a reduzir o *bloc de légalité* e a afastar a sindicalidade exigida.

113º

Retira, assim, pelo menos quanto ao princípio da proporcionalidade, uma faixa essencial de alcance ao artº 266º, nº 2, da Constituição, afectando o conteúdo essencial da impugnação contenciosa de todos os actos administrativos ilegais (artº 268º, nº 4, CRP), sem encontrar apoio em qualquer valor, normas ou princípio constitucional.

114º

Por seu turno, o artº 138º do EMGNR, a menos que receba uma interpretação semelhante à que o Acórdão TC nº 90/88 conferiu ao artº 119º, nº 2 do RDM, enferma do mesmo vício.

115º

O disposto naquela norma, ao impedir que seja obtida a definitividade vertical dos actos apontados nas als.) a) e b), exclui a sua recorribilidade contenciosa.

116º

Ou em pior hipótese, exclui directamente a recorribilidade contenciosa dos actos a que se refere.

117º

Ainda que se trate de matéria tradicionalmente reconhecida como discricionariedade técnica, sempre cumprirá conhecer e controlar os seus aspectos.

V

DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE RECLAMAÇÃO (ARTº 52º, Nº 1 CRP) PELA NORMA DO ARTº 138º DO EMGNR

118º

Cumulativamente a violação da garantia de recurso contencioso (artº 268º, nº 4, CRP) perpetrada pelo disposto no artº 138º do EMGNR, esta norma viola, ainda, o direito fundamental de reclamação, contido no artº 52º, nº 1, da CRP.

119º

Se a colisão com a norma do artº 268º, nº 4, da Constituição pode ser evitada por meio de interpretação semelhante aquela que do artº 119º, nº 2, do RDM foi feita no Acórdão nº 90/88, já a desconformidade com o direito de reclamação se mostra insusceptível de qualquer recuperação.

120º

Ao impedir, por via de regra, a reclamação contra os actos de classificação ou apreciação obtidas em cursos, concursos, estágios ou provas, está a coarctar-se, inelutavelmente, o conteúdo do mais simples meio gracioso de defesa de direitos e interesses.

121º

E o certo é que esta restrição não encontra fundamento em parte alguma da Constituição, nem sequer na norma do artº 270º.

122º

Primeiro, porque esta norma se reporta a restrições ao exercício de direitos, enquanto a norma do artº 138º do Estatuto do Militar da GNR importa a supressão de parte do conteúdo de um direito - o direito de reclamação.

123º

Depois, porque o artº 270º (CRP), no seu elenco de direitos cujo exercício por militares e agentes militarizados é restringível não inclui o direito de reclamação.

124º

Refira-se que o mesmo elenco é taxativo e, pese embora a inclusão do direito de petição, trata-se apenas da petição colectiva.

VI

DA IMPORTÂNCIA DE UMA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL DAS NORMAS VISADAS PARA A UNIDADE E HARMONIA DO SISTEMA JURÍDICO

125º

Por último, não é despiciendo sublinhar que o actual regime de recurso, pela dualidade de jurisdições que envolve, em nada favorece os princípios da harmonia e unidade do sistema, verdadeiros corolários do princípio da constitucionalidade.

126º

A este ponto parece ter sido sensível, entre outros, o Ilustre Conselheiro Cardoso Costa ao exprimir esta preocupação na declaração de voto vencido que fez juntar ao Acórdão nº 90/88;

> "Afigura-se-me incongruente que, estando reservada ao STM a competência para o recurso contencioso das decisões em matéria disciplinar dos chefes de estado-maior dos ramos das Forças Armadas (artº 120º do RDM) se leia o artº 119º, nº 2, em termos de nele se abrir (e garantir) a possibilidade de recurso para os tribunais administrativos comuns de decisões em matéria disciplinar proferidas por autoridades militares de grau hierárquico inferior".

127º

A declaração de inconstitucionalidade das normas enunciadas terá, pois, não só o sentido de repor a constitucionalidade de um regime integralmente, como também o benefício de lhe conferir unidade e coerência.

128º

No que respeita às questões abordadas poderia entender-se terem os artºs 120º e segs., do RDM sido revogados com a entrada em vigor do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34-A/90, de 24 de Janeiro).

129º

Com efeito, o artº 115º deste diploma parece admitir a competência dos tribunais administrativos e fiscais quanto ao conhecimento de todos os recursos contenciosos a que se refere o artº 114º - "das decisões definitivas e executórias em matéria administrativa".

130º

Parece pressupô-lo porque ao mandar aplicar a Lei do Processo nos tribunais administrativos depende dos pressupostos estabelecidos no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais [...]" (cfr. artº 2º da LPTA, Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho).

131º

Contudo, os artºs 120º e seg. do RDM (excepção feita, porventura, aos artºs 121º e 128º) surgem como lei especial relativamente ao ETAF; e o mesmo se diga da 2ª parte do nº 4 do artº 59º da LDNFA e do artº 145º do EMGNR.

132º

Ora, a lei geral não revoga a lei especial e falta aqui a inequívoca intenção do legislador, a qual se refere o artº 7º, nº 3, do Código Civil.

VII

CONCLUSÕES

Em face do exposto, há-de concluir-se pela inconstitucionalidade de todas as normas visadas, as quais violam normas e princípios da Constituição do seguinte modo:

> A) As normas contidas nos artºs 120º, nºs. 1 e 2, 122º, 123º, 124º nº 1, 125º nºs. 1 e 2, 126º nº. 1 e 127º do Regulamento de Disciplina Militar (Decreto-Lei nº. 142//77, de 9 de Abril, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 226/79, de 21 de Julho), bem como na 2ª parte, do nº 4, do artº 59º da Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas (Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro) e no artº 145º do Estatuto do Militar da Guarda Nacional Republicana (aprovado pelo Decreto-Lei nº 465/83, de 31 de Dezembro), por distorcerem as competências constitucionalmente definidas dos tribunais militares, violam directa e

materialmente a norma constitucional do artº 215º, nº 3 (CRP) lida em consonância com o princípio assinalado no artº 113º, nº 2 (CRP);

B) As mesmas normas são inconstitucionais, também por reduzirem a competência constitucionalmente consagrada aos tribunais administrativos e fiscais, violando, assim, a norma do artº. 214º, nº 3 (CRP), à luz do princípio vertido no artº. 113º, nº 2 (CRP);

C) Padecem de inconstitucionalidade directa e material, ainda, por produzirem uma significativa ablação ao conteúdo essencial da garantia de recurso contencioso de todos os actos administrativos, a qual *ex vi* do artº 268º, nº 5 (CRP) compete à justiça administrativa; colide, pois, com a norma do artº 268º, nº 4, da Constituição;

D) A norma do artº. 127º do Regulamento de Disciplina Militar viola, por si, a norma constitucional do artº 268º, nº 4. Isto é, sem prejuízo das desconformidades desta norma com os princípios e normas constitucionais apontados em A), B), e C), ela colide autonomamente com a garantia de recurso contencioso dos actos administrativos lesivos e feridos de ilegalidade, ao retirar ao conhecimento do julgador parte substancial dos elementos vinculados (e não técnicos ou discricionários) de certos actos;

E) A norma vertida no artº 138º do Estatuto Militar da Guarda Nacional Republicana enferma de inconstitucionalidade por excluir o recurso (gracioso e contencioso) de certos actos administrativos. Será assim, a menos que receba interpretação conforme a Constituição, no sentido de querer excluir, apenas, o recurso hierárquico necessário, conferido a tais actos imediata recorribilidade contenciosa. Todavia, sempre parte da norma em questão sofrerá de inconstitucionalidade ao vedar o direito fundamental de reclamação, colidindo, assim, com o disposto no artº 52º, nº 1 da Constituição.

Termos em que se requer seja declarada com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de todas as normas e segmentos normativos *supra* indicados.

***

R-1033/89
DI-29

De harmonia com a competência que me é conferida pelo artº 281º, nº 2, al.) d) da Constituição, requeiro a Vossa Excelência que o Tribunal Constitucional aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida no artº. 14º, nº 4, do Decreto-Lei nº 34-A/89, de 31 de Janeiro, pelos fundamentos seguintes:

1º

O artº. 14º, nº 4, do Decreto-Lei nº 34-A/89, de 31 de Janeiro estabelece como regra sobre o acesso ao conteúdo das actas do Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros, em matéria de listas de graduação de funcionários, a confidencialidade.

2º

Admite-se, apenas, que sejam apresentadas ao interessado na parte que lhe disser respeito.

3º

A esta restrição subjectiva acresce, ainda, a exigência da prévia interposição de recurso.

4º

De resto, ainda que verificados estes dois pressupostos, a apresentação fica sujeita a um poder discricionário da Administração.

5º

A definição dos pressupostos pela norma visada quanto ao acto de apresentação das actas não é senão parcial ("...podendo ser presentes...").

6º

A construção do preceito colide, assim, com o direito de acesso aos documentos administrativos, garantido pelo artº 268º da CRP, através dos seus nºs 1 e 2.

7º

Configura-se como uma verdadeira restrição a este direito, o qual beneficia do regime dos direitos, liberdades e garantias, por via do artº 17º da Constituição.

8º

Razão pela qual lhe é aplicável o disposto no artº 18º (CRP).

9º

Efectuando a leitura do disposto no artº 268º, nºs 1 e 2, da CRP, a par do regime das restrições a direitos, liberdades e garantias (artº 18º, CRP), resulta inequívoca a inconstitucionalidade da norma visada, essencialmente, por três razões.

10º

Primeiro, porque como foi observado supra, o exercício deste direito fica entregue a um poder discricionário da Administração.

11º

Colide, pois, com a reserva de lei em matéria de restrições, nos termos do artº 18º, nº 3, da CRP.

12º

Como afirma Jorge Miranda a propósito da reserva de lei no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, resulta deste princípio a exigência de:

> "... previsão pela lei do conteúdo e das circunstâncias das decisões individuais e concretas sobre direitos, liberdades e garantias, não podendo a Administração emitir juízos acerca do exercício desses direitos". (Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra Ed., 1988, pág. 299)

13º

Em segundo lugar, há-de reconhecer-se que a consagração do pressuposto de prévia interposição do recurso surge como um condicionamento intolerável para o exercício de um direito fundamental abrangido pelo artº 18º da Constituição.

14º

Trata-se, deste modo, de exigir o exercício de um direito (o direito de recurso) como meio de obter autorização para o exercício de outro.

15º

Ora, deve entender-se legítimo o interesse na consulta das actas do Conselho, precisamente para o efeito de avaliar as vantagens da interposição de um recurso - gracioso ou contencioso.

16º

Não é razoável supôr a existência de um outro interesse constitucionalmente relevante que prefigure a interposição de um recurso com condição de acesso a tais documentos.

17º

Diferentemente seria limitar o acesso a tais documentos apenas a quem tenha legitimidade para interpor recurso, i.e., a todos quantos tenham um interesse directo, pessoal e legítimo na modificação, revogação ou anulação do acto final.

18º

Em terceiro lugar, a norma do artº 14º, nº 4, do Decreto-Lei nº 34-A/89, de 31 de Janeiro impõe restrições desnecessárias, atingindo nuclearmente o conteúdo essencial dos direitos consagrados no artº 268º nºs 1 e 2 da Constituição.

19º

É certo que a própria norma constitucional do artº 268º, nº 2, enuncia uma série de valores em razão dos quais são permitidas restrições ao direito garantido na primeira parte do mesmo preceito.

20º

Contudo, não se vê qualquer relação directa de necessidade entre a salvaguarda daqueles valores (segurança, investigação criminal e intimidade das pessoas) e a confidencialidade das actas.

21º

Atinge-se neste ponto, também, a protecção conferida pelo artº 18º, nº 2, da Constituição.

22º

Por um lado, ultrapassa-se o necessário para a salvaguarda de outros interesses e direitos constitucionalmente protegidos.

23º

Nomeadamente, em relação à intimidade dos interessados (incluídos ou excluídos das listas de graduação), esta não será afectada pela divulgação dos elementos em que se baseia a decisão.

24º

Mal se compreende que dum processo organizado para propiciar a progressão profissional dos funcionários constem elementos ou registos cuja divulgação ofenda o respeito devido ao direito de intimidade da vida privada e familiar dos cidadãos.

25º

E, por hipótese, na medida em que se verificasse, sempre caberia ao legislador encontrar formas da salvaguarda daquele e de outros valores, apenas na estrita medida necessária.

26º

Por outro lado - e ainda quanto ao estabelecimento da confidencialidade como regra geral - não é escusado apontar a diminuição do conteúdo essencial do direito consagrado no artº 268º, nºs 1 e 2, que a norma visada neste pedido perpetra.

27º

Tendo em conta que sem o acesso à globalidade do que se registou em acta se impossibilita ao interessado a comparação com outras candidaturas, de pouco lhe servirá o acesso ao que lhe diz directamente respeito.

28º

A importância dos termos da comparação é essencial, sem dúvida alguma, para a utilidade retirada pelos administrados interessados no acesso aos actos - ainda que preparatórios - de decisão da Administração.

29º

Frustrar esta utilidade significa, como bem se vê, uma diminuição sensível do alcance e extensão do núcleo dos direitos consagrados nos nºs 1 e 2 do artº 268º da Constituição.

30º

Ocorre, assim, uma violação da parte final do artº 18º, nº 3 (CRP), a par do referido artº 268º, nºs 1 e 2.

31º

O artº 268º, nº 2 da CRP tem como pressuposto a concepção de uma Administração aberta, agindo com publicidade e em comunicação para o exterior, afastando a concepção anterior de Administração autoritária, fechada sobre si e decidindo em segredo.

32º

Mesmo em momento anterior ao da inclusão expressa deste direito no texto constitucional, em 1989, autores como Jorge Miranda se insurgiram contra:

> "... a incongruência de um regime político que, fazendo do cidadão eleitor o titular, por via representativa, do poder legislativo, o reduzisse, entretanto, à condição de súbdito frente a um poder administrativo na nossa época cada vez mais avassalador, pela sua extensão e pelos mecanismos técnicos ao seu dispôr". ("O direito de informação aos administrados", *in* Revista "O Direito", nº 120, 1988, pág. 458)

33º

Outros autores, como Rui Machete, invocam outra ordem de argumentos na defesa intransigente do acesso à informação pelos administrados, entendendo que:

> "O direito de acesso aos "dossiers" por parte dos administrados constitui exactamente consequência necessária do princípio contraditório e das garantias de defesa". ("O processo Administrativo gracioso perante a Constituição Portuguesa" *in* Democracia e Liberdade, nº 13, 1980, pág. 10).

34º

Ao que foi exposto deve ainda acrescentar-se o facto de ter o Tribunal Constitucional julgado, inconstitucional, já por três vezes, a norma contida do artº 9º, nº 4, do Decreto-Lei nº498/88, de 30 de Dezembro, cuja semelhança com a norma ora visada é bem notória.

35º

Aliás, encontra-se já em curso, em sede de fiscalização abstracta, um processo desencadeado nos termos do artº 281º, nº 3 (CRP) pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal Constitucional, o qual tem, precisamente, por objecto a referida norma do Decreto-Lei nº 498/88, de 30 de Dezembro (procº nº 188/92, 2ª Secção).

Resta assim requerer a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma contida no artº 14º, nº 4, do Decreto-Lei nº 34-A//89, de 31 de Janeiro, porquanto viola directamente as normas constitucionais dos nºs 1 e 2 do artº 268º, a par do disposto no artº 18º, também este do texto constitucional, nos seus nºs 2 e 3.

***

R.1584/89-D.I.-37

O Provedor de Justiça, no uso dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição (artº 281º, nº 2, al.) d) e pelo respectivo estatuto (Lei nº 9/91, de 9 de Abril, artº 20º, nº. 3) requer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade das normas contidas nos artºs 8º, nºs 3, 4 e 5, 9º, nº 2 e 10º do Decreto-Lei nº 296/84, de 31 de Agosto, por violação da proibição de tratamento discriminatório que o artº 13º da Constituição consagra.

Invoca, para tanto, a fundamentação que ora se expõe:

I

INTRODUÇÃO

1º

O Decreto-Lei nº 296/84, de 31 de Agosto pretendeu disciplinar de forma unitária o Quadro Especial de oficiais (QEO) e reformular a carreira dos seus elementos, particularmente, no tocante a promoções.

2º

O QEO foi criado em 1969 pelo Decreto-Lei nº 49324, de 27 de Outubro, com o objectivo de reforçar os efectivos de graduados.

3º

Até então recorrera-se, exclusivamente, a efectivos graduados dos quadros permanentes do Exército.

4º

Estes últimos tinham sido calculados "com vista apenas as necessidades mínimas em circunstâncias normais em tempo de paz" (cfr. nota explicativa do Decreto-Lei 49324, de 27 de Outubro de 1969).

5º

Pretendia-se, assim, diminuir o esforço em campanha de oficiais superiores (coronéis, tenentes-coronéis e majores).

6º

Passados que eram cerca de oito anos desde o início da chamada Guerra Colonial, havia-se recorrido, no âmbito do Quadro Complementar, apenas até ao posto de capitão.

7º

Os oficiais ingressaram voluntariamente no QEO a partir do Quadro Complementar (QC) e, excepcionalmente, a partir do Quadro Permanente (QP) - "enquanto não for possível o preenchimento no QEO das vagas de oficial superior (tenente-coronel e major) por promoção de oficiais deste quadro" - (artº 5º do Decreto-Lei nº 49324, de 27 de Outubro de 1969.

8º

Reconhecia-se que "os oficiais do QEO são considerados oficiais do QP", atribuindo-se-lhes em geral, o mesmo estatuto (artº 7º do mesmo diploma).

9º

No que respeita, especificamente, a promoções, afirmava-se no artº 11º do Decreto-Lei 49324, de 27 de Outubro de 1969 que, com excepção dos cursos de promoção, "as condições de promoção no QEO são idênticas às que vigorem no QP".

10º

Pouco tempo depois, a admissão ao QEO viria a ser alargada através do Decreto-Lei 614/70, de 11 de Dezembro.

11º

Sem alterações de vulto, este quadro de oficiais manteve as suas características até 1978.

12º

Com efeito, o Decreto-Lei 302/78, de 11 de Outubro exprimia, logo na sua nota preambular, a intenção de "definir a utilização dos oficiais do QEO face a restruturação em curso no Exército ".

13º

O artº 10º ordena a progressiva extinção do quadro e os seus efectivos passam a ser considerados oficiais do QP (artº 2º).

14º

O regime de promoções sofre, então, alterações substanciais (cfr. nova redacção dada aos artºs. 11º e 13º do Decreto-Lei 49324, de 27 de Outubro de 1969 pelo artº 4º do Decreto-Lei 302/78, de 11 de Outubro.

15º

A apreciação dos oficiais, por exemplo, fica submetida a um conselho misto dos conselhos das armas (artilharia, cavalaria e infantaria).

16º

Muito mais significativas seriam, contudo, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto.

17º

Revogou não só o Decreto-Lei 49324, de 27 de Outubro de 1969, como também o Decreto-Lei 302/78, de 11 de Outubro.

18º

A sua entrada em vigor introduziu um tratamento diferenciado das promoções de oficiais do QEO, por comparação com o sistema de promoções de oficiais do QP.

II

DA PREVALÊNCIA DAS PROMOÇÕES NO ÂMBITO DO QUADRO PERMANENTE SOBRE AS PROMOÇÕES DE OFICIAIS DO QUADRO ESPECIAL (ARTº 8º, NºS 3, 4 E 5 DO DECRETO-LEI 296/84, DE 31 DE AGOSTO)

19º

A diferenciação trazida pelo Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto reside, desde logo, no condicionamento das promoções por antiguidade aos postos de major e tenente-coronel as promoções de oficiais do QP.

20º

Significa isto que nem os majores do QEO são promovidos a tenentes-coronéis, nem os capitães a majores sem que os oficiais de posto idêntico no QP tenham sido promovidos, ainda que em condições de igual antiguidade (artº 8º, nºs 3 e 4 do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto).

21º

Apesar de se encontrarem no mesmo posto e de lhes serem reconhecidos méritos semelhantes, apesar de desempenharem idênticas funções e terem a mesma antiguidade, os oficiais do quadro especial são, deste modo, preteridos em matéria de promoções.

III

DA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO QUE APRECIA OS OFICIAIS DO QEO PARA EFEITOS DE PROMOÇÃO (ARTº 9º, Nº 2, DO DECRETO-LEI 296/84, DE 31 DE AGOSTO)

22º

Outra importante discriminação resulta da apreciação dos oficiais do QEO, para efeitos promocionais, "por um conselho constituído exclusivamente por oficiais dos conselhos das armas de infantaria, artilharia e cavalaria "cfr. artº 9º, nº 2 do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto).

23º

Esta diferenciação entre promoções de elementos de um e outro quadro reporta-se ao Decreto-Lei 302/78, de 11 de Outubro, o qual altera no seu artº 4º o artº 11º do Decreto-Lei 49324, de 27 de Outubro de 1969.

24º

Ela permite a ausência de oficiais integrados no QEO no conselho que aprecia os seus congéneres.

25º

Pelo contrário, a apreciação dos oficiais do quadro permanente e realizada pelos conselhos de armas respectivos (cfr. artº 2º do Decreto-Lei 384-C/77, de 12 de Setembro).

26º

A estatuição do artº 9º, nº 4, do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto manifesta-se insuficiente para colmatar a ausência de elementos do QEO no referido conselho.

27º

A representação de oficiais do QEO, segundo os seus termos, é necessária apenas quando possível.

IV

DO NÃO PREENCHIMENTO NECESSÁRIO DAS VAGAS EXISTENTES NO POSTO DE CORONEL (ARTº 10º DO DECRETO-LEI 296/84, DE 31 DE AGOSTO)

28º

Relativamente a norma contida no artº 10º do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Janeiro, forçoso será reconhecer que, mais uma vez, o legislador se desviou do princípio de igualdade.

29º

O Estatuto dos Oficiais das Forças Armadas, aprovado pelo Decreto-Lei 46672, de 19 de Novembro de 1965, o qual vigorou até 1990 obrigou ao preenchimento de todas as vagas.

30º

Com efeito, nele se afirmava que:

"Quando haja vagas em qualquer dos quadros, deve promover-se o seu preenchimento imediato por oficiais com as necessárias condições de promoção" (cfr. artº 30º do Decreto-Lei 46672, de 29 de Novembro de 1965).

31º

Posteriormente, com a Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar (Lei nº 11/89, de 1 de Junho), veio, inclusivamente, a garantir-se a todos os militares o direito de progressão na carreira (cfr. artº 11º, nº 1).

V

DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ARTº 13º DA C.R.P.)

32º

As condições de igualdade e o adequado tratamento que os oficiais do quadro especial vinham a receber desde 1969, mantidas - embora não totalmente - pela progressiva extinção (cfr. artº 2º do Decreto-Lei 302/78, de 11 de Outubro), foram colocados à margem pelas normas cuja fiscalização ora se requer.

33º

Certo é que o princípio da igualdade não pode ser aplicado em termos absolutos, nem pode perder de vista a necessária identificação entre as situações colocadas a par.

34º

O referido princípio há-de ceder, por vezes, face a outros valores constitucionais, sob pena de gerar, ele mesmo, graves iniquidades.

35º

Por outro lado, a sua aplicação fica necessariamente comprometida se, em caso algum, não houver uma relação básica de identidade. Isto é, merecem tratamento igual as situações que de facto se revelem iguais na sua essência.

36º

As diferenças que existirem entre situações essencialmente idênticas - por natureza, acidentais - admitirão, quando muito, um tratamento diferenciado na medida da diferença.

37º

Relativamente às normas descritas, verificando-se, embora, o pressuposto da identidade básica de situações (entre oficiais dos vários quadros) nada se observa que justifique um regime tão diverso de promoções.

38º

Não o justificam as razões circunstanciais que levaram à criação do QEO, nem o justifica a sua progressiva extinção iniciada em 1978.

39º

E as diversidades que existam, por hipótese, no que toca aos cursos de promoção, tem, por certo, uma amplitude mais reduzida que a discriminação introduzida pelo legislador.

40º

Fala-se, pois, de discriminações, no sentido rigoroso que merece o termo.

41º

Discriminar é, em sentido jurídico-constitucional, conferir tratamento diferente ao que é igual sem que, para tanto, haja fundamento seguro na constelação dos princípios constitucionais.

42º

Discriminar é, também no mesmo sentido, ultrapassar naquilo que é apenas semelhante a proporção da diversidade.

43º

Parte-se, naturalmente, do pressuposto de que o intérprete não pode ficar preso à tipologia de critérios discriminatórios que o artº 13º, nº 2, da Constituição contém.

44º

Os sobreditos critérios estão enunciados a título exemplificativo.

45º

Se dúvidas houvesse a este respeito, encontrar-se-ia argumentação segura nos artºs 2º e 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, formalmente recebida por via da cláusula do artº 16º, nº 2 do texto constitucional.

46º

Aliás, e segundo afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira a propósito do artº 13º, nº 2, da C.R.P., nele "se faz expressa menção de categorias subjectivas que historicamente fundamentaram discriminações" (cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª ed., Coimbra Ed., 1984, fls. 149, t. IV).

47º

O mesmo sentido há-de ser reconhecido à garantia contida no artº 11º, nº 3, da Lei nº 11/89, de 1 de Junho:

> "Nenhum militar pode ser prejudicado ou beneficiado na sua carreira em razão da ascendência, sexo, raça, origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, situação económica ou condição social".

48º

Mais uma vez se impõe compreender que é o tratamento discriminatório, em si, que é proibido e não, fundamentalmente, a razão que lhe serve de suporte.

VI

DA RELAÇÃO TEMPORAL ENTRE AS NORMAS TIDAS POR INCONSTITUCIONAIS E NORMAS POSTERIORES

49º

É pelo menos, duvidoso que após a entrada em vigor do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR), aprovado pelo Decreto-Lei 34-A/90, de 24 de Janeiro, o regime do QEO permaneça absolutamente intocado.

50º

Com efeito, o artº 30º do diploma que aprova o EMFAR só admite a aplicação das disposições do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto "na parte em que não contrariem o disposto no Estatuto".

51º

Ora, o Estatuto (EMFAR), em parte alguma alimenta a sobrevigência das normas contidas nos nºs 3, 4 e 5 do artº 8º do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto.

52º

Pelo contrário, o novo Estatuto fixou taxativamente, no artº 67º, as circunstâncias de preterição de promoções sem qualquer referência específica ao QEO.

53º

Quanto ao artº 9º, nº 2, do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto, foram levadas a cabo algumas modificações no tocante ao regime de avaliação (vd. artºs 85º e sgs. do EMFAR).

54º

Foi mantido, porém, o sistema de listas de promoções elaboradas pelos conselhos de classes e serviços ou especialidades (artº 194º do EMFAR).

55º

Todavia, mesmo que parcialmente revogadas as normas, não fica afastada a admissibilidade da sua sindicância pelo Tribunal Constitucional.

56º

Reportando-se a estas situações afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira que:

> "Só é de dispensar a declaração de inconstitucionalidade quando a revogação tenha efeitos retroactivos, apagando os efeito produzidos pela norma". (Fundamentos da Constituição, Coimbra Ed; 1991, pg. 255)

57º

Acresce o facto de a declaração manter no caso vertente o "interesse jurídico relevante, aferido em função de um possível alcance material operado no quadro normativo posto em crise" (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional 193/88, de 27 de Setembro de 1988, DR. II, de 14/12/1988.

VII

CONCLUSÃO

Nestes termos, deve ser declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas nos artºs 8, nºs. 3, 4 e 5, 9º, nº 2 e 10º do Decreto-Lei 296/84, de 31 de Agosto, porquanto violam directamente o princípio da igualdade consagrado em ambos os números do artº 13º da Constituição da República Portuguesa.

***

2.2.1. Casos em que se decidiu não pedir a fiscalização da constitucionalidade

R-533/92
D.I.-7

Não se afigura que a norma prescrita no nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 118/79, de 4 de Maio, que criou o Parque Nacional das Serras de Aire e Candeeiros, colida com o direito de propriedade privada consignado no artº 62º da Constituição.

Desenvolvendo:

1. O invocado artº 62º da Lei Fundamental estatui que:

> "1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e a sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.
>
> 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização" (Redacção de 1989).
>
>> Ora, consoante decorre da fórmula explicitada na parte final do nº 1 do preceito acima transcrito, o direito de propriedade assegurado pela Constituição "não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e nos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição."
>>
>> Assim se lê *in* "Constituição da República Portuguesa" Anotada, de J.J. Canotilho e Vital Moreira, 2ª ed., 1º Volume, pág. 33.

2. Citando a Obra e os Autores indicados, ocorrerá sublinhar que:

> "Teoricamente, o direito de propriedade abrange pelo menos quatro componentes: (a) o direito de adquirir; (b) o direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; (c) o direito de a transmitir; (d) o direito de não ser privado dela. Aparentemente, só o segundo aspecto não esta contemplado de forma explícita neste preceito constitucional.
>
> Revestindo o direito de propriedade, em vários dos seus componentes, uma natureza negativa ou de defesa, ele possui natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, compartilhando por isso do respectivo regime específico (cfr. artº 17º), isto na medida em que ele é garantido pela Constituição. A este propósito interessa ter em conta, não apenas os limites explícitos (sobretudo em matéria de propriedade de meios de produção), mas também os limites imanentes, decorrentes implicitamente de outras normas e princípios

constitucionais, que vão desde os princípios gerais da constituição económica e financeira (entre os quais as obrigações fiscais, artº 106º), até aos direitos sociais (defesa do ambiente, do património cultural, etc.).

A ausência de uma explícita reserva de lei restritiva, embora cause alguma perplexidade (pois é corrente na história constitucional e no direito constitucional comparado), não impede porém que a lei - seja por via de algumas específicas remissões constitucionais expressas (artºs 82º, 87º e 99º), seja por efeito da concretização de limites imanentes, sobretudo por colisão com outros direitos fundamentais - possa determinar restrições mais ou menos profundas ao direito de propriedade. De uma forma geral, o próprio projecto económico, social e político da Constituição implica um estreitamento do âmbito dos poderes tradicionalmente associados à propriedade privada e à admissão de restrições (quer a favor do Estado e da colectividade, quer a favor de terceiros) das liberdades de uso, fruição e disposição". (Obra citada, págs. 334/335)

3. Do exposto se retirara, pois, que, ainda quando se entenda que a liberdade de uso e fruição integra naturalmente o direito de propriedade (embora não haja sido expressamente nomeada entre os seus componentes pela Lei Fundamental), ela depara com limites constitucionais de vária ordem, entre os quais caberá destacar, com especial relevância para a questão *sub judice*, os imanentes aos direitos e deveres sociais e aos direitos e deveres culturais consignados no artº 66º ("ambiente e qualidade de vida") e no artº 78º ("fruição e criação cultural") da Constituição.

Com efeito, dispõe aquele artº 66º que:

"1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e paisagens biologicamente equilibradas;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica." (Redacção de 1989)

Por seu turno, estatui o artº 78º da Constituição:

"1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.

2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:

c)Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; ....." (Redacção de 1989)

4. Ora, "os valores naturais, paisagísticos e humanos da região abrangida pelas Serras de Aire e dos Candeeiros", valores esses cuja protecção esteve na base da criação do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros, harmonizam-se perfeitamente com os princípios vertidos nas normas constitucionais acima invocadas.

Na realidade, o preâmbulo do questionado Decreto-Lei nº 118/79 assinalou expressamente que "Entre as muitas áreas a proteger ao longo da faixa estudada, destacam-se as Serras de Aire e dos Candeeiros, que reúnem grande interesse paisagístico, além de conservarem muitos valores naturais e terem ainda um riquíssimo património arquitectónico e cultural ligado as populações que ali habitam."

E, em conformidade, dispôs o mesmo diploma, no artº 3º, que "O Parque Natural visa fundamentalmente, dentro dos limites da sua área, a protecção dos aspectos naturais existentes, a defesa do património arquitectónico e cultural, o desenvolvimento das actividades artesanais e a renovação da economia local, bem como a promoção do repouso e do recreio ao ar livre."

5. Nos termos expostos, arredado parece que o direito de propriedade privada, tal como se acha consagrado no artº 62º da Lei Fundamental, seja ofendido pelo Decreto-Lei nº 118/79, ao preceituar no artº 6º que:

"1. Dentro dos limites do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros (excluindo os perímetros urbanos dos aglomerados) ficam sujeitos a parecer favorável da Comissão Instaladora:

a) Construção, reconstrução, ampliação ou demolição de edifícios e outras construções de qualquer natureza;

b) Instalações de explorações ou ampliações das já existentes;

c) Aterros, escavações ou qualquer alteração à configuração do relevo natural;

d) Derrube de árvores em maciço;

e) Abertura de novas vias de comunicação e passagem de linhas eléctricas ou telefónicas;

f) Abertura de fossas, de depósitos de lixos ou materiais;

g) Captação e desvio de águas.

2. O parecer a que se refere o número anterior não dispensa quaisquer outros condicionamentos legalmente exigidos".

6. Na realidade, o que a invocada norma jurídica fez foi estabelecer determinado condicionamento à prática dos actos e ao exercício das actividades elencadas no seu nº 1, fazendo-os depender da emissão de parecer favorável da Comissão Instaladora do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros.

Longe, pois, de proibir irredutivelmente a prática de todos os actos e o exercício de todas as actividades em causa, apenas fez acrescer a necessidade de preenchimento de mais um requisito à observância de "quaisquer outros condicionamentos legalmente exigidos" para o efeito, consoante flui do disposto no nº 2 do falado artº 6º.

E isso, sem deixar de excluir expressamente à sujeição do parecer favorável previsto no indicado, nº 1 "os perímetros urbanos dos aglomerados" situados dentro dos limites do mencionado Parque Natural.

7. Bem poderá acontecer (não se exclui tal hipótese) que a concretização de qualquer dos actos e das actividades a que se refere o nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 118/79 venha a ser comprometida ou inviabilizada por falta do indispensável parecer favorável para o efeito exigido no nº 1 do mesmo preceito normativo.

Mas isso também poderá suceder por força de algum outro dos condicionamentos legais a que alude o nº 2 do invocado artº 6º, quer no tocante a terrenos que, embora situados dentro dos limites do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros, estão excluídos, todavia, da sujeição aos condicionamentos do Decreto-Lei nº 118/79, por se acharem abrangidos em perímetros de aglomerados urbanos, quer no que tange aos demais terrenos situados dentro dos limites do mencionado Parque, quer, ainda, no que concerne a terrenos situados noutras zonas exteriores aos questionados limites.

8. Com efeito, e no que respeita, v.g., à destinação de terrenos a construção urbana, cumprirá sublinhar que ela poderá ser indeferida com base em qualquer dos

fundamentos enunciados no artº 63º do Decreto-Lei nº 445/91, de 21 de Novembro ("Regime de licenciamento de obras particulares");

- "Desconformidade com alvará de loteamento ou com instrumentos de planeamento territorial, válidos nos termos da lei";

- "Desrespeito por normas legais e regulamentares aplicáveis aos projectos";

- "Desrespeito por servidões administrativas e restrições de utilidade pública";*

- "Trabalhos susceptíveis de manifestamente afectarem a estética das povoações ou a beleza das paisagens...";

- "Alterações em construções ou elementos naturais classificados como valores concelhios, quando deles possa resultar prejuízo para esses valores";

- "Existência de declaração de utilidade pública para efeitos de expropriação que abranja a área a licenciar";

- "Recusa prévia, fundamentada, por alguma das entidades consultadas da aprovação, autorização ou parecer favorável exigidos por lei";

- "Ausência de arruamentos e de proposta eficaz de construção de infra-estruturas de abastecimento de água e saneamento";

- "Se a pretensão constituir, comprovadamente, uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas existentes".

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 196/89, de 14 de Junho ("Regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional"), visando defender e proteger as áreas de maior aptidão agrícola e garantir a sua afectação à agricultura, proibiu, no artº 8º, e apenas com as excepções admitidas naquele Diploma, "todas as acções que diminuam ou destruam as suas potencialidades agrícolas" nos solos englobados na Reserva Agrícola Nacional.

E, por seu turno, o Decreto-Lei nº 93/90, de 19 de Março ("Regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional), definiu a Reserva Ecológica Nacional como "uma estrutura biofísica básica e diversificada que, através do condicionamento à utilização de áreas com características ecológicas específicas, garante a protecção de ecossistemas e a permanência e intensificação dos processos biológicos indispensáveis ao enquadramento equilibrado das actividades

---

* Cfr., a propósito, e entre muitas outras, as normas legais aplicáveis a construções localizadas na vizinhança de vias rodoviárias, de vias férreas, de estabelecimentos militares e aeroportos, de monumentos nacionais e edifícios públicos, de nascentes de águas, de obras de aproveitamentos hidráulicos, etc. (v. Relação anexa à Portaria nº 338/89, de 12 de Maio, ainda não actualizada).

humanas". Daí que haja proibido, no artº 4º, e somente com as ressalvas previstas no mesmo Decreto-Lei, "todas as acções de iniciativa pública ou privada que se traduzam em operações de loteamento, obras de urbanização, construção de edifícios, obras hidráulicas, vias de comunicação, aterros, escavações e destruição do coberto vegetal", nas áreas incluídas na Reserva Ecológica Nacional.

9. O excurso feito pelos diplomas legais acima indicados não pretendeu esgotar, obviamente, o quadro das limitações ou proibições susceptíveis de condicionarem ou inviabilizarem, em maior ou menor medida, a aplicação de terrenos a fins de construção urbana, ou ao exercício de certas actividades de diferente natureza, quer tais terrenos se situem dentro ou fora dos limites do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros.

Mas afigura-se bastante para demonstrar que, antes ou depois da publicação do Decreto-Lei nº 118/79, de 4 de Maio, que criou o mencionado Parque Natural, e localizados que sejam dentro ou fora dos respectivos limites (ou dos de qualquer outro Parque ou Reserva Natural, ou de alguma Paisagem Protegida), o direito de propriedade sobre terrenos não pressupunha uma liberdade de uso e fruição em termos tais que possibilitassem a correspondente utilização e destinação a bel-prazer dos proprietários - ou seja, em condições que não deparassem já com variadas restrições de interesse público, assentes na prevalência de certos outros textos legais, incluindo a própria Constituição da República.

10. Com efeito, o artº 6º, nº 1, do Decreto-Lei nº 118/79 não coarctou irremediavelmente aos proprietários de terrenos abrangidos pelos limites do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros (excluindo os perímetros urbanos dos aglomerados) a prática de actos ou o exercício de actividades que de outro modo lhes fosse lícito empreender sem sujeição aos outros condicionamentos legais invocados no nº 2 do mesmo artigo, condicionamentos esses porventura igualmente constritores da liberdade de uso e fruição dos ditos terrenos.

Quer dizer que, ainda quando não estivesse em vigor o disposto no nº 1 do citado artº 6º, sempre poderia suceder que a existência de determinados condicionamentos legais exigidos noutros Diplomas dotados de plena eficácia jurídica limitassem ou prejudicassem, com maior ou menor amplitude, a realização de todos ou alguns dos empreendimentos elencados no referido nº 1 (se não, mesmo, de certos outros objectivos).

11. Ademais, o nº 1 do artº 6º do mencionado Decreto-Lei, ao sujeitar ao parecer favorável nele exigido a prática dos actos e o exercício das actividades para o efeito definidos, não arreda, de forma absoluta, que esses actos ou essas actividades possam vir a ver a luz do dia, nos casos e nos termos em que se mostre não porem em risco as finalidades da criação do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros, nem

colidirem com quaisquer outros condicionamentos legais aplicáveis à concretização dos empreendimentos visados.

Valerá dizer, pois, e v.g.:

- Que o aludido parecer favorável poderá ser recusado relativamente à construção de uma edificação de certo tipo ou dimensão, ou com determinada localização, e não suceder outro tanto em relação a uma edificação de natureza e volumetria diferentes, ou a implantar em local distinto;

- Que o mesmo parecer desfavorável poderá ser recusado no tocante à instalação de uma exploração de certa natureza em determinada zona, e já assim não acontecer em relação à implantação de outro tipo de exploração em local distinto;

- Que tal parecer desfavorável poderá ser justificado no que tange à execução de aterros e escavações, bem como à abertura de novas vias de comunicação, nalguns locais, mas não, também, noutras zonas menos críticas;

- Que o citado parecer favorável poderá ser recusado para a prática de certos actos ou o exercício de certas actividades que se intente levar a cabo em determinados terrenos (v.g. a construção de edificações ou a instalação de unidades industriais), sem inviabilizar, no entanto, alguns outros aproveitamentos económicos adequados dos mesmos terrenos (v.g. a actividade agrícola ou o aproveitamento florestal racional).

12. Em suma:

O disposto no nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 118/79, de 4 de Maio, fez acrescer a "quaisquer outros condicionamentos legalmente exigidos", a que se reporta o nº 2 do mesmo artigo, mais um elemento cerceador da liberdade de uso e fruição dos terrenos abrangidos nos limites do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros (com exclusão dos perímetros urbanos).

Mas não se afigura que haja, por si só, estrangulado de tal modo aquela componente do direito de propriedade que dela só tenha restado uma simples noção conceitual despida de qualquer conteúdo prático.

A ter sido esse o caso, admitir-se-ía, sem grande esforço, a necessidade de encontrar adequada resposta jurídica para a situação em análise, fosse através da justa indemnização dos proprietários prejudicados (cfr., a propósito, o estatuído no nº 2 do artº 8º do Código das Expropriações aprovado pelo Decreto-Lei nº 438/91, de 9 de Novembro, segundo o qual "As servidões fixadas directamente na lei não dão direito a indemnização, salvo se a própria lei determinar o contrário"), fosse através da aquisição pelo Estado dos terrenos particulares que, servindo apenas os interesses do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros, se revelassem, em ultima análise,

insusceptíveis de qualquer valor real para os respectivos proprietários, em termos de aproveitamento útil ou de rendimento económico.

Não se evidenciando, porém, ser esse o resultado global da aplicação da norma vertida no nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 118/79, crê-se não existir colisão entre aquela mesma norma e o princípio do direito à propriedade privada, nos termos em que se acha garantido no artº 62º da Constituição.

13. Ocorrerá sublinhar, como nota final, que o Decreto-Lei nº 118/79, de 4 de Maio, foi publicado no domínio da Constituição de 1976, o qual também dizia, no artº 62º, em matéria de direito de propriedade privada, que:

> "1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.
>
> 2. Fora dos casos previstos na Constituição, a expropriação por utilidade pública só pode ser efectuada mediante pagamento de justa indemnização."
>
> E no artº 66º já assegurava, igualmente, o direito dos cidadãos ao ambiente e qualidade de vida, estatuindo que:
>
>> "1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
>>
>> 2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares:
>>
>>> a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
>>>
>>> b) Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;
>>>
>>> c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
>>>
>>> d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica;
>>
>> 3.....
>>
>> 4....."

> Todavia, ao definir no artº 167º a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, não inclui nela legislar sobre as "Bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural", ao contrário do que veio a suceder nas Revisões de 1982 e 1989 (que incluíram tal matéria na reserva de competência legislativa da Assembleia da República - artº 168º, nº 1, al.) g)).

14. Assim, a norma do nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 118//79 não haveria ofendido materialmente o preceito então vertido no artº 62º da Constituição, nem teria colidido organicamente com o disposto no respectivo artº 167º (na redacção que tinha na altura).

Além disso, não se revelava desconforme com outros princípios então consignados na Constituição (considerando, v.g., o correspondente artº 66º), e tão pouco se revela materialmente ofensiva dos novos princípios constitucionais saídos das revisões de 1982 e 1989 (tendo em vista, nomeadamente, os respectivos artºs 66º e 78º).

15. Por tudo o que antecede, *crê-se não concorrer no caso em foco a inconstitucionalidade invocada pelo reclamante*.

O que não significará, obviamente, que o Provedor de Justiça não possa vir a ser chamado a pronunciar-se sobre queixas que porventura lhe venham a ser apresentadas por quaisquer cidadãos que se julguem alvo de tratamento ilegal ou injusto por parte da Administração Pública, em matérias relacionadas com a aplicação dos preceitos do questionado Decreto-Lei nº 118/79 ou de qualquer outro Diploma de idêntica natureza.

***

R-535/92, D.I.6
R-586/92, D.I.9

Um Sindicato, em 14 e 19 de Fevereiro de 1992, peticionou o exercício da minha competência de iniciativa do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de normas jurídicas, em relação ao artº 1º, nº 1, b) e nº 3 da Lei 10/83, de 13 de Agosto, e ao artº 16º, b), da Lei 2/88, de 26 de Janeiro.

Analisados os fundamentos jurídicos invocados pelo sindicato queixoso, os pareceres da Exma. Assessora, do Exmo. Coordenador e do Exmo. Provedor-Adjunto, decido não utilizar o poder que a C.R.P., nos termos do seu artº 281º, nº 2, d), reproduzido no artº 20º, nº 3, da Lei 9/91, de 9 de Abril, me confere, pelos motivos que seguem:
1. Da inconstitucionalidade dos artºs 1º, nº 1, b) e nº 3 da Lei 10/83 e do artº 16º, b) da Lei 2/88.

A) Quanto à Lei 10/83:

i) A meu ver procede a argumentação aduzida pelo queixoso quanto à inconstitucionalidade formal de que padecem as normas citadas da Lei 10/83.

O artº 56º, 2, a), da Constituição, confere às associações sindicais o direito de participarem na elaboração da legislação do trabalho.

Duas ordens de problemas aqui se colocam - a identificação das associações sindicais e a definição de legislação do trabalho.

Quanto ao primeiro ponto, e ultrapassando o conceito constitucional de sindicato, há que verificar se a Constituição impõe alguma diferenciação entre os sindicatos cujo âmbito inclua a função pública e os demais. E, a despeito do que o quadro legislativo poderia fazer supôr (cfr. artº 9º do Decreto-Lei 45-A/84 e artº 2º da Lei 16/79, com as relações de especialidade que se poderiam traçar), parece consensual na doutrina e na jurisprudência constitucionais que a Constituição não relega os sindicatos da função pública para um segundo plano, ferindo-os com uma *capitis diminutio* em relação aos seus congéneres do sector privado, para além das especialidades previstas e consentidas pela própria Constituição (cfr. artºs 269º e segs.). Mas é reforçada esta posição se se atentar na significativa, embora incompleta, alteração de terminologia constitucional, introduzida pela revisão de 1982, onde o artº 269º passou a referir "Trabalhadores da Administração Pública" onde o artº 270º da versão de 1976 falava em "funcionários" (note-se, no entanto, a quebra terminológica introduzida, pela não alteração em consonância do artº 271º quer da versão de 1976, quer da versão de 1982, onde se continuou a falar de "funcionários"; cfr. Ac. TC 185/89, publicado no D.R., I Série, nº 56, 8.3.1989).

E, não podendo considerar-se prevista na Constituição a possibilidade de restringir o direito de participação de organizações sindicais da função pública, temos que concluir pela identidade das posições de todas as associações sindicais, quer representem trabalhadores sujeitos ao regime da função pública, quer não (cfr., neste sentido, Ac. TC 451/87, D.R. I Série, nº 286, 14.12.1987, pg. 4306).

Assumida essa identidade, há que considerar a noção de participação e o seu âmbito.

Quer se qualifique tal posição jurídica como garantia institucional quer como verdadeiro e próprio direito fundamental, a verdade é que o direito de participação na legislação laboral é, pela sua inserção sistemática um verdadeiro direito, liberdade e garantia, o que, pelo artº 17º da Constituição lhe faz aplicável todo o regime dos direitos, liberdades e

garantias (não tendo qualquer apoio na letra e no espírito da Constituição a posição do Prof. Vieira de Andrade ao autonomizar uma categoria de direitos fundamentais em sentido exclusivamente formal e consequente aplicação parcelar de regimes - cfr. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, pg. 210).

Trata-se da consagração de um direito a influenciar a tomada de decisão, por parte dos órgãos constitucionalmente competentes, que se caracteriza, em termos hábeis, por uma localização temporal bem definida e adequada. Não se trata de atribuir aos sindicatos poderes legislativos ou, sequer, de conformação unilateral, positiva ou negativa, das soluções legislativas. A finalidade deste instituto é o de, seja pela representação dos interesses particulares dos seus associados, seja pela intervenção desinteressada em prol de interesses públicos relevantes, colocar os sindicatos num papel auxiliar dos órgãos legislativos no preenchimento material das decisões que estes pretendem tomar. É uma manifestação do princípio participativo no procedimento legislativo, permitindo a sua optimização e, em suma, a do sistema representativo, corrigindo os seus défices. É no "aprofundamento da democracia participativa" (artº 2º, *in* fine, da Constituição) que se baseia todo o programa constitucional de relacionamento directo entre os destinatários da norma e os seus autores, num equilíbrio bem expresso no artº 9º, c), da Constituição.

Dado que a finalidade própria da participação sindical na elaboração da legislação do trabalho é, especificamente, a de colocar os órgãos legislativos ao corrente do pensamento dos trabalhadores representados por aquelas organizações, habilitando-os a uma melhor definição do regime legislativo, há que delimitar a oportunidade de intervenção dos sindicatos, sob pena de inutilidade ou mesmo fraude ao disposto na Constituição. Não há, pois, possibilidade da prática do acto de audição em momento posterior a qualquer tipo de decisão legislativa determinante do conteúdo da norma; a violação do direito de participação em devido tempo gera uma invalidade que não pode ser sanada, nomeadamente, pela audição posterior dos sindicatos (cfr. Sousa, Marcelo Rebelo, O valor jurídico do acto inconstitucional, I, pg. 245).

A maioria da doutrina e a jurisprudência unânime do Tribunal Constitucional (cfr. Acs. TC 107/88 e 64/91, publicados, respectivamente, no D.R., I, nº 141, 21.4.88 e I-A, Supl. nº 84, 11.4.91, entre outros, e o comentário de José Manuel Meirim na Revista do Ministério Público, ano 13º, Out.-Dez., 1992, nº 52, pgs. 16 e 32) consideram preterição desta verdadeira fase do procedimento legislativo laboral como geradora de inconstitucionalidade, sendo voz minoritária a dos que, como o Professor Jorge Miranda (Funções, Órgãos e Actos do Estado, pg. 415) consideram que, seja pela intensidade dos valores tutelados, seja pelo tratamento mediatizado legislativamente da matéria, se trata de uma mera ilegalidade. Julgo que a razão está com os

primeiros; aproveitando, aliás, a argumentação exposta pelo Prof. Jorge Miranda em trecho diferente (cfr. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 3ª ed., pg. 324), a norma violada pela ausência de participação das organizações sindicais é, directamente, a norma do artº 56º, 2, a), da Constituição, e não qualquer disposição legal. Só se justificaria falar em ilegalidade se, v.g., essa participação não obedecesse ao preceituado nos requisitos da Lei 16/79 (por exemplo, ao seu artº 5º, 1 ou 2), estando a ser violados preceitos legais não reprodutivos de preceitos constitucionais (note-se que, para se poder falar de ilegalidade autonomamente, tínhamos que admitir que a situação exemplificada não pode, em si mesma, reconduzir-se a uma situação de prejuízo do direito de participação como constitucionalmente consagrado).

Resta, ainda, averiguar qual a relevância das definições de legislação do trabalho, apresentadas pela Lei 16/79 e pelo Decreto-Lei 45-A/84. Parece que o modo correcto de proceder é o de interpretar os conceitos legais a partir da Constituição e não os conceitos constitucionais a partir da lei (numa suposta interpretação constitucional conforme a lei). Assim, julga-se por relevante para o conceito de legislação de trabalho, como empregue no artº 56º, 1, a), o de toda e qualquer normação produzida pelos poderes públicos com reflexos na situação jurídica das relações de trabalho subordinado, enquanto tais (cfr. Canotilho//Moreira, C.R.P. anotada, 3ª ed., pg. 296).

Transcreva-se o que disse o Tribunal Constitucional no seu Acórdão 451/87 (D.R., I Série, nº 286, 14.12.1987):

> "É que, muito embora a Constituição não defina o conceito de legislação do trabalho, parece que esta há-de ser 'a que visa regular as relações individuais e colectivas de trabalho, bem como os direitos dos trabalhadores, enquanto tais, e suas organizações' (cfr. Parecer nº 17/81, Pareceres da Comissão Constitucional, vol. 16º, pg. 14), ou, se assim melhor se entender, há-de abranger a ' legislação regulamentar dos direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos na Constituição' (cfr. Acórdão nº 31/84, cit.)"

Deste modo, não poderá a lei diminuir o âmbito desta norma constitucional, restringindo o conceito de legislação laboral; mas já o poderá alargar, considerando como tal normas que não se integravam, *a priori*, naquele conceito. Tal constituiria o reconhecimento, *ex lege*, de um novo direito fundamental, possível face ao artº 16º, nº 1 da Constituição e que beneficiaria do regime dos direitos, liberdades e garantias (ex vi artº 17º; cfr. Canotilho/Moreira, Fundamentos da Constituição, pg. 126). Designadamente para quem considera o conceito de legislação laboral como restrito aos actos tomados sob a forma de lei - artº 115º, l, da Constituição -, poder-se-á considerar o preceituado no artº

2º, nº 2 da Lei 16/79, como um exemplo de alargamento do âmbito de um direito fundamental em sentido formal por via legislativa.

Com base neste pressuposto, parece ser evidente a inclusão neste conceito de legislação do trabalho das leis de autorização legislativa. Se bem que, como dizem Cardoso da Costa e Messias Bento (voto de vencidos no Ac. TC 107/88, publicado no D.R., I Série, nº 141, 21.6.88), se tratem fundamentalmente, de leis que estendem a competência da Assembleia da República, de modo excepcional, ao Governo (não curando, neste particular, das autorizações legislativas as assembleias legislativas regionais, instituto de motivação e contornos diferentes), não é menos verdade que se não tratam de leis em sentido meramente formal, sendo providas, obrigatoriamente, de uma materialidade, maior ou menor, mas sempre em grau suficiente, para cumprir todos os requisitos do artº 168º, nº 2. Ou seja, por força do artº 168º, nº 2 (introduzido pela Lei Constitucional 1/82), a lei de autorização legislativa não tem só que determinar o objecto da regulamentação normativa, cuja competência para a elaboração é delegada ao Governo, como também o sentido em que essa regulamentação deverá ser produzida. Desta forma, já há uma decisão legislativa relevante na conformação do resultado normativo final a aplicar aos particulares, qual seja o Decreto-Lei autorizado a aprovar pelo Governo, através do Conselho de Ministros. Inclusivamente poder-se-á extrapolar uma eficácia, face aos destinatários da norma autorizada, da lei de autorização, por aquela ter de respeitar esta e, assim, servir de padrão efectivo de controlo da decisão governamental.

Sendo o Decreto-Lei autorizado, de algum modo, determinado pela lei de autorização, fácil é adivinhar a utilidade e necessidade, face à Constituição, da participação no procedimento legislativo especial que é o da feitura das leis de autorização legislativa (cfr. Divisão V da Secção II do Capítulo I do Título IV do Regimento da Assembleia da República, ultimamente alterado pela Resolução 4/93 e publicado na íntegra no D.R., I Série-A, nº 51, 2.3.1993). Não fará sentido a intervenção das organizações sindicais num momento em que, ainda que de um modo mínimo, o sentido da legislação a editar já esta fixado (pela autorização legislativa). Seria uma perversão da vontade constitucional nesta matéria o remeter-se a participação das organizações sindicais para o mero papel de minimização dos efeitos não queridos produzidos por uma lei. O que se pretende é que toda a decisão legislativa (que, aqui, passa por um procedimento complexo, em 2 graus) seja participada activamente pelas organizações sindicais.

Nem se diga, como fazem Cardoso da Costa e Messias Bento (Ac. TC 107/88, loc. cit.), apoiados por Barbosa de Melo (Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXI nºs 3/4, Julho/Dez 1989, pgs. 536 e segs.), que a lei de autorização legislativa não é legislação de trabalho (loc. cit., pg. 2538) ou que, mesmo sendo-o, a dupla audição leva a "consequências

incongruentes, ou, no mínimo, excessivas" (loc. cit., pg. 2539). Em resposta ao 1º ponto dir-se-á, com o Tribunal Constitucional, que as autorizações legislativas "não podem considerar-se puras leis organizatórias da competência legislativa (...) [já que] contém os parâmetros normativos fundamentais (...)" (Ac. TC 64/91, D.R., I Série-A, nº 84, 11.4.1991); quanto ao segundo, é certo que se trata de dois momentos normativos distintos na elaboração da regra de conduta final.

Mais ainda: não colhe o argumento aduzido por aqueles Conselheiros do TC, segundo o qual o Governo, face à opinião negativa dos sindicatos, poderia sempre recusar-se a utilizar a autorização legislativa concedida. É preciso notar que a competência legislativa, primariamente, é da Assembleia da República, e é a esta que, em primeira linha (e, pode-se dizê-lo, preferencialmente), a Constituição quis atribuir a competência legiferante nesta matéria. Não faz, pois, sentido permitir ao Governo a disponibilidade de, ouvindo os sindicatos de um ponto de vista meramente formal, poder aprovar um Decreto-Lei autorizado com base numa autorização legislativa dada por uma Assembleia que, se tivesse ouvido os sindicatos, bem poderia ter alterado o sentido a dar à legislação emitida pelo Governo. Não há, pois, que colocar a participação neste procedimento legislativo exclusivamente na mão do Governo. A cada passo da concretização da norma haverá que corresponder um momento participativo. E se se aplaude a tendência do Tribunal Constitucional para exigir a audição dos sindicatos na elaboração da autorização legislativa (cfr. Ac. TC 285/92, public. D.R., I-A, nº 188, 17.8.1992, pg. 3981), já não se pode concordar com a posição do mesmo Tribunal (cfr. Ac. 285/92 cit.) corroborado, entre outros, por José Manuel Meirim (Rev. do Ministério Público, nº 13, Out-Dez, 1992, nº 52, pg. 32), segundo a qual a audição no momento da elaboração do Decreto-Lei autorizado ou da proposta de lei de autorização poderia dispensar a audição no outro momento, por já terem sido preenchidos os objectivos da participação das organizações sindicais. Pela argumentação expendida acima, julgo não ser essa a melhor solução.

A participação deveria ser, em regra, publicitada no próprio diploma, para efeitos de um melhor controlo por parte dos destinatários da norma e aplicadores do Direito. Parece-me que a omissão dessa referência deveria fazer presumir *juris et de jure* a ausência da participação, devendo a sua menção poder ser impugnada por falsidade. Não é, no entanto, o que tem vindo a ser entendido pelo Tribunal Constitucional (cfr. Ac. TC 185/89, D.R., I Série, nº 56, 8.3.1989), onde se admite a prova em contrário pelo órgão legiferante, que supra a ausência da referência a essa participação no próprio diploma (de um modo mais radical, vd. voto de vencido do Conselheiro Raul Mateus - Acs. TC 451/87 e 15/88, publicados, respectivamente, no D.R., I Série, nº 286, 14.12.1987 e I Série, nº 28, 3.2.1988) exigindo, para além da omissão da referência à participação no próprio diploma, a prova da efectiva não participação - o que não deixa

de ser curioso face aos princípios gerais de direito probatório, nomeadamente, quanto à prova de factos negativos, (cfr., exemplificativamente, o artº 343º, nº 1, do Código Civil).

Numa última nota, refira-se o facto de que o artº 7º, da Lei 16/79 parece não prever as leis de autorização legislativa. No nº 2, a) refere-se à participação nos diplomas emanados pelos governos regionais e pelo Governo; no nº 2, b), nos diplomas emanados pelas assembleias. Ora, colocando, neste ultimo caso, a menção de participação nos diplomas emanados da Assembleia da República no relatório da Comissão especializada em função da matéria, está-se, hoje, a criar um vazio legislativo quanto as leis de autorização legislativa, na medida em que o artº 200º, 1, b) do regimento da Assembleia da República exclui a intervenção das Comissões especializadas no procedimento legislativo especial que é o das leis de autorização legislativa.

Parece-me, aliás, em tese geral que os elementos procedimentais relevantes para o juízo sobre a constitucionalidade das normas emanadas pela Assembleia da República deveriam ser alvo de uma forma maior e mais expedita de publicitação, nomeadamente, pela referência, sempre que possível, no próprio diploma.

Dado que a Lei 10/83 não faz menção de participação, parece de considerar como presente uma inconstitucionalidade formal das suas normas que se refiram à legislação do trabalho, nomeadamente, os artigos visados pelo pedido que foi feito pelo sindicato queixoso.

ii) No entanto, há ainda que apontar ao nº 3 do artº 1º da dita lei uma inconstitucionalidade material, qual seja a de não prever qual o sentido da legislação autorizada.

A Lei Constitucional 1/82 veio prever que as autorizações legislativas tinham que, além de definir o objecto e duração da autorização (artº 168º, nº 1, versão de 1976), indicar o sentido a dar à legislação a editar. Trata-se de salvaguardar, de modo mais cerrado e eficaz, a supremacia legislativa da Assembleia da República, *maxime*, quando é a ela que a Constituição atribui a competência, prevendo apenas a possibilidade, que se quer excepcional, de delegação ao Governo.

Como o artº 1º, nº 3, não define o sentido a dar às alterações legislativas a introduzir (veja-se, v.g., a não previsão do sentido de alteração da "dosimetria das penas", se para as agravar, se para as atenuar), o conteúdo desta norma viola o artº 168º, nº 2 da Constituição, pelo que se gera uma inconstitucionalidade material.

Essa inconstitucionalidade, aliás, já tinha sido apontada pelo deputado João Amaral, na discussão desta lei (cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 19, 12.7.1983, pg. 738).

iii) Deste modo, face às inconstitucionalidades formal e material apontadas, hão-de ter-se os ditos preceitos como inconstitucionais. E, por essa via, consequentemente inconstitucional (por falta de autorização legislativa válida), todo o conteúdo do Decreto-Lei 24/84, de 16 de Janeiro, que tenha sido editado ao abrigo desta autorização legislativa.

B) Quanto à Lei 2/88

Quanto à sua inconstitucionalidade formal, por falta de audição das organizações sindicais, procedem os argumentos expendidos quanto a Lei 10/83.

A doutrina vem tratando, há já algum tempo, das especificidades das autorizações contidas na Lei do Orçamento. Essas especificidades, que vinham a ser consideradas como provenientes de costume constitucional (cfr., Jorge Miranda, Funções, Órgãos e Actos do Estado, pg. 486, e, ainda, com outra fundamentação, Cardoso da Costa, Sobre as autorizações Legislativas da Lei do Orçamento, *in* Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Teixeira Ribeiro, vol. III, pgs. 407 e segs.), viriam a ser positivadas na revisão constitucional de 1989, no novo nº 5 do artº 168º.

De qualquer modo, dois pontos há a realçar:

1) A inclusão da autorização legislativa no Orçamento em nada retira o carácter laboral da autorização e da legislação a editar;

2) Neste caso, nem sequer se pode falar em verdadeira norma que, *ratione materiae*, pudesse ou devesse ser incluída no orçamento. Trata-se de um caso dos chamados *cavaliers budgetaires*, inclinando-se a doutrina para a sua "desorçamentalização", aplicando-se o regime geral das autorizações legislativas (e da legislação em geral, nomeadamente para não se exigir uma iniciativa governamental de revisão do Orçamento para a eventual revogação da autorização legislativa; cfr. artº 109º, nº 2).

De qualquer modo, e pelas razões aduzidas, o artº 16º, b) (aliás, todas as suas alíneas) seria inconstitucional por vício *in* procedendo.

2. No entanto, mesmo concordando com a existência dos vícios acima explicitados, entendo não usar o meu poder de iniciativa de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas em causa.

Se é verdade que não há, por regra, inconstitucionalidades maiores e menores (pese embora o regime excepcional traçado pelo artº 277º, nº 2 para certas inconstitucionalidades em certo tipo de actos - os tratados internacionais), a verdade é que a Constituição quis traçar um equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e outros princípios fundamentais estruturantes da própria Constituição. Ou seja, não parece lícito afirmar que o valor da constitucionalidade seja absoluto e não possa sofrer, licitamente, limitações. Explicitamente na Constituição encontramos manifestação destas cedências no artº 279º, 2 e no já citado artº 277º, nº 2. E essa posição é reforçada pela limitação do poder de iniciativa em sede de fiscalização abstracta. Não se prevendo qualquer tipo de acção popular de constitucionalidade ou, mesmo, de acção directa, a Constituição quis deixar a cargo de certos órgãos, elencados no seu artº 281º, 2, a responsabilidade de, sinepicamente, poderem ajuizar da oportunidade ou inoportunidade da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Os órgãos de iniciativa, como diz o Prof. Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 3ª ed., fls. 456 e 457) e, no que respeita à fiscalização preventiva e ao Presidente da República, (vd. Telles, Miguel Galvão, Liberdade de iniciativa do Presidente da República quanto ao processo de Fiscalização preventiva, da constitucionalidade, "O Direito", ano 120, nº I/II, Janeiro-Junho de 1988, pgs. 35 e segs), sopesam a utilização desse poder com base em juízos de mérito sobre essa iniciativa, não se contentando em termos de puro raciocínio jurídico.

Na Constituição encontramos traços que denotam a necessidade deste entendimento, como sejam a não obrigatoriedade de fiscalização sucessiva de normas promulgadas mesmo após pronúncia de inconstitucionalidade em sede de fiscalização preventiva (ao abrigo do artº 279º, 2, 2ª parte); caso essa fiscalização fosse automática (ou obrigatória) perdia-se o sentido de permissão dada ao Presidente da República (ou, para quem o entender, ao Ministro da República, quanto à assinatura dos decretos legislativos regionais) de promulgar um decreto vetado por inconstitucionalidade quando reaprovado por determinada maioria da Assembleia da República.

Esta posição é de manter, mesmo quando os particulares promovam o exercício do seu direito de petição junto dos órgãos com poder de iniciativa, neste caso o Provedor de Justiça.
O Provedor de Justiça, no quadro constitucional e legal que conforma a sua actividade, é um órgão que tem como particular atribuição "a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos (...)" (artº 1º, 1 da Lei 9/91, de 9 de Abril. Não lhe cabe, no entanto, uma tarefa de cego patrocínio dos cidadãos que a ele recorrem, podendo rejeitar queixas que, objectivamente, considere infundadas (cfr. artº 31º, b) da mesma Lei). No quadro das suas competências deve ser um conciliador do poder e do cidadão (como, aliás, aponta a designação da instituição análoga em França - *Mediateur de la Republique*), não introduzindo, desnecessariamente, factores de perturbação na vida das instituições mas só quando creia em consciência que é aconselhável ou imperiosa a sua intervenção.

Essa ponderação do mérito de intervenção deve ser especialmente cuidada em sede de iniciativa de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade (talvez não tanto em sede de inconstitucionalidade por omissão), dados os efeitos que um tal pedido, quando provido pelo Tribunal Constitucional, pode ter.

Não há, pois, que transformar o Provedor de Justiça (e demais órgãos de iniciativa) em meras delegações da secretaria do Tribunal Constitucional ou, mesmo, em comissões de julgamento da admissibilidade dos pedidos de inconstitucionalidade, não lhes cabendo um mero exame, dessas condições (ou, mesmo, das de sucesso de iniciativa), quando lhes seja dirigida petição pelos cidadãos.

Nem se diga que os particulares ficam desprotegidos com a utilização de critérios de oportunidade pelos órgãos de iniciativa. Está-lhes sempre aberta, quando haja condições de legitimidade segundo o tipo de processo em causa, a via do recurso aos tribunais, com a fiscalização difusa concreta da constitucionalidade com possível recurso ao Tribunal Constitucional. E, se a jurisprudência do Tribunal Constitucional for uniforme, pelo menos em 3 casos, está sempre aberta a via do artº 281º, 3 da Constituição, por iniciativa de um dos Juizes do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público (artº 82º da Lei Orgânica de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional), propiciando uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Além disto, poderá sempre haver recurso a outro tipo de garantias, não contenciosas, como é o caso do, quando aplicável, exercício do poder de recomendação legislativa do Provedor de Justiça.

Este critério de utilidade de iniciativa e de existência de alternativas foi já empregue pelo Provedor de Justiça nos processos 80/R.331, D.8 (publicado no 7º Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República, 1982, pg. 18) e 82/R.1691, DI.33-B (publicado no 8º Relatório do Provedor de Justiça, 1983, pg. 20). O mesmo é de dizer quanto ao signatário (procº nº R-9/87, DI.2).

Ora, no caso vertente, temos:

1) Quanto à inconstitucionalidade formal da Lei 10/83 e da Lei 2/88

Como factores desfavoráveis à intervenção do Provedor de Justiça, pedindo a fiscalização abstracta sucessiva destas normas, temos o período de 10 anos já decorrido desde a publicação da Lei 10/83, com uma aplicação reiterada do regime introduzido pelo Decreto-Lei autorizado. Há ainda que notar o facto de as organizações sindicais terem sido ouvidas na feitura do Decreto-Lei autorizado (Decreto-Lei 24/84, de 16 de Janeiro); se, como fica dito atrás, tal não sana o vício da não audição na feitura da autorização legislativa, pode minimizar os seus efeitos. E, por outro lado, pode indagar-se a razão pela qual os sindicatos, tendo sido ouvidos no processo de feitura de um Decreto-Lei emitido ao abrigo da sua autorização legislativa para a qual não tinham sido chamados a participar, não levantaram a questão de imediato. Não se presumindo o desconhecimento das normas constitucionais sobre a matéria, parece não ter havido consciência de

grande lesão. Aliás, nem os sindicatos, nem os trabalhadores abrangidos pelo regime introduzido pelo Decreto-Lei 24/84, já que não suscitaram esta questão (pelo menos, não a levaram ao Tribunal Constitucional, em sede de recurso, tanto quanto se saiba) nos casos em que as ditas normas lhes foram aplicadas.

Do mesmo passo se pode argumentar quanto à inconstitucionalidade formal da Lei 2/88, apenas minimizada pelo menor tempo decorrido (5 anos), em relação ao Decreto-Lei 497/88, de 30 de Dezembro, que foi editado ao seu abrigo.

2) Quanto à inconstitucionalidade material do artº 1º, nº 3 da Lei 10/83.

Neste ponto, não parece conveniente suscitar esta inconstitucionalidade, já que:

a) O regime criado pelo Decreto-Lei 24/84 não parece, à primeira vista, ser inconstitucional materialmente.

b) A perturbação causada pela declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, mesmo quando utilizado o recurso do nº 4 do artº 282º, poderia ser desproporcionada face à violação do princípio da constitucionalidade descrita.

c) Está sempre aberto aos cidadãos o recurso aos tribunais e à impugnação, por recurso, junto do Tribunal Constitucional.

Estes três argumentos, aliás, poderiam ser também aplicados à inconstitucionalidade formal de que padecem as referidas Leis 10/83 e 2/88.

CONCLUSÃO

Com estes fundamentos, arquivem-se os processos em epígrafe, comunicando-se ao sindicato queixoso os motivos da decisão (abrangendo o processo apenso nº 586/9-DI9).

Também deverá enviar-se cópia a Sua Excelência o Presidente da Assembleia, tendo em conta o disposto na primeira parte do artº 33º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril. Dê conhecimento deste despacho a todos os funcionários da Provedoria que intervieram nos dois processos.

***

R.1097/90
D.I.56

No seguimento de exposição datada de 30/4/1990 veio A...S.A., requerer a análise da constitucionalidade dos artºs 36º, nº 8 e 37º, nº 3 da Lei 1/90, de 13 de Janeiro, e do artº 1º do Decreto-Lei 153-A/90, de 16 de Maio, para efeitos de pedido de fiscalização da constitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das mesmas normas, nos termos do artº 281º, nº 2, d) da C.R.P. e do artº 20º, nº 3 do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei 9/91, de 9 de Abril).

Analisados os fundamentos jurídicos invocados, os pareceres de eminentes constitucionalistas e administrativistas entregues pela queixosa, a resposta do Ministério da Educação, através da sua Auditoria Jurídica, decido não utilizar o poder que a C.R.P. me confere, nos termos do seu artº 281º, nº 2, d), pelos motivos que seguem.

1 - Quanto ao artº 36º, nº 8 da Lei 1/90, de 13 de Janeiro:

Ao abrigo do artº 164º, d) e das imposições programáticas traçadas pelos artºs 79º e 70º, nº 1, c) da C.R.P. veio a Assembleia da República a aprovar a Lei 1/90, de 13 de Janeiro, designada em epígrafe pelo nome de Lei de Bases do Sistema Desportivo.

Não havendo qualquer reserva constitucional de competência legislativa nesta matéria, a totalidade do tratamento legislativo sobre a estruturação da intervenção do Estado no Desporto recai na chamada zona concorrencial, ou seja, podia (e pode) ser tratada indiferentemente por Lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei do Governo, com um desenvolvimento legislativo e detalhe de regulamentação maior ou menor.

Optou a A.R. pelo tratamento da questão em dois momentos, definindo ela previamente as bases gerais do regime jurídico a estabelecer e remetendo para o Governo (cfr. artº

41º da referida Lei e artº 201º, nº 1 c) da C.R.P.) a edição das normas definidoras do sistema desportivo, no respeito dos princípios ínsitos nessas bases gerais.

Importa esclarecer que a relação bases gerais - lei de desenvolvimento é diversa da que existe entre regime geral - regime especial. É a própria Constituição que o admite ao distinguir nas várias alíneas do nº 1 do artº 168º situações em que se refere à categoria das bases gerais e situações em que se refere à categoria do regime geral. A diferença situa-se a nível da densidade normativa dos regimes traçados, sendo maior nas leis que definem regimes gerais do que nas que traçam as bases gerais (cfr. Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, C.R.P. anotada, 3ª ed., pág. 670). Parecerá desnecessária e gratuita a menção deste problema no caso *sub judice* já que, como se disse acima, a matéria do sistema desportivo não se enquadra nas matérias de reserva de competência legislativa da Assembleia da República. Mas compreender-se-á a importância deste *distinguo* quando se notar que se a matéria desportiva não faz parte da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, já o regime geral da requisição e previsto como reserva relativa da competência legislativa do Parlamento, pelo artº 168º, nº 1, e), o que poderia vir a ser invocado contra o artº 1º do Decreto-Lei 153-A/90, face ao artº 36º, nº 8 da Lei 1/90.

De qualquer modo, respondendo a múltiplas críticas dirigidas ao artº 36º, nº 8 da Lei 1/90 e começando pela dúvida lançada no parágrafo precedente, a vocação do artº 36º, nº 8 da Lei 1/90 não é, primariamente, a de fornecer um quadro completo de resolução de casos concretos. Mais do que estabelecer uma norma genérica (como seria o caso, se estabelecesse um regime geral), visa-se traçar grandes pistas normativas, possibilitando um posterior desenvolvimento por via legislativa (cfr. artº 115º, nº 2, 3ª parte e 201º, nº 1, c)). É, pois, inconsequente procurar fundamentar a pretensa inconstitucionalidade do artº 36º, nº 8 na sua incompletude, quando esta foi procurada e assumida pelo órgão legislativo, e quando a Constituição a permite, ao abranger e consagrar a figura das leis de bases como leis-quadro (cfr. Canotilho Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., pág. 849).

As normas em questão incidem sobre o direito de propriedade privada (ou, pelo menos, indubitavelmente, sobre direitos de natureza patrimonial). Este direito é protegido pelas normas do artº 62º da C.R.P. que, apesar de se encontrar no título III, da Parte I da Constituição, sob a epígrafe "Direitos económicos, sociais e culturais", beneficia da protecção conferida constitucionalmente aos direitos elencados no título II da mesma parte, ou seja, aos direitos, liberdades e garantias. Isto porque se pode considerar (como o tem feito a doutrina e a jurisprudência) o direito de propriedade como um direito que pela analogia de estrutura (imediata exigibilidade, característica defensiva do direito, entre outros) com os direitos, liberdades e garantias, e, pela analogia de valoração, com os d.l.g. de natureza pessoal (Cap. I do referido título II de parte I da C.R.P.) se pode considerar abrangido na previsão do artº 17º. Embora a doutrina portuguesa não seja unânime quanto à extensão do regime dos d.l.g. aos direitos fundamentais de natureza análoga (cfr., entre outros, Miranda, Jorge, M.D.C., vol. IV, 2ª ed., pág. 144 e Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital, C.R.P. anotada, 3ª ed., pág. 140), e apesar da jurisprudência constitucional, vinda já da Comissão Constitucional (cfr. Parecer 32/82 da C.C., Ac. 373/91 do T.C., entre outros), ser favorável a uma identidade quase total de regimes,

julgo que, no caso do objecto quer do artº 36º, nº 8 da Lei 1/90, quer do artº 1º do Decreto-Lei 153-A/90, parece ser só de aplicar o regime material dos d.l.g. (seguindo, assim, neste particular, a posição do Prof. Jorge Miranda). Isto porque se a Constituição reservasse para a lei da A.R. ou Decreto-Lei autorizado todo e qualquer aspecto do regime de requisição, a título de restrição de direitos, liberdades e garantias (artº 168º, nº 1 b)), não faria sentido que a al.) e) do nº 1 do artº 168º:

1) reservasse autonomamente o regime geral de requisição;

2) não reservasse para a A.R. ou ao Governo mediante autorização todo o regime de requisição, quer o geral, quer os especiais.

Fica-nos, assim, como traço essencial do regime jurídico a aplicar nas considerações que se seguem o conteúdo do artº 18º da Const., a saber, aplicabilidade directa, *eficácia erga omnes*, necessidade de lei, formal autorização constitucional de admissibilidade das restrições (mas já não dos limites imanentes e na declaração - cfr. Andrade, Vieira de, os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, pág. 214), proibição de excesso (ou proporcionalidade *lato sensu*, englobando as dimensões da necessidade, adequação e da proporcionalidade *stricto sensu*), generalidade e abstracção irretroactividade e respeito do conteúdo essencial das normas positivadoras dos direitos em causa.

Passando à análise do artº 36º, nº 8 em especial, não parece ser de atribuir, *prima facie*, carácter não normativo ao conteúdo deste artigo e número.

O seu enunciado linguístico permite reconhecer as características da generalidade e abstracção que a doutrina aponta como ínsitos no conceito material da norma jurídica (cfr. Ascensão, J. Oliveira, o Direito - Introdução e Teoria Geral, 2ª edição, pág. 190 e Sousa, Marcelo Rebelo de, Introdução no Estado de Direito, pág. 168).

Por esta via, pois, não há que reconhecer qualquer infracção à exigência de generalidade e abstracção colocada pelo artº 18º, nº 3, 1ª parte.

Tão pouco se poderá pensar em inconstitucionalidade (pelo menos em sede de apreciação abstracta) mesmo que se entenda ter ocorrido desvio de poder legislativo ou que da aplicação de norma a um caso concreto possa resultar uma fraude à exigência constitucional de generalidade e abstracção. Quanto à primeira figura, de possível invocação se se apurasse que o conteúdo da norma legislativa tinha sido determinado por motivos e orientado para fins diversos dos pretendidos e atribuídos pela C.R.P. (cfr. sobre esta figura, Sousa, Marcelo Rebelo de, O valor jurídico do acto inconstitucional, pág. 124, e Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, II, 3ª ed., pág. 344), é unânime a doutrina em afirmar que não se pode reconduzir mecânica e automaticamente a figura e o regime do desvio de poder na função administrativa para a função legislativa, seja pela maior liberdade de actuação de legislador, seja pela diferente valoração de situações e mecanismos de controlo, seja pela diferença essencial entre os

parâmetros da lei e os do regulamento ou do acto administrativo. Mesmo que se defendesse que este desvio de poder era acompanhado (ou concretizado através de) por uma inconstitucionalidade formal (por excesso de forma, ao emitir-se um acto sob forma legislativa quando, materialmente, constitua um acto administrativo), a partir de 1982 a Constituição garante directamente ao particular um meio de reacção e tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, ao prever o recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma (artº 268º, nº 4, na actual numeração). Tão pouco se pode considerar violada qualquer reserva de administração, zona imune ao tratamento legislativo que pudesse tornar inconstitucional organicamente a disposição *sub judice*.

Se, por outro lado, fosse o próprio modo de aplicação da norma a violar a generalidade e a abstracção exigidas, fosse por ser aplicada persistentemente a um só sujeito, fosse por erro ou má-fé, criando uma situação excessivamente onerosa a um particular, o meio adequado para corrigir a situação seria o recurso contencioso e a fiscalização concreta da constitucionalidade da dita norma, e nunca a sua valoração em abstracto. Haveria, pois, que atender à valoração especial da aplicação da norma a determinado caso concreto que, pelos circunstancialismos de facto ou por uma especial intensidade das restrições aos direitos fundamentais, poderia gerar um juízo de inconstitucionalidade próprio naquele caso da aplicação da norma.

Quanto ao conteúdo da norma em causa, e relembrando a sua incompletude legitimamente propositada, é de realçar que, para este mesmo facto, não se lhe poderá assacar qualquer crítica por não conter em si própria os critérios para a definição da justa indemnização, a que se refere o artº 62º, nº 2 da C.R.P., em termos que permitissem a actuação vinculada da Administração Pública e a tutela judicial efectiva. Só se um acto administrativo pretendesse requisitar um bem nos termos do artº 36º, nº 8 da Lei 1//90, se poderia falar em inconstitucionalidade.

Também o facto de a norma em causa (e o restante diploma) não prever modos de salvaguardar a excepcionalidade de medidas lesivas dos direitos dos particulares, ou melhor, a inaptidão da norma para produzir estes efeitos, como a requisição de infra estruturas desportivas, não pode ser, *a priori*, tomada como geradora de inconstitucionalidade. Na verdade, e mesmo abstraindo do desenvolvimento introduzido pelo artº 1º do Decreto-Lei 153-A/90, haveria que extrair todas as consequências da distinção operada pelo artº 62º, nº 2 da Constituição entre requisição e expropriação. Independentemente do carácter genérico da excepcionalidade da previsão e aplicação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias (e direitos fundamentais análogos, pelo menos, ex vi artºs 17º e 18º, nº 2), que se poderá apelidar de global ou sistemática, a distinção entre requisição e expropriação deve também passar por um critério de excepcionalidade particular ou concreta. Essa distinção deve ser traçada como aliás reconheceu o Decreto-Lei 438/91, de 9 de Novembro, em termos temporais e não em relação a categorias de bens afectados (nesta última posição, Ascensão, Oliveira, Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações, pág. 33, nota 1, explicitada melhor em Direitos Reais, 4ª ed., pág. 218). Não se tratando de excluir da expropriação a característica de excepcionalidade (global, na terminologia empregue), deve-se reservar esta figura para a extinção tendencialmente definitiva e permanente do direito de

propriedade do particular sobre o bem que é objecto da expropriação (quer se opte pela natureza aquisitiva derivada ou originária da expropriação); a requisição, pelo contrário, deve ser entendida como a privação, por um período relativamente curto de tempo, do gozo do bem em causa, sendo, pois, provisória e temporária (cfr., a propósito, Correia, F. Alves, As garantias dos particulares na expropriação por utilidade pública, pág. 64, que distingue requisição de propriedade - dos bens móveis, a título permanente -, da requisição de uso - em função do tempo e de qualquer categoria bens ou serviços). Parece ser esse o sentido para que aponta a Constituição, delimitando e impondo a adequação da "justa indemnização" às situações bem diversas em que o particular se vê privado do gozo da coisa por um período determinado de tempo ou, pelo contrário, se vê definitivamente privado desse gozo.

Nestes termos, julgo que a própria Constituição, directamente aplicável (cfr. artº 18º, nº 1), imporia a ilicitude de uma habitualidade da requisição (ou seja, gerando violação da excepcionalidade concreta da figura), tornando-a, materialmente, uma expropriação mas, porventura, sem a contrapartida de uma justa indemnização adequada à privação definitiva da propriedade do bem em causa. Além disso, continua a ser aplicável o que se disse acima sobre a incompletude genética voluntária da norma, como integrante das bases gerais do regime jurídico do sistema desportivo.

Finalmente, não creio que se possa afastar a promoção do Desporto (seja ele entendido como simples prática, seja como competição) dos fins administrativos do Estado, ou seja, das atribuições colocadas a cargo do Estado-Administração.
O artº 79º e, por remissão, o artº 9º, d) da C.R.P. permitem-nos afirmar que podem ocorrer situações no campo desportivo que justifiquem a qualificação de utilidade pública para efeitos de legitimação da intervenção ablativa dos poderes públicos, *rectius*, da Administração Pública (cfr. Amaral, Diogo Freitas de, Curso de Direito Administrativo, vol. I, pág. 211; refira-se, ainda, que o mesmo autor permite o alargamento das atribuições de Administração Pública por via legislativa - cfr. loc. cit., pág. 210).

Nem se diga que tal não é atribuição do Estado por a C.R.P. não prever uma exclusividade do desenvolvimento da actividade desportiva para o Estado, retirando-a, assim, de esfera da sociedade civil. O mesmo também não se passa em sectores tão relevantes como a Saúde e a Cultura (realce-se este último exemplo, onde a sociedade civil desempenha um papel talvez ainda mais reforçado do que no plano desportivo), sem que ninguém negue que, no tipo constitucional de Estado que é o nosso, estas áreas se integrem nas atribuições do Estado (como, aliás, decorre da Constituição: cfr. artºs 64º e 73º).

Antecipando soluções, aliás, é à utilidade pública dos meios a empregar para alcançar os fins a prosseguir que se deve atender, e não à qualidade da entidade que irá desenvolver directamente a actividade que se pretende proteger, razão pela qual não julgo que violem a Constituição as disposições constantes do Decreto-Lei 153-A/90 (e, aliás, de algum modo reproduzidas quase totalmente no Decreto-Lei 438/91) que permitem a requisição em benefício de actividades desenvolvidas por pessoas colectivas de direito

privado. De qualquer modo, é em concreto que se deve avaliar a utilidade pública da medida e não em abstracto como a queixosa parece querer fazer.

Mais uma vez aponta-se como meio idóneo para controlar e impedir situações inconstitucionais (englobando já as injustas visto que o princípio de justiça integra, nos termos do artº 266º, nº 2 da C.R.P., o elenco de princípios conformadores da actividade administrativa) as garantias contenciosas e a fiscalização concreta da constitucionalidade.

2 - Quanto ao artº 1º do D.L. 153-A/90, de 16 de Maio:

Rejeitando, à partida, qualquer alegação de inconstitucionalidade consequente desta norma (por já ter afastado a inconstitucionalidade antecedente do artº 36º, nº 8 da Lei 1/90), há, no entanto, que curar da questão da possível inconstitucionalidade deste artº 1º por violação do artº 168º, nº 1, e), da Constituição. Isto porque, inexistindo um regime geral de requisição aprovado pela Assembleia da República, só estando em vigor o regime da requisição civil aprovado pelo Governo Provisório, pelo Decreto-Lei 637/74, de 20 de Agosto (alterado pelo Decreto-Lei 637/74, de 20 de Agosto (alterado pelo Decreto-Lei 23-A/79, de 14 de Dezembro), e não podendo atribuir-se ao artº 36º, nº 8, da Lei 1/90 o carácter quer de regime geral, por falta de concretização e delimitação exigíveis do regime jurídico, quer de autorização legislativa, por falta da observação dos limites próprios desta categoria de leis, prescritos no artº 168º, nº 2, poder-se-ia afirmar que o Decreto-Lei 153-A/90 estaria a violar a competência legislativa reservada da Assembleia da República. Julgo que tal não é verdade, pois o Decreto-Lei referido prevê (e só pretende prever) um regime especial (não no sentido de se contrapôr a um regime mais lato, mas no sentido de estar orientado para a aplicação a determinado grupo de coisas: as infra-estruturas desportivas) e não um regime geral, procurado para servir de matriz a toda e qualquer requisição, salvo lei especial (mas já não excepcional). Em caso algum, aliás, poderia o Governo, a pretexto de inércia da Assembleia da República, promover a aprovação e publicação desse regime geral. A reserva de competência da Assembleia da República não sofre, constitucionalmente, essa derrogação, nem mesmo quando ocorre inconstitucionalidade por omissão legislativa, relevante para os termos do artº 283º.
A dúvida que se pode pôr é se, na ausência de regime geral, deveria ou não o Governo abster-se de traçar regimes especiais. Embora em tese a resposta pudesse ou devesse ser positiva, julgo que no caso concreto em apreciação se podem extrair directivas bastantes do normativo constitucional que permitam, para uma categoria de actos de requisição, estabelecer legitimamente um regime jurídico aplicável. Tudo, é claro, sob reserva de compatibilização em termos de relação de especialidade (e não de excepcionalidade) com a futura lei do regime geral sobre requisição (actualmente, Decreto-Lei 438/91).

Materialmente, o regime estabelecido pelo artº 1º do Decreto-Lei 153-A/90 não merece críticas, limitando no tempo a duração da requisição e impondo, caso as necessidades públicas ultrapassem essa duração, a expropriação.

Mais uma vez, efeitos penosos na sua aplicação ou qualquer *mens legislatoris* apontada a determinada situação obterá um melhor controlo utilizando os meios contenciosos ou de fiscalização concreta da constitucionalidade.

3 - Quanto ao artº 37º, nº 3, da Lei 1/90, de 16 de Maio:

Mais uma vez defendo que se deve apreciar a norma em abstracto, já que foi precisamente o meu poder de iniciativa da fiscalização abstracta de constitucionalidade que foi peticionado pela queixosa.

Ultrapassada que está a concepção liberal de propriedade como integrada pelo *jus utendi et abutendi*, e inserida num determinado quadro social que também passa pelo conceito de ordenação e ordenamento do território, a que a Constituição não é estranha (cfr. artºs 65º e 66º), temos que o uso a dar a determinado imóvel não é indiferente face aos poderes públicos, possuindo estes os poderes para licenciar ou não determinado uso (cfr. RGEU, artºs 1º, 2º e 3º e especial o 6º) e, agora, os artºs 22º, f), 28º c) e 30º do Decreto-Lei 445/91, de 20/11, estando implícita no artº 30º, nº 6, a necessidade da inserção de um novo uso nas disposições do plano aplicável). Como disse o Tribunal Constitucional, e sem prejuízo de reconhecer a possibilidade de indemnização em casos gravosos, "no direito de propriedade constitucionalmente consagrado contém-se o poder de gozo do bem objecto do direito, sendo certo que não se tutela ali expressamente um *jus aedificandi*, um direito à edificação como elemento necessário e natural do direito fundiário." (Ac. 341/86, publicado no Diário da República, 2ª Série, nº 65, de 19/3/1987).

Por maioria de razão, entendo que a liberdade de uso do imóvel poderá estar também limitada face às exigências públicas do planeamento urbanístico (sem prejuízo, é claro, de competente indemnização justa quando a ablação ou limitação de direito ultrapassou o nível socialmente admitido como mera limitação).

Mesmo admitindo a necessidade de indemnização por parte da Administração Pública, julgo que tal não redunda na inconstitucionalidade do artº 37º, nº 3, da Lei 1/90, já que, mesmo sem previsão legal expressa, se poderia sempre fazer actuar o mecanismo geral da tutela judicial dos direitos e interesses legítimos, nos termos dos artºs 20º, nº 1 e 22º da C.R.P., propiciando uma protecção suficiente do direito ao ressarcimento dos danos.
Caso se considere a determinação do uso como integrante do próprio direito de propriedade, pode-se, efectivamente, pensar numa questão de escala entre os fins a atingir e os meios a empregar, ou seja, numa questão de proporcionalidade *lato sensu*. Ora não parece que a restrição introduzida pelo artº 37º, nº 3, viole o princípio da proporcionalidade, ínsito no artº 18º, nº 2, da C.R.P. Como diz o Professor Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, pág. 241) "... o Juiz e demais entidades de controle só poderão considerar inconstitucionais as normas que constituam manifesta violação do princípio da proporcionalidade. Só assim se

garantirá uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais, tanto mais que o legislador em causa é obrigatoriamente um órgão com legitimidade democrática directa." Há que ponderar os bens que se visam tutelar (ordenação do território, planeamento urbano, fomento do desporto, entre outros), com a restrição imposta. E numa aplicação sinépica da Constituição e da Lei, há que reconhecer que estamos em presença de infra-estruturas de tipo bastante específico, que constituem equipamentos raros na nossa malha urbana, e que estão afectos a finalidades sociais relevantíssimas e que, pelos especiais condicionamentos que envolvem o seu processo de construção e de licenciamento, não repugna que se vejam rodeados de maiores cautelas. Não se trata de impedir que uma habitação passe a servir como escritório ou loja, ou vice-versa. Trata-se de impedir, porventura, que um estádio dê lugar a uma urbanização ou que um pavilhão gimnodesportivo se transforme num hipermercado, com a diferença de escala e de efeitos no todo urbano que subjazem aos exemplos dados. Não se trata de desvalorizar um equipamento mas sim, porventura, de impedir a especulação imobiliária. Parece justo que onde, devido as áreas e localizações envolvidas, as pressões imobiliárias se fazem sentir com mais força, haja uma maior protecção a benefício da harmonia urbanística.

E, dada a escassez de equipamentos desportivos, não parece ser de rotular como excessivo este tipo de protecção no quadro de um plano urbanístico devidamente aprovado (*maxime*, no quadro das amplas garantias procedimentais de participação dos particulares agora consagradas e já previstos pela C.R.P.). Aproveitando uma observação do Prof. Gomes Canotilho, embora em sentido diverso e com outra finalidade, "... como bem salienta H.J. Wolff, um imóvel não pode isolar-se da sua situação especial (*situationsgebenden*), facto este originador de uma certa relatividade na delimitação entre o dever de sociabilidade e o Eingriff impositivo de sacrifício." (Canotilho, J.J. Gomes, O problema de responsabilidade do Estado por actos lícitos, pág. 299). Onde se lê situação especial, leia-se, também aptidão e integração, e teremos uma justificação para o que fica dito. E deste modo se realizará, também, o princípio da igualdade, tratando de forma desigual o que é desigual, sem prejuízo da proporcionalidade da desigualdade de tratamento (cfr. Correia, Fernando Alves, O plano urbanístico e do princípio da igualdade, pág. 444).

Tudo isto, é claro, não desconhece a possibilidade de, em concreto, se poder chegar as conclusões diversas. Mas, mais uma vez se reitera, o processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade não é o meio mais adequado (sequer idóneo) para, por um lado, tutelar eficazmente essas situações e, por outro, tomar em consideração todos esses dados de facto. Felizmente a C.R.P. prevê outros meios para, em concreto, se poder afigurar da licitude das actuações nos casos concretos.

Quanto à falta de definição da duração do período de imodificabilidade do uso da infra-estrutura desportiva, também julgo que ela não viola, de forma inadmissível, o princípio da proporcionalidade. O plano urbanístico corresponde sempre a uma certa fase do desenvolvimento do núcleo urbano, sendo, por sua natureza, mutável. Mais ainda: face ao Decreto-Lei 64/90, temos que, nos termos do seu artº 19º, nº 3, se estabelece um prazo máximo de vigência de 10 anos.

Dir-se-á ser um prazo excessivamente longo: não concordo, face à importância das infra-estruturas em causa, como descrito atrás.

Por outro lado, pela aplicação dos critérios supletivos de aplicação da lei no tempo utilizados comummente pela ciência jurídica (a conhecida doutrina da Ennecerus-Nipperdey, recebida no artº 12º do Código Civil), deve-se entender que, não abstraindo a regulação jurídica do artº 37º, nº 3, do facto que dá origem à situação, isto é, à licença de utilização para fins desportivos parece ser de aplicar a 2ª parte do artº 12º, *a contrario sensu*, tornando esta regulação apenas aplicável às situações que se constituam após a entrada em vigor da Lei 1/90. Como diz o Prof. Doutor Oliveira Ascensão,

"... a lei pode regular efeitos como expressão duma valoração dos factos. Assim, a lei que delimita a obrigação de indemnizar, exprime uma valoração sobre o facto gerador de responsabilidade civil; se a lei estabelece poderes e vinculações dos que casam com menos de 18 anos, exprime uma valoração sobre o casamento nessas condições." (Ascensão, José de Oliveira, O Direito - Introdução e Teoria Geral, 2ª ed., pág. 435). Aliás, de outro modo estar-se-ía a infringir a proibição de retroactividade plasmada no artº 18º, nº 3, 2ª parte.

Ligada a esta ideia de não retroactividade está a possibilidade de se relacionar o pedido de licenciamento de uma infra-estrutura desportiva com a ideia de renúncia à possibilidade de alterar o seu uso no quadro do mesmo plano urbanístico, ou seja, teremos uma conformação do particular nos termos do artº 37º, nº 3, da Lei 1/90. Nem se diga contra que os direitos fundamentais serão, *in totu*, direitos indisponíveis, insusceptíveis de renúncia. Ultrapassando os casos de não uso, inconfundíveis com os que nos interessam, só parece de admitir a posição do Prof. Gomes Canotilho, ao prever a renúncia com a faculdade de revogação *ad nutum*, para os direitos fundamentais entendidos em abstracto (Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., pág. 636). Explicando, entendo que se é impossível a um particular renunciar validamente ao seu direito a ser proprietário, já lhe será possível renunciar ao direito de propriedade sobre determinado objecto. Entendendo renúncia num sentido mais amplo do que lhe é atribuído em Direito, assistimos a casos de perda voluntária de um direito, sem contrapartidas (salvo cláusula modal ou, num sentido latíssimo, nas doações remuneratórias), nas doações e outras liberalidades, como a remissão (cfr. artºs 940º e 863º, nº 2 do Código Civil). Veja-se, num caso com algumas analogias, o que escreveu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão 236/86 (D.R. 2ª Série, nº 261, 12/11/1986):
"A conclusão é inaceitável, já que na possibilidade da apreensão de bens ser substituída pela prestação de caução se não descortina qualquer compressão, por via legislativa, de tal direito. É exacto que, quanto aos bens oferecidos para caução, o direito de propriedade sobre eles sai diminuído, mas tal não resulta necessariamente da lei. A restrição é antes fruto de uma escolha do infractor tributário que, no quadro de possibilidades legalmente previsto, envereda, em plena liberdade, por tal caminho. A fonte da limitação é a opção livre do proprietário dos bens, e não a própria lei".

A própria omissão do indivíduo conjugada com a acção de um terceiro pode levar ao surgimento de um direito de propriedade novo, incompatível com o primeiro (usucapião).

E nada na Constituição permite afirmar que certas faculdades dos direitos sobre bens concretos não possam ser objecto de renúncia, como princípio geral.

Para concluir, ainda que houvesse uma interpretação da lei que conduzisse à aplicação imediata do artº 37º, nº 3, mesmo às situações já licenciadas previamente, e que esta solução fosse, *ipso facto*, inconstitucional (o que não parece inteiramente líquido), também não se poderia alcançar tutela efectiva dos bens em jogo através da fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade.

Isto porque, como defende a melhor doutrina (cfr. Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 3ª ed., pág. 264 e Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., pág. 1117) e no seguimento de jurisprudência nascida no Tribunal Constitucional alemão-federal, estando a Justiça Constitucional perante duas interpretações possíveis da mesma norma, caindo uma na zona de incompatibilidade com a Constituição e a outra na zona compatível, deve o Tribunal Constitucional abster-se de declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral (no caso da fiscalização abstracta sucessiva), entendo a norma com a interpretação (possível, repita-se) que a torne compatível com a Constituição. Este facto, conjugado com a inexistência de decisões positivas de constitucionalidade com força obrigatória geral no Direito Português, conduz à ineficácia da tutela dos interesses em causa pela via da fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade.

Mais uma vez se remete a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos para os instrumentos jurisdicionais no caso concreto, já que essa interpretação conforme surtirá o seu efeito pleno em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade (cfr. artº 80º, nº 3 da Lei Orgânica de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional).

CONCLUSÃO

Nestes termos decido não utilizar a competência que a Constituição, no seu artº 281º, nº 2, d) me confere de requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes dos artºs 36º, nº 8 e 37º, nº 3 da Lei 1/90, de 13 de Janeiro, e 1º do Decreto-Lei 153-A/90, de 16 de Maio.

Arquive-se o processo e comunique-se o conteúdo da decisão à queixosa.

***

R-1750/93

O Reclamante coloca duas questões:

a) A inconstitucionalidade por omissão resultante da não edição de normas legislativas que cumpram o disposto no artº. 276º, 3, da Constituição;

b) A inconstitucionalidade por acção, violadora do artº. 13º, de certo comportamento da Administração, dado o facto de ficarem isentos do serviço militar determinado grupo de mancebos por terem nascido em certo ano.

Começando pela última, trata-se de decisão da Administração Pública, tomada decerto no quadro da apreciação das necessidades do País e que, tendo cobertura legal, não se mostra violadora do referido princípio da igualdade. Assim, dado que se terá demonstrado e inexistência de motivo para a incorporação dos mancebos em apreço, não parece ter havido qualquer factor negativo de discriminação face aos mancebos de outro ano. Não é a data de nascimento que aqui releva, mas o facto de irem ou não prestar serviço militar, sendo inclusivamente de louvar a tomada de consideração das necessidades para a afectação ao serviço militar de maior ou menor número de mancebos. Já não falando na adequada distribuição dos recursos, é sempre de prever um grande incómodo para a vida pessoal e profissional dos incorporados, com consequente bondade da actuação da Administração que minimize os danos produzidos, sem prejuízo do interesse público.

Quanto à primeira questão, embora o reclamante tenha razão no que afirma, devendo o legislador dar cumprimento a este mandato constitucional, conferindo a exequibilidade que a norma requer há quase duas décadas, julgo, no entanto, inconveniente recorrer ao poder que a Constituição me dá de solicitar ao Tribunal Constitucional a verificação da inconstitucionalidade por omissão.

É pacífica na doutrina e na jurisprudência a natureza não vinculada da iniciativa em fiscalização abstracta da constitucionalidade. Trata-se de uma decisão com cariz também político, tomada também com fundamentos políticos, de apreciação da oportunidade e não estritamente jurídicos. Assim se conjuga o direito de petição com o elemento reduzido de órgãos de iniciativa daquele mecanismo, constante do artigo 281º, 2, da Constituição. Mais ainda, dada a especificidade dos efeitos do mecanismo previsto no artigo 283º da Constituição, funcionando como mecanismo de pressão junto do legislador, julgo inoportuna qualquer intervenção.

Assim, no caso concreto, dada a escassa relevância, em termos temporais, do serviço militar obrigatório, e dada a força de vária argumentação ultimamente trazida a lume, tudo aponta no sentido de, num futuro não muito longínquo, se poder extinguir a obrigatoriedade do Serviço Militar. Não parece haver desigualdades gritantes entre os cidadãos aptos e os inaptos, baseada que está a distinção numa capacidade física ou psíquica diminuída. Mais grave será a distinção feita entre os mancebos aptos efectivamente incorporados e aqueles que, embora aptos, nunca chegam a prestar serviço, sem que esta situação pudesse ser resolvida pelas medidas legislativas necessárias a conferir exequibilidade à norma do artigo 276º, nº. 3, da Constituição. Julgo, pois, inadequada qualquer intervenção minha, nos termos do artº. 31º, b), da Lei nº. 9//91, de 9 de Abril. Não estou, por este meio, a tomar qualquer posição sobre a bondade do serviço militar obrigatório; o que digo é que, face aos condicionalismos da situação, não me parece justificada, de momento, a iniciativa do mecanismo da verificação da inconstitucionalidade por omissão.

Arquive-se, com o expediente habitual. Dê-se conhecimento ao Senhor Ministro da Defesa Nacional.

2.3. Recomendações Legislativas-Genéricas

93.12.29
R-2373/93

A Sua Excelência o Ministro do Emprego e da Segurança Social

Recomendação

I

Exposição e Motivos

1. Na sequência de queixa apresentada por uma cidadã, tendo por objecto o direito às prestações devidas por morte de um beneficiário abrangido por regime de segurança social e de que se junta cópia, concluí pela existência de fundamentos que suportam a pretensão da reclamante.

2. A Senhora Natalina Rodrigues Nunes requereu, ao Centro Nacional de Pensões, em 12/11/91, as prestações devidas por morte de um beneficiário - a saber: pensão de sobrevivência e subsídio por morte.

3. A requerente sustentou a sua pretensão no artº. 8º, nº. 1, do Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro, que tornou extensivo o direito às prestações mencionadas "às pessoas que se encontrarem na situação prevista no nº. 1 do artº. 2020º do Código Civil", ou seja, em situação de facto análoga à dos cônjuges.

4. Não mereceu a mesma pretensão, até à data, Despacho final conclusivo sobre os direitos que assistem à requerente, por "se aguardar a regulamentação prevista no nº. 2 do artº. 8º[1] do Decreto-Lei nº. 322/90 (situação de facto análoga à dos cônjuges", conforme se pode ler no ofício datado de 09/01/92 e de que se junta igualmente cópia).

5. Com efeito, o artº. 8º, nº. 2, do Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro, dispõe que:

> "O processo de prova das situações a que se refere o nº.1, bem como a definição das condições de atribuição das prestações, consta de decreto regulamentar".

6. Acontece que, até ao momento em que se redige a presente recomendação, não foi tomada a iniciativa regulamentar requerida na disposição transcrita e da qual depende a atribuição das prestações devidas por força do Decreto-Lei nº. 322/90.

---

[1] Por lapso, menciona-se o artº. 3º e não o artº. 8º do diploma.

7. O diploma legal analisado revela-se inovatório e "generoso" no que concerne à redefinição dos titulares das pensões de sobrevivência, de que se destaca a extensão dos respectivos direitos aos que se encontrem na situação de facto análoga à dos cônjuges, conforme é salientado no preâmbulo do próprio diploma.

8. Mas essa extensão (e concessão) de direitos àqueles que, até à data da entrada em vigor do diploma, se encontravam excluídos do regime de protecção por morte estabelecido, não foi até hoje realizada, pois remeteu-se para "regulamentação específica à sua aplicação, designadamente no que diz respeito à caracterização das situações e à produção de prova" (cfr. preâmbulo do D.L. nº. 322/90).

9. Acresce que a iniciativa regulamentar é requerida, inequivocamente, pela própria lei, que especifica os aspectos a merecer regulamentação (cfr. artº. 8º/2, transcrito).

10. Os quase três anos que medearam entre a publicação do diploma (18.10.90) e a presente data mais justificam a actual recomendação.

11. Baseia-se ela ainda na constatação - de que a reclamação apreciada é apenas um exemplo - que, pela conjugação dos factos acima expostos, foi criada uma situação de flagrante injustiça para aqueles que, embora assistidos por direitos legalmente consagrados, disso não podem beneficiar por manifesta omissão regulamentar.

12. O que se afigura intolerável num Estado de Direito Democrático como o nosso.

13. Por último, e não menos importante, reconhece-se que o princípio da igualdade - constitucionalmente consagrado - e que certamente informou a disposição legal em causa, na sua vertente positiva, pois é a igualdade real ou material que se procura e não apenas o afastamento de eventuais discriminações não fundadas, é assim posto em causa pela inércia regulamentar constatada.

II

Conclusões

Face ao exposto, e nos termos do artº. 20º, nº. 1 als. a) e b) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril:

1º. Recomendo a V. Exa. que, com urgência, se digne proceder à elaboração do decreto regulamentar requerido artº. 8º/2 do Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro, para aplicação da extensão de direitos às prestações devidas por morte de beneficiários do regime de segurança social, aos que se encontrem em situação de facto análoga à dos cônjuges, nomeadamente quanto à caracterização das situações e regime de prova.

2º. Solicito igualmente que, nos termos do artº. 29º, nº. 4, da Lei nº. 9/91, 9 de Abril, V. Excia. me informe, no prazo de quinze dias, sobre medidas eventualmente já tomadas quanto à situação em análise, sem embargo da observância do prazo prescrito no artº. 38º, nº. 2 do mesmo diploma, quanto ao acatamento da Recomendação ora formulada.

***

93.12.29
R-558/91

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

1. Várias reclamações têm vindo a ser dirigidas sobre a violência e sexo na Televisão (junto fotocópia).

2. Ouvida sobre o assunto, a RTP produziu a informação de que igualmente junto fotocópia, enviando a deliberação sobre a exibição de "O Império dos Sentidos" que aqui dou por reproduzida.

3. Assim, entendo que a apreciação da legalidade, em sentido amplo, de actuação dos meios de comunicação social não estatizados pertence em exclusivo à Alta Autoridade para a Comunicação Social, que é um órgão independente, como resulta Bdo artº. 39º da Constituição.

4. Mas sendo a AACS e o Provedor de Justiça órgãos independentes, não tem este poder para censurar os termos de intervenção da Alta Autoridade em relação a cada caso concreto. Já o mesmo se não diga, porém, no que concerne à RTP, em face do disposto no artº. 2º. da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril.

5. Há que, ponderadamente evitar situações de conflitualidade analisando em cada caso concreto a decisão da Alta Autoridade e as suas motivações e, só em situações de extrema gravidade e profunda divergência, dar solução ao acaso concreto.

6. No caso em apreço não divirjo das conclusões e fundamentação da deliberação tomada pela Alta Autoridade para a Comunicação.

7. Nestes termos e atendendo à necessidade que se vem fazendo sentir, designadamente, em termos de direito comparado, de, em sede de alteração da Lei nº. 58/90, de 7 de Setembro, se definirem os conceitos de pornografia e obscenidade e ainda que se defina por forma diferente o conceito de horário nocturno, fixando o seu início para hora mais tardia, nomeadamente as 24 horas, recomenda a Vossa Excelência que seja encarada a hipótese de formulação legislativa que abranja os aspectos em causa.

***

93.12.27
R-884/89

A Sua Excelência o Ministro da Defesa

Recomendação

1. Corre seus termos nesta Provedoria de Justiça um processo em que constatei que o instituto da *reformatio in pejus* continua a ter no artº. 440º, nº. 2, als. a) e b) do Código de Justiça Militar uma redacção semelhante à do artº. 667º do Código de Processo Penal de 1929.

2. Como é sabido, pelo menos a partir de 1977, a possibilidade de *reformatio* era regulada em termos idênticos quer no Código do Processo Penal, quer no Código de Justiça Militar.

3. E tal circunstância resultou de o artº. 667º do Código do Processo Penal de 1929 ter sido alterado pela Lei 2139, de 14 de Março de 1969, e de, por seu turno, o Código de Justiça Militar aprovado pelo Decreto-Lei nº. 141/77, de 9 de Abril, ter consignado no artº. 440º uma redacção idêntica à do artº. 667º do Código do Processo Penal.

4. Sendo certo que o sentido da proibição da *reformatio in pejus* é o de obstar a que o arguido veja alterada a sentença penal, em seu prejuízo, quando recorre, ou mesmo quando o impulso do recurso pertence ao Mº. Pº. no interesse do arguido, a verdade é que em muitos países se verificou recentemente um movimento a favor da proibição da *reformatio*.

5. O legislador nacional foi sensível ao sentido de tal movimento ao ponto de, ao aprovar o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº. 78/87, de 17 de Fevereiro), ter alterado profundamente a filosofia processual em matéria de possibilidade da *reformatio*.

6. Assim, é inquestionável que o artº. 409º do actual Código de Processo Penal representa uma nítida ampliação da proibição do artº. do Código de Processo Penal revogado, substituindo a proibição ainda quando o Tribunal superior qualifique de forma diversa os factos, não podendo, de igual modo, a posição do Ministério Público no Tribunal de recurso relevar em matéria de alteração da pena em prejuízo do arguido.

7. Porém, sendo este o sentido do nosso ordenamento jurídico processual penal, a verdade é que o Código de Justiça Militar e mais concretamente o artº. 440º, nº. 2, als. a) e b), continuam a ter uma redacção semelhante ao artº. 667º do Código de Processo Penal de 1929, entretanto revogado.

8. Urge, assim, colocar em perfeita sintonia as disposições processuais penais a propósito do instituto da *reformatio in pejus*.

9. Nestes termos, tenho por bem formular a V. Excia. uma Recomendação legislativa em ordem a que a redacção do artº. 440º do Código de Justiça Militar seja alterada por forma a aproximar-se do disposto no artº. 409º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 78/87, de 17 de Fevereiro.
(Recomendação acatada)

***

93.12.27

R-1639/91

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

C/c de Sua Excelência,
o Primeiro-Ministro;
C/c da Comissão Parlamentar
de Saúde;
C/c de Sua Excelência,
o Ministro da Justiça;
C/c de Sua Excelência,
o Ministro das Finanças.

Assunto: Ressarcimento e compensação de lesões causadas por actos de transfusão de sangue e de produtos seus derivados contaminados pelo VIH, realizados em estabelecimentos públicos de saúde. Benefícios sociais a atribuir a todos os cidadãos portugueses infectados pelo VIH.

I

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

(A)

- Dos Factos -

1. Em 31.01.1986 foi autorizada, por Despacho da Srª Secretária-Geral do Ministério da Saúde, a aquisição de lotes de factor VIII - um derivado do sangue, largamente utilizado no tratamento de portadores de hemofilia, como factor de coagulação.

2. Pelo menos desde 1985, foram pretendidas e sugeridas acções que salvaguardassem o acto médico de transfusão de se tornar num veículo difusor da síndrome da imunodeficiência adquirida, em virtude de contaminação de produtos transfundidos pelo agente seu causador.

3. Assim, organizou-se um concurso exclusivo para este tipo de produtos, acompanhado por uma comissão técnica, da qual fizeram parte médicos especialistas de Imunohemoterapia.

4. Tal veio a ser o concurso nº. 15/86, o qual permitiu a adjudicação do produto, em partes iguais, às empresas Aviquímica e A. Paiva dos Santos, representantes, respectivamente, do Laboratório austríaco Plasmapharm-Sera e da empresa Sero.

5. Apesar das notícias vindas a lume na Áustria e das sucessivas manifestações de apreensão junto das autoridades sanitárias quanto aos produtos comercializados pela Plasmapharm-Sera, foi mantida a adjudicação.

6. Em 05.05.1986, viria a ser publicado um Despacho da Senhora Ministra da Saúde, de 18.04.1986, pelo qual foram impostas providências destinadas a "garantir a verificação e subsequente eliminação da eventual possibilidade de serem portadores dos agentes actualmente reconhecidos como causadores da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA)" todos os lotes de sangue, seus componentes e fracções terapêuticas (DR, II Série, 18.04.1986).

7. O mesmo Despacho, embora de execução imediata, tolerava um prazo máximo de 90 dias a partir da data da sua publicação para " se encontrar em execução efectiva na totalidade dos serviços " (idem).

8. Foram solicitadas, pela Associação Portuguesa dos Hemofílicos, informações à Áustria sobre a idoneidade do produto adjudicado em 31.01.1986.

9. Não obstante a falta de resposta, o produto foi administrado a partir de 18.08.1986, no Hospital de São José (HCL), em Lisboa.

10. Em Dezembro de 1986, o Ministério da Saúde tomou conhecimento da análise efectuada na Áustria, cujo resultado indicava a não administração do produto. Posteriormente (em 1992), mercê de testes realizados em Portugal, porventura através de meios mais sofisticados, provou-se ser o produto susceptível de transmitir a infecção pelo VIH-1.

11. Contudo, só em 10.02.1987 viria a ser ordenado que se retirasse dos hospitais o lote em causa (lote 810536, da Plasmapharm-Sera), quando paradoxalmente já teria sido consumido na sua totalidade.
12. Por Despacho de 23.12.1991 (cfr. DR, II Série, de 24.01.1992), o Senhor Ministro da Saúde criou um grupo de trabalho incumbido da elaboração de um relatório, cujo objectivo era, entre outros, o de investigar um eventual nexo de causalidade entre a contaminação de cerca de 30 hemofílicos e o lote nº. 810536 da Plasmapharm-Sera.

13. Tal relatório foi concluído e entregue ao Senhor Ministro da Saúde em 24.06.1992, com a designação de Relatório do Grupo "SIDA/Hemofílicos".

14. Com a publicação do Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho, o Estado admitiu a celebração de convenções de arbitragem com cada um dos hemofílicos ou seus herdeiros legais que exijam indemnização por contaminação "pelo vírus da imunodeficiência humana" em estabelecimentos públicos de saúde, através da transfusão de sangue ou de produtos seus derivados.

15. No preâmbulo deste diploma reconhece-se que:

> " O recurso à importação de medicamentos derivados de plasma humano permitiu salvar e tratar inúmeros doentes e continuará a ser imprescindível à medicina moderna.
> Porém, antes da despistagem do vírus da imunodeficiência humana, parte desses medicamentos serviu de seu difusor, designadamente entre os hemofílicos. "

16. Dois aspectos merecem, antes de mais, ser salientados do conteúdo deste diploma. Primeiro, a necessária autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade (artº. 3º, nº. 1, al. a)). Segundo, a vinculação por um limite máximo indemnizatório, como condição da celebração das convenções de arbitragem pelo lado do Estado (idem, al. d)). Este limite veio a ser quantificado através da proposta de convenção de arbitragem apresentada pelo Estado (vd. infra).

17. O limite da indemnização, condição da celebração da convenção, como se referiu, foi fixado na proposta de convenção de arbitragem apresentada pelo Estado e aprovada pelo Despacho Conjunto A-30/93 - XII, de 27.08.1993 (publicado *in* DR, II Série, nº. 216, de 14.09.1993).

(B)

- Discussão e fundamentação -

18. Os doentes submetidos a actos médicos de transfusão de sangue ou de produtos seus derivados têm sido considerados, justamente, como um dos principais grupos de risco no contágio pelos VIH.
19. Dentro dos chamados grupos de maior risco, este conjunto é, muito provavelmente, aquele sobre o qual menos suspeitas de negligência por parte dos doentes podem recair quanto ao modo de contaminação pelos agentes conhecidos como causadores da SIDA, porquanto o seu livre consentimento para a realização de actos de transfusão é condicionado por razões clínicas, inclusivamente de estrita sobrevivência, por vezes.

20. Os portadores de hemofilia destacam-se no interior deste conjunto, sem no entanto, deverem ser esquecidos todos os restantes indivíduos aos quais são administrados sangue ou produtos seus derivados.

21. Assim e se é certo que o Estado não se pode furtar, por todos os meios que estejam ao seu alcance, a disponibilizar formas de apoio a todos os contaminados pelos agentes causadores da SIDA, haverá também de, acrescidamente, ter em conta a situação especial daqueles que se tornaram seropositivos, ainda que acrescidamente, a partir de actos médicos realizados em estabelecimentos públicos de saúde.

22. Na verdade, pelo menos relativamente aos actos médicos de transfusão realizados em estabelecimentos públicos de saúde, o Estado assume uma posição de garante da idoneidade e qualidade dos produtos administrados. Desta posição de garante resultam deveres de cuidado, cujo cumprimento se traduz quer na produção de normas regulamentares necessárias e adequadas, quer na prática de actos individuais e concretos, quer ainda na realização de operações materiais.

23. Analisem-se, então, as conclusões relatadas pelo referido Grupo "SIDA/Hemofílicos", nomeado por Despacho ministerial (vd. supra), para o efeito de determinar se o Estado cumpriu ou não os deveres de cuidado e diligência a que estava adstrito, em face das circunstâncias de facto, do direito vigente e em função da posição de garante que desempenha.

24. Pode ler-se a fls.10, do citado documento, sob o título de "Conclusões":

> "(1) O lote 810536 da Plasmapharm podia ser susceptível de transmitir a infecção pelo vírus da SIDA.
>
> (2) O produto entrou no Hospital S. José em Junho de 1986 na quantidade de 500 frascos e, a partir de 18 de Agosto do mesmo ano, começou a ser utilizado, presumindo-se que foi administrado até final de Setembro de 1986.
>
> (3) O Hospital de S. José não administrou o produto sem que tivesse em seu poder o certificado de análise do laboratório produtor, comprovando a negatividade para o vírus da SIDA.
>
> (...)
>
> (5) Sabemos, contudo, que até à data da entrada do mesmo nos HCL, já havia pelo menos 38 hemofílicos seropositivos dos 107 estudados até então (...).
>
> (6) Há, todavia, alguns doentes em relação aos quais, embora não possa ser estabelecida uma relação linear entre a administração do produto e a seropositividade, esta eventualidade não se pode excluir. Acresce, ainda, um

> problema difícil de superar que diz respeito à existência de testes com resultados falsamente positivos e falsamente negativos, o que dificulta ainda mais o estabelecimento da relação causa/efeito, entre a administração do lote e a seropositividade.
>
> (...)
>
> (11) A partir de 1987 todos os factores de coagulação e posteriormente todas as Imunoglobulinas adquiridas através de concurso da Secretaria-Geral do Ministério da Saúde passaram a ser testados para o vírus da Hepatite B e da SIDA no Instituto Português do Sangue, não tendo sido autorizada a administração de quaisquer produtos cujos resultados mostrassem haver susceptibilidade de transmissão destas infecções".

25. Em primeiro lugar, cumpre apreciar o cuidado por parte da Administração Pública na aquisição do lote 810536, cuja nocividade ficou comprovada decisivamente, em Dezembro de 1986. Importa pois, saber se a actuação administrativa se conformou com as normas jurídicas em vigor, ao tempo, e saber também se, nessa actuação, a Administração "empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias" (cfr. artº. 493º, nº. 2, do Código Civil).

26. De um lado ou de outro, não pode a actuação do Ministério da Saúde e das autoridades hospitalares, ficar isenta de críticas.

27. Com efeito, no próprio relatório citado é admitido que apesar de as exigências formuladas quanto ao concurso para aquisição do produto permitirem a salvaguarda contra a transmissão de VIH (fls. 74), o certo é que se faz sustentar, do mesmo passo que "o método estabelecido para o controle burocrático era criticável" (idem). De modo inequívoco, afirma-se a fls.71:

> "Há que salientar contudo, a incongruência entre as normas estabelecidas e o processo de verificação do seu cumprimento. Concretamente entre a exigência contida no artº. 3º das "Condições Especiais" e a comprovação da condição estabelecida na al. b) dos novos requisitos."

28. Por outras palavras: embora se exigisse às empresas concorrentes um certificado do laboratório de origem comprovando a inactivação do HTLVIII, com indicação da metodologia adoptada (vd. Of. de 11.09.1985), depois, o pedido do certificado de análise, ficava na disponibilidade de cada hospital.

29. Além deste aspecto, o relatório não deixa de enunciar outra censura. A fls. 70 lê-se:

> "Colocada a questão aos Serviços de Aprovisionamento da Secretaria Geral estes referem que o requisito desta al. b) se reporta à marca e não a cada lote do produto como, em nosso entender deveria ser.
> Daí que nunca se tenha encontrado naqueles serviços qualquer referência ao lote 810536."

30. Mais se afirma no mesmo texto (fls.70) ser estranho não existirem quaisquer boletins analíticos desse lote, quando é certo haver boletins analíticos relativos a outros lotes.

31. Em 18.08.1986, quando começou a ser administrado o lote 810536 - eventualmente, só uma parte, pois é admitido terem sido destruídos alguns frascos que compunham o mesmo - encontrava-se já em vigor o Despacho nº. 12/86, de 18 de Abril.

32. Ora, nunca até esta data foi enviado pelo Ministério da Saúde à Provedoria de Justiça documento algum que demonstre ter sido cumprido o disposto nos nºs. 1 e 4 do aludido Despacho. Tão só resulta ter ficado assegurada a idoneidade da marca. E repare-se que no mesmo Despacho se afirma:

> "4.1 - Os produtos e fracções derivados do sangue, destinados a serem utilizados para fins terapêuticos, que se encontrem ainda disponíveis nos serviços hospitalares, sem obedecerem aos requisitos indicados, deverão ser substituídos por outros em relação aos quais tenham sido observadas as condições aqui referidas."

33. A tudo isto devem acrescer as fundadas suspeitas, primeiro levantadas pela imprensa austríaca e veiculadas pela empresa A. Pág. Santos, sobre a inocuidade de produtos do laboratório em questão (Plasmapharm-Sera), entre o momento da adjudicação (31.01.1986) e o momento da sua administração no Hospital de S. José (desde 18.08.1986).

De novo, se recorrerá, para ilustrar as referidas suspeitas a transcrições do relatório do Grupo "SIDA/ Hemofílicos":

> a) "Em 20 de Fevereiro daquele ano de 1986, portanto após a aquisição do produto, a APH, em carta datada de 28 de Janeiro, remete ao Dr. Pedro Franco, ao tempo director do Instituto Português de Sangue e membro da Comissão de Escolha da Secretaria Geral, fotocópias da documentação já apresentada pela firma A. Pág. Santos, ao Serviço de Aprovisionamento da Secretaria Geral.
>
> Discutida a questão, o Dr. Pedro Franco entendeu que seria de manter a adjudicação, uma vez que não estava em causa nenhum lote de factor VIII. A Comissão defendeu idêntica posição mas com outro argumento: o de que o Laboratório estava a ser controlado pelas autoridades estatais, garantia que não podiam ter com os outros."(fls. 67 e 66)

b) "Em 8.5.86 pediu à Comissão Técnica de Escolha que efectuasse uma análise cega a todos os produtos (os da Plasmapharma e outros), proposta que não mereceu acolhimento. (Cfr. Informação nº. 58, de 18.07.86 dos Serviços de Aprovisionamento da Secretaria Geral)" (fls.66)

c) "Em 30.6.86 a APH escreve ao GTS sugerindo que este Grupo proponha para os hemofílicos medidas idênticas às que foram tomadas quanto aos doentes hemodialisados, previstas no Despacho 11/86, e envia as estatísticas da WH Aids Center onde vem enunciado o número de hemofílicos seropositivos portugueses - o 3º a nível mundial - manifestando a sua preocupação".

d) "Em 21.7.86, a APH solicita uma entrevista à Senhora Secretária-Geral, que não foi concedida". (fls. 66)

34. Entretanto, fora solicitado, pela APH, um estudo do lote a um laboratório austríaco. Não obstante a falta de qualquer resposta por parte desta entidade, o lote começou a ser utilizado a partir de 18.08.1986, garantido a partir da apresentação de um "certificado de qualidade, pela firma" (fls.65).

35. À luz destes factos, não pode deixar de ser considerada censurável a omissão da Administração de não suspender a administração do lote em causa, até serem obtidos todos os esclarecimentos possibilitados, ao tempo, pelos conhecimentos médicos.

36. E não se afirme que os resultados então obtidos eram satisfatórios, quando, na verdade, poucos meses após, foi possível colher a informação austríaca, na qual eram referenciadas as bandas de Western-Blot que o produto apresentava, aconselhando a não administração do mesmo.

37. Só a partir do início de 1987, todo o sangue e seus derivados com fins terapêuticos terão passado a ser testados para o vírus causador da SIDA no Instituto Português de Sangue, deixando de se permitir a administração de produtos cujos resultados, em concreto e por espécie, revelem susceptibilidade de transmissão dos agentes referidos.

38. Ora, não passa despercebido que a utilização desta metodologia adoptada a partir de 1987 poderia, com largo proveito da saúde pública, ter sido determinada para o ano de 1986, porquanto os conhecimentos científicos não terão progredido extraordinariamente entre os dois anos.

39. Recorde-se pois, neste contexto e relativamente à responsabilidade civil extra-contratual da Administração, o disposto no artº. 6º, do Decreto-Lei nº.48051, de 21 de Novembro de 1967:

> "Para os efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração. "

40. Posto isto e reconhecendo não ter agido a Administração segundo critérios de diligência e cuidado pressupostos pela actividade de risco em questão, interessa ponderar a questão da determinação de um nexo de causalidade entre a utilização do lote 810536, a partir de 18.08.1986, no Hospital de S. José, e os resultados posteriores de seropositividade evidenciados por indivíduos que haviam sido submetidos a actos de transfusão de sangue ou de produtos seus derivados, como é o caso dos factores de coagulação, durante o período em questão.

41. De acordo com o relatório citado - o qual se reporta, nas suas finalidades e conclusões, exclusivamente a hemofílicos - dos 58 casos tratados no Hospital de S. José e referenciados em Junho de 1992, 38 já se encontrariam seropositivados à data do início da administração do lote 810536. Conclui o Grupo de Trabalho ser "provável que a maioria dos hemofílicos se tenha infectado antes da disponibilidade das técnicas de detecção do vírus e antes das técnicas de inactivação, à semelhança do que aconteceu no resto do mundo" (fls. 9). Todavia, haverá sempre a considerar o facto do agravamento acrescido propiciado por uma segunda inoculação.

42. Após aquela data, surgiram, pelo menos, 20 hemofílicos tratados em S. José com seropositividade para o VIH.

43. No entanto, com excepção de quatro deles, não existe qualquer exame anterior que demonstre negatividade.

44. Refira-se também que "restam 42 hemofílicos no Hospital S. José que até Maio de 1992, nunca tinham efectuado a pesquisa para o VIH neste hospital, por recusarem a realização do teste ou porque não voltaram à consulta" (fls.9).

45. A partir destes pressupostos de facto, a demonstração de um nexo de causalidade entre a apontada conduta da Administração e a seropositividade de hemofílicos e não hemofílicos que vieram exigir do Estado o pagamento de indemnizações, coloca estes últimos numa posição de manifesta fragilidade em relação à qual o Provedor de Justiça não pode ser estranho. Isto porque, em princípio, caberia aos lesados "fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado" (artº. 342º, nº. 1, do Código Civil), pese embora a equidade segundo a qual julga o Tribunal arbitral criado a partir do Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho (cfr. artº. 3º, nº.1, al. a)).

46. Neste tipo de casos, vem a doutrina reconhecendo a necessidade de vulnerabilizar o ónus da prova. Como afirma o PROF. SINDE MONTEIRO ("Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica" *in* Direito da Saúde e Bioética, Ed. Lex, 1991, Lisboa, pág. 147), " pode entender-se que a 'criação de um risco injustificado' ou o 'agravamento dos riscos' culposamente provocado pelo acto médico são um fundamento válido para aligeirar a prova do nexo causal, podendo conduzir à inversão do ónus".

47. De acordo com esta ideia, à qual não são de todo alheias motivações de equidade, como reconhece o ilustre Autor, o ónus pode recair, em diferentes graduações, mais ou menos, sobre o lesado.

48. Por outro lado, o artº. 8º do já citado Decreto-Lei nº.8051, de 21 de Novembro, estabelece uma presunção em desfavor do Estado e demais pessoas colectivas públicas, no caso de se tratar de prejuízos especiais e anormais, estando em causa "serviços administrativos excepcionalmente perigosos" ou "coisas e actividades da mesma natureza", independentemente da licitude da conduta.

49. Todavia, observe-se que não é objecto desta estatuição o ónus da prova quanto ao nexo de causalidade. A citada norma apenas estabelece uma presunção de culpa do Estado em favor do lesado.

50. Importará pois, sequencialmente, considerar um facto sobejamente relevante para as questões em apreço. Retomando o relatório sempre citado, pode ler-se, nas conclusões, a fls.10:

> "(4)No Hospital de S. José, à semelhança de todos os outros hospitais do País, não era ao tempo registado na ficha do doente o lote que lhe era administrado, mas, unicamente, as unidades de factor, quer sob a forma de concentrado comercial, quer sob a forma de crioprecipitado, não se sabendo, assim, quais os hemofílicos a quem foi aplicado o produto respeitante ao referido lote. "

51. A impossibilidade de conhecer a quem foi transfundido o produto de determinado lote, exclusivamente determinada pela ausência de quaisquer registos que permitam estabelecer a correlação, cabe por inteiro à Administração Pública, a qual não agiu, uma vez mais, com a prudência e cuidado que a utilização médica de sangue e de produtos seus derivados exige.

52. A prova do nexo causal por quem invoca o direito a uma indemnização por actos de gestão pública ilícitos, tornar-se-ia assim, na situação vertente, demasiado onerosa.

53. Contudo, face a estas circunstâncias, mais que uma vulnerabilização equitativa do ónus da prova (vd. supra-45), mais que uma presunção de culpa por parte do Estado nos termos da responsabilidade objectiva assacada pelo artº. 8º (a qual prescinde da ilicitude do facto gerador de dano, vd. supra-47), beneficiarão os lesados da regra de inversão do ónus da prova inscrita no artº.344º, nº.2, do Código Civil, onde se dispõe :

> "Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações".

54. A diferença entre o recurso a esta disposição e aos outros meios mencionados (aliás, o artº. 8º do Decreto-Lei 48051, de 21 de Dezembro, caso fosse de aplicá-lo, não afastava a regra geral do artº. 342º, nº. 1, do Código Civil) constitui uma diferença subtil, mas também substancial.

55. Com efeito, por esta via, "o ónus da prova do contrário significa simplesmente que se essa prova não for feita nem resultar de outros elementos do processo se tem como assente o facto presumido " (vd. RLJ, 106º, 383).

56. Em resumo e por outras palavras, deve sublinhar-se o posicionamento, em desfavor do Estado, dos seguintes aspectos:

a) a posição débil, de quase sujeição, dos doentes a quem são administrados sangue ou produtos seus derivados com fins terapêuticos, a qual lhes restringe intensamente qualquer domínio de facto sobre os citados actos médicos e sobre os demais actos de gestão pública conexos - impondo, assim, uma necessária cedência da regra geral sobre o ónus da prova, em termos equitativos;

b) o não cumprimento de deveres de cuidado quanto aos riscos inerentes, em concreto, à administração do sempre referido lote de factor VIII, adjudicado pela Secretaria-Geral do Ministério da Saúde, em 31.01.1986 - indiciando negligência;

c) a representação desses mesmos riscos, por repetidas vezes, pela Associação Portuguesa dos Hemofílicos e por outras entidades, junto de órgãos da Administração com competência para determinar a suspensão da utilização do lote nº. 810536, enquanto não fossem possuídos resultados claramente satisfatórios, em termos de segurança dos indivíduos sujeitos a transfusão - indiciando negligência consciente;

d) A ausência de quaisquer registos a partir dos quais seja possível fixar a posteriori um nexo de causalidade entre a administração de um lote infectado e as lesões sofridas - invertendo o ónus da prova, à luz do artº. 344º, nº. 2, do Código Civil;

e) o não cumprimento de disposições regulamentares contidas no Despacho nº. 12/86, de 18 de Abril (DR, II Série, de 05.05.1986), nomeadamente, as dos nºs. 1., 4 e 4.1.

57. A tudo isto, ainda poderá acrescer, a responsabilidade por omissão quanto à não publicação de normas regulamentares ou legislativas que determinassem a aplicação de conhecimentos científicos correntes e comummente tidos por adequados à época. É importante considerar que a utilização do método de pré-aquecimento, em 1986, não seria de desprezar.

58. Desde finais de 1985 que a comunidade científica chamava a atenção para o método de pré-aquecimento, como um meio preventivo, relativamente eficaz, de evitar a administração de produtos contaminados.

59. A este propósito, refira-se que em 31.03.1992, a República Francesa veio a ser condenada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a prestar uma indemnização aos herdeiros de um doente infectado pelo VIH, o qual havia sofrido transfusões várias em estabelecimentos públicos de saúde, baseando-se, para tanto, na omissão normativa de prevenir diligentemente essas situações.

60. Afirma-se no acórdão que:

> " ... admitindo mesmo a subsistência de algumas incertezas sobre os hipotéticos efeitos secundários da técnica do pré-aquecimento, nos finais do ano de 1985, a revelação da amplitude da catástrofe sanitária anunciada exigia que autoritariamente fosse posto cobro e sem demora à distribuição de produtos contaminados." (T.N.)

61. A ideia de responsabilidade do Estado por omissões legislativas ou regulamentares, mesmo fora do âmbito da inconstitucionalidade por omissão, encontra suporte no artº. 22º da Constituição. Neste sentido, pode afirmar-se, como RUI MEDEIROS (*in Ensaio Sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Liv. Almedina, Coimbra, 1992, pág. 353) que:

> "Os danos devem ser imputados à Administração quando o órgão ou agente administrativo goza de liberdade na fixação do conteúdo do acto ou regulamento ou pode, inclusivamente, não o emitir. Assim, havendo discricionariedade da escolha ou da decisão, o lesado pode fundamentar o seu pedido de indemnização não só na Constituição, mas também nos preceitos legais que regem a responsabilidade objectiva da Administração."

(C)

- Discussão e fundamentação: análise da solução proposta pelo Decreto-Lei 237/93, de 3 de Julho -

62. Mais de sete anos após o início da administração do factor contido no lote 810536, o legislador reconheceu "... que o normal funcionamento dos mecanismos da ordem jurídica não providenciaria de forma adequada a reparação devida aos doentes que tenham sido, eventualmente em estabelecimentos de saúde pública, contaminados pelo vírus da imunodeficiência humana " (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho). Do mesmo passo, optou "pela colocação à disposição dos hemofílicos, ou seus herdeiros legais, de um mecanismo alternativo ao recurso aos tribunais: a celebração de convenções de arbitragem com o Estado" (idem).

63. Para além de ser lamentável a demora na procura de uma solução mais adequada, o regime definido pelo Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho, revela algumas iniquidades.

64. Elas resultam, fundamentalmente, de duas das condições que o Estado-legislador impõe ao Estado-administração para poderem ser celebradas convenções de arbitragem.

65. A primeira está na exigência de autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade (artº. 3º, nº. 1, al.a)).

66. Ora, como vimos, o julgamento segundo critérios equitativos permitiria a flexibilização do ónus da demonstração do nexo causal, pressuposto pela responsabilidade civil.

67. Porém e como pode ser já observado, a actuação negligente da Administração ao não registar ou ao não conservar registos dos lotes administrados a cada um dos doentes, faz accionar o mecanismo previsto pelo artº. 344º, nº. 2, do Código Civil.

68. Por outro lado, não seria de excluir a aplicação do artº. 494º, do mesmo código, o qual garantiria a incisão de juízos de equidade na fixação das indemnizações.

69. Assim, não se vê como haja necessidade, por parte do Estado, em cingir a celebração de convenções de arbitragem a uma autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade, tanto mais que, na falta de indicação em contrário pela convenção de arbitragem, esse meio apenas garantirá "a possibilidade de afastamento, no julgamento do caso concreto, das normas tecidas, não tanto com os fios da estrita justiça, da pura razoabilidade ou da criteriosa igualdade, mas com o cardado da certeza do direito ou da segurança do comércio jurídico" (Prof. ANTUNES VARELA, RLJ, nº. 3831, pág. 182).

70. A tudo isto acresce o facto de, nos termos do artº. 29, nº. 2, da Lei nº. 31/86, de 29 de Agosto, a autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolver renúncia aos recursos para os tribunais judiciais comuns.

71. Em segundo lugar, a condição assinalada pelo artº. 3º, nº.1, al. d), do mencionado diploma de 3 de Julho p.p., é flagrantemente injusta e, por desventura, inconstitucional.

72. Afigura-se inaceitável que o Estado, o qual é uma das partes nos litígios a submeter a um Tribunal arbitral, possa socorrer-se da via legislativa, por forma a limitar o montante das indemnizações a atribuir.

73. Trata-se, com efeito, de uma situação de excesso de poder legislativo, admitindo, com o Prof. GOMES CANOTILHO que :

> "... o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contrariedade, razoabilidade e congruência." (Direito Constitucional, Coimbra, 1991, pág.1026)

74. E prossegue o mesmo Autor, a este propósito :

> "Uma consideração especial merecerão as leis medida. O problema do excesso do poder legislativo põe-se com grande acuidade neste tipo de actos legislativos. Sendo as leis simultaneamente disciplina e acto, normação e execução, bem pode acontecer que os poderes legislativos sejam expressamente utilizados para furtar o acto ao controlo contencioso normal (...)". (ob. cit. pág. 1027)

75. Na verdade, ao impor uma limitação máxima às indemnizações fixadas pelo Tribunal arbitral e, ao mesmo tempo, ao inviabilizar o recurso das suas decisões, o Estado está a agir irrazoavelmente e em manifesta incongruência com o objectivo de estabelecer "um meio alternativo" (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho).

76. Não está em discussão a legitimidade do Estado para, em abstracto, fixar limites máximos de indemnização por alguns tipos de dano, como o fez nos artºs. 508º e segs. do Código Civil. Porém, ao invés, nos termos da al. b), do artº. 3º, nº. 1, daquele diploma, assiste-se a uma utilização do poder legislativo como meio de limitar os poderes de um Tribunal perante o qual, o mesmo Estado será réu.

77. Por fim e ainda no tocante ao disposto no Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho, há-de reconhecer-se que este diploma estabelece uma desigualdade de tratamento não fundada, ao restringir a celebração de convenções de arbitragem aos cidadãos hemofílicos ou seus herdeiros legais, deixando à margem, entre outras, todas as

restantes pessoas lesadas por transfusões de sangue ou produtos seus derivados realizadas em estabelecimentos públicos de saúde.

78. Embora os factores de coagulação sejam fundamentalmente administrados a portadores de hemofilia, o sangue e outros seus derivados obtidos por fraccionamento encontram larga aplicação terapêutica em muitas outras situações, as quais exigem do legislador um tratamento tão semelhante quanto possível. De outro modo, estar-se-á em clara violação do princípio da proibição do tratamento discriminatório, contida no artº. 13º da Constituição.

II

CONCLUSÕES

De acordo com o que ficou exposto e em nome da atribuição constitucional que lhe é conferida de conduzir à prevenção e reparação de injustiças (artº. 23º, nº. 1, CRP), entende o Provedor de Justiça fazer uso dos poderes que lhe são confiados pelo seu Estatuto (Lei nº. 9/91, de 9 de Abril) , no artº. 20º, nº. 1, als. a) e b) e, como tal, RECOMENDAR:

1º - A pública assumpção pelo Estado de responsabilidade por administração terapêutica de sangue e produtos seus derivados contaminados por agentes causadores de SIDA, em estabelecimentos públicos de saúde. Importa reconhecer, nomeadamente, a administração nos serviços do Hospital de S. José (HCL) do lote nº. 810536 (Plasmapharm-Sera) de factor VIII, adjudicado em 31.01.1986 pela Secretaria Geral do Ministério da Saúde e obter esclarecimentos sobre a eventual aplicação de outros lotes com a mesma origem. Por outro lado, o Estado não deve refutar liminarmente riscos causados e eventuais lesões produzidas a partir da administração de factores não comerciais, cujas condições de inocuidade não se julgue terem sido suficientemente garantidas.

2º - A criação de um sistema de ressarcimento célere, eficaz e adequado aos valores de solidariedade nacional e de respeito pela dignidade humana que a situação dos lesados faz exigir (cfr. Recomendação nº. R(88)4, do Conselho da Europa, Sobre as Responsabilidades de Saúde no domínio da Transfusão de Sangue, adoptada pelo Comité dos Ministros da Saúde, em 7 de Março de 1988).

Assim, deverá ser constituída uma comissão perante a qual serão apresentados os pedidos de indemnização por todos quantos demonstrem, tão só:

i) terem recebido, por transfusão, sangue ou outro produto seu derivado, em estabelecimentos públicos de saúde nos quais se reconheça terem sido administrados, durante certos períodos, lotes contaminados, importados ou de origem doméstica;

ii) ser o primeiro resultado conhecido de seropositividade posterior aos períodos durante os quais esses mesmos produtos contaminados tenham sido administrados;

iii) terem sido as aludidas administrações de produtos contaminados efectuadas em momento posterior ao do conhecimento difundido de meios de rastreio; poderá apontar-se o início de 1986, sem excluir a possibilidade de outras situações de manifesta negligência em período anterior, já que os deveres de cuidado se tornaram progressivamente mais exigentes com a evolução dos conhecimentos científicos; assim, há-de ser tido em conta o facto de o método de pré-aquecimento ter merecido ampla divulgação nos meios clínicos e hospitalares a partir de 1984 e sendo certo que apesar das incertezas, indicadas ao tempo, quanto ao sucesso obtido através da sua utilização, as desvantagens eram já tidas por desprezíveis, designadamente porquanto se observava a preservação da actividade coagulante.

3º - Todos os requerentes deverão ser provisoriamente indemnizados, na pendência do cálculo das respectivas indemnizações definitivas.

4º - As indemnizações deverão ter em conta a situação económica do lesado e a extensão do seu agregado familiar. Para o efeito, deverá ser aprovada uma tabela indiciária que garanta o respeito essencial pelo princípio da não discriminação infundada.

5º - As somas a atribuir deverão ser calculadas, tendo também em atenção a evolução da doença e as seguintes categorias definidas pelos *Centers of Disease Control* (EUA), quanto à contaminação pelo VIH:

1. infecção assintomática;
2. infecção aguda;
3. linfadenopatia contínua e generalizada;
4. outras doenças repercutidas pela infecção;
5. SIDA.

(cfr. Relatório da Federação Mundial de Hemofilia sobre o estado da assistência financeira, em 1991)

6º - As indemnizações deverão seguir o regime definido para a indemnização em renda, pelo artº. 567º, do Código Civil.

7º - As indemnizações poderão ser pagas através de um fundo, ao qual será reconhecida personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira. A sua administração deverá ser confiada a um conselho composto por representantes do Estado, dos lesados, de instituições particulares de solidariedade social e das associações públicas com atribuições no campo da saúde.

8º - As suas receitas terão origem em subvenções públicas, em contribuições das companhias seguradoras e das indústrias farmacêuticas, assim como em somas percebidas a título de subrogação nos direitos dos lesados. A falta de obtenção das receitas indicadas em segundo e terceiro lugar não obstará à prestação dos pagamentos.

9º - A recomendada criação deste fundo, poderá em nada afectar a actividade desenvolvida pelo Fundo de Apoio Social aos Hemofílicos Infectados com o Vírus da SIDA, criado por Despacho de Sua Excelência, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, de 31.07.1992 (vd. DR, II Série, de 18.08.1992).

10º - Apenas no caso de não aceitação pelos interessados da indemnização proposta pela comissão - e após mediação, eventualmente, do Provedor de Justiça - se justificará o processo arbitral.

11º - A actividade da Comissão deverá desenvolver-se sem prejuízo do regular funcionamento dos mecanismos criados pelo Decreto-Lei nº. 237/93, de 3 de Julho. Com efeito, o sistema recomendado pretende constituir, relativamente aos processos em curso, um meio gracioso de composição dos litígios, alternativo mas não excludente, cujo bom sucesso, em cada caso, poderá mover as partes à transacção sobre o objecto da causa e à revogação da convenção de arbitragem.

12º - O Tribunal arbitral, em todo o caso, não deverá necessariamente apreciar tais recursos segundo juízos de equidade, por forma a deixar subsistir a possibilidade de recurso para os Tribunais judiciais comuns.

13º - Em caso algum, deverá o Tribunal arbitral ficar cingido por limites máximos na fixação de indemnizações.

14º - O direito ao ressarcimento deverá ser reconhecido, também, a todas as pessoas que foram infectadas através dos lesados por via da prestação de cuidados de saúde ou por consequência de outros factores inerentes às relações familiares.

15º - O direito ao ressarcimento deverá ser reconhecido, ainda, a todos quantos se encontrem em relação de estreita dependência económica do lesado, na proporção dessa mesma dependência.

16º - Relativamente ainda aos cidadãos hemofílicos (ou portadores de outras patologias que os situem em relação de estreita dependência da administração de sangue ou seus derivados em estabelecimentos públicos de saúde) que não possam demonstrar a verificação dos pressupostos enunciados na segunda conclusão, deverá, com a maior brevidade, ser instituído um meio de atribuição de compensações semelhante ao facultado a vítimas de acidentes catastróficos ou ao resultante do Decreto-Lei nº.324/85, de 6 de Agosto (servidores do Estado

atingidos por actos de terrorismo), em cujo preâmbulo se invocam "razões de interesse público ou de ordem moral".

Esta via, subsidiária do sistema recomendado, não pode deixar de ser exigida, quanto mais não seja, em nome do princípio constitucional da solidariedade, inscrito na parte final do art. 1º da lei fundamental.

17º - Por fim e relativamente a todos os cidadãos portugueses que se apresentem seropositivos deverá reforçar-se um sistema nacional de entre-ajuda, o qual visará propiciar os seguintes benefícios sociais:

a) Tratamento domiciliário, com vista a garantir a preservação do ambiente familiar dos doentes e uma melhor qualidade de vida, evitando frequentes deslocações a estabelecimentos de saúde e possibilitando um aproveitamento mais adequado do número de camas hospitalares. Do mesmo passo, contribuir-se-á para a salvaguarda da reserva de intimidade da vida privada;

b) realização de programas culturais e de férias, por forma a motivar a plena integração dos doentes nas diversas comunidades e grupos sociais dos quais fazem parte;

c) concessão de facilidades especiais na utilização de transportes públicos (v.g. tarifas reduzidas, direitos especiais de marcação antecipada de lugares), por recurso a esquemas que evitem qualquer forma de exposição involuntária do estado clínico ou mesmo de estigmatização social;

d) concessão de linhas de crédito bonificado para aquisição de habitação própria e de meio de transporte próprio;

e) concessão dos seguintes benefícios fiscais :

I) isenção de sisa na aquisição de prédio ou fracção autónoma de prédio urbano, bem como de terreno para construção destinados exclusivamente à habitação;

II) isenção de imposto sobre as sucessões e doações nas transmissões a favor de quaisquer beneficiários;

III) ao nível do imposto sobre o rendimento a equiparação a deficientes para efeitos de aplicação do disposto no artº. 44º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 215/89, de 1 de Julho;

IV) a elevação em 50% do limite às deduções específicas previstas no artº. 25º, nº. 1, do Código do IRS;

V) elevação em 50% dos limites de deduções à colecta previstos nas als. a), b) e c), do artº. 80º, nº. 1, do Código do IRS;

VI) aplicação das tabelas mensais de retenção na fonte específicas para os deficientes titulares de rendimentos do trabalho dependente e de pensões;

VII) isenção do imposto automóvel na aquisição de veículos com motores a gasolina ou a gasóleo, com cilindrada respectivamente até 1600 e 2000 cc.

***

93.12.22
R-2268/83

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Recomendação

1. O Dr. ... dirigiu à Provedoria de Justiça a reclamação de que anexo fotocópia.

Acerca do assunto, o meu antecessor formulou Recomendação de que igualmente junto cópia.

A estes foi dada resposta pela Secretaria de Estado dos Recursos Educativos, nos termos de que também dou conhecimento a Vossa Excelência.

Entendo que não são razoáveis as posições assumidas pelo Ministério da Educação, uma vez que não se trata de estar a atribuir uma nova fase a quem já se encontrava aposentado, mas, sim, de apurar qual a equiparação que, em termos reais, se afigura justa e adequada à situação destes docentes.

2. Ora o que sucedeu foi que o Decreto-Lei nº. 513-M1/79 veio reduzir substancialmente o tempo de bom serviço necessário para a transição de fase, em confronto com o que era exigido para alcançar a 2ª. diuturnidade.

3. Na verdade, na vigência do regime de diuturnidades, só se alcançava a 2ª. ao fim de 20 anos de bom serviço.

4. O Decreto-Lei nº. 513-M1/79 veio, ao invés, estabelecer o seguinte regime de transição de fases:

- para a 2ª, ao fim de 5 anos de bom serviço.
- para a 3ª, ao fim de 1 ano de bom serviço.
- para a 4ª, ao fim de 18 anos de bom serviço.

5. Verifica-se, assim, que:

- para transitar para a 3ª. fase, passou a ser preciso apenas mais um ano de bom serviço que aquele que era preciso para atingir a 1ª. diuturnidade.

- para passar à 4ª. fase, bastava menos dois anos de bom serviço (18) que os precisos para obter a 2ª. diuturnidade (20).

6. E por isso é que o Decreto-Lei nº. 513-M1/79, ao estabelecer a transição dos professores no activo para o regime de fases nela consignado não cuidou de saber em que diuturnidade ou fase se encontravam antes.

Porque os períodos de tempo nele previstos para mudanças de fase divergiam relevantemente dos anteriores, o Decreto-Lei nº. 513-M1/79 regulou essa transição apenas na base do tempo de bom serviço que os professores em causa tivessem - artº. 12º.

7. Quer dizer: se o queixoso se encontrasse, então, no activo, teria transitado para a 4ª. fase, nos termos do nº 3 do artº. 12º do Decreto-Lei nº. 513-M1/79.

8. Se assim é, e se o que a portaria em questão pretendeu foi estabelecer a justa equiparação entre os professores aposentados no regime de diuturnidades e o regime do Decreto-Lei nº. 513-M1/79, não se entende porque é que se não tem por natural e justo que todos os já titulares da 2ª. diuturnidade fossem equiparados aos integrados na 4ª. fase regulada por aquele diploma.

9. Por estas razões, tenho por bem formular a seguinte:

RECOMENDAÇÃO

"A Portaria nº. 22/83, de 7 de Janeiro deve ser alterada estabelecendo a equivalência à 4ª. fase para aqueles docentes que já fossem titulares da antiga 2ª. diuturnidade"

***

93.12.16
R-1657/90

A Sua Excelência o Ministro da Administração Interna

Recomendação

1. O Engº. ...apresentou-me exposição em que solicitou a minha intervenção no sentido de lhe ser atribuído um subsídio de inspecção pelo exercício de funções de inspecção no Serviço Nacional de Bombeiros, em moldes idênticos aos previstos para os inspectores-gerais da Inspecção-Geral do Ensino.

2. Em 12.12.91, o reclamante dirigiu a Vossa Excelência requerimento no sentido de lhe ser atribuído tal subsídio com efeitos retroactivos à data da sua entrada ao serviço no Serviço Nacional de Bombeiros, sobre o qual foi emitido parecer nº. 57-R/92/Procº. T/96, de 20.01.92, da Auditoria Jurídica desse Ministério, no qual se concluiu, em síntese, ser necessária a publicação de um Decreto-Lei para o efeito nos termos dos artºs. 19º, nº. 3, do Decreto-Lei nº. 184/89, de 2 de Junho e 12º do Decreto-Lei nº. 353-A/89, de 26 de Outubro.

3. O parecer da Auditoria Jurídica do MAI foi homologado por Despacho de 11/02/92 de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Interna, mas o assunto não teve a adequada sequência. Entretanto, o reclamante aposentou-se.

4. O reclamante ficou prejudicado nos seus direitos pela situação de inércia da Administração.

5. Em face do exposto, ao abrigo da competência que é conferida pelo artº. 20º, nº. 1, al. b) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formulo a Vossa Excelência a seguinte:

Recomendação

1º. Que promova a publicação de Decreto-Lei contemplando a atribuição de um suplemento remuneratório aos funcionários do Serviço Nacional de Bombeiros afectos directamente ao exercício de funções inspectivas.

2º. Que tal suplemento produza efeitos a partir de 01.01.92, de modo a contemplar a situação do reclamante, aposentado desde 30.01.92.

***

93.12.16
R-1975/93

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

O Dr....peticionou a intervenção do Provedor de Justiça, com fundamento na preterição de disposições legais por parte do Centro de Estudos Judiciários na condução do processo que levaria à integração dos antigos auxiliares de Juiz de Instrução Criminal, na carreira da magistratura.

Alegava que, face ao artº. 188º. da Lei nº. 21/85, de 30 de Julho, e cumprida a formalidade da inspecção à sua actividade judiciária, devia ele ser integrado na carreira judicial sem necessidade de prestação de provas ou qualquer avaliação no Centro de Estudos Judiciários, mas tão só devendo frequentar o curso de auditores de justiça.

Não foi isto que sucedeu, vindo o reclamante a ser excluído, por duas vezes, da frequência do dito curso.

Estando em causa uma instituição ligada à entrada na carreira da Magistratura - logo, ao processo de designação dos titulares do órgão de soberania plural que são os tribunais poder-se-ia colocar a questão de, face ao disposto no artº.22º, do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei nº. 9/91, de 9 de Abril), se poder configurar uma possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça no funcionamento do Centro de Estudos Judiciários, analisando o modo como este interpreta a lei, emitindo as recomendações que se afiguram como necessárias.

Neste passo, dois problemas diferentes há a dilucidar. O primeiro, já descrito, quanto à natureza do Serviço do Estado, posto em causa; o segundo, quanto à possibilidade de análise da função desempenhada por esse Serviço, nomeadamente na avaliação dos candidatos a magistrados.

Embora a Constituição, no seu artº. 23º, 1 (artº. 24º, 1, da versão primitiva), não limite a garantia graciosa que é a queixa ao Provedor de Justiça às acções ou omissões dos órgãos administrativos, sequer dos materialmente administrativos, a verdade é que o Estatuto do Provedor, quer na sua versão pré-constitucional (Decreto-Lei nº. 212/75, de 21 de Abril), quer nas duas versões que já leva após a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976 (Lei 81/77, de 20 de Setembro, e Lei 9/91, de 9 de Abril), configuram primariamente este Órgão do Estado como essencialmente virado para a garantia dos cidadãos no seu relacionamento com a Administração Pública. Neste sentido temos os artº.s 2º e 22º, do actual Estatuto do Provedor de Justiça, o primeiro, a título não taxativo. Diga-se já que tal não parece ser a visão mais correcta face à Constituição da República Portuguesa e à Lei. Não só várias competências atribuídas por lei extravasam do âmbito da Administração Pública, tal como o poder de emitir

Recomendações legislativas e o poder de requerer a fiscalização da constitucionalidade e legalidade de normas, bem como a verificação da inconstitucionalidade por omissão, como também se podem configurar situações entre particulares que mereçam a intervenção do Provedor de Justiça, v.g, quando estejam em causa relações especiais de poder ou quando a violação dos direitos, liberdades e garantias seja gritante, pela gravidade ou reiteração.

De qualquer modo, no caso presente, não parece oferecer dúvida o facto de o C.E.J. ser um organismo administrativo, dependente do Ministério da Justiça (cfr. artº. 1º, 1, do Decreto-Lei nº. 374-A/79, de 10 de Setembro), e, como tal, sujeito ao total controlo por parte do Provedor de Justiça. A sua actividade é a tipicamente atribuída a órgãos jurisdicionais pela Constituição, mas sim a da preparação de eventuais futuros titulares desses órgãos.

Quanto à natureza da actividade desenvolvida no C.E.J., e consequente questão da sua possibilidade de controlo, sempre se dirá que o que está em causa não é o juízo de valor sobre as aptidões reais ou demonstradas do Reclamante. Está-se, apenas, a aquilatar da bondade das medidas administrativas tomadas pelo C.E.J., ao avaliar negativamente o candidato, face aos aspectos legalmente vinculados da sua actuação.

Como é sabido, a chamada justiça burocrática (Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, 2º. vol., pg. 333) que é exercida pelos examinadores, não é uma zona livre de Direito. Pelo menos quanto aos critérios orgânicos-formais, está a sua formação legalmente determinada.

Deste modo, com a prevenção que o caso em apreço apenas pode ser tratado face à possibilidade de exclusão, pode-se entrar na apreciação do conteúdo da queixa.

O Reclamante exercia a sua profissão de advogado. Foi, como outros cidadãos, nomeado, ao abrigo do artº. 6º do Decreto-Lei 264-C/81, de 3 de Setembro, para desempenhar as funções de substituto do juiz de instrução criminal da comarca do Barreiro. Este diploma, abrangindo a possibilidade da nomeação nesses postos de advogados e advogados-estagiários, visava ultrapassar a escassez de quadros disponíveis para o preenchimento de tais lugares, surgindo como instrumento de recurso para colmatar graves deficiências em termos de pessoal qualificado para a administração da Justiça. Foi, pois, em resposta a uma grave carência e necessidade públicas que o recorrente, como outros colegas seus, suspendeu a sua anterior actividade profissional, para exercer as funções já descritas.

Com a progressiva normalização do serviço, conseguida através do recrutamento e formação de juizes, foi o requerente, dispensado do exercício das funções que desempenhava, por desnecessárias no quadro de então.

Esta cessação de funções, com o consequente retorno à actividade de advocacia anteriormente exercida, terá provocado grave dano na situação pessoal do reclamante, como alega e, aliás, é bem compreensível, dada a natureza bastante fluída e incerta da

profissão liberal em causa, dependente da constituição de uma carteira de clientes, inevitavelmente dispersa por anos de imobilidade.

Esses danos, com a necessária responsabilização, se não jurídica pelo menos moral, do Estado, foram admitidos pela Lei 21/85, já citada, ao permitir a integração nos quadros da magistratura, através da frequência do C.E.J., sem necessidade de submissão a testes de aptidão, após parecer favorável de inspecção extraordinária.

Foi o que sucedeu ao reclamante, que após inspecção, frequentou o C.E.J., tendo sido excluído dessa frequência por decisão do mesmo Centro. O Reclamante alega estar essa exclusão em violação ao artº. 188º da Lei 21/85, cit..

Não tem razão o Reclamante. A dispensa concedida por essa norma refere-se tão somente aos testes de aptidão para o ingresso no C.E.J., e não à avaliação necessária para o ingresso na Magistratura. Trata-se assim de uma norma de cariz análogo ao do artº. 28º, 2, do Decreto-Lei 374-A/79. concedendo essa dispensa a outras categorias de cidadãos, como advogados com certa antiguidade e Doutores em Direito.

Do ponto de vista do Direito vigente não há, pois, que censurar ao C.E.J. qualquer ilegalidade cometida.

Apreciação diferente é a que resulta da análise da justiça da situação. Como se sabe, uma das virtualidades específicas da actuação do Provedor de Justiça é a de poder e dever encarar as questões que se coloquem para além do direito estrito, avançando para a justeza do Direito aplicável e do que deverá existir, podendo para tal emitir as pertinentes recomendações.

Não sobram dúvidas que o Reclamante (bem como os seus colegas) disponibilizou-se para servir o Estado num momento em que este carecia desesperadamente da sua colaboração. Também parece certo que, em virtude desse serviço público, o Reclamante e os seus colegas ficaram numa situação difícil, num nível etário em que as alterações profissionais se repercutem de modo bastante gravoso na situação pessoal.

Parece da mais elementar justiça que o Estado procure assegurar a esses seus servidores que o serviço prestado não tenha sido a causa da sua ruína. Nesse sentido se insere o já referido artº. 188º da Lei 21/85, que peca por insuficiente.

Sendo o C.E.J. um centro de formação para o adequado exercício das funções judiciais, não se entende a necessidade de avaliação dos cidadãos nestas circunstâncias (e, pensando bem, da própria frequência). Em primeiro lugar, trata-se de cidadãos que, bem ou mal, já desempenharam funções jurisdicionais. E, em segundo lugar, temos a certeza que desempenharam bem as suas funções, por via de inspecção realizada nos termos da Lei.

Julgo que nada mais seria necessário para integrar definitivamente estes cidadãos nos quadros da magistratura, admitindo uma eventual frequência obrigatória do C.E.J., mas

sem qualquer avaliação. Essa avaliação de capacidade, no caso, consistiu no efectivo desempenho de funções, positivamente valorado por inspecção *ad hoc*.

Atento o seu reduzido número, bem como a disponibilidade já manifestada pelo Conselho Superior de Magistratura, pela respectiva Associação Sindical e por algumas instâncias parlamentares, consoante fotocópias anexas, entendo recomendar à Assembleia da República, a que Vossa Excelência dignamente preside, ao abrigo do artº. 20º, 1, al. b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, que:

> 1) seja editada norma no sentido de se proceder à integração nos quadros da magistratura dos antigos auxiliares de juizes de instrução criminal, colocados ao abrigo do artº.6º, do Decreto-Lei 264-V/81, de 3 de Setembro, quando tenham sido aprovados na inspecção a que se refere o artº. 188º da Lei 21/85, de 30 de Julho, sem necessidade de quaisquer outros procedimentos;
>
> 2) ou, em alternativa, mediante frequência do curso de auditores de justiça, sem necessidade de qualquer avaliação.

***

93.12.07
R-2694/92

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Assunto: Manutenção dos direitos adquiridos e das expectativas conferidas a contribuintes sem herdeiros hábeis pelo artº. 23º do Decreto-Lei nº. 24046, de 21.06.34, após a aplicação do Decreto-Lei nº. 343/91, de 17 de Setembro.

Recomendação

1. A Associação Nacional dos Aposentados dos CTT dirigiu-me exposição em que contesta o facto de o Decreto-Lei nº. 343/91, de 17 de Setembro, não ter salvaguardado os direitos adquiridos e as expectativas legítimas previstas no artº. 23º do Decreto-Lei nº. 24046, de 21.06.34, de os contribuintes sem herdeiros hábeis com mais de 65 anos de idade e mais de 30 de inscrição, poderem ceder os seus direitos ao Montepio dos Servidores do Estado, recebendo deste a totalidade das quotas com dedução de 10%, cessando a partir dessa data a sua obrigação de contribuir.

2. O assunto foi exposto à Caixa Geral de Depósitos (Direcção dos Serviços de Previdência) a qual, pelo ofício nº. 593, de 20.05.93, defende a não salvaguarda do regime do artº. 23º do Decreto-Lei nº. 24046, de 21.06.34, pelo Decreto-Lei nº. 343/92,

de 17 de Setembro, com base na seguinte argumentação: a) - a filosofia subjacente ao Decreto-Lei nº. 24046, baseada na iniciativa dos interessados, no carácter facultativo e na pré-determinação das pensões legadas, assentava em concepção diversa da que informa o Decreto-Lei nº. 142/73, de 31 de Março, que tem natureza obrigatória; b) - de acordo com a filosofia do Decreto-Lei nº. 24046, com a natureza de seguro de vida, era Justificável o recebimento integral das quotas pagas, o que não acontece no regime do Decreto-Lei nº. 142/73, que só admite restituição de quotas nos casos previstos no seu artº.22º; c) - O Decreto-Lei nº. 343/91, de 17 de Setembro, pretendeu harmonizar os dois regimes em sentido globalmente mais favorável para os pensionistas do Decreto-Lei nº. 24046 mas, de acordo com as regras do Decreto-Lei nº. 142/73, não poderá ser admitida a restituição de quotas.

3. Analisando o assunto, concluí o seguinte:

3.1. Os pensionistas que na data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 343/91, de 17 de Setembro, perfaziam mais de 65 anos de idade e 30 de Inscrição tinham já o direito adquirido a requerer a restituição das quotas previstas no artº. 23º do Decreto-Lei nº. 24046; essa faculdade existia já na sua esfera jurídica, pelo que o Decreto-Lei nº. 343/91, não a tendo salvaguardado, terá sido claramente rectroactivo.

3.2. De igual modo, os pensionistas que naquela data não preenchiam ainda os requisitos necessários eram titulares de uma expectativa legítima que o Decreto-Lei nº. 343/91 postergou.

3.3. Embora o regime decorrente do Decreto-Lei nº. 343/91 possa ser considerado globalmente mais favorável do que o contemplado no Decreto-Lei nº. 24046, o certo é que tal não acontece no caso de contribuintes sem herdeiros hábeis, os quais nem podem reaver as contribuições prestadas nem transmitir pensão de sobrevivência.

3.4. Ora tais contribuintes, quando se inscreveram no regime do Decreto-Lei nº. 24046, a título voluntário, sabiam que poderiam obter a restituição das quotas pagas se não viessem a ter herdeiros hábeis aos quais transmitissem pensão de sobrevivência e a aplicação genérica e sem reservas da regra do Decreto-Lei nº. 343/91 frustou a previsão na base da qual se inscreveram no regime voluntário. Decerto não o teriam feito se soubessem que não viriam a ter herdeiros hábeis.

4. Em face do anteriormente exposto, ao abrigo da competência que me é conferida pelo artº. 20º, nº. 1, al. b) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formulo a Vossa Excelência a seguinte

Recomendação

Que promova alteração do Decreto-Lei nº. 343/91, de 17 de Setembro, no sentido de contemplar uma disposição transitória que garanta aos inscritos no regime do Decreto-

Lei nº. 24046, de 21.06.34, a possibilidade de continuarem a beneficiar da faculdade prevista no seu artº. 23º.

***

93.12.07
R-1215/90

A Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Recomendação

1. A situação que esteve directamente na origem da Recomendação que formulei a Sua Excelência o Primeiro Ministro, remetida posteriormente para Sua Excelência o Ministro das Finanças e a que se refere o ofício do gabinete de Vossa Excelência nº. 1701, de 2 de Setembro passado, dizia respeito aos subinspectores do Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego que, em consequência da sua extinção, foram integrados na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos.

Para este efeito foi o quadro daquela Direcção-Geral alterado pela Portaria nº. 376/89, de 29 de Maio.

2. Sucede, porém, que estes funcionários, no número total de 72, sendo titulares das diversas categorias integrantes da carreira de subinspector, vêm desempenhando as funções próprias da carreira de liquidador tributário, sem a correlativa remuneração.

Por outro lado, não lhes tem sido permitido, por falta das adequadas habilitações literárias, o ingresso, através de concurso, naquela carreira.

3. A única via de superar a situação de injustiça em que se encontram é o instituto da reconversão profissional previsto no artº. 32º do Decreto-Lei nº. 184/89, de 2 de Junho e no artº. 30º do Decreto-Lei nº. 41/84, de 3 de Fevereiro.

4. Nestes termos e tendo presente as razões invocadas no ofício nº. 1701, de 2 de Setembro passado e no ofício que lhe vem anexo, relativamente à elaboração de medida legislativa genérica para toda a Administração Pública, a definir os critérios de reconversão profissional, razões que se afiguram aceitáveis, recomendo a Vossa Excelência ao abrigo do artº. 20º da Lei nº.9/91, de 9 de Abril, que seja elaborada medida legislativa a reconverter os subinspectores do extinto Gabinete de Gestão do

Fundo de Desemprego, integrados na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, na carreira de liquidador tributário.

5. Mais solicito a Vossa Excelência se digne transmitir-me o seguimento que a presente Recomendação vier a merecer.

***

93.12.06
R-624/90

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

Na sequência de uma reclamação apresentada nesta Provedoria de Justiça contra a Administração Pública, em que se suscitava a questão de saber se um acto consequente de um acto administrativo nulo é igualmente nulo, ou antes anulável, tive oportunidade de dirigir à Administração Pública uma Recomendação no sentido de o caso concreto ser revisto com base na argumentação então expendida, em que concluía pela anulabilidade de tais actos sempre que existam contra-interessados com interesse legítimo na sua manutenção.

II

Nessa argumentação, foi tido em conta o acórdão de 23.07.85, do STA, publicado em Acórdãos Doutrinais, nº. 296-297, pág. 1051, que anulou um acto consequente de um acto inexistente por o mesmo estar viciado de ilegalidade por erro nos pressupostos.

Partindo-se de tal entendimento, e recorrendo a uma interpretação por "maioria de razão", formulou-se então o seguinte raciocínio:

Se um acto consequente de um acto administrativo inexistente é anulável com base em ilegalidade quando haja interessados na sua manutenção, por maioria de razão poderá ser acto nulo.

Também por interpretação do nº. 2, al. i), do artº. 133º do C.P.A., se chega à mesma conclusão.

Prescreve-se nesse preceito que são nulos:

> "Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente".

Logo, apreende-se desta disposição que os actos consequentes de actos administrativos anulados ou revogados podem não ser eliminados desde que haja quem tenha interesse legítimo na sua manutenção.

Trata-se, assim, de admitir, em homenagem a um princípio de justiça, que um acto administrativo erradicado da ordem jurídica nela conserve alguns vestígios.

Face a este regime, entendo que o princípio que o enforma legitima que nele se reconheça a seguinte norma implícita:

> "Os actos consequentes de actos administrativos nulos são nulos desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na sua manutenção".

E não se diga, como o fez a Administração, que a conclusão atrás apontada contraria o artº. 134º, nº. 1, do C.P.A., segundo o qual

> "O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade".

Esta posição assenta num erro, qual seja o de conceber um acto consequentemente de um acto administrativo como efeito desse acto.

O acto consequentemente, embora pressuponha um acto administrativo anterior, é também ele um acto, ou seja, uma composição de interesses, produto de uma vontade, que não decorre automaticamente daquele acto.

O efeito jurídico de um acto, pelo contrário, traduz-se sempre na criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica, que deriva automaticamente desse acto.

Face ao exposto, impõe-se-me que formule a seguinte

Recomendação

Que esse Órgão do Estado promova a interpretação autêntica do artº. 133º, nº. 2, al. 1) do C.P.A., de forma a dele se extrair a aplicação do regime que no mesmo se contém aos actos nulos, ou a sua alteração legislativa, sem efeitos retroactivos.

***

93.12.03
R-1678/86

A Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Assunto: Preferência conjugal

Recomendação

1. Alguns funcionários públicos apresentaram queixas ao Provedor de Justiça por existirem diplomas legais que beneficiam os cônjuges, na sua colocação, quando um deles é professor ou funcionário da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, não existindo protecção semelhante para os restantes funcionários.

2. A questão foi então posta, em 8 de Setembro de 1986 (ofício junto), no sentido de se averiguar se o problema já teria sido analisado em termos de regime geral da função pública por se entender dever ser equacionada a equalização de regimes para todos os funcionários, tendo sido recebida a resposta de que iriam ser iniciados na Direcção-Geral da Administração Pública os estudos necessários (fotocópia junta).

3. Posteriormente, veio a ser comunicado por esta Direcção-Geral (ofício junto) ter-se entendido ser a preferência conjugal "dificilmente generalizável, quase só possível no âmbito de um departamento governamental com as características do Ministério da Educação" e ainda "que a criação de preferências legais, nos moldes da preferência conjugal, aplicável à generalidade dos funcionários públicos acabaria sempre por pôr em causa o princípio da igualdade inscrito na constituição e causar grandes perturbações no funcionamento dos serviços..."

4. Atendendo a que a "lei dos cônjuges", como é vulgarmente designada quanto aos professores, tem uma longa tradição e que, além do Decreto-Regulamentar nº. 42/83, de 20 de Maio, que estabelece, no artº. 39º, relativamente aos funcionários da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, um regime específico de transferências "quando qualquer dos interessados prove que o seu cônjuge exerce há mais de 1 ano funções públicas de carácter permanente na área do município onde existe a vaga", também o Decreto-Lei nº. 45/84, de 3 de Fevereiro, na al. b) do nº. 1 do artº. 4º, determinou, em caso de fixação na periferia, "a preferência de colocação do cônjuge funcionário ou agente em serviço ou organismo sito na localidade de trabalho do funcionário integrado ou deslocado transitoriamente para a periferia ou no concelho ou concelhos limítrofes daquela localidade" e a al. c) atribui preferência "ao cônjuge não funcionário, em caso de igualdade de classificação obtida em concurso, face aos demais candidatos não vinculados à função pública, no ingresso para serviço ou organismo sito no local de trabalho do funcionário integrado ou colocado transitoriamente para a periferia ou no concelho ou concelhos limítrofes daquele local", não se vê motivo para que normas

similares não sejam adoptadas relativamente a outros funcionários e Ministérios com serviços descentralizados.

5. Relativamente ao princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, o mesmo não proíbe, em absoluto, como se sabe, toda e qualquer diferenciação de tratamento, desde que razoavelmente fundada e destinada a proteger um valor ou interesse constitucionalmente protegido, como será o caso da colocação dos cônjuges um junto do outro.

6. A preferência conjugal na colocação profissional até poderia ser considerada, como referem alguns constitucionalistas, um meio de realizar a protecção a que, nos termos do disposto no artº. 67º da Constituição da República Portuguesa, a família tem direito.

7. Entendo, assim, que as normas de preferência conjugal já existentes e os preceitos constitucionais de protecção à família, designadamente, o nº. 1 do artº. 67º da Constituição da República Portuguesa, bem como o princípio da igualdade entre os cidadãos consagrado no artº. 13º justificam o alargamento da regra da preferência conjugal.

Nestes termos, ao abrigo do disposto na al. b) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, recomendo a Vossa Excelência que tome a iniciativa de preparar a publicação de norma legal que alargue a preferência conjugal a todos os funcionários públicos, quer os seus cônjuges sejam funcionários ou não, ponderando-se a necessidade de não discriminar as uniões de facto.

(Recomendação parcialmente acatada)

***

93.11.30
I.P. - 13/91

A Sua Excelência o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações

Recomendação

Tendo em conta que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº.235/86, de 18 de Agosto, se reformulou e adaptou às necessidades actuais o regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas;

considerando que a reformulação das regras de publicidade dos concursos foi um dos princípios então consignados;

revelando-se importante que o caderno de encargos seja suportado pelos concorrentes, até ao nível do seu custo, e porque essa tem sido a prática nacional e comunitária, sendo certo que as disposições comunitárias dispõem nesse sentido e até porque tal actuação se tem mostrado como a mais adequada ao correcto desenvolvimento destes concursos, formulo a seguinte Recomendação:

- Seja elaborada uma norma, inclusa no artº. 61º do Decreto-Lei nº. 235/86, de 18 de Agosto, respeitante ao custo/preço do caderno de encargos, a ser suportado pelos concorrentes, consagrando a nível legal nacional o disposto a nível comunitário.

(Recomendação acatada)

***

93.11.29
R-3019/93

A Sua Excelência o Ministro da Justiça

Assunto: Alterações ao estatuto dos oficiais de justiça introduzidos pelo Decreto-Lei 364/93, de 22 de Outubro.

Recomendação

1. Vários secretários judiciais apresentaram nesta Provedoria de Justiça reclamação onde põem em causa certos princípios legais inovadores introduzidos pelo Decreto-Lei 364/93, de 22 de Outubro, que consideram lesivos dos seus direitos.

2. Assim, consideram discriminatório e inconstitucional o limite de idade fixado no artº. 49-A, entendendo, ainda, como injusta e punitiva a classificação de Muito Bom para a manutenção do direito ao lugar, como é previsto no nº. 2 do mesmo preceito.

3. Analisada a reclamação, concluí assistir-lhes em parte razão, sendo certo, ainda, que em meu entender, há outros preceitos que carecem de alteração.

Vejamos:

4. Embora se vislumbrem as razões da fixação do limite de idade como motivo impeditivo da ascenção a lugar do topo da carreira, a verdade é que o Estado não pode ter comportamentos de ingratidão para muitos daqueles que dedicaram toda a sua vida à profissão, tornando impossível o objectivo primeiro da sua realização pessoal profissional.

5. Porque o fixado limite de idade não assenta em verdadeiras razões de interesse público, e porque apesar desse limite de idade o Estado continua, e bem, a permitir-lhes o exercício das suas funções, nada justifica que se corte de forma abrupta, o direito à evolução na carreira.

6. Considero, assim, que tal limite de idade carece de uma norma transitória que salvaguarde legítimas expectativas adquiridas.

7. De igual modo, considero que a exigência da classificação de Muito Bom para manutenção do lugar é excessivamente gravosa e contende com o direito ao lugar obtido na carreira.

8. Não pode esquecer-se que a classificação de Bom com distinção é já uma classificação de mérito.

9. Procede, também, aqui, a reclamação apresentada.

10. No diploma em apreciação há, ainda, outros preceitos que suscitaram a minha preocupação, atendendo à sua filosofia inovadora que, por isso mesmo, alteram expressivamente o quadro normativo vigente e, por isso, são susceptíveis de causar sérias perturbações à vida e às profissões dos potenciais destinatários.

11. São eles o artº. 71-A e o artº. 86º, na redacção dada pelo Decreto-Lei 364/93, de 22 de Outubro.

12. Por força do disposto no artº. 71-A é inquestionável que os funcionários de justiça, cujos lugares sejam extintos, passam à condição de supranumerários, podendo ser nomeados para lugar da respectiva categoria na secretaria do tribunal pertencente ao mesmo círculo judicial (redacção do nº. 2), podendo, ainda, na situação de supranumerários ser afectos ao serviço de qualquer comarca por Despacho do Director-Geral dos Serviços Judiciários (redacção do nº. 5).

13. Na esteira desta inovação há-de compreender-se a alteração dada à anterior redacção do artº. 86º, onde se eliminou o nº. 2, preceito esse que garantia o direito ao lugar dos oficiais de justiça em caso de extinção dos lugares.

14. A verdade, porém, é que as inovações introduzidas não podem esquecer as matrizes normativas em que assentava o direito ao local de trabalho dos oficiais de justiça, bem como dos demais trabalhadores, aqui se indicando, como é óbvio, os funcionários públicos.

15. Não pode ser esquecido que o oficial de justiça deve residir na localidade onde se encontra instalado o tribunal onde exerce funções (cfr. artº. 77º nº. 1 do Decreto-Lei 376/87, de 11 de Dezembro).

16. Por outro lado, era princípio assente que o funcionário só poderia ser destacado para outro tribunal, com a sua anuência (cfr. artº. 65-A na redacção dada pelo Decreto-Lei 167/89, de 23 de Maio.)

17. Sucedia, ainda, que em caso de transferência por extinção de lugares, os funcionários seriam colocados na secretaria do tribunal instalado na mesma comarca (cfr. artº. 86º nºs. 1 e 2 do Decreto-Lei nº. 376/87, de 11 de Dezembro).

18. Com a redacção dada ao artº. 86º fica aberta livremente a possibilidade de transferência para fora da comarca, nos casos de extinção do lugar.

19. Havia, assim, até à entrada em vigor do Decreto-Lei 364/93 uma preocupação saudável de estabelecer a garantia do princípio de estabilidade residencial do funcionário, como consequência do direito ao lugar.

20. Com as alterações introduzidas, e particularmente nos casos das secretarias judiciais ou secções centrais que passam a secretarias-gerais, instala-se a faculdade de livre mobilidade do funcionário.

21. Todavia, penso que as citadas disposições devem concitar a anuência dos interessados em prazo razoável, que se crê ser o de 2 anos ora previsto no nº. 4 do referido artº. 71-A.

22. É que entendo que a segurança do emprego abrange, de igual modo, a protecção do trabalhador, no caso oficial de justiça, na organização interna do serviço, pondo-o a coberto das mudanças arbitrárias do posto ou local de trabalho.

23. Têm, assim, em meu entender os secretários judiciais, bem como os demais oficiais de justiça, direito a que os seus empregos na forma dos lugares onde se encontram promovidos, sejam dotados de condições de estabilidade e de segurança.

24. Pelas razões indicadas, entendo haver razões para que a colocação oficiosa, só ocorra, esgotada que seja a hipótese de consenso.

25. A verdade é que a manter-se o quadro normativo recentemente entrado em vigor, muitos oficiais de justiça podem vir a ser sujeitos a medidas de transferência e de destacamento para fora da comarca onde exercem funções, com manifestos e imperiosos prejuízos para as suas vidas pessoais e profissionais.

26. Face ao exposto, tenho por bem Recomendar a V. Excia. o seguinte:

a) que seja sustado o movimento de oficiais de justiça previsto para Dezembro do corrente ano, conforme recomendação já dirigida ao Sr. Director-Geral dos Serviços Judiciários, de que se anexa cópia, ou que tal aconteça, pelo menos na parte relativa aos secretários judiciais em tribunais superiores e secretarias gerais;

b) que seja introduzida uma norma de carácter transitório por forma a não aplicar o limite de idade previsto no nº. 1 do artº. 49-A, na redacção do Decreto-Lei 364/93 de 22 de Outubro, aos oficiais de justiça que já tenham 57 anos ou aos que até ao próximo movimento perfaçam esse limite, mas em qualquer caso

nunca aos oficiais de justiça que então já tenham sido promovidos na categoria de secretários judiciais;

c) Que seja eliminado o artº. 86º na redacção anterior ao Decreto-Lei 364/93;

d) Que seja repristinado o artº. 86º na redacção anterior ao Decreto-Lei 364/93:

e) Que seja alterado o artº. 71-A, passando a situação de oficiais de justiça na qualidade de supranumerários a ser regulada de modo seguinte:

nº. 1. No caso de passagem a supranumerários, por extinção do lugar, os oficiais de justiça serão colocados no quadro de pessoal da secretaria onde estavam colocados, podendo ser transferidos ou destacados para secretarias de outros tribunais da mesma comarca, obtida a anuência dos mesmos.

nº. 2. Em qualquer caso, a colocação oficiosa pelo Director-Geral dos Serviços Judiciários, teria lugar uma vez decorridos, dois anos após a extinção do respectivo lugar.

***

93.11.19
R-1295/93

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Recomendação

Tendo sido aberto na Provedoria de Justiça um processo respeitante ao direito de reclamação previsto no artº. 46º, nº. 3, do Decreto-Lei nº. 24/92, de 25 de Fevereiro, após estudo do mesmo, retirei as seguintes conclusões:

1. Não dispondo a lei que seja dado conhecimento aos concorrentes da data da exposição do relatório (nos termos do artº. 43º, nº. 3), o prazo de dois dias, previsto no nº. 3 do artº. 46º, transcorrerá sem que os concorrentes tenham sequer conhecimento do relatório.

2. Acompanhando a evolução de todo o processo, veja-se:

a) A entrega das propostas;

b) A abertura das propostas - Admissão ou exclusão - **Reclamação imediata;**

c) Registo das exclusões e admissões;

d)Comissão de Avaliação - Nova possibilidade de exclusão com base nos artºs. 9º e 13º;

e) Exibição do Relatório durante dois dias.

Verifica-se que não há fixação de prazo para a Comissão reunir, elaborar e exibir o Relatório. O artº. 43º, nº. 3, não determina quaisquer datas nem obriga a notificação da exposição do Relatório aos concorrentes.

Contrariamente ao que se passa na 1ª. fase de exclusão, em que nos termos do artº. 36º, nº. 1, há conhecimento da data, na 2ª. fase de exclusão (artºs. 43º e 46º) não se sabe a partir de quanto se conta o prazo para reclamar. Não está portanto fixado o termo "*a quo*" para a Reclamação, pois que também não o está para a exposição do Relatório e da Acta previstos no artº. 43º, nº. 3.

3. Face ao exposto, faço a Vossa excelência a seguinte:

Recomendação

Seja acrescentada ao nº. 3 do artº. 43º do Decreto-Lei nº. 24/92, de 25 de Fevereiro, a obrigatoriedade de notificação aos concorrentes da data da exposição do Relatório e da Acta, como forma de assegurar o exercício do direito legalmente conferido aos concorrentes.
(Recomendação acatada)

***

93.11.15
R-3145/92

A Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Recomendação

1. Dispõe o artº. 15º do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 24/84, de 16/1, que:

> "1. "Para os funcionários e agentes aposentados as penas de suspensão ou inactividade serão substituídas pela perda da pensão por igual tempo, e a de multa não poderá exceder o quantitativo correspondente a 20 dias de pensão.

2. A pena de aposentação compulsiva será substituída pela perda do direito à pensão pelo período de 3 anos.

3. A pena de demissão determina a suspensão do abono da pensão pelo período de 4 anos".

Face a este preceito, suscita-se a questão de saber se os casos em que a suspensão do abono da pensão põe em causa o direito à sobrevivência do condenado não justificam uma medida legislativa de carácter especial, tendente a minorar a gravidade de tal situação.

> 3.1. Não se referindo propriamente à suspensão da pensão como efeito da pena acessória de demissão, mas às penas de duração ilimitada, que o artº. 30º, nº. 1 da Constituição proíbe quando restritivas da liberdade, o Acórdão nº. 353/86 do Tribunal Constitucional (publicado no D.R. II, de 87-04.09) salienta, a certo passo, que "ao menos em princípio, não haverá obstáculo constitucional à existência de uma pena que se traduza na proibição perpétua do exercício de uma determinada actividade ou profissão ou não na expulsão de uma ordem profissional apesar de, por essa forma, se afectar a liberdade de escolha de profissão"
>
> E acrescenta-se, a seguir, no mesmo acórdão que
>
> "Ilegitimidade constitucional talvez só haja, pois, se a imposição de uma pena do tipo apontado puser em causa o direito à sobrevivência do condenado (cfr. F. Lemme, *Brevi note suble pena acessorie prevista per i reati concernenti la violazione della disciplina della pesca maritima* (1, 14 juglio 1965, nº. 963), *in* Giusriprudenza Constituzionalle, XVII, 1972, T.I., págs. 136 e 144).

É que o direito à sobrevivência é uma dimensão do próprio direito à vida (artº. 24º), numa exigência da dignidade da pessoa humana (cfr. artº. 2º), que é o limite absoluto que o legislador não pode ultrapassar.

Esta interpretação do citado artº. 30º, nº. 1, é a que melhor quadra à sua *ratio*, que é a de dar cumprimento ao já apontado princípio de humanidade, que contém em si a ideia de proibição de penas cruéis, degradantes e desumanas e, em geral, a interdição de todas as formas de banimento ou ostracismo das pessoas condenadas em processo penal"

Especifica-se, ainda, no mesmo acórdão, que dos primordiais princípios definidores da actuação do Estado de direito democrático que estruturam a nossa lei fundamental, ou sejam, os princípios do respeito pela dignidade humana (artº. 1º) e o do respeito e garantia dos direitos fundamentais (artº. 2º).

"decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade".

3.2. Também na "Constituição da República Portuguesa", anotada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, I Vol., pg. 210, se sublinha que

> "O princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas (bem como das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade (nº. 1) é expressão do direito à liberdade (artº. 27º), da ideia de proibição de penas cruéis, degradantes e desumanas (artº. 25º, nº. 2) e, finalmente, da ideia de protecção da segurança, ínsita no princípio do Estado de direito".

Afirma-se, por fim, que

> "Problemática é, neste contexto, a legitimidade constitucional das penas de demissão, interdição profissional e incapacidade políticas e outras, previstas no Código Penal, apesar da possibilidade de reabilitação (artºs. 65º e 70º)".

2. De quanto atrás se expõe, sobressai o entendimento de que as penas devem respeitar o direito à vida e a dignidade humana, sustentáculos do nosso Estado de direito.

Para além disso, há que atentar em que um dos direitos sociais consagrados na Constituição é o direito à segurança social, que assegura a protecção em vários riscos sociais, designadamente, na perda de remuneração por velhice e invalidez, constituindo, assim, numa garantia do direito à sobrevivência, que é, afinal, uma manifestação do direito à vida.

3. Consequentemente, há que obviar a situações em que a supressão, ainda que temporária, do abono das pensões, impede a efectivação do direito à sobrevivência.

Razão pela qual se me impõe que formule a seguinte

Recomendação

Que venha a ser proferida uma medida legislativa que salvaguarde da suspensão da pensão, a título de penalidade, um mínimo indispensável à subsistência do agente.
(recomendação acatada)

***

93.11.15
R-1420/93

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Assunto: Contagem de tempo na carreira de enfermagem

Recomendação

1. Vários enfermeiros de nível 1 do Centro Hospital de Coimbra queixaram-se ao Provedor de Justiça por não terem sido contados no seu tempo de serviço na categoria, para efeito de concurso de acesso a enfermeiro graduado, os primeiros anos do seu exercício de actividade em que tiveram a categoria de enfermeiros de 2ª. classe.

2. O próprio júri do concurso estranhou os termos da contagem, que prejudicam aqueles candidatos face a outros com menos ou igual tempo na carreira, pondo o problema à Administração do Hospital que informou tratar-se do critério definido pela Direcção Geral dos Recursos Humanos da Saúde.

3. O Senhor Director-Geral daquele departamento, ouvido sobre o assunto, confirmou tal entendimento resultante, em sua opinião, da aplicação dos preceitos legais que "tratam diferentemente a integração/posicionamento nos escalões e a posterior progressão, bem como a antiguidade na categoria" (ofício nº. 6814, de 26 de Agosto de 1993 do Departamento de Recursos Humanos da Saúde).

4. Ainda que os sucessivos diplomas que têm regulado a carreira de enfermagem contenham normas insuficientemente claras, relativamente às regras de transição e contagem de tempo que, aliás conduziram a alterações amiudadas (o artº.16º do Decreto-Lei nº. 305/81 de 12 de Novembro foi alterado com efeitos rectroactivos pelo Decreto-Lei nº. 324/83, de 6 de Julho e, por sua vez, o artº. 16º do Decreto-Lei nº. 175/85, de 23 de Maio, foi em parte revogado pelo Decreto-Lei nº. 134/87, de 17 de Março), não parece aceitável dar à lei uma aplicação baseada numa interpretação restrita, criadora de múltiplos casos de injustiça relativa.

5. No caso em análise, aos enfermeiros que, em 1981, quando da aplicação do Decreto-Lei nº. 305/81, possuíam a categoria de enfermeiros de 1ª. classe, não foi contado, para efeitos de concurso, o tempo de serviço anterior, na 2ª. classe, apesar de ambas terem sido integradas na categoria de base da carreira de enfermagem remodelada por aquele diploma, a que foi dada a designação única de ""enfermeiro"" que ainda hoje se mantém.

6. Este entendimento é tanto mais aberrante quanto tal tempo foi contado para efeito de fixação dos escalões de vencimento e antiguidade na carreira, não parecendo de admitir considerar-se ser diferente o tratamento legal para o acesso profissional e a antiguidade na categoria.

7. Se o artº. 10º do Decreto-Lei nº. 34/90, de 24 de Janeiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 38/91, de 18 de Janeiro, dispõe que "Para efeitos de antiguidade do enfermeiro na categoria para que transitou é considerado o tempo de serviço prestado na respectiva categoria", tem de entender-se como tal, para os enfermeiros que estão ainda no nível 1, ou seja, na categoria de ingresso, a data a partir da qual iniciaram a carreira de enfermagem.

8. Ainda que a regra geral da progressão na carreira (entendida esta expressão em sentido lato) fixada no artº. 19º do Decreto-Lei nº. 305/81, determine a contagem na categoria de integração do tempo de serviço na categoria anteriormente detida, tem de entender-se, como resulta do disposto na al. a) do nº. 2 do artº. 16º, ser de contar o tempo completado na categoria de 1ª. e de 2ª. classe, sempre que fôr caso disso (ou seja quando os enfermeiros integrados detinham, à data da publicação do diploma, a categoria de enfermeiros de 1ª. classe).

Nestes termos, cabendo ao intérprete da lei, conforme dispõe o artº. 9º do Código Civil, não se cingir à letra mas reconstituir o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e presumindo-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas, Recomendo a Vossa Excelência, ao abrigo do disposto na al. a) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, que sejam tomadas as medidas adequadas para que, na contagem do tempo dos enfermeiros de nível 1, candidatos ao concurso para enfermeiro graduado, aberto em 15.05.92, no Centro Hospitalar de Coimbra, seja

tomado em conta, para efeitos de antiguidade na categoria, todo o tempo de serviço desde que ingressaram na carreira como enfermeiros de 2ª. classe, devendo generalizar-se tal medida a todos os casos idênticos.
(Recomendação acatada)

***

93.11.15
R-2732/92

A Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior

Recomendação

1. Pelo Senhor ...foi-me dirigida a reclamação de que anexo fotocópia.

2. Ouvido sobre o assunto, esse gabinete prestou a informação de que igualmente junto fotocópia, verificando-se que, na situação detectada, o reclamante não foi impossibilitado de exercer o seu direito legal de recurso, não se obervando conduta ilegal da Administração.

3. Não obstante, considero que a aplicação do artº. 10º da Portaria 427/80, de 27 de Julho, resulta que, para os candidatos admitidos, o docente que apreciou a prova elabora um relatório sucinto sobre as capacidades do aluno relativamente à sua capacidade de interpretação, exposição, expressão e imaginação; o mesmo não sucede com os candidatos não admitidos para os quais, de acordo com o supramencionado artº. 10º, não se encontra prevista a hipótese de elaboração de qualquer relatório sobre as capacidades do aluno em Língua Portuguesa: facto que impedirá o candidato de recorrer com conhecimento dos fundamentos determinantes da não admissão.

4. Assim, justifica-se a efectuação da seguinte Recomendação:

> "Deverá ser alterado o disposto no artº. 10º, nº. 2, da Portaria nº. 427/80, de 24 de Julho, onde deverá ser introduzida a necessidade de elaboração de uma relatório sucinto sobre as incapacidades reveladas pelo candidato.
>
> De igual modo, deve ser esclarecido o alcance do termo "parecer" usado no nº. 7 do artº. 11º da mesma Portaria, o que poderá resumir-se à adição do adjectivo "fundamentado" àquela exigência de "parecer".

(recomendação acatada)

***

93.11.15
R-2394/92

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Recomendação

No âmbito de um processo aberto nesta Provedoria de Justiça, relativo à contagem do tempo de serviço dos técnicos superiores da carreira de Biblioteca, Arquivo e Documentação, e após estudo do mesmo, cheguei às seguintes conclusões:

1 - O ingresso na actual carreira técnica superior de Biblioteca, Arquivo e Documentação tem sido objecto de vários regimes jurídicos que, embora tenham uma correcta forma legal, se revelam injustos, quando tomados no seu conjunto. Assim:

a) Na vigência do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, e nos termos do artº. 18º, nº. 1, al. e), o ingresso na carreira técnica superior fazia-se apenas entre indivíduos habilitados com o grau de licenciatura, sem qualquer outra exigência.

b) Com a publicação do Decreto-Lei nº. 265/88, de 28 de Julho, é instituída a obrigatoriedade de realização de um estágio probatório (artº. 3º, nº. 1, al. d), e artº. 5º, nº. 1 als. b), e) e f), do referido diploma) para ingresso na carreira técnica superior.

c) O Decreto-Lei nº. 247/91, de 10 de Julho, que veio estabelecer o estatuto das carreiras de pessoal específicas das áreas funcionais de biblioteca, arquivo e documentação, dispensa o estágio que constitui requisito de ingresso para esta carreira técnica superior, nos termos do artº. 5º, nº. 1. O preâmbulo do diploma é claro nesse objectivo porquanto refere a necessidade de outras habilitações, a nível de curso de pós-graduação em Ciências de Informação, para além do curso ao nível da licenciatura, o que torna dispensável o estágio.

2 - Sucedeu que todos quantos se candidataram ao ingresso na carreira técnica superior de Biblioteca, Arquivo e Documentação, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 265/88, de 28 de Julho e até à entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 247/91, em 1 de Agosto de 1991, ficaram sujeitos à obrigatoriedade de realização de estágio, com todos os resultados que desse facto advêm.

Com efeito, a todos os indivíduos que prestaram estágio durante aquele lapso de tempo, não foi contado esse tempo como prestado na carreira e na categoria, o que levou a que, actualmente, existam técnicos superiores com mais anos de actividade e com menor tempo de serviço do que aquele que teriam se tivessem sido abrangidos pelo regime do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, ou pelo regime do actual diploma.

E, tendo em conta o disposto no nº. 3 do artº. 11º do Decreto-Lei nº. 247/91, de 10 de Julho, os indivíduos que à data da entrada em vigor do diploma se encontravam a prestar estágio transitaram, com efeitos a partir dessa data, para a categoria de técnicos superiores de 2ª. classe, sendo-lhes relevado de imediato o cumprimento do restante período probatório. Porém, também para estes a situação se afigura injusta, ainda que de uma forma menos flagrante, pois de facto prestaram, ainda que parcialmente, estágio e, nessa situação não verão o tempo de serviço ser-lhes contado.

3 - Revela-se esta situação como injusta e nestes termos, faço a seguinte

Recomendação

Seja elaborada e publicada uma norma com o objectivo de ser contado, como tempo de serviço prestado na categoria de Técnico Superior de 2ª. classe, o tempo de realização do estágio, a todos quantos o tiveram de prestar e, ainda, a todos quantos se encontravam a prestar estágio à data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 247/91, de 10 de Julho, já abrangidos pelo nº. 3 do artº. 11º do mesmo diploma, que se revela insuficiente para repor a justiça.

***

93.11.10
R-3042/92

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

1. Várias Instituições Particulares de Solidariedade Social e Pessoas Colectivas de Utilidade Pública têm suscitado a esta Provedoria de Justiça a questão resultante da revogação do benefício da isenção das custas judiciais, por força do artº.5º do Decreto-Lei nº. 118/85, de 19 de Abril.

2. Sucede na verdade que as Instituições Particulares de Solidariedade Social estavam isentas de custas judiciais, por força do disposto no artº. 1º do Decreto-Lei nº. 9/85, de 9 de Janeiro, e, por outro lado, as pessoas colectivas de utilidade pública gozavam de igual regime de isenção por força do artº. 1º do Decreto-Lei nº. 260-D/81, de 2 de Setembro.

3. Como decorre do número 5 do preâmbulo do Decreto-Lei nº.118/85, de 19 de Abril, os motivos que levaram o Governo a revogar genericamente todas as normas que estabeleciam isenção de custas, fora do quadro normativo do Código das Custas Judiciais, foram, essencialmente, razões de saneamento legislativo, e, ainda, razões de ponderação e análise dos casos que de futuro merecessem e justificassem tal benefício.

4. Ficou, assim, aberta a possibilidade de, caso a caso, o Governo conceder, por via legislativa, isenção das custas judiciais (cfr. artº. 3º, nº. 1 al. h) do Código das Custas Judiciais e número 5 do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 118/85, de 19 de Abril).

5. A verdade, porém, é que as IPSS prosseguem importantes objectivos em domínios tão diversificados como os da educação, formação profissional, habitação, saúde, velhice ou invalidez, apoio à família, a crianças e a jovens (cfr. artº. 1º, nº. 1, do Decreto-Lei nº. 119/83, de 25 de Fevereiro).

6. Por seu turno, o interesse público das pessoas colectivas de utilidade pública resulta do seu reconhecimento governamental que passa por uma análise detalhada dos seus objectivos sociais e da respectiva importância na comunidade nacional, regional ou local (cfr. Dec-Lei nº. 470/77, de 7 de Novembro).

7. Tendo em conta as razões de interesse e ordem pública que rodeiam a actividade de tais instituições, e considerando a tradição anterior de litigarem com benefício de isenção de custas judiciais, tenho por bem formular ao Governo, através de Vossa Excelência, uma RECOMENDAÇÃO LEGISLATIVA em ordem a que as Instituições Particulares de Solidariedade Social e as pessoas colectivas de utilidade pública possam voltar a beneficiar da isenção das custas judiciais como no passado recente beneficiavam, nos termos respectivamente, do Decreto-Lei nº. 9/85, de 9 de Janeiro e Decreto-Lei nº. 260-D/81 de 2 de Setembro.

***

93.11.10
R-3361/92

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Recomendação

1. Em várias queixas que me foram dirigidas, foi suscitada a inoportunidade e inconveniência da revogação pelo Decreto-Lei nº.210/90, de 27 de Junho, do Decreto-Lei nº. 363/86, de 30 de Outubro, o qual prorrogou, por tempo indeterminado, o prazo para os funcionários e agentes da ex-Administração Ultramarina, que não tivessem ingressado no extinto Quadro Geral de Adidos, poderem requerer a aposentação nos termos regulados no Decreto-Lei nº. 362/78, de 28 de Novembro.

2. Alegaram os queixosos, por forma generalizada, que o retardamento na formulação dos pedidos de aposentação ao abrigo do revogado Decreto-Lei nº. 363/86, de 30 de Outubro se deveu, fundamentalmente, às situações de grande instabilidade política e social que se verificaram, sobretudo nos territórios das Repúblicas de Angola e Moçambique, na sequência da descolonização, à reconhecida dificuldade na obtenção e legalização dos documentos comprovativos do tempo de serviço efectivamente prestado na ex-Administração Ultramarina portuguesa naqueles territórios e, ainda, à legítima confiança de que o pedido de aposentação poderia ser feito "a todo o tempo", de harmonia com o disposto no diploma legal revogado.

3. Ouvida, a propósito, a Caixa Nacional de Previdência, dada a índole genérica do problema e a sua extensão, deu a mesma conta, em ofício dirigido à Provedoria de Justiça em 23 de Abril de 1993, que, após a revogação do Decreto-Lei nº. 363/86, de 30 de Outubro, "se estimam em cerca de 350 os ex-funcionários que requereram a aposentação ao abrigo do Decreto-Lei nº. 362/78 de 28 de Novembro", número certamente já ultrapassado dado o período de tempo entretanto decorrido (vid. xerocópia em anexo).

4. Atento este quadro de referências, deve reconhecer-se, em primeiro lugar, que o pressuposto factual tido em conta no Decreto-Lei nº. 210/90 de 17 de Junho de 30 de Outubro - presunção de que todos os funcionários destinatários do diploma revogado já tivessem tido a oportunidade, em mais de dez anos decorridos, de beneficiar da medida de protecção social instituída no Decreto-Lei nº. 362/78 de 28 de Novembro -, se não verificou, ao menos totalmente.

5. Por outro lado, deve ponderar-se que, em resultado da revogação operada, os ex-funcionários ultramarinos interessados se viram impedidos legalmente de requerer a aposentação em causa, criando-se, desse modo, situações de manifesta desigualdade e de injustiça relativa, certamente não queridas pelo legislador do Decreto-Lei nº. 362/78 de 28 de Novembro, nem justificadas no plano dos princípios constitucionalmente consagrados (designadamente, da igualdade, confiança e justiça).

6. É que não pode deixar de entender-se que a funcionários em igualdade de condições se veio a conferir, de modo materialmente infundado, tratamento jurídico desigual, pois que enquanto no regime anterior à revogação lhes foi reconhecido o direito à aposentação, nos termos definidos no Decreto-Lei nº. 362/78 de 28 de Novembro, a partir daquela o tempo de serviço prestado à antiga administração ultramarina apenas relevará para efeitos de aposentação como "tempo acrescido", nos termos do disposto no artº. 25º do Estatuto da Aposentação, ou no âmbito de uma eventual pensão unificada, (Decreto-Lei nº. 159/92 de 31 de Julho), ou, ainda, numa eventual aposentação a conceder pela Caixa Geral de Aposentações no caso de virem a adquirir a qualidade de "subscritores", o que deixa naturalmente implicadas, maior incerteza e onerosidade na verificação do condicionalismo legal exigido para fins apontados.

7. Daí que a medida de protecção social instituída pelo Decreto-Lei nº. 362/78 de 28 de Novembro seja efectivamente a que melhor tutela as situações em causa, numa perspectiva de justiça social e de equidade, medida cujo alcance aplicativo não foi ainda temporalmente esgotado (vid. infra, ponto 3).

8. Em face do exposto, tenho por bem **recomendar** a Vossa Excelência nos termos da al. b) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91 de 9 de Abril, o seguinte:

> - Que seja revogado o Decreto-Lei nº. 210/93, de 27 de Junho, repristinando-se, na sua globalidade dispositiva o Decreto-Lei 363/86, de 30 de Outubro, repondo-se por essa via a situação imediatamente anterior ao diploma revogatório.

***

93.11.09
R-2498/92

A Sua Excelência o Ministro da Educação

Recomendação

Desde 25/8/1992, deram entrada nesta Provedoria inúmeras reclamações dos Professores do Ensino Básico Aposentados, conforme algumas fotocópias que junto a título exemplificativo.

Tendo pedido esclarecimentos à Direcção dos Serviços de Previdência da Caixa Geral de Depósitos, através do ofício nº.16711 de 22 de Dezembro de 1992 (cuja fotocópia junto também anexo), recebi em resposta o ofício nº. 20, de 8 de Janeiro de 1993, cuja fotocópia junto também.

Compulsando os elementos constantes dos vários processos, designadamente os argumentos dos reclamantes, a posição da Caixa Geral de Depósitos - Direcção dos Serviços de Previdência e a informação do Exmo. Senhor Chefe de Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, em 7 de Agosto de 1989, ao Movimento Autónomo dos Professores conforme última reclamação junta, conclui-se que:

1) Os Professores do Ensino Básico, aposentados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, recebem pensões consideravelmente inferiores em relação aos que se aposentaram depois da entrada em vigor do mesmo Decreto-Lei. Isto, apesar de os segundos terem os mesmos, ou menos, anos de serviço e iguais habilitações em relação aos primeiros, e, por outro lado terem sido aconselhados pelos Serviços a pedirem a aposentação conforme argumento comum a todas as reclamações.

Solicitam, assim, a integração das suas pensões de reforma no 9º escalão, índice 270 do Anexo I ao Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro.

2) A Direcção dos Serviços de Previdência, no ofício já mencionado e do qual junto fotocópia, vem referir que os docentes em causa foram aposentados de acordo com condições legais que determinaram, ao tempo, o valor das suas pensões e que estas são reportadas a datas em que ainda não vigorava o estatuto remuneratório da carreira docente estabelecido pelo diploma citado.

3) Não obstante, casos há, conforme o demonstra o teor das reclamações em anexo, em que por exemplo:

- docentes com a 4ª. fase, aposentados em 1984, com tempo de serviço correspondente a 44 anos, auferem pensões de 107.000$00 que,

comparativamente a outros com 30 anos de serviço, aposentados depois de 1986, com a 5ª. fase, auferem pensões superiores em mais de 150.000$00.

- ou mesmo docentes aposentados em 1988-1989, com 42 anos de serviço, e com a pensão correspondente a 140.000$00, se comparam a docentes aposentados depois do Decreto-Lei em causa, auferindo estes o dobro das pensões daqueles.

Assim, dada a disparidade das pensões verificadas, não só entre os docentes propriamente ditos, mas entre estes e outros funcionários da Função Pública, que extravasa em grande medida a regra da normal revalorização de pensões (ora através de aumentos que o Governo fixa anualmente, ora com a entrada em vigor de sistemas remuneratórios para a carreira em causa) o que equivale a flagrantes discrepâncias sociais, entendo, no uso da competência que a lei me atribui, dever RECOMENDAR a Vossa Excelência se digne providenciar para que seja encontrada uma solução justa e equilibrada para a situação em apreço, se necessário, mediante publicação de diploma legal adequado que expressamente o preveja, conforme já sugerido tanto pela Direcção dos Serviços de Previdência da Caixa Geral de Depósitos no último parágrafo do ofício já citado, como por Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, em informação de 7 de Agosto de 1989, ao Movimento Autónomo dos Professores Aposentados, nos termos da última reclamação já referida.

***

93.11.09
R-2440/93

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Recomendação

Tenho registado a actividade de Vossa Excelência no âmbito da colocação de especialistas médicos nos hospitais dos centros urbanos mais carenciados.

Não posso deixar de exprimir a minha concordância com os nobres fins que, sem dúvida, originaram essa acção, quais sejam a efectiva concretização da norma constitucional programática que consagra o direito à saúde de todos os Portugueses, bem como a melhor adequação dos meios ao dispor da Administração Pública para esse efeito.

Não é, pois, uma posição contrária a esses fins que o Provedor de Justiça vem tomar pela presente Recomendação. A Instituição que ora encarno é, como Vossa Excelência bem sabe, um meio mais que a Constituição prevê para a dignificação das instituições democráticas. Não se trata de uma forma de contra ou de para-governação, mas sim de um modo autorizado de consciencialização das atitudes dos Poderes legislativo e

administrativo, servindo assim para uma maior legitimação (*rectius* aceitação e eficácia) dessas decisões.

Na verdade, se aos fins nada se pode assacar, quanto aos meios parecem sobrar as razões para intervenção do Provedor de Justiça, quer em termos de pura legalidade, quer em termos de justiça das decisões em causa.

A situação criada com o destacamento de médicos especialistas, com a categoria de assistentes eventuais, para outros hospitais que não aqueles onde vinham prestando serviço, presumivelmente onde tinham terminado o seu internato complementar, é, sem dúvida, resultante da interacção de uma complexa teia de interesses que, mais do que contrapostos, se quereria, ver compatibilizados. A zona mais premente de conflito gera-se no ponto de confluência entre a garantia do direito à saúde e o dever de boa administração, por um lado, e a garantia da segurança no emprego, conjugada com toda uma sequência de garantias individuais que o Estado não pode deixar de respeitar e fazer respeitar.

A categoria dos assistentes eventuais, tal como a define o artº. 25º, b) do Decreto-Lei 128/92, de 4 de Julho, comporta duas realidades bem distintas. Assim, na sua segunda parte, faz-se referência aos médicos cujo internato complementar tenha sido iniciado depois de 1 de Janeiro de 1989 (por remissão para o artº. 24º, nº. 2, do mesmo Decreto-Lei, na redacção que lhe foi dada, por ratificação, pelo artº. 1º da Lei nº. 4/93, de 12 de Fevereiro), que, em determinadas condições, beneficiam da possibilidade de verem prorrogados os seus contratos administrativos de provimento por um termo certo, não se gerando qualquer dúvida sobre a transitoriedade da sua situação e não sofrendo reparo a forma minimamente detalhada como o artº. 27º, nºs. 2 e 3, do Decreto-Lei nº. 128/92 cit., estabelece as regras para a sua mobilidade.

O problema gera-se quanto à segunda subespécie de assistentes eventuais, ou seja, aos médicos com o internato complementar iniciado antes de 1 de Janeiro de 1989 (artº. 24º, 1, b), do Decreto-Lei nº. 128/92, alterado pelo artº. 1º, da Lei 4/93. Estes beneficiam também de uma prorrogação do seu contrato administrativo de provimento mas, ao contrário dos primeiros, sujeito a uma condição resolutiva e não a um termo final. Isto é o seu contrato administrativo de provimento só cessará os seus efeitos se se produzir um facto futuro e incerto - a sua colocação num lugar de assistente.

Não é altura para grandes considerações de *jure condendo* ou de *jure condito* sobre a adequação da utilização da figura do contrato administrativo de provimento pare estes casos. O que deve ser retido é a possibilidade de estes profissionais poderem nunca vir a obter um lugar de assistente e, assim, verem os seus contratos administrativos de provimento, forma jurídica para a constituição de uma relação transitória de emprego público (cfr. artº 8º do Decreto-Lei nº. 184/89), servirem para titular uma relação com carácter permanente entre o servidor do Estado e a Administração. Esta possibilidade deve obrigar a um regime bastante mais exigente do que o estabelecido para os assistentes eventuais do primeiro tipo acima mencionado, ou seja, aqueles com contrato administrativo de provimento a termo certo final de 18 meses. Isto porque a relação daqueles com o Estado é já permanente, independentemente do título jurídico que o

titula, sendo mais gravosa a situação de indefinição de regime aplicável perante o Estado, em termos de segurança no emprego ou de outros direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica constitucional.

A mobilidade indiscriminada destes médicos afigura-se lesiva dos seus interesses de forma inadmissível (e não se esqueça que o Bem público passa, também, pelos bens particulares), sem que seja demonstrável um claro benefício para os interesses públicos em jogo. Não há progresso na saúde pública, não há maior concretização do direito fundamental à saúde de todos os Portugueses, que possa prescindir da existência de uma classe médica com condições efectivas de actividade. Estas condições passam também pelo regime jurídico da sua actividade nos serviços de saúde da Administração Pública, devendo a avaliação da sua justeza e eficácia passar mais por critérios qualitativos que quantitativos. E, julgo, a qualidade do serviço prestado pode começar pela qualidade da regulação jurídica que fundamenta e autoriza a Administração Pública a destacar os profissionais médicos ao seu serviço.

Essa regulação não pode deixar de ter em conta a dimensão pessoal e profissional da actividade desses profissionais. No primeiro aspecto, impõe-se um conhecimento prévio das condições em que o destacamento é efectuado, no que toca, nomeadamente, à transparência do processo, prazo da deslocação, garantias oferecidas, etc. No que releva para o segundo aspecto, tais movimentações devem possuir um carácter de razoabilidade face à carreira pretérita e futura dos médicos em causa, salvaguardando a existência de meios técnicos e humanos, no lugar de destino, para o desenvolvimento da sua carreira profissional.

Deste modo e como condição básica para a credibilidade e aceitabilidade da aplicação do nº. 1 do artº. 27º do Decreto-Lei nº. 128/92, recomenda-se vivamente a realização de concursos públicos para provimento dos lugares que, após levantamento exaustivo, se demonstrem necessários e hábeis para entrar em funcionamento. Segundo dados da Ordem dos Médicos, tal requisito não foi cumprido no caso concreto dos destacamentos que agora estão em curso, não existindo correspondência entre os destacamentos e as necessidades demonstradas pelas vagas postas a concurso.

Este concurso poderia ter carácter obrigatório, sempre ou a um número certo de vagas por opositor/ano, sendo a não propositura dos assistentes eventuais a concurso sancionada com a cessação do contrato ou, preferivelmente, com a sujeição prioritária ao regime do destacamento.

Só após a realização do procedimento atrás descrito parece admissível o recurso a meios de mobilização de pessoal que, pese embora o título formalmente temporário que os liga à Administração, tem por vocação legal a integração num lugar do quadro (cfr. artº. 24º, 1, b), do Decreto-Lei nº. 128/92 e artº.15º do Decreto-Lei nº. 73/90, de 6 de Março).

Esses meios de mobilização não podem consistir, sem mais, na mera aplicação singela do artº. 27º, nº. 1, do Decreto-Lei nº.128/92. O artº. 53º da Constituição, na sua vertente positiva, bem como outros normativos constitucionais directamente aplicáveis e vinculativos dos poderes públicos (entre outros, um direito à realização profissional e

pessoal, que se pode extrair dos artºs. 24º, 25º, 1, e 58º, da Constituição), impõem uma maior concretização e definição do regime jurídico. Não se compreenderia, aliás, que os assistentes eventuais cuja ligação à Administração cessa 18 meses após a conclusão do internato complementar tivessem um regime mais favorável do que aqueloutros cujo vínculo está já estabelecido de forma permanente e duradoura. Não se argumente com a natureza eventualmente mais transitória da posição dos assistentes eventuais com direito à prorrogação até alcançarem um lugar do quadro, na medida em que, como se viu, essa prorrogação está sujeita a condição e não a termo, ainda que incerto.

Sendo assim, na falta de regulamentação do regime aplicável aos casos do artº. 27º, 1, do Decreto-Lei 128/92, há que concluir pela existência de uma lacuna. Recorrendo aos instrumentos propostos pela doutrina para integração de lacunas, consagradas no artº. 10º, do Código Civil, há que recorrer, em primeiro lugar, à norma aplicável em casos análogos. Ora, quer por essa via, quer se se preferir, por via da aplicação subsidiária (a que não se opõe o artº. 44º, 3, do Decreto-Lei nº. 427/89, de 7 de Dezembro), parece que o regime a recorrer para integrar a disposição do artº. 27º, 1, do Decreto-Lei nº. 128/92, é o quadro traçado pelo cit. Decreto-Lei nº. 427/89, nos seus artº.s 27º e 25º, 2 e 3 (ex vi o mesmo artº. 27º, nº. 6), para o caso da requisição e destacamento, quando a analogia da situação o permita e, evidentemente, quando o artº. 27º, nº.1, do Decreto-Lei nº. 128/92, não disponha diversamente.

O exposto no parágrafo antecedente parece ser o limiar mínimo a que, em casos de comprovada urgência, a Administração estará sempre obrigada no tratamento da situação funcional dos médicos em causa.

Nestes termos, ao abrigo da competência que me é conferida pelo artº. 20º, nº. 1, a) e b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, **recomendo** a Vossa Excelência que:

1) Promova a realização de concursos, após determinação das necessidades públicas, com carácter obrigatório ou facultativo, mas determinado a não oposição a sujeição preferencial ao regime do destacamento.

2) Recorra, só após a realização dos concursos mencionados em 1) e se sobrarem vagas, aos meios previstos no artº.27º, 1, do Decreto-Lei nº. 128/89, possibilitando uma melhor gestão dos recursos, mas integrando no seu regime com o constante do Decreto-Lei nº. 427/89, no que toca à requisição e destacamento, quando a analogia das situações tal permita ou obrigue.

3) O recurso ao instrumento referido em 2) deve ter lugar em condições de razoabilidade, sem prejuízo da carreira dos médicos destacados ou lesão desproporcionada das suas posições jurídicas. Nomeadamente, devem prever-se os meios técnicos e humanos adequados à prática da especialidade médica respectiva.

4) Suspensão imediata, com consequente eliminação dos efeitos já produzidos, do processo de destacamento em curso, com observância posterior do proposto acima ou, em alternativa.

5) Aplicação imediata da segunda parte do nº.2) e do nº. 3) precedentes ao processo em curso, com realização no mais breve espaço de tempo possível, de concursos para os lugares em causa, dando-se preferência aos médicos neles destacados.

***

93.10.18
R-2343/92

A Sua Excelência o Secretário de Estado das Obras Públicas

Recomendação

1. Corre seus termos nesta Provedoria de Justiça um processo originado em reclamação apresentada pelo Sr....e que se fundamentou no facto de ter visto indeferida uma sua pretensão para instalação de uma área de serviço duplo à margem da variante à E.N. 109-2 (Km 6,750).

2. Analisada a reclamação concluiu-se que a Junta Autonóma das Estradas não havia violado qualquer direito ou expectactiva do reclamante.

3. E isto porque ao tempo do pedido de viabilidade apresentado pelo reclamante em 6 de Fevereiro de 1991 a estrada em causa não estava sob jurisdição da J.A.E., só o passando a estar em finais de 1991, sendo certo que a pretensão do reclamante foi apreciada pela ordem de entrada e já de acordo com as normas entretanto em vigor.

4. Sucede que após Janeiro de 1992 a concessão das áreas de serviço passou a ser atribuída mediante requerimento dos interessados (cfr. normas aprovadas pelo Despacho nº. 136, de 17.06.91 - Ponto 1.3 das respectivas normas).

5. A partir da entrada em vigor das normas em causa foi eliminado o concurso público para todas as estradas que não sejam IP's ou IC's.

6. E desde então os Serviços da J.A.E. perfilham o entendimento de que os requerimentos dos interessados devem ser apreciados por ordem de entrada dos respectivos requerimentos, por não existir outro mecanismo previsto nas normas.

7. Embora entenda preferível a via do concurso público, não me custa aceitar a dispensa deste formalismo solene para a concessão em estradas de reduzida importância, seguindo-se, por exemplo, o critério da ordem de entrada dos requerimentos ou outro equivalente.

8. Assim, embora a regra deva ser o concurso público, impõem-se, nos casos de dispensa legal, o dever de publicitar o mais possível a existência de áreas de serviço a atribuir por concessão para determinada via, bem como o de definir o prazo de apresentação de requerimentos, os requisitos da candidatura e os critérios de prioridade.

9. Sem a observância das regras indicadas impede-se que todos os interessados se possam colocar em igualdade de circunstâncias.

10. Face ao exposto tenho por bem Recomendar a V. Excia. que sejam adoptadas regras donde claramente resultem o dever de publicitar com antecedência razoável a existência da concessão de áreas de serviço, prazos e requisitos da candidatura e critérios de concessão.

***

93.10.11
R.159/85

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

1. Encontra-se pendente na Provedoria de Justiça uma reclamação, formulada há largos anos por Francisco António Alves Alfacinha, o qual reclama uma indemnização definitiva ao abrigo do disposto na Lei nº. 80/77, de 26 de Outubro.

2. A publicação do Decreto-Lei nº. 199/88, de 31 de Maio, parecia permitir a solução do problema, na medida em que no respectivo artº. 10º definia os critérios para determinação dos valores das indemnizações.

3. A verdade, porém, é que, tendo-se reconhecido que os critérios estabelecidos no artº. 10º do Decreto-Lei nº. 199/88, de 31 de Maio, não se encontraram perfeitamente

definidos, o artº. 1º do Decreto-Lei nº. 199/91, de 29 de Maio, veio alterar a redacção daquele preceito legal, designadamente os seus nºs.2, al. c), nºs. 3 e 6.

4. Foi assim que a definição dos factores rendimentos líquidos e valores fundiários, indispensáveis para a determinação dos valores da terra plantações e melhoramentos fundiários, ficou dependente da publicação de portaria conjunta dos Ministérios das Finanças e da Agricultura, Pescas e Alimentação (artº. 10º, nº. 2º, al. c)).

Da publicação dessa mesma portaria depende a determinação do valor das construções e edificações existentes à data da ocupação, nacionalização ou expropriação (artº. 10º, nº. 3) e, ainda, o cálculo da indemnização devida pela privação do uso e fruição dos efectivos pecuários que integravam o capital de exploração à data daqueles eventos (artº. 10º, nº. 6).

5. De quanto fica dito resulta que a determinação das indemnizações definitivas se não pode realizar sem que seja publicada aquela portaria conjunta.

6. Acontece, porém, que a portaria conjunta não só ainda não foi publicada como se não sabe quando o será, na medida em que Sua Excelência, o Ministro da Agricultura, informou, muito recentemente, decorrerem "ainda consultas de âmbito técnico e jurídico", que permitam a sua publicação.

Esta circunstância avoluma os prejuízos já causados aos titulares do direito à indemnização.

7. Não desconhece Vossa Excelência, certamente, que as situações deste tipo são demasiadamente correntes nas hipóteses em que a lei faz depender a eficácia de uma norma ou a sua entrada em vigor de portaria ou Despacho conjuntos de dois Ministros, alongando-se no tempo a sua publicação, com consequências danosas para o bom nome e eficácia da Administração Pública e prejuízo para os cidadãos.

8. Não ignoro, evidentemente, que o ordenamento jurídico português tem soluções que permitem aos cidadãos lesados verem os prejuízos sofridos indemnizados através do recurso aos tribunais competentes e são bastantes as vezes em que se tem apontado esse caminho em casos concretos de reclamações formuladas ao Provedor de Justiça.

9. Assim e sem prejuízo da formulação de uma Recomendação de ordem geral, no sentido, de sempre que for publicada lei, cuja eficácia fique dependente da publicação de portaria ou Despacho conjuntos, se fixe prazo para a respectiva publicação e esses prazos sejam respeitados, no caso concreto formulo a seguinte,

Recomendação

Seja publicada com muita urgência a portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Agricultura, exigida pelos nº. 2, al. c), nº. 3 e nº. 6 do artº. 10º do Decreto-Lei nº. 199/88, de 31 de Maio, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei nº. 199/91, de 29 de Maio.

***

93.09.29
I.P.-42/93

A Sua Excelência o Ministro da Indústria e Energia

Recomendação

Assunto: Tipologia das actividades industriais e classificar em tabela anexa ao Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto

I

Exposição de Motivos

1. Com o objectivo expresso de prevenir os riscos e inconvenientes da laboração dos estabelecimentos industriais, o Decreto-Lei nº.109/91, de 15 de Março, estabeleceu o regime geral do exercício da actividade industrial. Tal iniciativa legislativa, assim como também a aprovação do Decreto-Regulamentar nº. 10/91, de 15 de Março, tiverem, entre o mérito de adaptar a ordem jurídica à evolução industrial e tecnológica dos últimos 20 anos e o de lograr benefícios de ordem sistemática.

2. O Decreto-Lei nº. 10/91, de 15 de Março, mesmo após a sua revisão recente pelo Decreto-Lei nº. 282/93, de 17 de Agosto, fez depender o seu âmbito material de aplicação de uma classificação taxativa levada a cabo por via regulamentar. Assim, em lugar de definir um conceito de actividade industrial, ainda que completado a partir de uma tipologia exemplificativa, a subordinação de uma certa actividade económica às limitações decorrentes da legislação e regulamentos industriais ficou sujeita, tão só, à subsunção a cada um dos tipos descritos na mencionada tabela.

3. A técnica legislativa utilizada teve subjacente o princípio da interacção das várias políticas sectoriais, delimitando a actuação das várias entidades envolvidas no domínio

industrial. A partir de claros objectivos de salvaguarda da segurança, salubridade, ambiente e ordenamento do território, a referida classificação haveria de ser tão exaustiva quanto possível, compreendendo, no mínimo, as actividades que envolvem maiores riscos para a protecção daqueles valores.

É assim que em anexo ao Decreto Regulamentar e dele fazendo parte integrante, se processa a distribuição das actividades industriais pelas classes A, B, C e D ("tendo em conta o grau de risco para o homem e o ambiente inerente ao seu exercício"), efectuando-se as indicações da designação da actividade, sua classificação e respectiva entidade coordenadora.

Este esquema foi essencialmente mantido com a entrada em vigor do Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto.

4. Contudo, se tal procedimento veio indubitavelmente clarificar e simplificar o processo de licenciamento industrial, por outro lado, criou o fundado receio de excluir do elenco outras actividades surgidas, fruto de novas formas industriais de produção, bem como a expansão ou modificação de outras já existentes com acréscimos do perigo que envolvem para os valores ambientes, sanitários e de segurança de pessoas e bens.

A tal eventualidade o legislador mostrou estar atento, quando desde logo no Decreto-Regulamentar nº. 10/91, de 15 de Março, previu no preâmbulo a revisão da tabela no caso de as circunstâncias o aconselharem.

5. Estando em curso o processo de aprovação de uma nova tabela anexa, nos termos do artº. 1º, nº. 1, do Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto, não deixará, por certo, o legislador de ponderar e acolher sugestões para a alteração da referida tabela.

A este dever não pode eximir-se o Provedor de Justiça, quando há um conjunto de actividades que é objecto de um vasto número de reclamações, quer pelos prejuízos ambientais causados, quer pelos justos receios dos cidadãos no que toca à segurança das suas pessoas e bens.

Estão em causa, fundamentalmente, as oficinas de reparação de automóveis, as lavandarias e outros sistemas industriais de limpeza de vestuário, bem como os armazéns de produtos tóxicos e inflamáveis.

6. Com efeito, tais actividades, todas elas com uma componente industrial bastante significativa apresentam um elevado risco para o homem e o seu ambiente.

Os produtos que consomem, os resíduos que produzem, o necessário ordenamento da localização das suas instalações, as características de segurança que exigem, além do ruído que provocam, reclamam do poder regulamentar e legislativo a sua inclusão na tabela anexa ao Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto.

7. Entende o Provedor de Justiça que, pelo menos no caso das apontadas actividades, se justifica plenamente a aplicação do regime do Decreto-Lei nº. 109/91, de 15 de Março e do Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto, fundamentalmente pela necessidade de uma entidade coordenadora do licenciamento e da fiscalização.

8. Aliás e no que respeita às oficinas de reparação de automóveis não serão completamente inovadoras as competências dos serviços do Ministério da Indústria e Energia. Na verdade, já o Decreto-Lei nº. 188/91, de 23 de Fevereiro, tal como a regulamentação subsequente, conferiram competências a tais entidades sobre a utilização de óleos e seus resíduos, abrangendo naturalmente as oficinas de reparação de automóveis.

II

Conclusões

Nos termos do artº. 20º, nº. 1, al. b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, o Provedor de Justiça recomenda ao Ministro da Indústria e Energia que faça incluir na tabela anexa ao Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto, o qual aprovou o regulamento do exercício da Actividade Industrial, as seguintes actividades:

a) oficinas de reparação e manutenção de veículos automóveis;

b) estabelecimentos de lavandaria e limpeza de confecções e vestuário

c) armazéns de produtos tóxicos e inflamáveis.

***

93.09.29
I.P.-41/93

A Sua Excelência a Ministra do Ambiente e Recursos Naturais

Assunto: Alterações ao Regulamento Geral sobre o Ruído.

Recomendação

I

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. Uma das principais competências atribuídas ao Provedor de Justiça é a de emitir recomendações para a alteração de actos legislativos, quando no exercício da sua actividade verifique deficiências que obstem à prossecução do interesse público ou à efectivação de direitos fundamentais.

2. Desde que a protecção do Ambiente e a valorização da qualidade de vida dos cidadãos se tornaram objecto de uma actuação administrativa sistemática, dando assim cumprimento a princípios constitucionalmente consagrados desde 1976, não pode o Provedor de Justiça furtar-se ao exercício da sua actividade nos domínios da qualidade da água, do ordenamento do território, da protecção de biótipos ameaçados e, naturalmente, sobre o combate ao ruído.

3. Com efeito, a promoção de um ambiente mais sadio, imperativo constitucional e objectivo programático assinalado pela Lei de Bases do Ambiente (Lei nº. 11/87, de 7 de Abril), exige o combate às formas de poluição sonora. De resto, nessa mesma lei, não ficou por reconhecer que "*a luta contra o ruído visa a salvaguarda da saúde e bem-estar das populações*" (cfr. artº. 22º, nº. 1), razão pela qual foram enunciados vários meios de concretização de tal fim.

4. Foi de acordo com estes pressupostos que o Regulamento Geral sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 251/87, de 24 de Junho, pretendeu consubstanciar um conjunto normativo adequado a uma política de prevenção e repressão das formas de poluição sonora.

5. Cedo se revelaram deficiências de redacção e técnica legislativa na aplicação do regime contido no Decreto-Lei nº.251/87, de 24 de Junho, algumas das quais facilmente evidenciadas pela insuficiência de estudos dogmáticos sobre a matéria e pela escassez de elementos comparatísticos noutras ordens jurídicas da família romano-germânica e noutros sistemas administrativos congéneres.

Assim, houve, necessidade de proceder às primeiras alterações em 1989, através da aprovação do Decreto-Lei nº. 292/89, de 2 de Setembro.

6. As largas dezenas de reclamações respeitantes ao ruído recebidas nesta Provedoria, essencialmente dirigidas contra omissões dos poderes políticos, habilitam este Órgão do Estado a assinalar algumas das imperfeições do regime jurídico estabelecido nesta área. E pode afirmar-se que, sem embargo do défice de recursos humanos e técnicos patenteado pela Administração Pública Central e Local para o exercício dos seus poderes fiscalizadores, são as deficiências legislativas responsáveis em boa medida pela perpetuação de alguns prejuízos ambientais e de saúde pública causados pelo ruído.

7. Em primeiro lugar, deve estranhar-se o excesso de difusão das competências de fiscalização previstas pelo capítulo VIII do Regulamento Geral sobre o Ruído.

Com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº. 292/89, de 2 de Setembro, pode ler-se no artº. 33º, nº. 1:

A competência para fiscalização do cumprimento das disposições constantes do presente Regulamento cabe às autoridades policiais, às entidades com superintendência técnica em cada sector e ao director regional do ambiente e recursos naturais (...)"

8. Identificando, não já em abstracto, mas para cada caso, a prolixidade de órgãos e serviços com superintendência técnica (e deve apontar-se a falta de rigor com que o conceito de superintendência é aqui utilizado), observa-se não raras vezes ou a duplicidade desnecessária de intervenções ou a situação de conflito negativo de competências. Em ambas as hipóteses é sempre o cidadão prejudicado em termos de custos, de morosidade dos procedimentos e de perplexidade face ao complexo sistema.

9. Em segundo lugar, deve registar-se o âmbito material de aplicação do regime definido pelo Decreto-Lei nº. 251/87, de 24 de Junho, fica bastante aquém das fontes geradoras de ruído. Há no sistema vigente uma conexão muito estreita entre actividades sujeitas a licenciamento e actividades ruidosas sujeitas a controle administrativo.

10. O Regulamento Geral sobre o Ruído, além de pretender aplicar-se aos casos de edifícios, indústria, comércio e serviços, certos equipamentos, espectáculos e diversões, tráfego e sinalização sonora, previu no seu âmbito de aplicação *as actividades geradoras de ruído, em geral, que possam causar incomodidade* (artº. 2º, al. g).

11. A autorização destas actividades, no que concerne à poluição sonora, far-se-á nos termos da legislação em vigor. Tal significa que no caso da actividade em questão estar sujeita a um processo de licenciamento, este incluirá uma parte específica sobre a aplicação das normas relativas ao ruído. Contudo, isto só concorrerá se a actividade for, por si só, licenciável.

Além do mais verifica-se, neste ponto, uma insanável petição de princípio, a qual parte da simples necessidade de definição de *actividades geradoras de ruído*). Ou se parte de um conceito de actividades ruidosas que nele faz incluir uma extensão interminável de situações ou se considera que são ruidosas tão só aquelas que infrinjam os limites acústicos definidos e então a concretização do conceito só é possível *a posteriori*, frustando-se por completo a sua operacionalidade.

12. Escapam ao âmbito do Decreto-Lei nº. 251/87, de 24 de Junho, por via de regra, as actividades originadoras de ruídos temporários, como seja o caso de reparações de

construção civil independentes de prévia autorização administrativa. Nos termos dos artºs. 2º e 3º do Regulamento Geral sobre o Ruído, isto importa a ausência de controlo preventivo das emissões de ruído daí provenientes.

Semelhante deficiência pode apontar-se à redacção do artº. 20º, nº. 1, quando se reporta a "*quaisquer actividades ruidosas, públicas ou privadas*".

13. Num momento sucessivo, ou seja, o da realização das mencionadas actividades, é também extremamente dificultada qualquer intervenção pronta e eficaz por parte da Administração Pública.

Com efeito, todo o dispositivo enunciado pelo artº. 21º, quer na sua finalidade de protecção contra fontes temporárias ou ocasionais de ruído, quer na sua vertente de medidas cautelares de polícia, é comprometido pela infeliz redacção do artº. 20º, nº. 1, quando após uma breve enumeração se refere a "*quaisquer actividades ruidosas, públicas ou privadas*".

14. Podem resumir-se a três as consequências nefastas da falta de uma descrição, ainda que meramente exemplificativa, de actividades ruidosas que em geral provocam incomodidade:

a) o preceito em análise indicia a existência de uma actividade tendencialmente permanente, ao referir-se ao licenciamento dos locais;

b) a expressão *actividades ruidosas* não delimita com um mínimo de rigor, exigido pelo princípio da legalidade da actuação administrativa, o quadro das possíveis intervenções (sendo potencialmente aplicável a quase todas as actividades humanas), com a consequência de não lograr o efeito útil pretendido de prevenir e reprimir, na medida dos meios, a sua nocividade; e,

c) há, como se pode observar na prática quotidiana, acções temporalmente limitadas com emissões descontínuas de ruído e com intensidade e frequências variáveis, as quais não se compadecem com a metodologia indicada pelo artº. 20º, nº.1.

15. Em terceiro lugar, importa aperfeiçoar e dotar de maior eficácia as medidas suspensivas das actividades geradoras de ruído, definindo critérios e situações em que o título cautelar se possa exercer o controlo, independentemente da realização de testes de medição acústica.

A este propósito é de louvar a disposição contida no artº. 20º, nº. 3, introduzida pelo Decreto-Lei nº. 292/89, de 2 de Setembro.

Interessa, todavia, concretizá-la e deixar expressa a autonomia das medidas ali previstas relativamente à determinação técnica dos valores referidos no artº. 20º, nº. 1, als. a) e b).

16. Em quarto lugar, interessará considerar o problema do ruído produzido no interior de edifícios e as insuficiências reveladas pelo Decreto-Lei nº. 251/87, de 24 de Junho, às quais não pode ficar por imputar boa parte dos conflitos ambientais.

17. A disposição de requisitos técnico-funcionais para a construção ou utilização de novos edifícios (capítulo III), se bem que demonstre um inegável contributo para a prevenção do ruído, não pode tomar-se como suficiente, fundamentalmente quando as disposições respeitantes a edifícios para indústria, comércio e serviços (secção IV) remetem para a secção II (ruído para o exterior dos edifícios), do capítulo IV (laboração de indústrias, comércio e serviços).

18. De acordo com o regime actual, é bom de ver que estão situadas à margem as actividades industriais, comerciais e de serviços não sujeitas a licenciamento técnico, precisamente quanto a uma das maiores fontes de perturbação neste campo - o ruído para o interior dos próprios edifícios onde se situem.

19. É tanto mais assim, quanto a secção II (ruído no interior dos edifícios) apenas se reporta à protecção das condições de trabalho e às actividades que requeiram concentração e sossego, não sendo inequívoca a intenção de contemplar o simples lazer e o sono.

20. Será difícil, talvez mesmo impossível, proceder a um enunciado de todas as actividades industriais, comerciais e de serviços, cuja não necessária licença técnico-administrativa orientada também por critérios de combate ao ruído, inviabiliza em larga escala a aplicação do regime contido no Decreto-Lei nº. 251/87, de 14 de Junho e propicia frequentes agressões ambientais, essencialmente nas grandes concentrações urbanas onde predomine a construção vertical.

Porém, talvez não se mostre despiciendo inventariar algumas dessas situações, sem quaisquer veleidades sistemáticas ou de exaustão:

- pequenas superfícies comerciais;
- depósitos de animais domésticos e de estimação (note-se que o âmbito do Decreto-Lei nº. 317/85, de 2 de Agosto, se restringe aos cães);
- estabelecimentos de ensino, creches e jardins de infância;
- laboratórios clínicos, centros médicos e de enfermagem;
- colectividades pertencentes a associações desportivas, recreativas ou culturais; . dependências bancárias;
- centros informáticos;

- estúdios de música e gravação, bem como escolas de música e de canto;
- oficinas de reparação e manutenção de veículos;
- lavandarias;
- estacionamentos.

21. Em vigor desde 1 de Janeiro de 1988,, o Regulamento Geral sobre o Ruído deveria ter sido revisto até ao dia 1 de Janeiro de 1991 (sem prejuízo de revisão intercalar levada a cabo pelo Decreto-Lei nº. 292/89, de 2 de Setembro), por iniciativa do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, como estipula o artº. 2º., do Decreto-Lei nº. 251/87, de 24 de Junho.

Tal revisão, segundo o citado preceito, deve processar-se com base nas informações prestadas pelas demais entidades interessadas, razão pela qual, por mais uma vez se justifica a presente RECOMENDAÇÃO.

II

CONCLUSÕES

De acordo com os motivos expostos e no exercício dos poderes de recomendação legislativa que a Constituição e o artº. 20º, nº. 1, al. b) do seu Estatuto aprovado pela Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, o Provedor de Justiça entende RECOMENDAR a Sua Excelência, a Ministra do Ambiente e Recursos Naturais:
1º. A concentração das competências fiscalizadoras do cumprimento dos níveis de ruído legalmente admissíveis, sem quebra da devolução de poderes para a Administração Autárquica imposta pelo princípio constitucional da descentralização.

2º. A aplicação do Regulamento Geral sobre o Ruído também a actividades não sujeitas a licenciamento técnico de outra ordem, inclusivamente a ruídos originados pelo exercício temporário de certas actividades, como seja o caso das obras de reparação e manutenção de construção civil pelo ruído que provocam no interior dos edifícios onde se realizam. À semelhança do que ocorre actualmente com a disposição contida no artº. 21º, nº. 1, importa condicionar outras actividades, se necessário for através de uma licença de ruído, fixando exigências de horário, de localização e de protecção de terceiros. Os exemplos fornecidos neste campo por ordenamentos jurídicos estrangeiros são múltiplos (v.g. Finlândia), deles se podendo retirar bons resultados.

Neste sentido e para além de uma concretização do conceito de actividades ruidosas que permita conferir-lhe operacionalidade, antes da efectuação de testes de medição acústica, importa estabelecer um elenco de actividades sobre as quais recaia a presunção de serem emissores de ruído superior aos limites legalmente fixados.

3º. A correcta definição de pressupostos que permitam à Administração Pública tomar medidas cautelares, nomeadamente, suspensivas de actividades geradoras de ruídos ilícitos, antes da realização dos testes de medição acústica.

Na verdade, muito embora sem o recurso aos meios técnicos de medição do ruído possam ser afectados princípios de objectividade, há ruídos, em certos locais e em certos períodos do dia que comummente poderão ser reconhecidos como lesivos do ambiente. Naturalmente, as decisões deste tipo serão sempre precárias, a menos que confortadas por resultados de medição de acordo com a normalização técnica e delas caberá, em todo o caso, recurso para os tribunais.

4º.A articulação sistemática entre as disposições concernentes ao ruído provocado pela laboração de estabelecimentos industriais (mesmo fora dos casos contemplados pelo Decreto-Lei nº. 109/91, de 15 de Março e do Decreto-Regulamentar nº. 25/93, de 17 de Agosto), de estabelecimentos comerciais e de locais destinados ao funcionamento de serviços com as normas de protecção do ruído produzido no interior dos edifícios, por forma a salvaguardar o lazer, a tranquilidade e o repouso nos locais destinados à habitação.

(Recomendação parcialmente acatada)

***

93.11.26
I.P.-51/93

A Sua Excelência o Subsecretário de Estado Adjunto da Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Recomendação

Assunto: Prazo de reclamação graciosa do Código do Processo Tributário

O Código do Processo Tributário (CPT), aprovado pelo Decreto-Lei nº. 154/9, de 23 de Abril, veio a constituir, indiscutivelmente, um importantíssimo marco na arquitectura do sistema fiscal português, sobretudo ao nível da defesa dos direitos e garantias dos contribuintes.

A substituição do princípio da verdade dos actos do Fisco pelo princípio da presunção de verdade dos actos tributários e em especial quando a sua fixação decorra da aplicação

de métodos indiciários, os direitos de reclamação e de impugnação de todos os actos da Administração Fiscal, incluindo os respeitantes à quantificação e fixação da matéria colectável, a representação directa dos contribuintes junto das Comissões Distritais de Revisão, são, entre outros, alguns direitos mais inovadores do novo edifício jurídico-tributário que, se vieram tornar ainda mais vinculada à lei a actividade da Administração Fiscal, vieram também, por outro lado, trazer uma maior responsabilização dos contribuintes no seu cumprimento.

Existe, contudo, um aspecto que me parece estar de todo dissonante do conjunto acabado de referir, e que é responsável por muitas das queixas apresentadas na Provedoria de Justiça, conforme é, aliás, do conhecimento de Vossa Excelência.

Refiro-me ao teor do disposto no artº. 123º do CPT, aplicável ex-vi do artº. 97º do mesmo diploma, que regula o prazo de apresentação de reclamação graciosa.

O prazo aí fixado - de 90 dias a contar dos factos referidos nessa norma - é manifestamente insuficiente, sobretudo porque muitos dos cidadãos, nos casos mais frequentes, só dão conta de ter ocorrido um erro na liquidação do imposto, depois de ultrapassados aqueles 90 dias e, muitas vezes, designadamente no caso do IRS, apenas quando preencham a declaração de rendimentos do ano seguinte.

Se é certo que o desconhecimento da lei não pode ser invocado para que releve o seu incumprimento, não é menos verdade que o Estado tem a obrigação de procurar condições razoáveis para a sua aplicação, sobretudo se estiverem em causa normas destinadas à efectiva protecção de direitos de que os cidadãos são titulares.

Acresce que, como é do conhecimento de Vossa Excelência, o revogado Código do Processo das Contribuições e Impostos previa no artº. 87º a possibilidade de ser apresentada reclamação extraordinária, designadamente se tivesse ocorrido "qualquer caso de injustiça grave ou notória", no prazo de um ano, a contar da data da cobrança dos impostos.

O que significa que o CPT veio, neste aspecto, introduzir na ordem jurídica, sem qualquer justificação, uma enorme redução do prazo que os cidadãos têm para reclamar graciosamente da prática do acto tributário.

Nestes termos,

Recomendo

ao abrigo do disposto no artº. 20º, nº. 1, al. a) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, que seja feita uma alteração ao Código do Processo Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 154/91, de 23 de Abril, de modo a que, ponderados os fundamentos de Justiça e atendendo à longa tradição jurídico-tributária, volte a ser considerada a possibilidade de os cidadãos, ainda que com fundamentos legalmente tipificados, poderem reclamar no prazo de um ano, da tributação em que tenha ocorrido a prática de qualquer injustiça grave ou notória.

Caso Vossa Excelência considere útil, poderei designar um jurista da Provedoria de Justiça para participar na elaboração de estudos que eventualmente se considerem necessários para o acatamento da Recomendação.

(Recomendação acatada)

***

93.09.23
R-448/93

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

1. Em face de várias exposições que me foram dirigidas e que tinham por base a decisão da não publicação, no corrente ano de 1993, do tradicional Despacho autorizando a observância da terça- feira de Carnaval como feriado, nos termos do nº. 2 do artº. único do Decreto-Lei nº. 335/77, de 13 de Agosto, entendi dever solicitar a Vossa Excelência,

em 17 de Fevereiro último, uma reapreciação do assunto tanto mais que, para além das outras razões indicadas, salientei que, a ser confirmado o diploma que pretende vir a regular esta matéria, este acabaria por ser o último Carnaval que poderia vir a ser considerado como dia feriado.

2. Esta minha solicitação não obteve acolhimento, mas a verdade é que continuo a entender que a manutenção do preceito em causa torna possível a repetição de situações análogas que considero prejudiciais.

3. Assim e independentemente de ter por aconselhável a elaboração de diploma legal que estabeleça uma renovação na matéria, permito-me, enquanto não for definido o novo regime de feriados e tolerâncias de ponto, formular a Vossa Excelência a seguinte

Recomendação

Que seja alterada a redacção do artº. único do Decreto-Lei nº.335/77, de 13 de Agosto, mediante o aditamento de um nº.3 com a redacção seguinte:

> "nº. 3 A terça-feira de Carnaval será feriado desde que até 31 de Dezembro do ano anterior seja publicado o respectivo Despacho normativo".

***

93.08.05
R-838/91

A Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social

Recomendação

1. O Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro, entre as mais significativas inovações introduzidas no regime jurídico dos benefícios por morte, da segurança social, conta-se a que se estabelece no seu artº. 8, nº. 1, quanto à extensão daqueles benefícios às pessoas que se encontrem na situação prevista no nº. 1 do artº. 2020º do Código Civil.

2. Todavia, no seu nº. 2, acrescenta-se que o processo de prova das situações a que se refere aquele normativo, bem como a definição das condições de atribuição das prestações, constará de decreto regulamentar.

3. Decorridos mais de três anos sobre a data da entrada em vigor daquele diploma legal, verifica-se que não foi ainda cumprida a exigência imposta no nº. 2 do mencionado artº. 8º pelo que, por ausência de regulamentação expressa desse preceito, continua a ser recusado o pagamento da pensão de sobrevivência e do subsídio por morte às pessoas que tenham vivido em união de facto com o beneficiário, que confira direito a essas prestações.

4. Esse facto tem sido objecto de numerosas queixas dirigidas ao Provedor de Justiça, a meu ver com inteira pertinência, pois considera-se injustificada a demora na publicação da legislação em causa, tanto mais que se trata de um aspecto em que a legislação da segurança social se tem revelado manifestamente desactualizada.

5. Para além do mais, esta situação mostra-se tanto mais inaceitável quanto é certo que, tanto a Constituição como a própria Lei nº. 28/84, de 14 de Agosto - Lei da Segurança Social - nos seus artºs. 63º e 5º, respectivamente, impõem a criação de um sistema de segurança social unificado, o que obriga a que sejam progressivamente eliminados os aspectos em que não se verifique a solução justa adiante referida (nºs. 6 e 8).

6. Torna-se, pois, necessário que se proceda à imediata publicação do diploma regulamentar que permita a aplicação do disposto no artº. 8º, nº.1, do Decreto-Lei nº. 322/90, em matéria de atribuição das pensões de sobrevivência no caso de o requerente ter vivido em união de facto com o beneficiário falecido.

7. Desconhecendo-se a situação actual dos projectos eventualmente existentes sobre o assunto, bem como o seu conteúdo normativo, considero dever acrescentar que nessa regulamentação deverá ser considerada a possibilidade da sua aplicação retroactiva às situações existentes à data da entrada em vigor do referido Decreto-Lei nº. 322/90, por forma a que seja assegurada a sua adequada protecção.

8. Por outro lado, atendendo a algumas queixas que me têm sido apresentadas sobre o assunto, entendo que não deverão deixar de ser contempladas no enquadramento normativo das uniões de facto as situações em que os ex-cônjuges de direito passem a cônjuges de facto.

De facto, os objectivos que estão presentes na atribuição das pensões de sobrevivência, como do subsídio por morte, justificam plenamente que ambas as situações sejam reconhecidas para efeitos da titularidade do direito àquelas prestações.

Nestes termos, ao abrigo do disposto no artº. 20º, nº. 1, al. b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, permito-me formular a Vossa Excelência a seguinte:

Recomendação

Que atendendo aos argumentos atrás expendidos, seja promovida a regulamentação do nº. 2 do artº. 8º do Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro, e que se preveja, através de norma expressa, a sua publicação retroactiva às situações existentes à data da entrada em vigor daquele diploma.

Que no âmbito dessa regulamentação sejam consideradas as uniões de facto constituídas entre o beneficiário, em relação ao qual sejam requeridos os benefícios por morte, e o seu ex-cônjuge.

***

93.08.05
R-166/93

A Sua Excelência o Ministro da Educação

Recomendação

Em 22.01.93 deu entrada na Provedoria de Justiça uma reclamação do Sr. ..., alegando o seguinte:

- a gestão das Escolas Preparatórias, C+S e Secundárias, ao abrigo do Decreto-Lei nº. 769-A/76, de 23.10, é feita por docentes e não docentes, que são designados para tal, e cujos cargos são de aceitação obrigatória, as suas atribuições constam na Portaria nº. 677/77, de 4 de Novembro;

- com a publicação do Decreto-Lei nº. 312/83, de 1 de Junho, foi atribuída aos membros docentes dos Conselhos Directivos uma gratificação mensal, que hoje se mantém;

- nos estabelecimentos de ensino com menos de 1000 alunos, os docentes, eleitos ou designados, são apenas 3, sendo um o Presidente, outro o Vice-Presidente e o outro o Secretário, não existindo docentes como vogais, o que valoriza a presença do membro não docente (ponto 9.1 da Portaria nº. 677/77, de 4 de Novembro);

- assim, o reclamante, além das funções de 2º. oficial administrativo do quadro que lhe estão incumbidas, tem desempenhado os seguintes cargos: membro não docente do Conselho Directivo - cargo por eleição designação nos anos escolares de 1980 a 1993; Tesoureiro - cargo de aceitação obrigatória, conforme Decreto-Lei nº. 223/87, de 30/5, nos anos de 1982 (122 dias), de 1983 (3 anos) e 196 (329 dias); na Comissão Paritária, Decreto-Lei nº. 44-B/83, de 1 de Julho, nos

anos de 1986 a 1992; responsabilidades na gestão do estabelecimento de ensino conforme ponto 11, da Portaria 677/77, de 4/11, com competência para transmitir ao Conselho Directivo todos os assuntos relacionados com o sector que representa: pessoal administrativo, técnico-auxiliar, operário e auxiliar; e trabalhar em estreito contacto com os docentes do Conselho Directivo encarregados da administração e da conservação dos edifícios, instalações, material e mobiliário escolar;

- com a referida acumulação de funções, o reclamante tem trabalhado, para além do seu horário normal, sem qualquer retribuição, ao contrário dos membros docentes do Conselho Directivo que, para além da mencionada gratificação, têm ainda redução do horário lectivo, o que o levou a requerer o direito à mesma gratificação, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 312/83, de 1 de Julho, e durante o serviço prestado como membro não docente do Conselho Directivo, invocando para tal o artº. 59º, nº. 1, al. a) da Constituição da República Portuguesa.

Tendo solicitado esclarecimentos ao Exmo. Senhor Presidente do Conselho Directivo da Escola Preparatória de Portimão, este veio responder no sentido de que pelo Decreto-Lei nº.312/83, de 1 de Julho, apenas se prevêem, expressamente, gratificações aos membros docentes dos Conselhos Directivos, conforme artºs. 1º e 2º do mesmo Decreto-Lei, não atendendo assim a pretensão do reclamante.
Compulsando todos os elementos do processo, designadamente os já acima citados, bem como o seu estudo, concluí que:

- por um lado, a situação é legal e de acordo com o estipulado no Decreto-Lei nº. 312/83, de 1 de Julho; mas, por outro lado, a situação é manifestamente injusta, dado que subsiste a questão de se saber por que razão só os membros docentes dos Conselhos Directivos podem beneficiar da gratificação em apreço, bem como a redução de horário de trabalho, o mesmo não acontecendo, caso sejam membros não docentes a exercer idênticas funções.

Entendo, assim, no uso da competência que a lei me atribui, dever recomendar a V. Exa., que se digne providenciar para que seja encontrada uma solução justa para a situação em causa, mediante publicação de diploma legal adequado ou por outra forma admissível.

***

93.08.05
R-380/92

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Recomendação

1. O Dr.... apresentou queixa ao Provedor de Justiça por não ter sido proferida decisão sobre o recurso hierárquico que para Vossa Excelência intentara da lista graduada de classificação final do concurso para assistente de medicina interna do Centro de Oncologia de Coimbra do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, publicada no Diário da República, II Série, de 21 de Junho de 1991.

2. Essa recusa de decisão resultou da concordância de Vossa Excelência, expressa em 23 de Julho de 1992, sobre parecer da Senhora Secretária-Geral do Ministério, no sentido de que, face ao disposto nos artºs. 34º, 39º e 40º da Portaria nº. 833/91, de 14 de Agosto, uma vez ultrapassado o prazo estipulado no nº. 2 daquele primeiro preceito para a decisão final do concurso em questão, deixaria de ter cabimento tal decisão, restando ao recorrente a via contenciosa para satisfação da sua pretensão.

3. Considero esta interpretação, contudo, inadmissível, por ofensiva de normas constitucionais e legais - o que, de resto, também fiz saber à Senhora Secretária-Geral.

4. Na verdade, ela viola, antes do mais, o direito de petição, no sentido amplo em que este é reconhecido pela Lei nº. 43/90, de 10 de Agosto.

Com efeito, esse direito abrange, nos termos do artº. 3º, nº. 2, da referida Lei, a "impugnação de um acto perante o órgão, funcionário ou agente que o praticou ou ao seu superior hierárquico".

E da conjugação dos artºs. 8º e 13º, nº. 1, da mesma lei conclui-se que a entidade destinatária da petição tem sempre o dever de a examinar e de sobre ela decidir.

5. A referida opinião da Senhora Secretária-Geral desse Ministério é, também incompatível com o próprio direito ao recurso hierárquico, tal como vem regulado no Código do Procedimento Administrativo - implicando, naturalmente, o direito a obter sobre ele uma decisão (artºs. 9º e 174º desse diploma).

O direito ao recurso hierárquico, enquanto modalidade da justiça administrativa, faz parte de um dos "princípios gerais" do CPA, que a melhor doutrina tem considerado

aplicáveis mesmo aos processos especiais, como o é o do concurso regulado pela Portaria nº. 833/91.

E nem se diga que a justiça administrativa estaria, como sustenta a Secretária-Geral, salvaguardada pela possibilidade de interposição de recurso contencioso.

É que, se a lei consagra o direito ao recurso hierárquico, pretende que o particular possa, efectivamente, beneficiar dessa modalidade de controlo interno dos actos da Administração.

Aliás, a tese inversa conduziria a deixar nas mãos da própria Administração o destino de recurso hierárquico: bastar-lhe-ia demorar a sua decisão para além do prazo em questão - o que decerto não estaria na intenção do legislador.

6. Importa salientar, a este propósito, que o CPA é aplicável à situação em vista, na medida em que entrou em vigor em data (16 de Maio de 1992) em que ainda se não esgotara o prazo de recurso contencioso do indeferimento tácito do recurso hierárquico em causa.

O mesmo é dizer que este Código começou a vigorar ainda no decurso do período em que a Administração podia, por decisão expressa, alterar a situação jurídica resultante do indeferimento tácito.

7. Sendo assim, o regime geral relativo à eficácia do recurso hierárquico, tal como definido no CPA, afasta, no caso presente, o constante da Portaria nº. 833/91.

Ou seja, o recurso hierárquico em questão passou a ter, como é de regra no CPA, efeito suspensivo até à sua decisão (artº. 170º, nº. 1), ao contrário do que a Portaria nº. 833/91 dispõe a tal respeito, mandando prosseguir o processo de concurso se o recurso hierárquico não tiver sido decidido no prazo previsto.

As duas excepções admitidas a tal princípio no CPA não encontram aplicação, no caso em vista.

A primeira - efeito devolutivo consagrado na lei - porque a Portaria nº. 833/91 é um mero diploma regulamentar, sem força legal.

É que, estando aqui em causa um "direito, liberdade ou garantia" ou, pelo menos, um direito a este "análogo" - o direito de acesso à justiça administrativa -, a sua eventual limitação só podia ser definida por lei formal.

A segunda, porque a ponderação de interesses prevista no artº. 170º, nº. 1, parte final, do CPA, tem de fazer-se caso a caso. Não poderia, pois, ser, abstractamente, estabelecida "*a priori*".

Pretendendo-se, nessa norma, sopesar proporcionadamente os interesses em jogo, a sua pré-definição genérica já seria, de si mesma, desproporcionada.

8. Por seu turno, os actos do concurso (e posteriores eventuais provimentos) praticados a seguir ao termo do prazo do recurso hierárquico apresentam-se como nulos.

Na verdade, tendo eles violado o normal efeito suspensivo do recurso hierárquico necessário, consignado no CPA, tal ofensa implica nulidade, por desrespeito do "conteúdo essencial" dum direito, liberdade ou garantia" ou "direito análogo" - conforme determina o artº. 133º, nº. 2, al. d) do CPA.

E foi atingido o "conteúdo essencial" desta modalidade de direito à justiça administrativa, já que a desaplicação do efeito suspensivo do recurso hierárquico frustra o seu objectivo normal, designadamente na medida em que a Administração se considerou legitimada a não decidir tal recurso, uma vez esgotado o prazo normal para tanto previsto.

9. Essa recusa de decisão ofende, de resto, também o "conteúdo essencial" do direito de petição (outro "direito, liberdade e garantia" agora de natureza política), já que este envolve, necessariamente e por essência, o direito a obter uma decisão sobre o pedido.

10. Nestes termos, considero justificado, ao abrigo do artº. 20º, nº. 1, als. a) e b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formular a Vossa Excelência a seguinte

Recomendação

a) Deve ser, nos termos do nº. 2 do artº. 134º do CPA, declarada a nulidade dos actos do concurso em questão e subsequentes eventuais provimentos praticados após o decurso do prazo normal do recurso hierárquico contra a lista classificativa.

b) Cabe decidir expressamente o recurso hierárquico interposto pelo Licenciado em causa, tomando-se em consideração o parecer dos Serviços de Contencioso, que aliás apontam variadas ilegalidades contidas no concurso em questão.

c) Importa rever o nº. 2 do artº. 34º da Portaria º. 833/91, de 14 de Agosto, por forma a evitar interpretações como a que lhe foi dada pela Secretária Geral do Ministério da Saúde e torná-lo comparável com o regime geral do recurso hierárquico definido no Código do Procedimento Administrativo.

***

93.08.04
I.P. - 115/80

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

Assunto: Necessidade de publicação de diploma legislativo para contagem do tempo de serviço prestado por religiosos nos estabelecimentos hospitalares ou outros serviços públicos

I

Exposição e Motivos

1. Desde há anos, enfermeiras religiosas e ex-religiosas solicitam intervenção ao Provedor de Justiça no sentido de ser contado para efeitos de carreira e aposentação o tempo de serviço nos estabelecimentos públicos.

2. Ouvidos vários departamentos da Administração Pública e analisado o problema concluíu-se, não obstante a justiça do pedido, ser duvidoso existir, em rigor, nos termos das leis vigentes, atendendo ao teor dos contratos celebrados com as instituições religiosas, uma relação de emprego entre a Administração e as enfermeiras religiosas que, integradas nas suas congregações, prestavam serviço em instituições hospitalares e assistenciais.

3. Verificou-se, porém, que na maioria dos casos seria possível reconstituir o tempo de serviço e a categoria funcional, assim como a remuneração que, a título de gratificação, era entregue àquelas instituições, uma vez que tais prestações pecuniárias eram determinadas em função de cada religiosa e das remunerações correspondentes dos funcionários públicos.

4. Pareceu justo a alguns dos meus antecessores no cargo que fossem tomadas medidas adequadas, porventura de ordem legislativa, que viessem a permitir que o tempo de serviço prestado pelas enfermeiras e outros profissionais religiosos em instituições públicas pudesse ser tido em conta, quer para efeitos de antiguidade na carreira quer de aposentação, especialmente quando hajam continuado a exercer actividade profissional.

5. O Ministério da Saúde chegou a elaborar um projecto de diploma que não teve até hoje consagração, continuando o problema em aberto (Anexo I).

6. Em Abril do ano transacto, mantendo integralmente a posição tomada pelos meus antecessores, recomendei ao Senhor Ministro da Saúde, ao abrigo do disposto nos artº.s 20º e 38º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, a elaboração de diploma legislativo com o objectivo referido (Anexo II).

7. Não obstante ter reconhecido, até repetidas vezes, a injustiça da situação, o Ministério da Saúde não aceitou a recomendação, invocando motivos de ordem financeira e por se afigurar que o Decreto-Lei nº. 380/89, de 27 de Outubro, permitiria resolver a situação (Anexo III).

8. O Senhor Ministro da Saúde respondeu à recomendação feita considerando-a impossível de satisfazer face ao "contexto de rigor financeiro em que a Administração tem de mover-se".

Afirma, ainda, afigurar-se "que o regime do Decreto-Lei nº. 380/89, de 27 de Outubro, permitirá resolver de uma forma equitativa e realista os problemas levantados".

O Decreto-Lei referido veio permitir o pagamento retroactivo de contribuições relativas a períodos de actividade profissional por conta de outrem em que os interessados não apresentam carreira contributiva no âmbito do sistema de segurança social, conforme dispõe o seu artº. 1º.

Ainda que, inicialmente, o seu âmbito pessoal parecesse abranger exclusivamente os beneficiários activos do regime geral da segurança social o Decreto-Regulamentar nº. 37/90, de 27 de Novembro, veio especificar, no artº. 2º, considerarem-se beneficiários activos os requerentes que sejam subscritores da Caixa Geral de Aposentações, não pensionistas.

Não parece, que o problema a que a recomendação procurava responder tivesse ficado resolvido e, muito menos "de uma forma equitativa e realista".

Há que considerar que este regime é muito oneroso para os eventuais interessados que têm de pagar (só à sua conta) as contribuições correspondentes aos períodos em causa, a uma taxa de 1% (artº.16º), relativamente ao valor da remuneração mínima mensal garantida ao sector da actividade em causa e que decorria à data do requerimento.

Na hipótese de haver algumas interessadas em recorrer àquela faculdade, supõe-se que poderia levantar alguma dificuldade o facto de o requerimento inicial dever indicar as respectivas entidades empregadoras (artº. 9º), quando, como se viu nos vários pareceres constantes no processo, para alguns, é discutível que houvesse um contrato de trabalho entre as (então) religiosas e a instituição onde "mandatadas" pela ordem religiosa exerciam a sua actividade profissional.

Não parece também que se possa dizer tratar-se de esquemas que não se coadunam com os objectivos do Serviço Nacional de Saúde uma vez que a garantia do exercício do direito à protecção da saúde, não se opõe, antes pressupõe, o respeito dos direitos dos trabalhadores que contribuem para a efectivação dessa mesma garantia.

II

Conclusão

Considerando que os enfermeiros ou outros profissionais religiosos ou ex-religiosos que exerceram ou exercem actividade profissional em serviços públicos em condições idênticas às dos restantes funcionários, ainda que ao abrigo de acordos entre as instituições religiosas e o Estado, têm direito ao acesso nas suas carreiras e à segurança social, solicito a Vossa Excelência, com base no disposto nos artºs. 20º, nº. 1, als. a) e b), e 38º. da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, se digne mandar elaborar legislação que permita pôr termo a esta situação de injustiça, relevando para todos os efeitos, designadamente aposentação e carreira, o tempo de serviço prestado em hospitais ou outras instituições públicas por religiosos ou ex-religiosos, formalmente vinculados às respectivas congregações e não directamente ao Estado.

***

93.08.04
R-2313/91

A Sua Excelência o Secretário de Estado da Cultura

Recomendação

1. A Associação Portuguesa de Realizadores de Filmes apresentou-me exposição em que contesta determinados aspectos relacionados com os Despachos Normativos nº. 53/91 (DR-1º. Série de 04.03.91) e nº.231/91 (DR.-1ª. Série de 17.10.91).

2. A esta matéria referem-se os ofícios do Gabinete de Vossa Excelência nº. 550/Pág. 9.56.1, de 05.02.92 e nº. 1180/Pág. 9.56.1, de 11.03.92.

3. Posteriormente, a mesma Associação solicitou-me entrevista pessoal em que suscitou mais alguns aspectos relacionados com o regime geral da assistência financeira à produção cinematográfica, nas suas três vertentes (selectiva, directa e excepcional).

4. Analisados todos os aspectos que foram levados à minha consideração, concluí o seguinte:

4.1. Quanto aos anúncios para apresentação de candidatura ao 1º. concurso do ano de 1991, em diversos jornais, antes da publicação em Diário da República do DN 53/91

Seria admissível essa publicitação se o DN 53/91 já tivesse sido publicado em Diário da República. A publicitação antes da publicação não o é, pois o meio legalmente idóneo para o Governo dar a conhecer aos cidadãos os regulamentos que edita é a 1ª. Série, Parte B, do Diário da República, não constituindo a publicidade inserta em jornais sucedâneo dessa publicação (artº.122º, nº. 1, al. h) e nº. 2, da Constituição e artº. 3º, al. d) da Lei nº. 1/91, de 2 de Janeiro, com a nova redacção dada pela Lei nº. 6/83, de 29 de Julho).

4.2. Quanto à retroactividade prevista no nº. 3 do DN 53/91 e no 2 do DN 231/91

A doutrina dominante (Freitas do Amaral, Direito Administrativo, vol. III, 1989, pág. 48; Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, vol. I., pág. 142; Afonso Rodrigues Queiró, Teoria dos Regulamentos, RDES, ano XXVII - Janeiro-Dezembro - 1/2/3/4, nº. 18) entende que os regulamentos, enquanto instrumentos normativos de grau inferior, não podem dispor retroactivamente, salvo quando executam leis com eficácia retroactiva, quando assumem a forma de regulamentos delegados com eficácia retroactiva autorizada por lei ou quando fixam sanções mais favoráveis.

Ora, a rectroavidade prevista naqueles regulamentos não foi autorizada pelo artº. 3º do Decreto-Lei nº. 22/84, de 14 de Janeiro.

4.3. Quanto ao tipo de retroactividade previsto no nº. 3, al. c), do DN 53/91

Este artº. consagra um direito (a possibilidade de candidatura ao 1º. concurso de 1991) que já se encontrava extinto no momento em que os particulares dele tomaram conhecimento através dos meios legalmente idóneos. Trata-se de um tipo de retroactividade que viola a "protecção da confiança dos cidadãos", ínsita no princípio do Estado de Direito Democrático previsto no artº. 2º da Constituição e que nem sequer tem a apoiá-la razões de interesse público relevante ou circunstâncias excepcionais de crise económico-financeira, que justifiquem esse comportamento. (cfr. Ac. do T.C. nº. 11/83-DR-1ª. Série de 20.10.83).

4.4. Quanto à intervenção do Conselho Consultivo do IPC (mediante a emissão de parecer) na apreciação dos projectos de assistência financeira à produção

Esta intervenção é exigida pelo artº. 13º, al. b), do D.L. 391/82, de 17 de Setembro, que não distingue entre "projectos genéricos" e "projectos específicos". Esta intervenção estava prevista no artº, nº.2, do regulamento aprovado pelo DN 14/87. No "bloco de legalidade" que os regulamentos devem respeitar incluem-se as leis em geral, pelo que os DN 53/91 e DN 231/91 deverão ser reformulados de modo a que a intervenção daquele Conselho Consultivo ocorra, relativamente aos vários tipos de assistência financeira à produção, na fase processual considerada mais adequada.

4.5. Quanto à previsão, no DN 53/91, dos critérios por que se norteará o júri na selecção dos vários projectos

Os artºs. 15º, nº. 1, e 22º do DN 53/91 não contemplam os critérios por que se norteará o júri, já que o primeiro preceito se reporta à fase liminar, em que não há intervenção do júri e o segundo não respeita ao júri, mas ao produto. Nenhum preceito deste regulamento fixa critérios, tal como ocorria nos artºs. 10º e 15º do DN 14/87. Não é essencial tal previsão, desde que as deliberações do júri sejam fundamentadas (artº. 268º, nºs. 3 e 4, da Constituição), entendendo-se como fundamentação suficiente aquela que permite reconstruir "o itinerário cognoscitivo e valorativo" percorrido pela entidade decidente (cfr., entre outros, Acs. do S.T.A. de 21.05.87 (B.M.J. 367/380), de 4.03.89 (B.M.J. 365/426) e de 11.12.86 (B.M.J. 362/428).

4.6. Quanto à assistência financeira atribuída por Despacho de 23.05.91 ao realizador José Fonseca e Costa

De acordo com as propostas que fundamentaram a emissão deste Despacho (cfr. 3º da acta da reunião da Direcção do IPC de 08.05.91) a assistência financeira a este realizador parece revestir a natureza de "assistência financeira excepcional". Confrontando o regime aplicável a este tipo de assistência nos termos do DN 14/87, com o que veio a ser definido pelo DN 231/91, verifica-se que o primeiro regulamento também teria propiciado fundamento legal para tal atribuição. A ser correcta esta conclusão, parece inútil a previsão da retroactividade do DN 231/91.

4.7. Quanto à publicitação atempada dos montantes a atribuir a cada tipo de assistência financeira e participação do Conselho Consultivo do IPC na distribuição percentual das receitas.

O artº. 4º do DN 53/91 e o artº. 4º do DN 231/91 exigem a publicitação, até 31 de Dezembro de cada ano, dos montantes a atribuir no ano seguinte a cada tipo de assistência financeira.

Estas normas visam garantir uma certa previsibilidade dos realizadores quanto à política governamental em matéria de concessão de subsídios. Para além da previsibilidade, como instrumento conformador da actuação dos particulares, deverá ser garantido um critério equitativo de distribuição pelos vários tipo de assistência. Nos termos do artº. 13º, al. a), do D.L. nº. 391/92, de 17 de Setembro o Conselho Consultivo do IPC deverá emitir parecer prévio sobre a distribuição percentual para os vários tipos de assistência financeira.

4.8. Quanto ao pagamento atempado dos financiamentos concedidos

O regime de pagamentos deverá constar dos acordos de assistência financeira celebrados com os realizadores, cujos projectos tenham sido seleccionados (artºs. 11º e 20º do DN 53/91 para a assistência selectiva à produção, artº. 9º do DN 231/91 para a assistência financeira excepcional). Sem pôr em causa situações de carência financeira excepcional do IPC, a afectação dos montantes financeiros às suas várias actividades deverá estabelecer-se por forma a que sejam cumpridos os prazos de pagamento pré-estabelecidos com os realizadores.

5. Em face do anteriormente exposto, ao abrigo da competência que me é conferida pelo artº. 20º, nº. 1, als. a) e b), da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formulo a Vossa Excelência a seguinte

Recomendação

5.1. Que promova a reformulação do regime dos DN 53/91 e DN 31/91 no sentido do propiciar a intervenção do Conselho Consultivo do IPC, na fase processual considerada mais adequada, quanto à emissão de parecer sobre os vários projectos de assistência financeira à produção cinematográfica, como é exigido pelo artº. 13º, al. b), do D.L. nº. 391/82, de 17 de Setembro;
5.2. Que promova a divulgação atempada dos montantes a atribuir anualmente a cada tipo de assistência financeira, com audição prévia do Conselho Consultivo do IPC prevista no artº. 13º, al. a), do D.L. nº. 391/82 de modo a garantir previsibilidade e equidade na distribuição dos vários tipos de assistência e pagamento atempado dos mesmos.

(Recomendação parcialmente acatada)

***

93.07.19
R-540-93

Exmo. Senhor Reitor da Universidade de Aveiro

Recomendação

Tendo sido objecto de um processo nesta Provedoria de Justiça a questão da vigência ou da revogação do Decreto-Lei nº. 358/70, de 29 de Julho, perante a Lei nº. 20/92, de 14 de Agosto, atingiram-se as seguintes conclusões:

1º. O D.L. nº. 358/70 é uma "Lei especial", não tocando com as situações visadas pela "Lei Geral" que concede isenção de propinas aos carecidos de recursos económicos.

2º. Não há no artº. 17º da Lei nº. 20/92 uma inequivocidade de intenção de revogar o regime especial do D.L. nº. 358/70 e na falta de referência expressa não se pode considerar revogado este último regime pelo regime geral ora estabelecido.

Nestes termos e cumprindo o artº. 2º, nº. 1, al. a) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril decidi fazer a seguinte

Recomendação

Seja dado cumprimento ao disposto no Decreto-Lei nº. 358/70, de 29 de Julho, nos termos do Parecer 21/93, da Procuradoria Geral da República, homologado por Despacho de 25 de Maio de 1993 do Senhor Secretário de Estado do Ensino Superior.

(Recomendação acatada)

***

93.07.14
R-1076/92

A Sua Excelência o Ministro do Emprego e Segurança Social

Recomendação

1. Pende nesta Provedoria uma reclamação subscrita por um grupo de trabalhadores de instituições particulares de solidariedade social, relativa ao facto de estarem ainda a ser remunerados de harmonia com a tabela constante da PRT de 1985, publicada no BTE, 1ª. Série, de 85.08.22.

Referem os mesmos que pela União das instituições foram posteriormente emitidas tabelas que, dado o seu carácter facultativo e de orientação, têm sido aplicadas ao sabor da vontade das respectivas direcções.

Realçam ainda que algumas dessas instituições nem o salário mínimo praticam.

Salientam, igualmente, que o pessoal em causa, que engloba cerca de 22.000 trabalhadores, tem, dada a especial natureza das suas funções, de possuir uma capacidade técnica indiscutível e uma disponibilidade permanente, que o tornam suporte inequívoco de tais instituições.

Concluem, por fim, que as características que constam da citada portaria de regulamentação do trabalho se encontram totalmente desfasadas das existentes noutros sectores e que a respectiva tabela salarial, que não é revista desde 1985, se revela obsoleta e injusta.

2. Reconhece-se que, sendo o regime das relações colectivas de trabalho presentemente aplicável às pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública (Decreto-Lei nº. 87/89, de 23/3) e, consequentemente, às instituições particulares de solidariedade social, devem as partes diligenciar por auto-regularem as relações laborais, recorrendo, pois, à via convencional.

3. Concorda-se com o entendimento desse Ministério de privilegiar aquela via, socorrendo-se das portarias de regulamentação apenas em situações de impossibilidade absoluta de as partes procederem à negociação colectiva.

4. Todavia, atendendo a que já decorreram cerca de quatro anos sobre a data da entrada em vigor do diploma que permitiu às instituições de solidariedade social terem acesso a essa negociação, sem que, no entanto, ela se tenha verificado e, sobretudo tendo em conta a injustiça da situação dos respectivos trabalhadores, permito-me formular a seguinte

Recomendação

Que, sem prejuízo das diligências desse Ministério no sentido da sensibilização das partes interessadas para a via negocial, venha, com a brevidade possível, a ser emitida uma portaria de regulamentação do trabalho devidamente actualizada, que revogue a de 1985.

***

93.07.08
R-17/91

A Sua Excelência o Secretário de Estado do Tesouro

Recomendação

No ofício nº. 4525, de 92.12.09, procº. 609/01/15 do Gabinete de Vossa Excelência, informa-se que a Recomendação que em 92.06.09 formulei, no sentido de vir a ser emanada uma medida legislativa que institua o 14º. mês para os pensionistas por acidentes de trabalho, não foi aceite.

Fundamenta-se esta posição na circunstância de tais pensionistas receberem das companhias de seguros pensões que são calculadas já em função de 14 meses de remunerações.

Mas o que é verdade é que o Decreto-Lei nº. 466/85, de 5 de Novembro, não obstante aquele argumento, criou para os pensionistas de trabalho o direito ao 13º mês.

Assim, não se me afigura lógico que, com base naquela fundamentação, se negue a esses pensionistas o 14º mês.

Isto, tanto mais quanto é certo destinar-se o subsídio de férias a fazer face às despesas suplementares (relativamente aos gastos dos demais meses que são cobertos pela pensão) que o gozo daquelas férias geralmente acarreta.

Nestes termos, permito-me insistir na Recomendação em causa, cujo objecto poderia assumir a forma de uma alteração ao artº. 2º do aludido Decreto-Lei nº. 466/85.

***

93.07.05
R-2454/92

A Sua Excelência o Secretário de Estado dos Recursos Educativos

Recomendação

I

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. Já o preâmbulo do Decreto-Lei nº. 36507, de 17 de Setembro de 1947 (cfr. nº. 13), reconhecia a insuficiência da prestação da prestação de provas em Exame de Estado para se adquirir o título de professor agregado dos liceus.

Não obstante, resolveu o Governo de então manter esta exigência, diferindo para data posterior a criação de um instituto de Ciências Pedagógicas, onde "A par do ensino e exame rigoroso dos candidatos a professores, se faça, como em institutos similares estrangeiros, investigação científica". Por assim ter acontecido, o Estatuto do Ensino Liceal, promulgado através do Decreto nº.36508, da referida data, manteve o Exame de Estado como condição de acesso a professor efectivo, auxiliar ou agregado e também, dava preferência para a nomeação de professores de serviço eventual àqueles que tivessem concluído o mesmo exame, embora, quanto a estes últimos, sem qualquer garantia de permanência.

2. Posteriormente, através do Decreto-Lei nº. 48 868, de 17 de Fevereiro de 1969, permitiu-se requerer o Exame de Estado, com dispensa da frequência do estágio, a certos profissionais com alguma experiência, ainda que lhes fosse exigida a habilitação em Ciências Pedagógicas. O Exame de Estado destes candidatos exigia a apresentação e discussão de uma dissertação e outros requisitos.

Os professores estagiários apenas gozavam do estatuto de professores de serviço eventual, devendo notar-se, porém, que se estabeleceu um regime transitório para os estagiários do ano lectivo de 1968-1969 que houvessem realizado com aproveitamento o primeiro ano de estágio, os quais poderiam assim requerer o Exame de Estado.

3. O diploma de 17 de Fevereiro de 1969 não regulou senão os estágios para os ensinos técnico-liceal e profissional e, por isso, o Decreto-Lei nº. 49 119, de 14 de Julho de 1969, criou uma estrutura congénere para o ciclo preparatório, tendo-se regulado minuciosamente o respectivo regime de estágio. Do mesmo passo, permitiu-se até à revisão do Estatuto Liceal, a dispensa da frequência do estágio com o consequente direito de requerer Exame de Estado a qualificados profissionais, embora os sujeitassem a exigentes provas.

Logo a seguir, os Decretos nºs. 49 204 (professores do ensino liceal) e 49 205 (professores do ensino técnico-profissional), ambos de 25 de Agosto de 1969, regularam também minuciosamente as exigências referentes aos estágios pedagógicos destes profissionais, tendo-se conferido à aprovação no Exame de Estado o direito à passagem, pela Reitoria do liceu normal onde o exame se realizava, do correspondente diploma. Continuou a ser assim o Exame de Estado o requisito mais elevado para se atingir o topo da carreira.

4. O Decreto-Lei nº. 302/74, de 5 de Julho, veio a dispôr que as licenciaturas professadas nas Faculdades de Ciências do ramo de formação educacional correspondiam, para todos os efeitos legais ao Exame de Estado a que atrás se fez referência, designadamente nos Decretos nºs. 49 204 e 49 205, ambos de 25 de Agosto de 1969.

Pouco tempo após (com o Decreto-Lei nº. 405/74, de 29 de Agosto) e atendendo a que, mediante Despachos do Ministro da Educação e Cultura, proferidos a título excepcional e para o ano escolar de 1973-1974, foram suspensos os Exames de Estado, ao abrigo do Decreto-Lei nº. 47 587, de 10 de Março de 1967, para a docência nos ensinos preparatório e secundário e dispensados da realização do mesmo exame, para o magistério primário os candidatos que assim o requeressem e que estivessem em condições de a este ser admitidos, considerou-se, para todos os efeitos legais como habilitados com o mesmo Exame de Estado os profissionais que no citado ano lectivo tivessem obtido aprovação no estágio a que se referia a al. b), do artº. 1º, do Decreto nº. 32 243, de 5 de Setembro de 1942 e preenchessem os requisitos exigidos no artº. 19º do Decreto-Lei nº. 43 369, de 2 de Setembro de 1960.

Igualmente, no artº. 3º foram considerados para todos os efeitos legais como habilitados com o Exame de Estado os profissionais que no citado ano lectivo tivessem obtido aprovação no estágio pedagógico para a docência no ensino preparatório ou no secundário.

Isto era da mesma forma aplicável àqueles que, tendo concluído com aproveitamento em qualquer dos dois anos lectivos anteriores o estágio para a docência no ensino preparatório ou no secundário, se encontrassem no mesmo ano escolar em condições de serem admitidos ao respectivo Exame de Estado. Logicamente, deixou de se considerar para a classificação profissional dos docentes acabados de referir a nota do Exame de Estado. Na mesma sequência, estabeleceu-se no sempre citado diploma de 29 de Agosto de 1974 o seguinte:

> "Para efeitos de contagem de tempo de serviço relativamente à concessão de diuturnidades e à determinação da valorização profissional, a data da entrada em vigor deste Decreto-Lei substitui a da aprovação no Exame de Estado". O estabelecido no inciso anterior foi determinado aplicável "àqueles que no ano escolar corrente hajam efectuado o Exame de Estado para o magistério primário, tenham ou não optado pela relevância deste".

5. O Decreto-Lei nº. 294-A/75, de 17 de Junho, veio dispôr o seguinte:

> "Artº. 1º
>
> 1 - Mantém-se em vigor o Decreto-Lei nº. 402/74, de 29 de Agosto, ao campo restrito de aplicação aos ensinos preparatório e secundário enquanto se não proceder à reestruturação do funcionamento e organização dos estágios pedagógicos para aqueles ramos de ensino.

2 - Para determinação da classificação profissional deixa de ser considerada a classificação do curso de Ciências Pedagógicas.

Artº. 2º.

O disposto no nº. 2, do artº. 3º. do Decreto-Lei nº. 405/74, de 29 de Agosto) é aplicável a todos os indivíduos que à data da entrada em vigor daquele diploma já tenham obtido aprovação no estágio para a docência no ensino preparatório ou secundário, independentemente do ano em que concluiram esta habilitação".[1]

6. Por intermédio do Decreto-Lei nº. 210/78, de 27 de Julho, que conferiu nova redacção aos artºs. 1º. e 2º. do Decreto-Lei nº. 616/76, de 27 de Julho, fez-se corresponder, para todos os efeitos legais, o Exame de Estado previsto nos citados Decretos nºs. 49 204 e 49 205, de 29 de Agosto de 1969, e no Decreto-Lei nº. 49 119, de 14 de Junho do mesmo ano, ao bacharelato em ensino conferido por universidades, institutos universitários e institutos politécnicos, tendo-se acrescentado que a vigência deste diploma cessaria no final do ano lectivo de 1980-81.

7. O Decreto-Lei nº. 423/78, de 22 de Dezembro, fez corresponder, também para todos os efeitos legais, ao Exame de Estado, as licenciaturas em ensino conferidas por universidades e institutos universitários e, desta vez, sem qualquer limitação temporal.

8. O Decreto-Lei nº. 519-TM/79, de 29 de Dezembro, fixou dois objectivos: primeiro, atenuar a mobilidade anual do pessoal docente dos ensinos preparatório, secundário e médio e, depois, reformular o sistema de estágios. Apesar deste último objectivo, existiu a preocupação de não modificar o regime anteriormente exposto, já que apenas revogou o Decreto-Lei nº. 169-A/77, de 29 de Abril. Isto, por um lado. Por outro, refere-se em algumas das suas disposições a "efectivação" sem se exigir do mesmo passo qualquer exame de Estado (cfr. 45º e 46º, designadamente).

Acresce ainda que, anteriormente, o Despacho nº. 21/78, de 5 de Julho (DR. II Série, nº. 159) expressamente havia determinado "serem considerados profissionalizados para todos os efeitos legais, desde 17 de Julho de 1975, data da entrada em vigor do mencionado Decreto-Lei nº. 294-A/75, os docentes que ao abrigo deste diploma foram

---

[1] No qual se afirma: "O disposto no número antecedente é igualmente aplicável aos indivíduos que tendo concluído com aproveitamento em qualquer dos dois anos lectivos anteriores, o estágio para a docência no ensino preparatório ou no secundário, se encontrassem, no presente ano escolar, em condições de ser admitidos ao respectivo Exame de Estado". Por seu turno, no número antecedente pode ler-se: "são considerados para todos os efeitos legais, como habilitados com o Exame de Estado os indíviduos que no ano lectivo de 1973-74, tenham obtido aprovação no estágio pedagógico para a docência no ensino preparatório ou no secundário".

considerados habilitados com Exame de Estado para os ensinos preparatórios ou secundário".

É perfeitamente inadmissível que o Governo não tivesse considerado este Despacho normativo e, por isso, não tivesse incluído qualquer disposição no sentido de terminar com a interpretação inserida no citado Despacho.

9. Feito este excurso histórico - legislativo, ninguém o poderá pôr em dúvida que imediatamente após a revolução de 25 de Abril de 1974 o Exame de Estado foi primeiramente suspenso e depois eliminado, por o mesmo ter sido considerado inadequado ou obsoleto. Todavia, como decorre do exposto, existiu sempre a preocupação de estabelecer um regime substitutivo para o Exame de Estado por forma a criar condições para a protecção na carreira.

10. O Decreto-Lei nº. 139-A/90, de 28 de Abril, "optou por fazer aprovar um Estatuto da Função Docente, nele incluindo disposições relativas a toda a vida profissional do docente, desde o momento do seu recrutamento até à cessação de funções, designadamente por limite de idade" e o respectivo preâmbulo acrescenta ainda ter-se procedido "numa óptica de modernização da gestão dos recursos humanos da docência e com a preocupação simultânea da revisão e substituição da legislação em vigor, dispersa por inúmeros diplomas, que, oriundos de vários Governos, não têm neste momento uma linha condutora coerente e uniforme". O mesmo preâmbulo explica que, "em matéria de carreira docente, afirmada que foi, pelo Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, a sua natureza de carreira única e o respectivo desenvolvimento em escalões de progressão e de promoção, o Estatuto, para além de remeter para o mencionado diploma legal, define as condições do acesso na carreira e a intercomunicabilidade com as carreiras do regime geral". Por outro lado, revela-se que se introduz uma inovação de fundo consistente "na consagração da necessidade da avaliação do desempenho dos docentes (...) da qual passa a depender a progressão na carreira".

11. Este Decreto-Lei que aprova o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, revoga expressamente o diploma matricial do Exame de Estado, ou seja, o Decreto nº. 36 508, de 17 de Setembro de 1947, mas nos artºs. 128º e 129º do Estatuto existiu a preocupação de dispensar alguns docentes quer da apresentação do trabalho de natureza educacional, quer da própria candidatura.

Estes docentes são precisamente os educadores de infância, os professores do ensino primário e os professores dos ensinos preparatório e secundário que não tivessem realizado as provas de Exame de Estado previstas no Decreto nº. 36 508 de 17 de Setembro de 1947, nem tivessem satisfeito os requisitos da legislação subsequente a este diploma (dispensa de apresentação de trabalho de natureza educacional), desde que, e para efeitos de candidatura ao 8º escalão da carreira, tivessem 25 ou mais anos de serviço docente ou equiparado à data da transição para a nova estrutura da carreira. Mais

eram também e logicamente, os professores dos ensinos preparatório e secundário que tivessem realizado as referidas provas com sucesso na mesma data, possuindo menos de 25 anos de serviço docente ou equiparado.

Relativamente à dispensa de candidatura, o artº. 129º do mesmo Estatuto concede-a aos seguintes profissionais:

> a) aos professores dos ensinos preparatórios e secundário que tivessem realizado com sucesso as provas do Exame de Estado, cumprindo os requisitos da legislação subsequente e que à mesma data possuissem 25 anos ou mais de serviço docente ou equiparado - isto, para efeitos de progressão ao 8º escalão, progredindo ao 9º, em 1992;
>
> b) aos educadores de infância e aos professores do ensino primário que, à mesma data, possuissem 29 ou mais anos de serviço docente ou equiparado - isto, para efeitos de promoção ao 8º escalão, com progressão 9º em 1993 ou, então, exclusivamente para efeitos de aposentação em 1992;
>
> c) aos professores dos ensinos preparatório e secundário que, sempre à mesma data, possuissem 29 ou mais anos de serviço, progredindo ao 9º escalão em 1991 ou 1992, consoante tivessem ou não realizado com sucesso as provas do extinto Exame de Estado e satisfeito as exigências da legislação subsequente;
>
> d) aos professores referidos na al. anterior com grau de licenciado, foi-lhes concedida a progressão ao 10º escalão em 1992 ou 1993, conforme tivessem ou não realizado com sucesso as provas de Exame de Estado e aquelas exigidas na legislação posterior.

12. O Decreto-Lei nº. 120-A/92, de 30 de Junho, reconhecendo que o diploma legal nº. 409/89, de 18 de Novembro (aprovador das escalas indiciárias para vigorar para os docentes a partir 1 de Janeiro de 1991 e de 1 de Janeiro de 1992 e das normas de estrutura da nova carreira docente indispensáveis à viabilização da transição), impôs condições, para o futuro, relativamente à progressão nos escalões, veio estabelecer um regime excepcional para o ano de 1992 por não ter sido possível regulamentar, a tempo, as matérias relativas à avaliação do desempenho e formação. Trata-se, como nele se diz, de diploma de natureza transitória.

13. Vossa Excelência, com o ofício que foi dirigido ao Provedor de Justiça (of. nº. 001504, com data de 2 de Novembro do ano findo) teve a amabilidade de me remeter dois Despachos: Despacho conjunto nº. 27-I/SERE/SEEBS/92, de 24 de Outubro e Despacho apenas de V. Exa. com data do dia anterior.

Interessa fundamentalmente considerar o segundo, já que o primeiro consistiu numa decorrência deste.

Salvo o devido respeito, o parecer em que V. Exa. se baseia e homologou não tem o mínimo fundamento, pois verifica-se de toda a evolução legislativa descrita do nº. 4 ao nº. 9 da presente Recomendação que o Exame de Estado foi primeiramente suspenso e depois extinto, sendo substituído por outras provas de qualificação. Não se argumente em sentido contrário com o facto de só ter havido uma revogação expressa do decreto matricial do Exame de Estado (Decreto nº. 36 507, de 17 de Setembro de 1947) em 28 de Abril de 1990 (artº. 6º, do Decreto-Lei nº. 139-A/90), pois, parte daquele diploma, como se viu e ficou exuberantemente demonstrado, ao que se pensa, não funcionava, precisamente na vertente do Exame de Estado. E tanto assim é que no Estatuto da Carreira Docente existiu a preocupação salutar de, nas disposições transitórias, ressalvar as situações dos profissionais que anteriormente a 25 de Abril de 1974 haviam já obtido aprovação em Exame de Estado e também aquelas que resultam da aprovação em provas pedagógicas ou outras fixadas como substitutivas daquele exame. Na verdade, não faria qualquer sentido que não se contemplasse a situação dos professores dotados com o referido Exame de Estado, enquanto ele existiu evidentemente, nem o dos docentes que posteriormente à sua suspensão e eliminação, cumpriram as exigências da "legislação subsequente".

14. Interpretação diversa da exposta, relativamente aos artºs. 128º e 129º do Estatuto, conduziria a uma flagrante violação dos princípios constitucionais da confiança na unidade da ordem jurídica e da igualdade, inscritos na Constituição da República Portuguesa (artºs. 2º e 13º, respectivamente).

Acresce ainda que não é por Despacho que se torna possível, "com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar" um preceito legal (cfr. 115º, nº. 5, da C.R.).

15. Observou-se, em primeiro lugar, que a interpretação da expressão "legislação subsequente", contida nos artºs. 128º e 129º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei nº. 139-A/90, de 28 de Abril, colidiria com o princípio da confiança na unidade da ordem jurídica, o qual encontra consagração constitucional por via do artº. 2º. Na verdade, a confiança legítima nas normas pelos seus destinatários, revela-se como um dos principais corolários da garantia do Estado de Direito, enunciada naquele preceito.

Com efeito, as sucessivas equiparações à habilitação conferida pelo exame nos termos supra expostos, não pode deixar de criar na comunidade uma expectativa jurídica legítima, pelo menos.

A situação jurídica de um professor equiparado para todos os efeitos legais à habilitação com o Exame de Estado consolidou-se no ordenamento com a suspensão e extinção daquela prova.

Naturalmente, é permitido ao legislador dispôr para o futuro de modo diverso, reintroduzindo até, porventura, o Exame de Estado ou uma prova semelhante. Permite-

se-lhe, igualmente, dispôr sobre situações constituídas no passado, cuja vigência se prolongue até ao momento presente.

Não poderá, contudo, sob pena de violação do citado princípio da confiança, destruir efeitos inegavelmente alcançados em momento anterior e ali se esgotando.

Tal é o caso do efeito de equiparação global determinado por via do Decreto-Lei nº. 302/74, de 5 de Julho, do Decreto-Lei nº. 405/74, de 19 de Agosto, do Decreto-Lei nº. 423/78, de 22 de Dezembro, todos eles confrontados pela redacção do Despacho nº.21/78, de 5 de Julho.

Assim, e ao que tudo indica, mais que uma expectativa jurídica legítima por parte dos professores equiparados ao Exame de Estado, viram estes constituindo nas suas esferas jurídicas um verdadeiro e próprio direito público, o qual não deixará de oferecer a reacção que a Constituição lhes garante contra manifestações intoleradas de retroactividade.

E se é certo que a proibição da retroactividade não encontra contornos absolutamente explícitos na Constituição senão quanto à força do caso julgado (artºs. 208º, nº. 2 e 282º, nº. 3) e quanto à protecção de direitos, liberdades e garantias (artº. 18º, nº.3), encontra no artº. 2º um limite quanto aos casos de retroactividade intolerada, como é o caso em questão, na medida em que se reporta a situações jurídicas encerradas no passado. Ao aferir a tolerabilidade de uma disposição retroactiva não deixará certamente a Justiça constitucional de observar a previsibilidade dos cidadãos na permanência dos comandos legislativos, tal como efectuará o balanço entre as vantagens obtidas pelo interesse público e o sacrifício infligido aos cidadãos que confiaram na estabilidade do ordenamento e da protecção assegurada às suas situações jurídicas profissionais.

16. Afirmou-se também ser o referido Despacho incompatível com o princípio da igualdade que a lei e a sua interpretação devem proporcionar a todos os cidadãos.
Ora, sem prejuízo da equiparação para todos os efeitos legais que a legislação fez surtir entre diversas situações e a habilitação com Exame de Estado, sempre se dirá que o acesso a esta prova, logo após a sua suspensão, ficou vedado a todos quantos dele careciam para evolução favorável das suas carreiras.

Pretender fixar um tratamento mais desfavorável para pessoas às quais não foram conferidas oportunidades de se encontrarem em situação diversa, não só é paradoxal, como reflecte uma actuação arbitrária e discriminatória.

Isto é, se foi reconhecida a relevância do aproveitamento com sucesso em provas de Exame de Estado para o acesso a determinado escalão, não só há-de reconhecer-se a igualdade obtida por equiparações, como também há-de observar-se a manifesta impossibilidade jurídica, depois de determinada data, na realização daquelas provas.

Repare-se bem que esta impossibilidade resultou, não de condições subjectivas de cada um dos docentes, não de circunstancialismos de facto alheios à ordem jurídica, mas de

uma determinação imperativa, primeiro de suspender e, logo, após, de extinguir a sempre referida prova.

17. Atende-se, por fim na desconformidade entre o citado Despacho interpretativo de V. Exa., datado de 23 de Outubro do ano findo e a regra constitucional do artº. 115º, nº. 5.

Ao ser esclarecido o âmbito de aplicação dos artºs. 128º e 129º do Estatuto da Carreira Docente, bem como do artº. 3º e da al. a) do artº. 4º, do Decreto-Lei nº. 120-A/92, de 30 de Junho, por Despacho de V. Exa. estão a interpretar-se com repercussão directa nas esferas jurídicas dos interessados, preceitos contidos em actos legislativos.

O conceito de "legislação subsequente" - o qual não será, em rigor, o de legislação com objectivo idêntico - verá a sua interpretação confiada aos Tribunais (artºs. 205º e segs. da C.R.) ou a acto legislativo (artº. 115º, nº. 1, da lei fundamental).

De acordo, aliás, com a melhor doutrina, o artº. 115º, nº. 5, da Constituição, impede inequivocamente toda a interpretação autêntica que seja levada a cabo por actos normativos não legislativos, como é o Despacho de V. Exa. "salvo nos casos expressamente previstos na Constituição (cfr. artº. 172º), uma lei só pode ser afectada na sua existência, eficácia ou alcance por efeito de uma outra lei "CANOTILHO J. GOMES e MOREIRA VITAL-*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª. ed. Coimbra, 1993, fls. 510).

II

Conclusões

Face ao exposto e nos termos do artº. 20º, nº. 1, als. a) e b), da Lei nº. 9/91 de 9 de Abril):

1º. Recomendo a V. Exa. que, com a maior urgência, revogue o seu Despacho de 23.10.92, pelo qual homologou o Parecer nº. 6/92 produzido pela Auditoria Jurídica do Ministério da Educação em 18.02.1992 e ordene aos respectivos serviços a reconstituição de tudo o que se processou anteriormente nas respectivas carreiras, tendo em conta que a interpretação feita naquele acto ofende claramente os citados preceitos constitucionais.

2º. Recomendo igualmente que seja considerado como legislação subsequente o conjunto de todos os diplomas substitutivos do Exame de Estado criados após 25 de Abril de 1974 e que ficaram descritos na exposição de motivos precedente.

3º. Solicito também que nos termos do artº. 29º, nº. 4, da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, V. Exa. me informe, COM URGÊNCIA, no prazo de quinze dias, sobre medidas eventualmente já tomadas quanto à situação em análise, sem embargo da observância do prazo previsto no artº. 38º, nº. 2, do mesmo diploma, quanto ao acatamento da Recomendação ora fundada.

4º. A não se proceder pela forma exposta, vejo-me obrigado a pedir a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas nos artºs. 128º e 12º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei nº. 139-A/90, de 28 de Abril, modificadas pela norma interpretativa do citado Despacho de V. Exa.

***

93.06.02
R-213/91

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

Em resultado do estudo elaborado acerca do problema exposto por um reclamante ao Provedor de Justiça, concluí não ser isento de dúvidas o alcance da norma estatuída na al. c) do nº. 1 do artº. 4º do Decreto-Lei nº. 701-B/76, de 29 de Setembro (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 757/76, de 21 de Outubro), em matéria de inelegibilidade para os órgãos do poder local.

Com efeito, na sua versão originária aquela norma dispunha que não podiam ser eleitos para os órgãos do poder local "os agentes e funcionários da autarquia respectiva".

Com efeito, na sua versão originária aquela norma dispunha que não podiam ser eleitos para os órgãos do poder local "os agentes e funcionários da autarquia respectiva".

Mas essa redacção veio a ser alterada pelo Decreto-Lei nº. 757/76, donde resultou que passaram a não poder ser eleitos para os órgãos do poder local "os funcionários dos órgãos representativos das freguesias ou dos municípios".

Constatando-se, pois, que a primitiva redacção da norma em causa abrangia expressamente os funcionários e agentes da autarquia respectiva, enquanto que a nova letra do mesmo preceito passou a referir-se apenas, e de modo expresso, aos funcionários dos órgãos representativos das freguesias ou dos municípios, poder-se-ía questionar se a supressão do vocábulo agentes na nova redacção da mencionada norma visou, ou não, excluir da inelegibilidade nela prescrita os agentes não funcionários dos órgãos representativos das autarquias locais, restringindo-a aos funcionários daqueles órgãos.

Sobre o assunto já se pronunciou, entretanto, o Tribunal Constitucional, que, havendo analisado a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma vertida na al. c) do nº. 1 do artº. 4º Decreto-Lei nº. 701-B/76 (na redacção do Decreto-Lei nº. 757/76), entendeu, em síntese:

> "Que a inelegibilidade estabelecida pelo artº. 4º, nº. 1, al. c), do Decreto-Lei nº. 701-B/76, na redacção do Decreto-Lei nº.757/76, opera unicamente no âmbito da respectiva autarquia, ou seja; respeita unicamente à eleição do órgão autárquico de que o cidadão é "funcionário", ou de outro órgão da mesma autarquia [...]; que essa inelegibilidade abrange apenas os "funcionários" da administração autárquica directa, dela estando excluídos, por conseguinte, os "funcionários" da administração autárquica indirecta [...]; mas atinge, nessa zona da administração autárquica, tanto os funcionários em sentido estrito, como os simples agentes

> com vínculo permanente; que tal inelegibilidade, com o âmbito territorial e pessoal de aplicação acabado de descrever, se explica pelo objectivo de preservar e garantir a "independência" e a imparcialidade do poder local; que este objectivo tem perfeito cabimento e justificação constitucional". (Acórdão publicado no Diário da República, II Série, de 7 de Fevereiro de 1986).

Assim o Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade do visado preceito normativo.

Não faltaram, porém, opiniões que, embora não tendo feito vencimento, divergiram do entendimento firmado no aludido Acórdão àcerca do âmbito pessoal de aplicação do preceito estatuído na al. c) do nº. 1 do artº. 4º do Decreto-Lei nº. 701-B/76 (na redacção do Decreto-Lei nº. 757/76), antes propugnando que ele se refere exclusivamente a funcionários em sentido estrito, ou seja, aos indíviduos que, vinculados a órgãos autárquicos por uma relação jurídica de emprego público, integram os respectivos quadros.

E assim o expenderam considerando que para tanto apontava a história da citada norma legal, cuja versão originária se referia a funcionários e agentes, e cuja redacção, depois de modificada, passou a aludir apenas a funcionários; além disso, o único entendimento capaz de conferir sentido útil à apontada alteração (harmonizando-se com a diversa natureza dos conceitos de funcionários e agentes) seria aquele que considera abrangidos pela inelegibilidade em causa tão sómente os funcionários e não já os agentes administrativos.

Entretanto, o invocado Acórdão do Tribunal Constitucional, ao entender que a indicada inelegibilidade não atinge apenas os funcionários em sentido estrito, acolheu, porém, uma distinção entre agentes com vínculo permanente e agentes sem vínculo permanente, para concluir que sómente os primeiros, e não também os últimos, se acham abrangidos pela inelegibilidade determinada na al. c) do nº. 1 do artº. 4º do Decreto-Lei nº. 701-B/76 (na redacção do Decreto-Lei nº. 757/76).

Poder-se-á questionar, todavia, se o objectivo de preservar e garantir a independência e a imparcialidade do poder local - objectivo esse visado pela aludida norma - não se mostrará susceptível de ser colocado em crise, no tocante a certos agentes que não se encontram ligados ao respectivo órgão autárquico por um vínculo profissional de carácter permanente, em termos semelhantes àqueles em que tal poderá ocorrer no que tange a agentes que se acham ligados ao mesmo órgão autárquico por um vínculo daquela natureza.

Trata-se, aliás, de aspecto que também foi abordado numa das declarações de voto constantes do mencionado Acórdão, nela se havendo posto em dúvida, no plano legal, a distinção operada entre agentes com e sem vínculo permanente à autarquia respectiva.

Ora, não cabe ao Provedor de Justiça resolver sobre os precisos contornos do âmbito pessoal de aplicação da inelegibilidade em causa.

Considerando, porém, as dúvidas suscitadas àcerca de tal problema, e posto que essas dúvidas não se mostram total e inequivocamente eliminadas pela interpretação que o Tribunal Constitucional deu ao questionado preceito legal, adequada se torna a respectiva clarificação normativa.

Assim, tendo em vista o disposto na al. j) do artº. 167º da Constituição, e ao abrigo da competência consignada na al. b) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, tenho por bem submeter o assunto à consideração da Assembleia da República, formulando Recomendação no sentido da clarificação normativa do preceito actualmente contido na al. c) do nº. 1 do artº. 4º do Decreto-Lei nº. 701-B/76 (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 757/76), v.g. em sede de próxima revisão do quadro jurídico respeitante às eleições dos titulares dos órgãos do poder local.

***

93.08.19
I.P.-31/93

À Comissão Nacional das Provas Específicas de acesso ao Ensino Superior

Recomendação

I

Exposição e Motivos

1. Das alterações recentemente aprovadas em matéria de acesso ao ensino superior resultou um sistema dualista composto por um exame nacional (prova de aferição) e por provas específicas de selecção para cada uma das instituições de ensino.

De acordo com esta opção do legislador foram definidos os traços gerais do regime de acesso ao ensino superior, através da publicação do Decreto-Lei nº. 189/92, de 3 de Setembro. Restava, pois, regulamentar tal diploma em vários aspectos, designadamente no tocante à prova de aferição e às provas específicas.

Quanto ao primeiro aspecto, foi aprovado pelo Ministro da Educação o regulamento respeitante ao ano de 1993, pela Portaria n. 266-A/93, de 10 de Março. Quanto às provas específicas, tal competência regulamentar fora confiada, nos termos do artº. 15º, do já mencionado Decreto-Lei nº. 189/92, ao órgão destinatário da presente Recomendação. Tal competência é confinada, porém, à definição das regras técnicas sobre organização, realização e classificação das provas específicas.

Neste sentido, a Comissão Nacional das Provas específicas de Acesso ao Ensino Superior, invocando a referida competência, deliberou em 25 de Fevereiro de 1993 a aprovação de um conjunto de normas para as provas a realizar no ano em curso.

2. O texto da deliberação, publicado em *Diário da República* (II Série, de 8 de Abril de 1993, pág. 3799), contém uma norma que pelo seu conteúdo não poderia deixar de justificar a intervenção do Provedor de Justiça. Reporto-me à parte final do nº. 4.3 da deliberação.

Com efeito, a propósito da reclamação da classificação, já cingida a aspectos técnicos ("erro de cálculo ou omissão de classificação parcial"), ali se afirma que o "reclamante não terá direito a consulta ou cópia da prova", contrariamente ao que expressamente é garantido para a prova de aferição (cfr. artºs. 24º e segs. do respectivo regulamento, aprovado pela Portaria nº. 266-A/93, de 10 de Março).

Não fora a manifesta ilegalidade material da norma em questão e seria até de admitir a discussão sobre se este aspecto merece ou não ser incluido nas regras técnicas para cuja definição é competente a Comissão.

3. Com efeito, vedar a consulta de uma prova quer presencialmente, quer mediante cópia, a quem a realizou, restringe de forma acentuada as garantias de objectividade e homogeneidade na avaliação e atribuição das classificações definidas no artº. 16º, nº. 1, al. b), do Decreto-Lei nº. 189/92, de 3 de Setembro.

4. Há-de reconhecer-se, por outro lado, como perfeitamente incongruente o facto de a lei conferir um direito de reclamação das classificações aos estudantes sem que estes possam ter acesso ao objecto da própria reclamação. A incongruência é tanto mais significativa quanto a matéria da reclamação foi reduzida aos aspectos de cotação. Em caso algum será legítimo exigir ao reclamante que se recorde fielmente da prova produzida e muito menos que possa arguir um erro de cálculo ou a omissão parcial de uma classificação sem qualquer espécie de consulta.

A norma em apreço viola assim também, nos termos expostos, o citado direito de reclamação, consagrado quanto às provas específicas no artº. 15º, nº.1, al. f), do Decreto-Lei nº. 189/92, de 3 de Setembro.

5. As normas regulamentares, exceptuando o caso dos regulamentos autónomos, são simples normas de execução da lei. Não podem, como tal, dispor contra a lei, muito menos contra a lei que visam concretizar. Por isso, o legislador não se furtou a criar um meio contencioso de impugnação de normas regulamentar (cfr. artºs. 63º. e segs. da *Lei do Processo nos Tribunais Administrativos*, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 267/85, de 16 de Julho), por forma a garantir o princípio da legalidade na actuação da

Administração Pública, o qual se inscreve no artº. 266º, nº. 2, da Constituição e no artº. 3º do Código do Procedimento Administrativo.

6. Aliás, a norma regulamentar visada colide com outras disposições do Código do Procedimento Administrativo, já que faz ceder o direito à informação por parte dos administrados (vd. artº. 62º, nº. 1, quanto à consulta), assim como o princípio da administração aberta (artº. 65º, CPA).

7. Sem qualquer dificuldade, pode observar-se serem as referidas normas do Código do Procedimento Administrativo verdadeiras concretizações de direito fundamentais dotados de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias. Assim, estão em causa, essencialmente os direitos contidos nos nºs. 1 e 2, do artº. 268º do texto constitucional, isto é, o direito à informação e o direito de acesso a todos os documentos por parte dos administrados.

Admite a Constituição, contudo, certas restrições a estes direitos - "matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas". O certo, porém, é que nenhum destes valores está ou poderia estar em causa de modo a justificar a proibição de consulta de uma prova lectiva.

II

Conclusão

O regulamento aprovado em 25 de Fevereiro de 1993 pela Comissão Nacional das Provas Específicas de Acesso ao Ensino Superior (Edital nº. 1/93, DR, II Série, 08.04.1993), na parte onde se afirma que "**o reclamante não terá direito a consulta ou cópia da prova**", é inválido por dispor contrariamente à lei que executa (o Decreto-Lei nº. 189/92, de 3 de Setembro), por violar os artºs.61º. e 65º. do Código do Procedimento Administrativo e por ofender duas normas constitucionais (as normas contidas nos nºs. 1 e 2, do artº. 268º).

Assim, face ao exposto e no uso das competências que me são conferidas pelo Artº, nº. 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, **Recomendo:**

1º. A revogação da citada norma, através de nova deliberação da Comissão.

2º. A Comissão desta decisão a todos os estabelecimentos de ensino superior onde se realizem provas específicas, por forma a impedir que apesar da revogação subsistam situações de inibição de consulta de provas ou de obtenção de cópias.

***

93.08.30
I.P.-31/93

À Comissão Nacional das Provas Específicas de acesso ao Ensino Superior

Recomendação

1. Registei, com apreço, a boa vontade e espírito de colaboração dessa Comissão no tratamento da minha Recomendação de 19 de Agosto p.p..

Recebida a resposta dessa Comissão, com o conteúdo de uma sua deliberação de 26 de Agosto findo, regozijo-me com a maleabilidade dessa Comissão e o empenho demonstrado em reparar soluções injustas e ilegais.

No entanto, julgo que a reparação da situação anterior é incompleta, existindo alguns pontos que não posso deixar sem reparo, pelo que, no uso das minhas atribuições de defesa dos cidadãos, da constitucionalidade e da legalidade de actuação dos poderes públicos, e da competência prevista no artº. 20º, nº. 1, al. a), da Lei nº. 9/91 de 9 de Abril, venho por este meio formular nova Recomendação no sentido de um melhor e mais completo acatamento da minha anterior Recomendação, que mais não é do que a reposição da legalidade.

2. Embora os pontos 4 a 6 da deliberação dessa Comissão formalmente pareçam respeitar o teor da minha recomendação, julgo que há uma inversão da ordem procedimental.

Assim não parece curial exigir-se ao aluno reclamante um desembolso prévio da taxa de revisão da prova sem que ele tenha já consultado a prova e verificado se existem ou não erros susceptíveis de levarem à alteração da classificação da prova. Na marcha processual, prevista nesta decisão, o aluno só após desembolsar uma quantia avultada poderá verificar se está em condições de obter sucesso na sua reclamação, pelo que a decisão de reclamar, prevista no ponto 4, continua a assemelhar-se muito a uma aposta no vazio.

A possibilidade, constitucional e legalmente garantida, de acesso dos cidadãos aos documentos constantes dos seus processos, como já tive ocasião de referir na minha anterior Recomendação, não se prende com qualquer reclamação prévia no âmbito do procedimento em causa.

A minha Recomendação neste ponto é a que se adite ao nº. 6 a possibilidade de desistência da reclamação, com devolução da taxa já paga.

3. A possibilidade de consulta concedida aos reclamantes no ponto 5, se bem que constituindo um grande avanço face ao regime anterior, é, ainda, claramente insuficiente, quer em termos de justiça da situação, quer em termos de legalidade.

Em termos de justiça da situação, é de notar que as condições oferecidas ao aluno para consulta da prova são bastante restritivas, sendo apenas compreensíveis face à definição, claramente ilegal, que o edital 1/93 dessa Comissão, de 8 de Abril, faz do âmbito da possibilidade de reclamação.

Em termos da legalidade, é de notar que o artº. 62º, nº. 1, do Código de Procedimento Administrativo refere, de modo bastante evidente, que, para além da consulta do processo, possam os interessados obter "certidões ou reproduções autenticadas".

Deste modo, impõe-se que essa Comissão, mais do que permitir a consulta nos termos do ponto 5 da vossa deliberação, cumpra a lei, como está obrigada, facultando as reproduções da prova aos interessados.

Não se discute, é claro, a possibilidade, como admita o próprio artº. 62º, 1, in fine, do Código de Procedimento Administrativo, de cobrança de uma taxa pelo serviço prestado que, obviamente, não pode corresponder à taxa devida pela reclamação e que deve ser adequada ao serviço efectivamente prestado de passagem da reprodução.

4. Finalmente, não posso deixar em claro dois aspectos que ressaltam do ponto 11 da deliberação dessa Comissão.

Não aceito os termos em que esse ponto está redigido, na medida em que parece convidar o júri de classificação das provas a não alterar as classificações primitivas.

Em segundo lugar, não aceito qualquer responsabilidade nas consequências das atribulações por que passou e está a passar este processo de candidatura ao Ensino Superior. Se, por um lado, não fui eu a estabelecer uma regulamentação inconstitucional, ilegal e injusta, maxime violadora de alguns direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, por outro lado, julgo que um pequeno atraso no início do ano lectivo do 1º. ano do Ensino Superior será vastamente compensado pela maior justeza e transparência do processo que a ele conduz.

5. Julgo inútil estabelecer qualquer prazo para a resposta dessa Comissão, já que Vossa Excelência, melhor que ninguém, sabera apreciar a urgência de solucionar as questões expostas.

Nestes termos, face ao exposto e no uso das competências que me são conferidas pelo artº. 20º, nº.1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, Recomendo:

> 1º. a admissão da possibilidade de passagem de certidões ou reproduções autenticadas das provas a todos os interessados que as requeiram;
>
> 2º. a possibilidade da consulta do processo e da obtenção de certidões antes da formulação da reclamação, ou, em alternativa, a possibilidade de desistência da intenção de reclamação, com devolução integral da taxa entregue, deduzida das despesas eventuais com as certidões ou reproduções fornecidas.

***

93.06.01
R-3261/91

A Sua Excelência o Secretário de Estado dos Recursos Educativos

Recomendação

Exposição e Motivos

1. A partir do início da vigência do Decreto-Lei nº. 290/75, de 16 de Junho, a carreira do pessoal docente do ensino básico, preparatório e secundário passou a desenvolver-se segundo um regime faseado.

O último diploma de acordo com este regime foi o Decreto-Lei nº. 100/86, de 17 de Maio. A carreira ficou estruturada em seis fases para os professores dos ensinos preparatório e secundário (artº.1º, nº. 1) e no mesmo número de fases para os professores do ensino primário e educadores de infância artº.2º, nº. 1). Este regime assentava, ainda, na diferenciação de categorias através de níveis de qualificação, pelo que os vencimentos se diferenciavam de acordo com as habilitações de cada um dos docentes.

2. O Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, introduziu alterações consideradas como estruturantes na referida carreira dos citados graus de ensino. Assim, o regime de fases foi eliminado passando a adoptar-se um outro, por escalões, sendo certo que na vigência do regime jurídico referido em 1. existiam seis fases e no novo regime dez escalões. Isto, por um lado. Por outro, enquanto no primeiro a progressão pelas seis fases dependia apenas do tempo de serviço prestado (exeptuando o acesso às 5ª. e 6ª. fases, dentro do nível de qualificação 1, que exigia, respectivamente, habilitação

académica de grau superior de pelo menos, licenciatura[1], já no segundo, a progressão pelos referidos escalões depende não só do decurso do tempo de serviço efectivamente prestado em funções docentes, como também da avaliação do desempenho e da frequência com aproveitamento de módulos de formação (artº. 9º, nº.1, do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro).

Outra diferença entre os dois regimes consiste no prolongamento da duração da carreira que de 25 passa para 29 anos. Estas diferenças de regime tiveram também repercussões ao nível salarial.

3. O diploma de 18 de Novembro de 1989, no seu artº. 10º, veio dispôr que o acesso dos docentes ao 8º. escalão passava a depender de aprovação em processo de candidatura a formular no decurso dos 6º ou 7º escalões e em termos a regulamentar mediante portaria do Ministro da Educação, acrescentando-se que a produção de efeitos da candidatura só se verificaria depois de concluído o módulo de tempo de serviço prestado para o 7º. escalão. Acresce que o artº.1º deste diploma de 1989, para acesso ao último escalão, veio exigir a qualificação de docentes profissionalizados com grau de licenciado ou com habilitação académica superior, prevendo-se ainda esta última ascensão para os bacharéis que entretanto tivessem adquirido formação complementar equiparável à licenciatura ou a habilitação superior, em termos a regulamentar por portaria.

4. Se o diploma de 1989 não se referisse a uma carreira existente, isto é, se dispusesse apenas para uma futura carreira, nenhum problema de injustiça relativa se levantaria. Só que assim não aconteceu e, por isso, o capítulo IV do sempre mencionado diploma de 1989 procurou disciplinar as situações desenvolvidas e constituídas na vigência do regime anterior. E foi nesta tentativa que se verificaram resultados manifestamente injustos, tendo em conta o disposto nos capítulos fundamentais do novo regime (capítulos II e III).

Assim, e considerando que no regime anterior o topo da carreira se atingia com 25 anos e que a progressão se verificava tendo em conta, fundamentalmente, o decurso do tempo, o legislador sentiu a necessidade de tratar nas disposições transitórias das respectivas transições, mas fê-lo por forma desastrada.

5. O parecer do Prof. Dr. Sérvulo Correia resume em dois quadros as situações dos dois regimes e, por isso, se dão por transcritos.

6. Destes quadros resulta imediatamente uma não correspondência entre os professores antigos, no que respeita aos anos de serviço e os novos, ou sejam, aqueles que iniciam a carreira na vigência da lei nova.

---

[1] Cfr. nº. 1 da pág. 1 do parecer do Prof. Dr. Sérvulo Correia em anexo

É que a situação dos primeiros nunca poderá ser a mesma dos mais novos, tanto no que se refere à experiência pedagógica como aos anos de serviço prestados.

Todavia, o referido regime transitório não faz qualquer diferença entre os dois estatutos de professores, já que, como se refere no parecer anexo (vd. pág. 12), são fixados os mesmos escalões e as mesmas escalas indiciárias para as duas situações. De onde, e procurando concretizar um pouco mais, resultam ordenados iguais para professores com "notáveis diferenças de anos de serviço prestado e de conhecimentos pedagógicos adquiridos".[2]

A antiguidade que era praticamente o único critério atendido no regime anterior para a progressão na carreira, continua a ser primordial, ainda que não exclusivo, no novo regime, mas nas normas de direito inter-temporal deixa-se de parte o critério do número de anos de serviço prestado para operar a transição.

7. Em face do exposto nos nºs. 4. a 6. precedentes, parece bem clara a infracção ao princípio da igualdade inscrito nos artºs. 13º e 59º, nº. 1 al. a), da Constituição (nas suas vertentes da proibição do arbítrio e da obrigação de diferenciar).

8. De facto, os quadros atrás transcritos mostram terem sido mais atingidos os dois extremos da carreira, ou sejam, os professores do ensino básico e os que já se encontravam na parte final das carreiras, nomeadamente aqueles que já tenham atingido o seu topo.

É certo que o artº. 24º parece ter tido a intenção de atenuar a referida desigualdade, mas para pouco servirá por fixar uma data arbitrária e um limite de dois anos, tornando-se, assim, pouco significativo e, sobretudo, insusceptível de retirar a infracção ao princípio da igualdade mencionado.

9. Ainda é de considerar um outro tipo de inconstitucionalidade quanto ao regime de transição, ou seja, a inconstitucionalidade orgânica. Na verdade, o artº. 36º, nº. 2, da lei de bases do sistema educativo (Lei nº. 46/86, de 14 de Outubro) prescreve o seguinte:

> "A progressão na carreira deve estar ligada à avaliação de toda a actividade desenvolvida, individualmente ou em grupo, na instituição educativa, no plano da educação e do ensino e da prestação de outros serviços à comunidade, bem como às qualificações profissionais, pedagógicas ou científicas".

Ora, o regime de transição atrás analisado infringe este preceito na medida em que não dá relevo às diferentes qualificações dos professores no desenvolvimento da sua carreira, tal como já se disse.

---

[2] cfr. a doutrina e a jurisprudência citados no parecer anexo, designadamente, a pág. 14 e 15.

A ser assim e porque as bases do Sistema de Ensino são da reserva absoluta da competência da Assembleia da República - artº.167º, al. e), da Constituição - o Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, infringe o citado preceito constitucional.[3]

10. Por seu turno, o Decreto-Lei nº. 184/89, de 1 de Junho (diploma autorizado pela Assembleia da República, o qual fixa alguns princípios do regime jurídico da função pública), no seu capítulo IV (princípios gerais sobre remunerações) estabelece a regra da chamada equidade interna, assim definida:

> "A equidade interna visa salvaguardar a relação de proporcionalidade entre as responsabilidades de cada cargo e as correspondentes remunerações e, bem assim, garantir harmonia remuneratória entre cargos no âmbito da Administração".

Procurou-se, por esta forma, estabelecer justiça relativa nas remunerações, ou seja, procurar um critério para respeitar o princípio constitucional da igualdade, quer no aspecto positivo, quer no negativo, isto é, de ponderar igualmente situações iguais e diferentemente situações desiguais.

Como se viu, já o regime de transição do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, não respeita este princípio.

Acresce que o artº. 40º. do Decreto-Lei nº. 184/89, de 2 de Junho, designadamente o seu nº. 2, preceitua que "em caso algum pode resultar da introdução do novo sistema retributivo redução da remuneração que o funcionário ou agente já aufere ou <u>diminuição das expectativas de evolução decorrentes quer das carreiras em que se insere</u>, quer do regime de diuturnidades".

Por isso mesmo, este princípio inserido em diploma autorizado pela Assembleia da República é que deveria ter inspirado o regime transitório em causa, mas o contrário veio a suceder, como consta do parecer anexo.

Aliás, já MARCELLO CAETANO [4] ao tratar do direito à carreira e sua progressão definia este direito como "a faculdade garantida por lei ao funcionário que ingresse num quadro de progredir em vantagens profissionais, segundo a sua capacidade e o seu <u>tempo de serviço</u>" (sublinhado não inserido no texto).

Flagrante violação desta regra, como resulta do exposto, encontra-se no regime transitório do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, ao tratar da mesma forma carreiras de 15 a 29 anos (no mínimo).

Nestes termos, as normas do capítulo IV do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, contrariam o chamado princípio da equidade interna (artº. 14º, do Decreto-Lei nº.

---

[3] cfr. doutrina citada na nota 14 da pág. 26 do parecer do Prof. Dr. Sérvulo Correia.
[4] Manual de Direito Administrativo, 10ª. Ed., 2ª. Reimp., Tomo II, Coimbra, Liv. Almedina, pág. 786.

184/89, de 2 de Junho) e a proibição de diminuição das expectativas na evolução da carreira (artº. 40º, idem)

Quer um quer outro dos princípios são da reserva de competência relativa da Assembleia da República, pelo que para serem desvirtuados precisavam de autorização parlamentar.

11. Importa ainda considerar o Decreto-Lei nº. 139-A/90, de 28 de Abril, que aprova o Estatuto da Carreira Docente. No artº. 142º deste último prevê-se a publicação de uma portaria com o objectivo de minorar o desfasamento da passagem do regime anterior para o actual, isto é, do regime de fases para o regime de escalões.

Contudo, essa Portaria (nº. 1218/90, de 19 de Dezembro) agravou os termos do regime transitório, pois verifica-se nos mapas anexos à mesma, não só o alargamento da carreira, como também a maior dificuldade dos docentes abrangidos pelo antigo regime de atingirem o topo da nova carreira, sobretudo para aqueles que já tinham atingido a parte final da 6ª. fase e, ainda, os que estavam na 5ª.

II

Conclusões

a) Pelos fundamentos expostos na primeira parte Recomenda-se a substituição de todo o capítulo IV do Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, por outra solução legislativa que tome em conta, para a integração nos vários escalões os anos de serviço prestado por cada docente na vigência do anterior sistema, seguindo-se o critério do número de anos de serviço e não o do "forçado nivelamento entre fases e escalões não correspondentes aos mesmos anos de serviço".

b) Nos termos do artº. 29º, nº. 4 da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça) queira Vossa Excelência informar-me, COM URGÊNCIA, no prazo de quinze dias sobre as medidas eventualmente tomadas em relação à situação descrita, sem embargo da observância do prazo previsto no artº. 38º, nº. 2, do mesmo diploma, quanto ao acatamento da Recomendação ora formulada.

***

93.05.21
R-1529/89

A Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República

Recomendação

Assunto: Necessidade de publicação de diploma legislativo a atribuir efeitos rectroactivos à integração nas novas categorias por efeito da aplicação do Decreto-Lei nº. 384-B/85, de 20 de Setembro.

I

Exposição e Motivos

1. Em 22 de Janeiro de 90, o Provedor de Justiça dirigiu ao Ministro da Saúde uma recomendação legislativa (texto anexo) sugerindo a atribuição de efeitos retroactivos à integração dos técnicos de diagnóstico e terapêutica nas novas categorias por aplicação do Decreto-Lei nº. 384-B/85, de 30 de Setembro, face à disparidade de datas de publicação das portarias que, em sua execução, alteraram os quadros dos organismos a que pertencia o pessoal abrangido.

2. Apesar de a posição do Ministério da Saúde, bem como a da Secretaria de Estado da Segurança Social serem coincidentes com a da Provedoria de Justiça, quanto à não produção automática de efeitos por aquele diploma, a recomendação não foi acatada por se ter entendido não ter sido ponderada a rectroacção no pagamento de vencimentos e estar prevista a contagem de tempo para efeitos de antiguidade (cópia anexa).

3. Entretanto, tendo chegado ao nosso conhecimento que o Acórdão, pronunciado em 12 de Junho de 1990 pelo Supremo Tribunal Administrativo, nos processos nºs. 26894 a 26900, decidira, em relação a certos interessados que para ele recorreram, que a respectiva reclassificação com base naquele Decreto-Lei nº. 384-B/85 era automática e por isso rectroactiva, decidiu-se, face à criação desta nova disparidade, formular nova recomendação (texto anexo), invocando que a aplicação desse acórdão, apenas aos recorrentes, seria geradora de novas situações de injustiça relativa e pedindo a aplicação da doutrina do mesmo a todos os funcionários na mesma situação.

4. Argumentando com os limites objectivos e subjectivos da força vinculativa daquele acórdão, o Ministros da Saúde não se mostrou receptivo a essa solução.

II

Conclusão

Considerando que as razões que fundamentam o não acatamento (cópia anexa) me não parecem convincentes, dirijo-me à Assembleia da República, com base no disposto no artº. 38º, nº. 5, da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, para o que expus os motivos da recomendação e salientei a necessidade de publicação de um diploma legal a conferir efeitos rectroactivos na aplicação do Decreto-Lei nº.384-B/85, de 20 de Setembro.

***

90.01.22
I.P.-15/88

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Recomendação

Assunto: Aplicação do Decreto-Lei nº. 384-B/85 de 30 de Setembro

Numerosos técnicos de diagnóstico e terapêutica apresentaram queixas ao Provedor de Justiça por o disposto no Decreto-Lei nº.384-B/85, de 30 de Setembro, só lhes ter sido aplicado à medida que os mapas ou quadros de pessoal dos estabelecimentos a que pertenciam foram alterados.

Ainda que tal resulte dos termos do próprio diploma é conhecido que, relativamente à carreira de enfermagem, o Decreto-Lei nº.305/81, de 12 de Novembro, foi alterado pelo Decreto-Lei nº.324/83, de 6 de Julho, de modo a que os efeitos daquele se produzissem desde a sua entrada em vigor.

Apesar de a carreira de técnico de diagnóstico ter sido recentemente reestruturada pelo Decreto-Lei nº. 123/89, de 14 de Abril, que já seguiu (e bem) o critério de fixação de uma data única para a produção de efeitos, considerando-se os mapas e quadros automaticamente alterados, isso não obsta a que, em termos de carreira, os funcionários em causa fiquem prejudicados relativamente ao período em que foi aplicado o Decreto-Lei nº.384-B/85.

E essa diferença de datas em relação às quais os referidos técnicos foram reclassificados por aplicação do Decreto-Lei nº.384-B/85 pode, até, dar origem a diversidade de tratamento ao abrigo do Decreto-Lei nº. 123/89, por serem assim diferentes os períodos de tempo em que estiveram providos nas categorias possuídas à data da publicação deste último diploma.

Assim, entendo de sugerir a Vossa Excelência que se pondere a emissão de diploma que atribua efeitos rectroactivos (pelo menos em termos de antiguidade e tempo de serviço se não for viável no aspecto remuneratório) à integração nas categorias por aplicação do Decreto-Lei nº. 384-B/85.

***

92.10.02
R-1529/89

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Recomendação

1. Em 22 de Janeiro de 1990, o Provedor de Justiça, dirigiu ao Ministro da Saúde uma recomendação legislativa (cópia em anexo) sugerindo a atribuição de efeitos rectroactivos à integração nas categorias por aplicação do Decreto-Lei nº. 384-B/85, de 30 de Setembro, face à disparidade de datas de publicação das portarias que, em sua execução, alteraram os quadros dos organismos a que pertencia o pessoal abrangido por esse diploma.

2. A Recomendação não foi aceite, invocando-se não se pretender a retroacção do pagamento dos vencimentos e não se considerar essa medida necessária, em termos de antiguidade na categoria, face à contagem de tempo previsto no artº. 11º. (cópia anexa).

3. Recentemente, tive conhecimento, através de queixa recebida, de que em, Acórdão pronunciado em 12 de Junho de 1990, nos processos nºs. 26894/26896/26897/26898/26899 e 26/900, o Supremo Tribunal Administrativo decidiu em relação a certos dos interessados que para ele recorreram, que a respectiva reclassificação, com base no Decreto-Lei nº. 384-B/85, seja automática, e por isso rectroactiva.

4. Face à criação desta nova disparidade, agora entre os abrangidos por este Acórdão e os demais funcionários contemplados no Decreto-Lei nº. 384-B/85, entendo justificar-se regulamentação uniforme e retroactiva, por via legal, dos efeitos deste diploma, de modo a reparar as múltiplas situações de desigualdade existente, geradoras de injustiças relativas, já reveladas pelo Provedor de Justiça e agora agravadas com a decisão do S.T.A..

***

93.05.18
I.P.-30/90

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

1. Em várias queixas que me foram dirigidas foi suscitado o problema da falta, recusa ou, noutros casos, deficiência das informações que a Administração tem o dever de prestar aos particulares interessados, ao abrigo do "princípio de colaboração", consagrado no artº. 7º. do Código do Procedimento Administrativo.

2. Considerando a índole genérica do problema - que emerge, fundamentalmente, da extensão e compreensão do "direito dos interessados à informação", (artº. 61º. do Código do Processo Administrativo) - determinei a abertura de processo na Provedoria de Justiça, para a sua apreciação, de modo autónomo.

3. Resultou, desde logo, do processo instaurado, a seguinte conclusão de ordem essencial: conquanto o direito à informação seja regulado no Código de Procedimento Administrativo por forma constitucionalmente adequada, e em certa medida inovadora (v.artº. 61º), certo é que o correspectivo dever de informar, por parte da Administração, tal como é disciplinado na mesma lei procedimental, não deixa suficientemente protegidos os legítimos direitos e interesses dos particulares.

4. Como decorre do artº. 26º (nº. 1) da Constituição - preceito desenvolvido na lei ordinária, nos artºs. 7º e 61º do C.P.A. -, o direito à informação traduz-se num verdadeiro direito subjectivo, cujo conteúdo respeita aos actos e factos que formam a tramitação do procedimento administrativo, visando assegurar conhecimento das posições e decisões da Administração, respeitantes aos particulares titulares do direito.

5. Direito que tem de ser exercitado pelos seus titulares através de requerimento ou solicitação dos interessados directos na informação (nºs. 1 e 2 do artº. 61º e artº. 7º, nº. 1 (al. a) ambos do C.P.A.).

6. O que não resulta explicitamente do Código em apreço - ressalvadas as hipóteses previstas no artº. 61º -, é o direito do particular a obter as informações na forma escrita, sendo certo que as informações prestadas, quando não documentadas, podem mais tarde vir a ser alteradas, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à sua própria existência.

7. Por outro lado, deve ponderar-se que, sendo a Administração responsável não só pela recusa da informação, como pelas informações deficientes ou erradas, poderá verificar-se, na prática, toda uma tendência para recusar a prestação de informações escritas, quando não obrigatórias.

8. Creio que a solução do problema, poderá passar, por uma melhor explicitação do conteúdo normativo da al. a) do nº. 1 do artº. 7º do C.P.A., por forma a tornar obrigatórias as informações por escrito, quando tal for requerido pelos interessados directos, compatibilizando, por essa forma, a disposição em causa, com o artº. 61º do C.P.A..

- Termos em que temos por conveniente, Recomendar a Vossa Excelência, nos termos da al. b) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, o seguinte:

a) - Que seja aditada à disposição contida na al. a) do nº. 1 do artº. 7º do Código de Procedimento Administrativo, a seguinte expressão "...quando assim for solicitado..."

b) - Ou em alternativa, mais harmonizável com a fundamentação exposta, e o fim visado: a al. a) do nº. 1 do artº. 7º do C.P.A. deverá passar a ter a seguinte redacção:

c) - Prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam, sendo os mesmos reduzidos a escrito, sempre que os interessados o requeiram."

***

93.05.03
R-2054/91

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

1. Foi apresentada nesta Provedoria de Justiça uma reclamação onde é posta em causa a desigualdade e injustiça resultante do facto de os Estatutos do Pessoal Dirigente da Administração Central e da Administração Local e Regional terem sido publicados com um desfazamento de cerca de dois anos, o que determinou tratamento diferenciado no que respeita à valorização e enquadramento do direito à carreira.

2. Analisada a reclamação concluíu-se ser a mesma procedente pelas razões enunciadas de seguida.

3. Através do Decreto-Lei nº. 323/89, de 26 de Setembro, foi estabelecido o Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central (cfr. artº. 9º, nº. 1).

4. Nesse diploma previa-se que os normativos em causa seriam aplicáveis à administração local mediante Decreto-Lei (artº. 9º, nº.3).

5. Tal adaptação só veio a ser feita em 29 de Maio de 1991 através do Decreto-Lei nº. 198/91.

6. Ora, entre os princípios e privilégios fundamentais do pessoal dirigente conta-se seguramente o direito à carreira, isto é, a contagem do tempo de serviço para acesso na carreira (cfr. artº. 18º, nº. 1 e nº. 3, do citado Decreto-Lei 323/89, de 26 de Setembro).

7. Dada, porém, a morosidade com que foi tomada a medida legislativa de adaptação do diploma ao poder local, a verdade é que os titulares de cargos dirigentes, entretanto feitos cessar entre Setembro de 1989 e Maio de 1991, não puderam beneficiar do direito à carreira que, para o pessoal dirigente, estava consagrado na lei.

8. Todavia, a Lei Fundamental (cfr. artº. 244º, nº. 2), aponta no sentido da igualdade dos regimes dos funcionários e agentes da administração local e da administração central.
9. Não há razões bastantes para, no que concerne ao direito à carreira, não ter sido estabelecido que a respectiva protecção se aplicava a todos aqueles que haviam cessado funções após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 323/89, de 16 de Setembro.

10. Só assim se tratam de forma justa e equilibrada as situações de funcionários e agentes que em tudo são idênticas.

Nestes termos, como forma de corrigir uma situação de injustiça, impõe-se que, tanto quanto possível, sejam equiparados os Estatutos do Pessoal Dirigente dos Serviços da Administração Central e da Administração Local e, por isso, tenho por bem formular Recomendação no sentido de ser tomada uma medida legislativa por forma a que o pessoal dirigente dos Serviços da Administração Regional e Local, que houvesse cessado funções após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 323/89, de 26 de Setembro, possa beneficiar da contagem do tempo de serviço para efeitos de acesso à categoria superior.

***

93.04.28
R-2074/90

A Sua Excelência o Primeiro Ministro

Recomendação

Assunto: Extensão do Benefício de abono de família a descendentes maiores de 18 anos que aguardam ingresso no Ensino Superior

1. É do conhecimento geral que, em consequência do regime de "numerus clausus", no acesso ao Ensino Superior, ficam todos os anos numerosos candidatos por colocar, os quais não possuindo qualificação idónea para ingressar no mercado de trabalho, nem sendo razoável que o façam de imediato, pois frustrariam a sua candidatura ao Ensino Superior no ano seguinte, tão pouco sendo provável que encontrassem emprego na conjuntura que se atravessa, se vêem obrigados a subsistir a expensas das respectivas famílias.

2. Sucede que, nos termos do artº. 6º do Decreto-Lei nº. 197/77, de 17 de Maio, na redacção que lhe foi dada pelo artº. 1º do Decreto-Lei nº. 142/91, de 10 de Abril, o abono de família a favor de descendentes deixa de ser atribuído a partir dos 18 anos se deixarem de estar matriculados no Ensino Secundário e, ainda, o não estiverem no Ensino Superior, o que sucede no período de espera em que se encontram os candidatos não colocados em consequência do referido regime de numerus clausus.

Esta retirada de abono de família, em tais circunstâncias, revela-se profundamente injusta, pelo, que abrigo da competência que me confere o artº. 20º, nº. 1, al. a) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formulo a seguinte

Recomendação

que ao artº. 6º, nº.1 do Decreto-Lei nº. 197/77, de 17 de Maio, na redacção que lhe foi dada pelo artº. 1º do Decreto-Lei nº. 142/91, de 10 de Abril, seja aditada uma al. e) do seguinte teor:

> e)Até aos 25 anos, desde que façam prova de que concorreram a curso de nível superior no respectivo ano lectivo, não tendo sido colocados por falta de vaga, em consequência do regime de *numerus clausus*.

***

93.04.27
R-269/92

A Sua Excelência o Ministro do Emprego e da Segurança Social

Recomendação

Assunto: Dualidade de regimes em matéria de protecção na doença a Funcionários e Agentes da Administração Pública (A.D.S.E.) e a beneficiários de esquemas de Segurança Social para o Sector Privado.

Tendo sido analisada nesta Provedoria de Justiça a situação das pessoas simultaneamente pensionistas de reforma da Caixa Geral de Aposentações e da Segurança Social, no tocante ao acesso aos beneficiários da assistência médica, nomeadamente do que resulta da aplicação do nº. 6, artº. 6º do Decreto-Lei nº. 118/83, de 25 de Fevereiro, formulo a seguinte:

Recomendação

que seja promovida a alteração do Decreto-Lei nº. 118/83, de 25 de Fevereiro, artº. 6º, nº. 6, no sentido de permitir aos pensionistas - que sejam simultaneamente dos dois regimes - por aquele que desejam, com carácter definitivo, isto é ficando vinculados à opção que façam para todos os casos.

Ofício do mesmo teor foi enviado a Sua Excelência o Ministro das Finanças.

(Recomendação acatada)

***

93.04.23
R-846/89

A Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social

Recomendação

1. Com fundamento no indeferimento da pensão de sobrevivência que requereu, por morte de sua mulher, ao Centro Nacional de Pensões, O Sr..., solicitou a intervenção do Senhor Provedor de Justiça no sentido de ser revista a sua situação, alegando que o preceito legal em que se baseou a decisão tomada - o nº. 3 do artº. 3º do Regulamento Especial do Regime das Pensões de Sobrevivência, aprovado por Despacho ministerial de 23 de Dezembro de 1970 - além de inconstitucional, viola claramente o disposto no nº. 4 do artº. 51º da Lei nº. 28/84, de 14 de Agosto.

2. Em termos genéricos pode dizer-se que o que está em causa é, fundamentalmente, o facto de continuar a ser aplicável em matéria de atribuição das pensões de sobrevivência da Segurança Social o disposto na norma citada, que estabelece para o cônjuge sobrevivo do sexo masculino um tratamento menos favorável do que aquele de que beneficia o cônjuge sobrevivo do sexo feminino, cujo direito à pensão não está condicionado pela verificação dos requisitos que são exigidos quando o titular da pensão é do sexo masculino.

3. Importa, de facto, reconhecer que a questão da manifesta contradição da norma citada com o princípio da igualdade consignado no artº. 13º da Constituição da República e da própria Lei nº. 28/84, que, no seu artº. 5º, nº. 4 colheu idêntico princípio, mantém inteira pertinência face ao actual enquadramento legal das pensões de sobrevivência contido no Decreto-Lei nº. 322/90, de 18 de Outubro.

4. E isto porque, apesar dos imperativos de ordem constitucional e legal a que me referi, decorreria largo tempo até que pelo citado Decreto-Lei nº. 322/90 fosse eliminada a situação de desigualdade de tratamento entre os cônjuges no que respeita à definição da titularidade do direito às pensões de sobrevivência - se bem que com a expressa delimitação do seu âmbito de aplicação às situações ocorridas após a data da sua entrada em vigor, conforme resulta do disposto no seu artº. 15º.

5. Nesta conformidade, afastada deliberadamente a possibilidade de aplicação retroactiva do novo regime legal - que, aliás, seria inteiramente justificada perante o injusto e discriminatório tratamento resultante da aplicação do disposto no nº. 3 do artº.3º anteriormente citado aos cônjuges sobrevivos do sexo masculino de beneficiários falecidos, anteriormente à data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 322/90, ainda que requerida posteriormente - importa que se tome a apreciação dessas situações.

6. Ora, em relação às pensões requeridas após a entrada em vigor da Lei nº. 28/84, como é, concretamente, a da queixosa, afigura-se não existirem razões que possam obstar ao seu deferimento, porquanto, no nº. 4 do seu artº. 5º, se exprime com clareza o princípio da igualdade e não discriminação, ao dizer que ele consiste na eliminação de quaisquer discriminações. designadamente, em função do sexo.

7. Não creio, por isso, defensável a posição que a Direcção-Geral de Segurança Social vem assumindo a propósito deste assunto, ao considerar obrigatória a aplicação do nº. 3 do artº. 3º. do R.E.P.S., no âmbito da necessidade de regulamentação das condições de atribuição das pensões de sobrevivência ao abrigo do seu artº.25º.

8. De facto, essa razão teria peso se, na hipótese de inaplicação do nº. 3 do artº. 3º do Regulamento Especial das Pensões de Sobrevivência, surgisse alguma lacuna ou aspecto carenciado de regulamentação positiva, em termos de se passar a não conhecer, integralmente, a definição dos pressupostos de atribuição da pensão de sobrevivência.

9. Mas não considero ser esse o caso.

O artº. 3º, nº. 1 do Regulamento em causa começa por estabelecer, genericamente, que têm direito à pensão de sobrevivência:

a) o cônjuge sobrevivo

Esta regra geral é que é depois restringida pelo nº. 3 do mesmo artigo nos termos do qual os cônjuges sobrevivos do sexo masculino só teriam direito à pensão se tivessem mais de 65 anos de idade ou estivessem totalmente incapacitados para o trabalho.

Da não aplicação desta restrição apenas resulta, pois, a automática integração dos cônjuges sobrevivos na regra da al. a) do nº. 1 do mencionado artº. 3º.

10. E nem é sequer de imaginar que o legislador pretendesse porventura, ao regular esta matéria, nos termos do artº. 25º da Lei nº. 28/84, vir a tornar extensiva uma restrição do tipo da contida no nº. 3 do artº. 3º do Regulamento a todos os cônjuges sobrevivos, homens ou mulheres.

É que o legislador tem, sem duvida, um pensamento sistemático.

A isso o obriga, aliás, a própria Constituição, ao apontar no sentido da uniformização dos regimes de segurança social (artº.63º nº. 2).

11. Ora, é sintomático o facto de o Estatuto das Pensões de Sobrevivência aprovado pelo Decreto-Lei nº. 142/73, de 31 de Março que consagrava no artº. 43º nº. 3 uma restrição idêntica à do nº.3 do artº. 3º do Regulamento das Pensões de Sobrevivência, tenha sido posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei nº. 191-B-/79, de 25 de Junho que aboliu para o funcionalismo tal limitação.

Assim, é decerto nesse sentido - e não no inverso que se orientará o legislador, ao fixar os requisitos das pensões de sobrevivência da segurança social.

12. Acresce ainda, em abono da posição defendida, que o artº. 83º da Lei nº. 28/84, estipula que se mantêm em vigor "as disposições complementares e regulamentares das Leis nº. 2115 e 2120 que não contrariem o preceituado na presente lei".

Ora, o nº. 3 do artº. 3º do Regulamento das Pensões de Sobrevivência é norma regulamentar das leis citadas, mas que contraria o disposto no nº. 4 do seu artº. 5º.

Em face do exposto, e atendendo à competência que me é conferida pelo artº. 20º, nº. 1 als. a) e b) da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril formulo a Vossa Excelência a seguinte:

Recomendação

Que se considere o nº. 3 do artº. 3º. do Regulamento Especial do Regime das Pensões de Sobrevivência revogado pela Lei nº. 28/84 (artºs. 5º nº. 4 e 83º nº. 2) não devendo, por isso, já hoje ser aplicado.

Que, em conformidade com este entendimento, sejam transmitidas ao Centro Nacional de Pensões as instruções necessárias no sentido de ser reapreciado o caso do beneficiário (e os demais similares), procedendo-se ao pagamento da pensão de sobrevivência a partir da data em que a mesma foi requerida.
(Por não ter sido acatada esta Recomendação, foi pedida a fiscalização da constitucionalidade).

***

93.04.27
I.P.-52/90

A Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social

Recomendação

1. Dispõe o nº. 2 do artº. 22º do Decreto-Lei nº. 132/88, de 20/4, que

> "O direito ao subsídio de doença cessa igualmente nos casos de ausência do domicílio sem justificação, ou tendo esta sido apresentada, quando não tenha sido considerada atendível".

Por outro lado, o Decreto-Lei nº. 54/89, de 25/2, que estabeleceu o regime das contra-indicações no âmbito dos regimes de segurança social refere expressamente no seu preâmbulo que

> "Até agora o incumprimento das obrigações constantes das leis e regulmentos dos regimes de segurança social tem determinado a aplicação de multas, segundo o esquema contravencional clássico, ou, tratando-se de beneficiários, de sanções na base da suspensão da concessão de benefícios.

São, porém, manifestos os inconvenientes deste sistema penalizador, inadequado tanto aos objectivos pretendidos como nos meios jurídicos e administrativos utilizados.

Daí que a Segurança Social tenha vindo a definir um regime punitivo próprio, alterado por força do disposto na Lei nº. 28/84, de 14 de Agosto, que consagra o ilícito de contra-ordenação.

Deste modo, impõe-se que se proceda, de forma global e sistemática, à regulamentação do regime sancionatório no âmbito da Segurança Social, nomeadamente no que se reporta ao regime geral, estabelecendo as contra-ordenações e as coimas que lhes devem corresponder"(*)

Por fim, o artº. 35º deste mesmo Decreto-Lei dispõe:

> "É revogada toda a legislação que contrarie o presente diploma, nomeadamente:
> a) o artº. 179º do Decreto nº. 45266, de 23 de Setembro de 1963;
> ....."

Em nenhuma das als. deste artº. se insere, porém, o transcrito nº. 2 do artº. 22º do Decreto-Lei nº. 132/88.

É pois perante este quadro legal que entendi ser de analisar se tal preceito foi revogado pelo mencionado Decreto-Lei nº. 64/84.

2. A cessação do subsídio de doença, prevista no aludido nº.2 do artº. 22º do Decreto-Lei nº. 132/88, configura uma nítida penalidade.

Com efeito, a ausência do domicílio sem justificação atendível não está consagrada naquele preceito como uma presunção está contemplada noutro preceito, que é a al. a) do nº. 1 do mesmo artº.

Se de tal presunção se tratasse, então não se estaria em face de uma penalidade mas sim de um efeito jurídico atribuído ao facto de ter deixado de se verificar o pressuposto do subsídio de doença, ou seja, a perda do salário nessa eventualidade.

3. Ora, a cessação de um benefício social como penalidade enquadra-se, precisamente, nos inconvenientes que o Decreto-Lei nº. 64/89 pretendeu afastar e que estão assinalados na parte do seu preâmbulo que atrás sublinhámos.

Acresce que nesse mesmo preâmbulo se exprime a intenção de proceder, globalmente, à regulamentação do regime sancionatório no âmbito da Segurança Social.

Estes dois objectivos levam-me, pois a entender que o nº. 2 do artº. 22 do Decreto-Lei nº. 132/88 contraria o Decreto-Lei nº.64/89, pelo que deve ser considerado revogado por força do seu artº.35º.

Aliás, a letra deste normativo revela que a referência das disposições que se contêm nas suas diversas alíneas, é feita a título meramente exemplificativo.*

4. Também a Constituição pode ser invocada em defesa da revogação do citado artº. 22º, nº. 2.

Na verdade, consagrando-se nela o direito à segurança social, considero que só quando deixam de se verificar os pressupostos do subsídio de doença é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respectivo direito e não, portanto, a título de penalidade.
5. Pelos mesmos fundamentos, ponho em causa a suspensão do subsídio de doença prescrita no nº. 2 do artº. 20 do dito Decreto-Lei nº. 132/88, segundo o qual o subsídio de doença deve ser suspenso nos casos em que, sem autorização médica, o beneficiário se ausente da sua residência.

Neste contexto, permito-me formular a seguinte

Recomendação

Que venha a ser adoptada a interpretação que se acaba de defender, em termos de considerar que o nº. 2 do artº. 20º e o nº. 2 do artº. 22º do Decreto nº. 132/88 foram revogados pelo Decreto-Lei nº. 64/89.

Caso seja julgado necessário, se necessário, se adopte a via legal, por interpretação autêntica.

***

93.04.05
R-3206/87

* os sublinhados são nossos.

Exmo. Senhor Presidente da Câmara
Municipal de Loulé

Recomendação

1. Um reclamante apresentou reclamação contra a Câmara Municipal de Loulé pelo facto de ter sido obrigado a pagar a importância de 2.500$00 para o seu veículo estacionado junto ao passeio do lado norte da Praça da República de Loulé fosse desbloqueado pelo pessoal ao serviço da Câmara Municipal.

Alega o reclamante que a importância cobrada a título de "taxa de recuperação é ilegal e que o local onde tinha estacionado o seu veículo não está devidamente sinalizado como estacionamento autorizado mediante pagamento de certa taxa".

Mais alega que não lhe foi levantado qualquer auto de transgressão por forma a que pudesse exercer em juízo o seu direito de defesa.

2. Pelos documentos juntos pelo reclamante vê-se que em 6 de Maio de 1987 o reclamante pagou 2.500$00 a título de taxa de recuperação da viatura CT-81-09, mais juntando um ofício (nº.5524, de 2.7.87) onde a Câmara Municipal, além do mais, considera que a taxa de 2.500$00 é justa e razoável tanto mais que à situação verificada corresponde uma infracção a que cabe a multa de 1.000$00 a 5.000$00.

3. Depois de ouvida, a Câmara Municipal de Loulé limitou-se a remeter a este Serviço o "Regulamento das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada" e, bem assim, a deliberação da Assembleia Municipal de 12.12.988 que aprovou as taxas de utilização dos parques de estacionamento de duração limitada.

4. Vejamos se assiste razão ao reclamante.

4.1. É inequívoco que as Câmaras Municipais podem estabelecer, no interior das localidades, zonas de estacionamento de duração limitada, gratuitas ou não, devidamente sinalizadas através de sinais regulamentares (artº. 25º, nº. 5, do Código da Estrada), criando regulamentos de utilização das zonas referidas, onde se prevejam as regras de utilização, e aprovando as respectivas taxas (artº. 12º, nº. 3, do Regulamento do Código da Estrada e artº. 25º, nº. 6, do Código da Estrada).

4.2. Também é inquestionável que as Câmaras podem cobrar taxas por estacionamento em parques ou outros locais a esse fim destinados (artº. 11º, al. g), da Lei nº. 1/87, de 6 de Janeiro), taxas essas que se destinam a compensar a

prestação de serviço pelo município (artº. 4º, al. h), do último diploma legal citado).

Compete à Assembleia Municipal estabelecer as taxas municipais (cfr. artº. 39º, nº. 2, al. e), do Decreto-Lei 100/84, de 29 de Março).

Conclui-se, assim, que a criação de taxas e, bem assim, a sua cobrança relativamente a locais de estacionamento têm ampla cobertura legal.

4.3. Também se não nos oferece dúvidas que o local em causa estava devidamente sinalizado como zona de estacionamento de duração limitada, uma vez que à entrada da zona estava colocado o sinal B21 aprovado pela Portaria nº. 122/78, de 1 de Março, sinal esse constituído por um painel quandrangular de fundo branco, tendo inscrito o sinal de estacionamento proibido com indicação dos dias e horas em que a limitação vigora.

4.4. A operação do bloqueamento feita pelo pessoal da Câmara também é regular, porque autorizada pelo artº. 14º, nº. 10, do Código da Estrada, na redacção dada pelo Decreto Regulamentar nº. 32/85, de 9 de Maio.

4.5. Também não oferece dúvidas que a situação de estacionamento em local de estacionamento de duração limitada, sem pagar a respectiva taxa de utilização, constitui uma infracção punida com multa (cfr. artº. 14º, nº. 7, do Código da Estrada).

5. É óbvio, no entanto, que as multas previstas no artº. 14º, nº. 7, do Código da Estrada revertem a favor dos Cofres do Estado (cfr. artº. 70º, nº. 3, do Código da Estrada) e não das Câmaras Municipais, sem embargo de, no caso dos autos, conjuntamente com o valor da multa, a entidade fiscalizadora poder cobrar o montante da taxa devida pela utilização à Câmara Municipal respectiva (cfr. parte final do artº. 14º, nº. 7, do Código da Estrada).

6. Mas não é disso que se trata no presente caso.

6.1. As Câmaras só podem arrecadar as multas fixadas por lei, regulamento ou postura que caibam ao município (artº. 4º, al. j), da Lei nº. 1/87, de 6 de Janeiro).

6.2. Por outro lado, a violação dos regulamentos de natureza genérica e execução permanente das autarquias constitui contra-ordenação sancionada com coima (cfr. artº. 21º, da Lei nº. 1/87, de 6 de Janeiro).

7. Não podia, assim, a Câmara Municipal de Loulé criar uma nova multa para sancionar a infracção à regra do estacionamento em local cuja utilização está sujeita a taxa, uma vez que tal infracção já tinha sancionamento previsto na lei (artº. 14º, nº. 7,o Código da Estrada), sendo certo que a sanção (multa) reverte a favor dos Cofres do Estado.

O que a Câmara podia - e fez - era fixar as taxas pela utilização dos locais de estacionamento.

8. Todavia, pela própria natureza das taxas, estas só existem como contraprestação de um serviço prestado.

Onde não há serviço prestado, não há seguramente taxa.

Ora, a verdade é que a denominada "taxa de recuperação da viatura" não resulta minimamente de qualquer serviço prestado pela Câmara Municipal.

Antes, e tão só, visa-se com tal taxa sancionar o comportamento do infractor que não pagou a taxa pela utilização.

É que, nesse caso, não existe qualquer actividade de que o particular beneficie.

9. Utilizando o particular a zona de estacionamento sem pagar a taxa, incorre em multa prevista no artº. 14º, nº. 7, do Código da Estrada e deve pagar a taxa correspondente à utilização da zona, devendo, nesse caso, os vigilantes proceder à denúncia da infracção às autoridades policiais com competência para fiscalização do trânsito (cfr. artº. 14º, nº. 11, do Código da Estrada).

10. Do exposto é de concluir que, por não corresponder à prestação de qualquer serviço e por não ter apoio em norma de direito superior, é ilegal a existência da denominada "taxa de recuperação da viatura" e a respectiva cobrança.

Repare-se que não repugna que seja criada uma taxa pela utilização do parque em que, por falta de pagamento prévio, a taxa a cobrar seja uma taxa agravada.

11. Não pode é a Câmara de Loulé criar uma taxa autónoma, que visa sancionar um comportamento, quando tal sancionamento (multa) já está previamente definido por lei.

Nestes termos, considero procedente a reclamação apresentada, e, em consequência, tenho por bem Recomendar que o Regulamento e a Taxa sejam alterados de acordo com as considerações atrás expostas e que ao reclamante seja restituída a importância de 2.500$00 correspondente à taxa indevidamente cobrada.

***

93.03.29
R-2534/88
D.I. 50

A Sua Excelência o Ministro da Justiça

Recomendação

1. Foi solicitado ao Provedor de Justiça, que requeresse ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade do nº.3 do artº. 184º do Decreto-Lei nº. 376/87, de 11 de Dezembro, por dele resultar uma situação de desigualdade entre funcionários que exercem as mesmas funções (escriturários-judiciais).

2. Não entendendo ser caso de exercer tal poder-dever, não deixei, porém, de considerar não me parecer de boa política manter em vigor um preceito legal, cuja revogação não traria prejuízos para direitos adquiridos de terceiros, consagrador de uma estagnação na mesma categoria, embora reunindo esses funcionários requisitos para a promoção, impedindo o aproveitamento das respectivas capacidades e experiências, sendo, por isso, desmotivador.

3. Nestes termos, ao abrigo do disposto no artº. 20º, da Lei nº.9/91, de 9 de Abril, entendo dever Recomendar a Vossa Excelência a alteração daquela disposição, revendo o regime legal dos oficiais de justiça de modo a facultar-lhes a normal progressão na carreira a que pertencem, embora não lhes proporcionando, em contrapartida, posição mais favorável do que a dos que não fizeram a opção legalmente permitida pelo Decreto-Lei nº. 385/82, de 16 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº. 320/82, de 5 de Agosto.

***

93.03.23
R-2680/91

A Sua Excelência o Ministro da Justiça

Recomendação

Assunto: Integração dos funcionários do CICC nas Direcções-Gerais dos Registos e do Notariado e dos Serviços Judicários.

1. No ofício de resposta à nossa comunicação nº. 2046, de 16.02.93, pondera Vossa Excelência que a integração do pessoal em epígrafe será feita "de acordo com a actual afectação funcional, acautelados os direitos dos trabalhadores e abertas possibilidades de os mesmos acederem às carreiras específicas em causa".

2. O Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Sul e Açores solicitou-me nova audiência em que referiu o seguinte:

> 2.1. os funcionários do CICC sentem-se prejudicados porque o seu conteúdo funcional passará a ser, em parte, idêntico ao conteúdo funcional dos oficiais de registos e dos oficiais de justiça e não beneficiam da inserção em carreira especial;
>
> 2.2. a possibilidade de os funcionários do CICC acederem às carreiras específicas de oficial de registo e de oficial de justiça não está assegurada, na prática, se tal possibilidade só ficar garantida para os lugares de ingresso em tais carreiras: em primeiro lugar, porque deverão candidatar-se em igualdade de circunstâncias com candidatos externos às duas Direcões-Gerais; em segundo lugar, porque o ingresso nas carreiras especiais no primeiro escalão da categoria de base só apresentará interesse para os funcionários do ex-CICC actualmente providos nas categorias mais baixas.

3. No âmbito da disponibilidade manifesta por Vossa Excelência para a análise deste assunto, julgo que poderiam ser criados mecanismos - por via legal ou através de procedimentos administrativos - que ponderassem a situação especial do pessoal do Ex-CICC na acessibilidade às carreiras especiais de oficiais dos registos e de oficiais de justiça, atendendo à parcial identidade de conteúdos funcionais entre a carreira dos primeiros e as carreiras dos segundos.

4. Em primeiro lugar, a "experiência na área da identificação civil e criminal" poderia ser considerada, nos concursos de ingresso, como requisito especial para admissão a concurso, como factor de ponderação de preferência em igualdade de classificações.

5. Por outro lado, a existência de uma certa afinidade de conteúdo funcional entre a carreira do pessoal do ex-CICC e as carreiras especiais das Direcções-Gerais, em que virão a integrar-se, poderia também proporciar uma intercomunicabilidade horizontal entre essas carreiras, de modo a que o pessoal do ex-CICC pudesse candidatar-se também a concursos para lugares de acesso dessas carreiras especiais.

6. Estou certo que as providências indicadas em 4. e 5. contribuirão para minorar os prejuízos que os funcionários do ex-CICC invocam por não terem sido integrados em carreiras especiais, que os mesmos justificam face à sua situação especial e que delas não resultarão inconvenientes para o pessoal actualmente integrado em carreiras especiais das duas Direcções-Gerais, já que o pessoal do ex-CICC representará uma percentagem pouco superior a 5% do pessoal integrado em carreiras especiais dessas Direcções-Gerais

7. Em face do anteriormente exposto, ao abrigo da competência que me é conferida pelo artº. 20º, nº. 1 als. a) e b) da Lei nº. 9/91 de 9 de Abril, formulo a Vossa Excelência a seguinte:

Recomendação

Que pondere a possibilidade de afinidade de conteúdo funcional entre a carreira do pessoal do ex-CICC e as carreiras de oficiais de justiça justificar a aplicação do regime adequado a essa situação especial, através de instrumento legal ou por via de procedimento administrativo, tanto para efeitos de ingresso naquelas carreiras especiais como para efeitos de acesso no regime de intercomunibilidade horizontal.

***

93.03.17
R-1435/92

A Sua Excelência o Subsecretário de Estado Adjunto da Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Assunto: Tributação, em sede de IRS, do designado "mínimo de existência"

Recomendação

O nº. 4 do artº. 11º da Lei de Autorização Legislativa nº. 106/88, de 17 de Setembro, relativa à reforma Fiscal de 1989, dispunha que:

> "Da aplicação das Taxas não poderá resultar <u>para o contribuinte</u> a disponibilidade de um rendimento líquido de imposto inferior ao valor do salário mínimo nacional".

De acordo com o estabelecido nesta norma, a redacção inicialmente dada ao artº. 73º do Código do IRS, era a seguinte:

> "Da aplicação das taxas estabelecidas no artº. 71º nunca poderá resultar a disponibilidade de um rendimento bruto, líquido de imposto, inferior ao valor anual do salário mínimo nacional".

Não obstante a infeliz redacção - o rendimento disponível não é o rendimento bruto - procurava-se, e muito bem, subtrair à tributação em IRS o montante do rendimento - qualquer que fosse a sua natureza ou categoria -, correspondente, em termos líquidos, ao valor do salário mínimo nacional, considerando como o limiar que permitisse a disponibilidade de um rendimento mínimo, abaixo do qual não existe capacidade contributiva.

Acontece que esse normativo nunca chegou a ser aplicado, pois logo a Lei nº. 114/88, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 1989, alterou a sua redacção nos termos seguintes:

> "Da aplicação das taxas estabelecidas no artº. 71º não poderá resultar, para os titulares de rendimentos predominantemente originados em trabalho dependente, a disponibilidade de um rendimento líquido de imposto inferior ao valor do salário mínimo nacional".

Escusado se torna referir que esta alteração introduzida no artº.73º. do Código do IRS desvirtuou por completo o sentido e a extensão da lei de autorização legislativa, para além de ter ofendido o que, na sua feliz expressão, o professor Nuno Sá Gomes, in "Teoria Geral dos Benefícios Fiscais", "Ciência e Técnica Fiscal".

E repare-se que a alteração legislativa introduzida no artº. 73º do Código do IRS veio atingir - ainda o mesmo se não encontrava em vigor -, uma das principais estruturas em que deveria assentar a reforma da tributação do rendimento - o princípio da equidade ou da justiça tributária.

Na verdade, o que a alteração introduzida no artº. 73º do Código do IRS veio a consagrar foi uma situação em que a isenção, ou melhor, a não tributação nesse imposto de modo a salvaguardar a disponibilidade de um rendimento que possibilite viver com um mínimo de dignidade, dependa, não do montante do rendimento, mas na sua natureza.

O que permite, por exemplo, que seja exigido o pagamento de IRS a contribuintes cujo vencimento anual seja metade do salário mínimo nacional.

Ou, como também sucede, em dois contribuintes com o mesmo rendimento, a não tributação de um e a tributação do outro.

Reconhecendo que tinha feito tábua rasa dos princípios constitucionais da igualdade e capacidade tributárias, a própria Lei nº. 114/78, de 30 de Dezembro, que alterou o artº. 73º do Código do IRS, autorizou o Governo, no nº. 3 do artº. 24º, a

> "Aprovar as medidas legais necessárias para assegurar aos contribuintes que não aufiram predominantemente rendimentos de trabalho dependente um mínimo de existência em condições não susceptíveis de propiciar evasão fiscal".

Por não ter sido utilizada, esta autorização legislativa - cujos termos tão vagos levaram o professor Teixeira Ribeiro a considerá-la inconstitucional - cfr. A reforma Fiscal, Coimbra Editora, Limitada, pg. 245 - caducou.

Contudo, veio a ser novamente concedida, agora em termos mais precisos e mais limitados, na al. a) do nº. 3 do artº. 24º da Lei nº. 101/89, de 29 de Dezembro (Orçamento do Estado para 1990).

Ao seu abrigo foi publicado o Decreto-Lei nº. 206/90, de 26 de Junho, que alterou a redacção do nº. 1 do artº. 2º do Código do IRS, de modo a considerar também rendimentos do trabalho dependente os originais pelo

> "Trabalho prestado ao abrigo de contrato de aquisição de serviços ou outro de idêntica natureza, sob a autoridade e a direcção da pessoa ou entidade que ocupa a posição de sujeito activo na relação jurídica dele resultante".

E explicam-se no preâmbulo deste diploma as razões que ditaram a alteração legislativa:

> "A inclusão expressa na categoria A dos rendimentos derivados dos contratos de aquisição de serviços e outros de idêntica natureza, quando subjacente a tais contratos se encontre uma realidade muito mais próxima do contrato individual de trabalho do que um verdadeiro contrato de requisição de serviços, é ditada por evidentes razões de justiça social, porquanto pretendendo-se a neutralidade das normas fiscais face às decisões dos agentes económicos, não pode, todavia, permitir-se que, perante uma certa permissividade da lei, a realidade seja desvirtuada, em prejuízo evidente da parte colocada em posição menos desfavorável".

É caso para dizer que, com essa alteração legislativa, a única realidade desvirtuada parece ser o texto constitucional: só os trabalhadores titulares de rendimentos do trabalho dependente têm direito à não tributação do mínimo de existência e admite-se, para que alguns outros trabalhadores também possam beneficiar desse regime, que sejam considerados trabalhadores dependentes.

Ora, tenho sérias dúvidas que exista um único contribuinte titular de rendimentos da categoria B que, ao abrigo do disposto na al. b) do nº. 1 do artº. 2º do Código do IRS, tenha sido considerado trabalhador dependente.

E tiro esta conclusão ao verificar a inexequibilidade prática da redacção dada ao artº. pela DL 206/90, de 26 de Junho:

- alguma vez a DGCI deu aos contribuintes ou às entidades patronais conhecimento desta possibilidade?

- alguma vez, nas campanhas de recepção das declarações de IRS, os contribuintes foram informados deste direito?

- acaso as instruções de preenchimento das declarações Mod. 1 e 2 do IRS chamam a atenção para esta situação?

Neste âmbito basta observar que, tal como em relação aos anos anteriores, as instruções de preenchimento da declaração Mod. 1 do IRS para 1992, referem que a declaração deverá ser apresentada "por quem tenha auferido, exclusivamente, rendimentos de trabalho dependente e ou de pensões - categorias A e H".

Isto é, são de todo omissas à possibilidade de certos rendimentos da categoria B poderem ser considerados da categoria A.

O mesmo se diga quanto às instruções de preenchimento da declaração Mod. 2 do IRS:

"A declaração Mod. 2 deve ser apresentada por quem tenha auferido rendimentos que não sejam provenientes, exclusivamente, de trabalho dependente e ou de pensões.

- Caso um contribuinte pretendesse aproveitar o disposto na al. b) do nº. 1 do artº. do Código do IRS, como lhe deveria ser feita a retenção na fonte? De acordo com as tabelas mensais - categoria A -, ou pelo valor de 15% - categoria B?

- Como poderia o trabalhador estar dispensado de apresentar a declaração de rendimento - se fossem considerados da categoria A -, e, simultaneamente, obrigado a proceder à sua apresentação - sendo da categoria B?

- E que entidade e em que termos iria apreciar a autonomia e subordinação hierárquica da relação laboral e a natureza da actividade desenvolvida?

- Como poderia ser considerado trabalhador dependente aquele cujo modelo 10 preenchido pela entidade patronal qualifica de modo diverso a natureza do rendimento?

Torna-se claro que a alteração introduzida na originária redacção do artº. 73º do Código do IRS é inconstitucional. Entre outros - protecção da família, direito à vida e à dignidade social, direito a uma existência condigna, direito ao salário mínimo nacional - viola os princípios da igualdade e capacidade tributárias, legitimadores do imposto sobre o rendimento.

Interpretação defendida, aliás, por reconhecidos fiscalistas, v.g. professor Teixeira Ribeiro, in "A Reforma Fiscal" pg. 244/245; Dr. Saldanha Sanches, in "Princípios Estruturantes da Reforma Fiscal", pg. 133; professor Nuno Sá Gomes, in obra citada, pag. 50/53 e 113/117.

Inconstitucionalmente evidente quando se percebe que o direito a um valor do rendimento disponível compatível com um mínimo de existência foi praticamente abolido com a redacção dada ao artº. 73º do Código do IRS pela Lei nº. 114/88, de 30 de Dezembro, que o veio tornar objecto de incidência tributária sempre que estejam em causa rendimentos do trabalho independente, comerciais, industriais, agrícolas, de capitais, prediais de mais-valias e de pensões.

Por outro lado, quando através da alteração introduzida no artº.2º, nº. 2, alínea b) do Código do IRS, pelo Decreto-Lei nº.260/90, de 26 de Junho, se pretendeu estender o regime de não tributação a certos rendimentos da categoria B, foi encontrado um processo sem qualquer aplicação prática.

Conforme refere Saldanha Sanches na obra referida, "a não-tributação do mínimo de existência constitui um elemento essencial da tributação segundo o princípio da capacidade contributiva, como expressão do imperativo de não privação, através do imposto, de rendimentos abaixo de certos níveis, uma vez que, sujeito a uma amputação fiscal, deixariam o seu titular em grande situação de penúria".

Nestes termos, Recomendo a V. Exa., ao abrigo do disposto na al.a) do nº. 1 do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, que seja proposta a alteração do artº. 73º do Código do IRS, de modo a garantir, independentemente da categoria dos rendimentos em causa, a não tributação do mínimo de existência constitucionalmente garantido.

Para efeito basta consagrar a originária redacção daquele artigo.

***

93.03.12
R-1856/90

A Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento

Recomendação

1. Como já é do conhecimento de Vossa Excelência, pende na Provedoria de Justiça um processo aberto com base na exposição de um reclamante, que oportunamente enviei por fotocópia, no qual é colocada a questão da consideração, no cálculo da pensão de aposentação, dos subsídios de férias e de Natal sobre os quais passaram a incidir quotas

para a Caixa Geral de Aposentações e Montepio dos Servidores de Estado, a partir da data da entrada em vigor do Novo Sistema Retributivo da Função Pública, isto é 1/10/89. (cfr. artº. 15º da Lei do Orçamento do Estado para 1989 .- Lei nº. 114/88, de 30 de Dezembro e artº. 45º do Decreto-Lei nº. 353-A/89, de 16 de Outubro).

2. O princípio da incidência de quotas sobre aqueles subsídios face àqueles organismos foi mantido nas sucessivas Leis do Orçamento (cfr. artº. 17º, nº. 5 da Lei nº. 101/89, de 29 de Dezembro; artº. 18º, nº. 5 da Lei nº. 65/90, de 28 de Dezembro e artº. 10º, nº. 6 da Lei nº. 2/92, de 9 de Março).

3. Dos esclarecimentos prestados pelo Gabinete de Vossa Excelência conclui-se que a não consideração de tais subsídios no cálculo da pensão é imposta pela necessidade de evitar que os aposentados aufiram no ano "dois 14ºs. meses e dois subsídios de Natal: um de uma só vez (nos meses de Julho e Novembro, respectivamente) e outro em duodécimos englobado na pensão".

4. Como é sabido, os aposentados são abonados do subsídio de Natal desde a data em que o mesmo foi atribuído aos funcionários e agentes no activo, ou seja, a partir de 1972 (cfr. Decreto-Lei nº. 457/72 de 15 de Novembro).

O 14º. mês, equivalente ao subsídio de férias do pessoal activo, só foi atribuído aos aposentados a partir de 1990 (cfr. Portaria nº. 514/90, de 26 de Julho) visando-se com esta atribuição, entre outros objectivos, equiparar os aposentados e reformados, quanto ao número anual de abonos, à generalidade dos trabalhadores do activo.

5. Para efeitos de cálculo da pensão de aposentação é, nos termos dos artº.s 47º e 48º do Estatuto da Aposentação, considerada a remuneração mensal correspondente ao último cargo pelo qual o funcionário está inscrito na Caixa e a média mensal das demais remunerações percebidas pelo subscritor nos dois últimos anos imediatamente anteriores, susceptíveis de desconto de quotas para Caixa.

6. Nestes termos, se em tese geral, e do ponto de vista económico, a posição da Caixa Geral de Aposentações, referida no antecedente ponto 3, com a qual Vossa Excelência concordou através de Despacho de 10 de Julho de 1990, se afigura razoável, já no plano da legalidade ela me oferece algumas reservas.

Efectivamente:

> 6.1. incindindo sobre aqueles subsídios quotas para a Caixa os mesmos deveriam, de acordo com as disposições do Estatuto da Aposentação atrás citadas, entrar no cálculo da respectiva pensão de aposentação pela média dos últimos dois anos;

6.2. nem vale a pena suscitar a questão de saber se tais subsídios têm a natureza de remuneração, uma vez que sobre eles e por força da lei incidem quotas para a Caixa e esta incidência é condição necessária e suficiente para que possam ou devam relevar para a obtenção da remuneração que serve de base ao cálculo da pensão;

6.3. mas se dúvidas houvesse quanto àquela natureza remuneratória, as mesmas tinham de se considerar dissipadas face ao disposto nos artº.s 4º, 5º e 7º do Decreto-Lei nº. 496/80, de 26 de Outubro, no que se relaciona com o subsídio de Natal e nos artº.s 4º, 13º, 14º e 15º do Decreto-Lei nº. 497/88, de 30 de Dezembro, no que se refere ao subsídio de férias.

Trata-se, na verdade, de remunerações diferidas no tempo, que por convenção ou tradição se estabeleceu serem pagas de uma só vez e numa data fixa, em vez de o serem em prestações mensais.

7. Face ao que antecede, conclui-se que o Despacho de Vossa Excelência de 10.07.90 através do qual concordou com a posição da Caixa de que os subsídios de férias e de Natal não devem entrar no cálculo da pensão contraria o disposto nos artºs. 47º e 48º do Estatuto da Aposentação, pelo até se justificava recomendar a sua revogação, o que não faço por entender razoáveis os motivos que o determinaram.

8. Nestes termos e ao abrigo da al. b) do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, formulo a Vossa Excelência a seguinte:

Recomendação

Que o assunto seja regulado de forma adequada, pela via legislativa.

(Recomendação acatada)

***

93.02..22
R-676/90

A Sua Excelência o Ministro das Finanças

Recomendação

1. No seguimento de queixa apresentada em Março de 1990 ao Provedor de Justiça, a extinta Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais foi convidada a esclarecer as razões que terão levado à não aplicação da isenção prevista no nº. 1 do artº. 44º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (E.B.F.) aos rendimentos auferidos por deficientes dependentes (não sujeitos passivos, nos termos do artº. 14º, nº. 4, al. c) do Código do IRS), atendendo a que de situação, pelo menos paralela à do mencionado preceito se tratava.

2. Em resposta, o referido departamento remeteu informação prestada, a propósito, pelo Serviço de Administração do Imposto sobre o Rendimento (SAIR), junta por fotocópia, na qual se veículou, em síntese, a seguinte argumentação:

> a) o regime do artº. 44º do E.B.F. constitui, por um lado, compensação pelas remunerações cuja obtenção a deficiência impede e, por outro, um estímulo aos deficientes para que promovam a respectiva inserção social;
>
> b) nenhuma dessas características se verifica relativamente aos deficientes que não trabalham, não sendo, por isso, de estender a estes o regime consagrado para os deficientes trabalhadores;
>
> c) tendo os impostos, por imperativo constitucional, objectivos de redistribuição equitativa da riqueza, não caberá à Administração fiscal a tomada de medidas de carácter assistencial directo ou indirecto, uma vez que está em causa a assistência de vária ordem a dispensar a deficientes sem rendimentos próprios.

3. O certo é que situações como a descrita (rendimentos próprios de deficientes dependentes que não sejam sujeitos passivos) não poderão ser consideradas, linearmente, como específicas do campo da assistência a deficientes sem rendimentos próprios.

4. Trata-se, pelo contrário, de saber, fundamentalmente, em sede de política legislativa, se rendimentos próprios desses deficientes dependentes devem ou não gozar do benefício fiscal contemplado no nº. 1 do Artº. 44º do E.B.F., aspecto que não foi equacionado, como se impunha, pela Administração Fiscal, sendo certo que o que está em causa, em ambas as situações, é a qualidade de deficiente.

5. Importará salientar, por outro lado, que a mera declaração de despesas e de reeducação pode não ser bastante para atenuar os efeitos económicos da deficiência, atendendo a que esta pode implicar a permanência de um dos pais em casa, sem trabalhar, para poder cuidar do deficiente.

6. Ouvido o Secretariado Nacional de Reabilitação (S.N.R.), veio o mesmo a pronunciar-se sobre o alargamento do âmbito da isenção fiscal do IRS aplicável a

sujeitos passivos deficientes nos termos constantes do ofício nº. 3850, de 91.08.08, e do Parecer 36/91, que aqui se dão por reproduzidos.

7. Da posição defendida pelo SNR parece de realçar a focada no ponto 8 do aludido parecer, ou seja, a da necessidade de isentar as pensões de reforma do deficiente e outros casos análogos que, tendo beneficiado de tributação em IRS relativamente a 50% dos seus rendimentos de trabalho, deixa de beneficiar dessa isenção numa ocasião em que dela mais carece.

8. Foi decreto baseado em consideração deste tipo que o Decreto-Lei nº. 187/92, de 25 de Agosto, conferindo nova redacção ao nº.1 do artº. 44º do E.B.F., vai atribuir isenção também a 30% dos rendimento da categoria H do cônjuge casado, deficiente, não separado judicialmente de pessoas e bens, ou do sujeito passivo deficiente, solteiro, viúvo ou divorciado ou separado judicialmente, ou, estando casado e separado de facto, se exercer a opção prevista no nº. 2 do artº. 59º.

Continua, porém, sem ser contemplada a situação do dependente não sujeito passivo titular de rendimentos da categoria H.

9. Afigura-se, assim, nos termos do disposto na al. b) do nº. 1 do artº. 20º, da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), de formular a Vossa Excelência a seguinte

Recomendação

a) Que pela Administração Fiscal sejam adoptadas medidas tendentes a solucionar, se possível no corrente ano, os casos dos deficientes titulares de rendimentos da categoria H, considerados dependentes, de modo a poderem aproveitar o benefício fiscal previsto no nº. 1 do artº. 44º, do E.B.F., para os sujeitos passivos deficientes.

B) Que se isentem de IRS 50% dos rendimentos da categoria H quando auferidos por deficientes (sejam sujeitos passivos ou dependentes).

C) Que, na perspectiva da protecção aos deficientes, a Administração Fiscal ausculte, de futuro, o Secretariado Nacional de Reabilitação acerca da legislação que releve para os deficientes.

(Recomendação parcialmente acatada)

***

93.02.19
R-630/88

Exmo. Senhor Presidente do Conselho de Administração dos Correios e Telecomunicações de Portugal

Recomendação

O Sindicato Nacional dos Trabalhadores dos Correios e Telecomunicações solicitou, em 14 de Março de 1988, a intervenção do Provedor de Justiça a propósito de determinações dessa empresa relativas à inscrição no seu Instituto de Obras Sociais, as quais poderiam afectar cerca de treze mil beneficários do mesmo.

Para tanto, invocou vários argumentos, muito em especial, o disposto nas Cláusulas 13º a), 14º b) e 195º do Acordo de Empresa publicado no Boletim de Trabalho e Emprego nº. 44º, 1ª. Série, de 29 de Novembro de 1985 bem como o artº. 19º, al. g) do regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho aprovado pelo Decreto-Lei nº. 49 408, de 24 de Novembro de 1969.

Estudada a questão, com prévia audição do Conselho de Administração dessa Empresa, comunico que concluí o seguinte:

- considero que, a partir do Regulamento das Obras Sociais de 1980, os Serviços Sociais dos Correios e Telecomunicações de Portugal podem legitimamente recusar a inscrição dos cônjuges de trabalhadores que beneficiem de outro regime de Segurança Social.

- e, mesmo que um cônjuge tenha sido regularmente inscrito, a partir da entrada em vigor do citado Regulamento (21 de Fevereiro de 1980) por, então, não beneficiar de outro sistema de Segurança Social, essa situação pode regularmente ser feita cessar, logo que porventura aquele passe a obter ocupação e a beneficiar de outro esquema de Segurança Social;

- já, todavia, em relação às inscrições que antecederam o mencionado Regulamento, entendo que essa empresa não as pode, agora, revogar;

- efectivamente, os benefícios estabelecidos anteriormente a 1980 constavam de Regulamentos ministerialmente homologados, sendo certo que não se demonstra que tenham sido revogados por outros com igual força normativa.

Em face do exposto, Recomendo ao Conselho de Administração dos Correios e Telecomunicações de Portugal que não sejam revogadas as inscrições nos Serviços Sociais dessa Empresa anteriores à entrada em vigor do Regulamento de 1980, as quais

foram feitas ao abrigo do Despacho de 14 de Dezembro de 1960 do, então, Ministro das Comunicações.

E, em conformidade, recomendo que sejam revogados os actos de revogação destas inscrições eventualmente já praticados.

***

93.02.19
R-1056/92
I.P.-5/88

A Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional

Recomendação

1. Em Fevereiro de 1988, através do ofício cuja cópia se junta, foi sugerida a revisão do regime que impedia que o tempo de licença registada, aquando do serviço militar obrigatório, contasse para efeitos de aposentação.

Argumentou-se, então, com a conveniência em unificar esse regime com o já vigente no âmbito da segurança social do sector privado.

Em resposta, foi recebida a comunicação, de que se anexa igualmente cópia, na qual se informa que iria ser dada satisfação ao proposto, mediante a alteração dos artºs. 20º e 28º do projecto do Estatuto do Militar do Serviço Militar Obrigatório.

2. Acontece, porém, que a legislação que veio a ser posteriormente publicada - Decreto-Lei nº. 34-A/90, de 24 de Janeiro - não consagrou a possibilidade de o tempo de licença registada, no âmbito do serviço militar obrigatório, contar para efeitos de aposentação.

Assim, continuando a considerar que a licença registada, quando decorre da decisão da Administração fundada em conveniência de serviço, não deve prejudicar o militar em termos de contagem de tempo para a aposentação, formulo a seguinte:

Recomendação

Que, tendo em atenção razões atrás expendidas, se consagre a necessária modificação legislativa, relativa ao artº. 106º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas.
(Recomendação acatada)

***

93.02.19
R-1212/90

Exmo. Senhor residente da Câmara Municipal de Vale de Cambra

Recomendação

Um feirante, por si e em representação de outros feirantes, veio apresentar-me uma reclamação em que impugnava algumas das disposições do Regulamento da Feira Quinzenal de Vale de Cambra, publicado por Edital de 7 de Março de 1991.

Insurgem-se contra tal Regulamento da Feira por, em seu entender, haver uma duplicação de taxas a pagar pelos feirantes em consequência da concessão de um lugar na feira, uma vez que o artº. 4º, nº. 1, prescreve uma taxa de ocupação inicial pela atribuição de lugares na feira e o artº. 11º estabelece uma taxa de ocupação do terrado.

Ouvida sobre o assunto, a Câmara Municipal de Vale de Cambra confirmou a existência das duas taxas, sendo a taxa de ocupação inicial determinada por necessidade de ordenar a distribuição dos lugares existentes e visando retribuir os avultados encargos que a autarquia despendeu com a aquisição e construção do actual recinto da feira.

Da análise da reclamação concluiu-se com segurança que, quer a taxa prevista no artº. 4º, quer a taxa contemplada no artº. 11, ambos do citado regulamento da Feira, dizem respeito à mesma realidade fáctida: ocupação de um lugar na Feira.

Sem pôr em causa os avultados encargos suportados com a construção do recinto da feira, o certo é que de tal investimento não pode, em termos globais, determinar-se o proveito que cada feirante possa retirar do mesmo, em termos individuais e autónomos e por isso não pode tal situação dar lugar à criação de qualquer taxa (cfr. Regime Jurídico das Taxas Municipais, de Joaquim Castro Aguiar, págs. 30 e 31).

A verdade é que a lei (cfr. artº. 11º al. e) da Lei nº. 1/87, de 6 de Janeiro) apenas permite a cobrança de uma taxa por "ocupação e utilização de locais reservados aos Mercados e Feiras" e, assim, não tem cobertura legal a chamada taxa de "ocupação inicial".

Ora, não havendo contrapartida pelo funcionamento de um serviço público, enquanto construção do local da feira, é nítida a dupla tributação da mesma realidade.

Nestes termos, tenho por bem Recomendar a V. Exa. que se digne diligenciar pela alteração do mencionado Regulamento da Feira, por forma a que seja estabelecida apenas uma única taxa de ocupação ou de terrado.

Agradeço que me seja comunicado o teor da deliberação que recair sobre a presente Recomendação.

(Recomendação acatada)

***

93.02.11
I.P.-43/89

A Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social

Recomendação

1. Através do ofício nº. 5523 de 26 de Abril de 1990, da Provedoria de Justiça, foi suscitada a questão dos encargos suportados pelos beneficiários da segurança social na fase de recurso das deliberações das comissões de verificação de incapacidades permanentes e da possibilidade de se virem a adoptar medidas concretas no sentido de se isentar do seu pagamento aqueles cuja situação económica assim o exija.

2. Em resposta, foi recebido o ofício referenciado em epígrafe, no qual essa Secretaria de Estado defende a ideia de que os valores resultantes da aplicação do disposto no artº. 39º do Decreto-Regulamentar nº. 57/87, de 11 de Agosto, (actualmente substituído pelo artº. 43º do Decreto-Regulamentar nº. 8/91, de 14 de Março), serão suportáveis pela generalidade dos beneficiários, entendendo por isso que não haverá razões para abrir excepções ao seu pagamento e optando por manter o regime em vigor, que sempre teria o mérito de desmotivar quem não tenha sérios fundamentos para recorrer.

3. Posto o que antecede, considero que o interesse da Segurança Social em assegurar a contenção na utilização dos Serviços das comissões de recurso não serão relevantemente afectados pela introdução de mecanismos adequados à concessão da dispensa do pagamento das despesas imputadas ao recorrente em situação de comprovada carência económica.

4. Pelo contrário, afigura-se que esses mecanismos são indispensáveis para que ganhe sentido efectivo o direito de os beneficiários terem uma segunda oportunidade de obterem um parecer favorável à suas pretensões.
5. Daí que considero necessário conferir maior flexibilidade ao princípio geral do pagamento dos encargos previstos no artº. 43 do Decreto Regulamentar nº. 8/91, estabelecendo-se a possibilidade de isenção dos mesmos em certos casos expressamente previstos.

6. Aliás, esse critério está hoje consagrado em termos genéricos no nº. 2 do artº. 11º do Decreto-Lei nº. 442/91, de 15 de Novembro, que aprovou o Código de Procedimento Administrativo, pelo que não poderá a segurança social deixar de introduzir na legislação vigente em matéria de verificação de incapacidade permanente as alterações necessárias à sua harmonização com tal princípio geral.

Face ao que antecede e ao abrigo do disposto na al. b) do artº. 20º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril entendo dever formular a seguinte:

Recomendação

Que seja providenciado no sentido de, por via legislativa, se definirem as situações de insuficiência económica que justifiquem a isenção do pagamento das despesas previstas no artº. 43º do Decreto-Regulamentar nº. 8/91, de 14 de Março.

***

2. 4. Resumos de processos anotados

Processo R-3595/91

Assunto: Trabalhadores das Empresas Públicas; Direitos Sindicais

Objecto: Corte do diálogo, por iniciativa do respectivo Conselho de Administração, em todos os níveis de gestão, entre os CTT-Correios e Telecomunicações de Portugal - e o Sindicato Nacional dos Trabalhadores das Telecomunicações-SINTEL.

Decisão: Dado que vieram a normalizar-se as relações entre as entidades referidas, foi ordenado o arquivamento do processo.

Síntese

1. O Sindicato Nacional dos Trabalhadores das Telecomunicações-Sintel - apresentou queixa ao Provedor de Justiça, dizendo que o Conselho de Administração dos CTT, por considerar injuriosas para o mesmo e para a Empresa certas afirmações contidas num comunicado emitido pelo dito Sindicato, decidiu cessar qualquer tipo de contacto, a todos os níveis de gestão, com o SINTEL, alegando este que o Conselho de Administração, com tal atitude, estava a prejudicar, além do mais, o direito de negociação colectiva.

Vieram ainda secundar tal queixa junto do Provedor de Justiça mais de quarenta organizações representativas de trabalhadores do sector.

2. Acerca do problema suscitado, foi ouvido o Conselho de Administração, o qual veio responder no sentido de que não poria qualquer obstáculo a retomar o normal relacionamento com o dito Sindicato, desde que o mesmo se viesse a retractar quanto às afirmações que considerou, e continuava a considerar, caluniosas. Acrescentou que a Empresa apenas se limitava a não realizar com o SINTEL contactos informais a nível das diferentes hierarquias, nunca estando em causa as negociações dos acordos de empresa e outros direitos sindicais.

3. Finalmente, o SINTEL veio comunicar que, depois de diligências feitas pelo Provedor de Justiça nesse sentido, se haviam normalizado as relações Sindicato/Empresa.

***

Processo R-2646/88

Assunto: Trabalho; Empresas Públicas; Exclusão de Concurso

Objecto: Exclusão de um trabalhador dos Caminhos de Ferro Portugueses, E.P., de um concurso aberto para Chefe de Brigada de Via

Decisão: Dado que a CP acatou uma Recomendação do Provedor de Justiça sobre a matéria, foi ordenado o arquivamento do processo.

Síntese

1. Um trabalhador da C.P. queixou-se ao Provedor de Justiça, alegando que, por motivos obscuros, tinha sido excluído de um concurso para chefe de brigada de via.

2. Ouvida a entidade visada, esta veio alegar, como fundamento de tal exclusão, além do mais, falta de capacidade de liderança, por parte do candidato, e de dificuldades não só de se relacionar como coordenar, eficazmente, a actividade da brigada. Fundamentou-se ainda, sobretudo, num inquérito que lhe tinha sido instaurado e que levaram a tais conclusões: falta de capacidade de liderança, etc..

3. Do exame de tal inquérito, que nos foi remetido por fotocópia, veio a concluir-se que, no decurso do mesmo, não foi devidamente assegurado o direito de defesa do candidato (reclamante), tendo o mesmo sido ouvido na qualidade de declarante e não de arguido, embora daí não lhe tivesse resultado qualquer punição disciplinar.

4. Assim, o Provedor de Justiça dirigiu uma recomendação ao Conselho de Gerência dos Caminhos de Ferro Portugueses, E.P., no sentido de que, em futuros inquéritos cujos resultados pudessem vir a ser invocados como fundamento de decisões susceptíveis de se repercutirem negativamente na carreira dos trabalhadores da Empresa, deveriam os mesmos inquéritos revestir-se de rigor formal indispensável, de modo a que não pudessem suscitar-se dúvidas sobre a salvaguarda do direito da defesa dos visados.

5. O dito Conselho de Gerência acatou a recomendação, tendo comunicado ao Provedor de Justiça que, na sequência da mesma, já tinham sido dadas orientações necessárias à sua observância dentro da Empresa.

***

Processo R-2087/86

Assunto: Administração Local. Concessão de Diuturnidades.

Objecto: Concessão da 2ª. diuturnidade solicitada pela interessada, após completar dez anos de efectivo serviço, em requerimento, que por lapso manifesto não foi assinado.

Decisão: Recomendação acatada. Situação Regularizada

Síntese

1. O Sindicato dos Trabalhadores da Administração Local em queixa que dirigiu ao Provedor de Justiça em nome da sua associada antiga funcionária da Junta de Freguesia de Carnaxide, relevou o facto, que teve por ilegal e inadequado, daquela autarquia apenas considerar a concessão da 2ª. diuturnidade, a partir de 1 de Janeiro de 1985, e não a partir de Agosto de 1984, data em que a funcionária em causa perfez dezanove anos de efectivo serviço prestado na aludida freguesia de Carnaxide.

2. Por outro lado, devendo-se a falta de assinatura da reclamante, no requerimento em que solicitou a concessão da 2ª. diuturnidade, a manifesto lapso, a junta de freguesia de Carnaxide, bem poderia ter concedido à reclamante em tempo oportuno, e completar o seu requerimento, já que o aceitou, não obstante a apontada irregularidade.

3. Através de vários e sucessivos ofícios dirigidos à Junta de Freguesia, a Provedoria de Justiça fez valer a esta autarquia o entendimento de que o procedimento administrativo adoptado no caso, não fora o mais correcto e adequado, lesando também os direitos e interesses da funcionária em causa, legalmente protegidos.

4. No entanto, a mencionada autarquia persistiu na posição já adoptada no caso, pelo que o Provedor de Justiça, julgou conveniente dirigir-lhe Recomendação no sentido da revogação do despacho em causa do Presidente da Junta de Freguesia de Carnaxide, e substituição por outro, determinativo da concessão da 2ª. diuturnidade à reclamante, "a partir de 1 de Agosto de 1984, e até final do período de tempo em que exerceu funções na mesma autarquia.

5. Após várias insistências, veio a Junta de Freguesia de Carnaxide, através do ofício que dirigiu à Provedoria de Justiça, dar conta que decidira acatar a aludida Recomendação, tendo já efectuado o pagamento à funcionária reclamante do abono relativo à 2ª. diuturnidade com efeitos contados a partir de 1 de Agosto de 1984.

***

Processo R-3083/91

Assunto: Pensão de Aposentação. Revisão.

Objecto: Obtenção de certidão comprovativa do serviço efectivamente prestado, por ex-funcionário ultramarino na Capitania do Porto da Ilha de Moçambique, antiga Colónia de Moçambique, para fins de aposentação.

Decisão: Reclamação atendida. Certidão obtida através do Cônsul-Geral de Portugal na Beira (República Popular de Moçambique)

Síntese

1. O reclamante, ex-funcionário, aposentado, dos Caminhos de Ferro de Moçambique, solicitou a intervenção do Senhor Provedor de Justiça, em queixa que apresentou, alegando, essencialmente, que não obstante diligência que empreendeu, junto dos autoridades competentes da República Popular de Moçambique visando a obtenção de certidão comprovativa do serviço efectivamente prestado na Capitania do Porto de Moçambique, não conseguira qualquer resultado positivo, com prejuízo para a sua situação económica, uma vez que no "cálculo da pensão de aposentação que lhe foi fixada, não interveio aquele período de tempo relevante.

2. Após várias e sucessivas diligências promovidas pela Provedoria de Justiça, junto do Cônsul-Geral de Portugal na Beira, (República Popular de Moçambique), visando a obtenção da aludida certidão comprovativa do tempo de serviço prestado pelo reclamante na Capitania do Porto da Ilha de Moçambique, aquela autoridade consular veio a enviar aquele documento certificativo, devidamente legalizado, a coberto do ofício que dirigiu à Provedoria de Justiça, o qual foi entregue ao reclamante para os fins pretendidos.

***

Processo R-3144/91

Assunto: Segurança Social - Acumulação de pensões.

Objecto: Atraso no pagamento da pensão provisória de invalidez.

Decisão: Reclamação procedente - Recomendação Acatada.

Síntese

Um beneficiário da segurança social queixou-se ao Provedor de Justiça contra o Centro Nacional de Pensões, alegando, para além do atraso no pagamento da sua pensão de invalidez e da sua redução a partir da data em que passou a beneficiar de outra pensão

(concedida através da segurança social francesa), o não pagamento dos retroactivos devidos desde a data da inércia da sua concessão.

Analisado o assunto, concluíu-se que a actuação daquela entidade fora legalmente correcta, quer no que respeita à alteração da pensão portuguesa, quer no que respeita à retenção dos retroactivos, face à aplicação das normas legais de acumulação de pensões a que o beneficiário se encontrava sujeito.

Para além desses aspectos, em que a actuação do Centro Nacional de Pensões se justifica, face ao regime legal de pensões que lhe era aplicável, considerou-se ter razão o queixoso quanto à demora no pagamento de pensão que, por revestir natureza provisória, era susceptível de ser paga de imediato.

Tendo a finalidade própria da pensão provisória ficado inevitalmente comprometida pelo atraso verificado, foi dirigido ao Centro Nacional de Pensões o devido reparo pela sua actuação no caso concreto.

Por outro lado, no intuito de se evitar a verificação de situações semelhantes, foi recomendado ao Secretário de Estado da Segurança Social que transmitisse ao Centro Nacional de Pensões as necessárias instruções para que os beneficiários sejam devidamente informados sempre que haja lugar ao pagamento de pensão provisória, bem como quanto à eventualidade da aplicação da legislação relativa à acumulação de pensões e consequente revisão do valor daquela pensão.

Em resposta, foi comunicado à Provedoria de Justiça estarem já implementados os procedimentos informáticos que acautelam as referidas situações.

***

Processo R-700/85-B-1

Assunto: Registos. Registos Automóveis. Recusa.

Objecto: Reparação dos prejuízos causados pela demora verificada no processo de registo automóvel, abrangendo a devolução dos emolumentos cobrados em dobro pela Conservatória de Registo competente.

Decisão: Reclamação procedente. Recomendação Acatada.

Síntese

Um cidadão apresentou queixa na Provedoria de Justiça por não concordar com a actuação da Conservatória do Registo de Automóveis do Porto, em virtude de, aquando do registo do seu veículo automóvel, aquela ter procedido à cobrança indevida de

emolumentos em dobro cuja devolução iria ser recusada, apesar da reclamação do queixoso.

De facto, aquela Conservatória, recusaria o acto de registo atribuindo essa recusa ao facto de o Bilhete de Identidade apresentado pelo requerente não coincidir com o que fora fornecido pelo computador. Tendo aquele apresentado novo pedido decorridos 30 dias após a compra, procedeu a Conservatória à cobrança de emolumentos em dobro.

Posteriormente, veio a provar-se que o documento inicialmente entregue correspondia ao queixoso, tendo ficado a dever-se a erro no processamento de dados a falta de correspondência entre os elementos constantes do processo e correcta identidade do interessado.

Todavia, depois de ouvidas sobre o assunto, nem a Conservatória do Registo do Porto, nem a Conservatória de Lisboa, que posteriormente o apreciou, reconheceram a necessidade de rever a sua actuação, satisfazendo a pretensão do interessado no sentido da devolução dos emolumentos cobrados, considerando que o mesmo, tendo tido a possibilidade de o fazer, não reclamou da sua aplicação dentro do prazo previsto no artigo 141º do Código do Registo Predial.

Analisado o assunto, concluíu-se não ser aceitável a posição da Administração, para além do mais, porque a sua actuação contrariava manifestamente o princípio de boa-fé, tomado concretamente numa das suas emanações - a proibição de "*venire contra factum proprium*" que obriga a que a mesma Administração seja responsabilizada pelos respectivos actos, procedendo à alteração das decisões tomadas com base em factos que lhe são inteiramente imputáveis.

Nessas circunstâncias e, sem embargo de o interessado não ter recorrido da decisão em que lhe foi exigida a importância correspondente aos emolumentos indevidamente cobrados, considerou-se que incumbia à Conservatória de Registo de Automóveis do Porto a obrigação de rever a situação em apreço.

Para o efeito, recomendou o Provedor de Justiça ao Ministro da Justiça que os serviços competentes, procedessem à devolução dos emolumentos indevidamente cobrados e que o queixoso fosse devidamente ressarcido dos prejuízos sofridos e que directamente resultaram da demora e demais incidentes verificados no processo de registo do respectivo automóvel.

A recomendação viria a ser acatada, tendo sido transmitidas à Direcção Geral dos Registos e Notariado as necessárias instruções para proceder à revisão da situação do queixoso nos termos propostos.

***

Processo R-2731/90

Assunto: Segurança Social - Pagamento rectroactivo de contribuição.

Objecto: Revisão de decisão proferida sobre o pedido de pagamento retroactivo de contribuições.

Decisão: Recomendação Procedente. Recomendação acatada

Síntese

1. Um beneficiário da Segurança Social queixou-se ao Provedor de Justiça pelo facto de o então Centro Regional de Segurança Social de Castelo Branco lhe ter indeferido o requerimento em que pedia que lhe fosse autorizado o pagamento rectroactivo de contribuições para a segurança social entre 15 de Outubro de 1969 (data em que alegava ter iniciado a sua actividade profissional) e 1 de Fevereiro de 1970 (data a partir da qual a entidade patronal o inscreveu na segurança social).

2. Alegava ainda o queixoso que o requerimento fora instruído com fotocópia, certificada notarialmente, do livro de registo de pessoal da empresa em que prestara serviço, do qual constava a respectiva data de admissão, que, em seu entender, deveria ser considerada para efeitos de inscrição na segurança social.

3. A instituição de segurança social na apreciação do processo não atribuiria relevância ao documento apresentado, no sentido de constituir prova bastante da actividade prestada e exigiria ao queixoso, a indicação de testemunhas, sob pena de arquivamento do processo, caso não fossem apresentados no dia e hora marcados para o efeito.

4. Analisando o assunto, concluiu-se que nada na lei autorizava o estabelecimento de tal cominação, nem constava dos autos que tivesse sido firmado juízo expresso sobre a insuficiência do documento apresentado pelo queixoso.

E, isto por que a situação em apreço, dada a natureza do documento apresentado, era subsumível na previsão do nº. 2 do artigo 12º do Decreto-Lei nº. 380/89, de 27 de Outubro, caso em que, segundo a correcta interpretação atribuída ao preceito em causa, tem a Administração um poder discricionário, mas não arbitrário, cabendo-lhe apreciar a prova ainda que não vinculadamente como nas hipótese previstas no nº. 1 do mesmo artigo.

5. Com base nos argumentos defendidos, de acordo com o regime legal aplicável ao caso em apreço, foi elaborada recomendação dirigida ao Secretário de Estado da Segurança Social no sentido de virem a ser transmitidas ao Centro Regional de Castelo Branco as necessárias instruções para que procedesse à revisão da decisão tomada, em

relação ao pedido do pagamento retroactivo de contribuições, formulado pelo beneficiário, aceitando para o efeito o documento correspondente ao período a que se reporta o pedido apresentado.

6. Em resposta, a Secretaria de Estado da Segurança Social comunicaria a esta Provedoria ter sido acatada a recomendação, tendo sido decidido anular o despacho de indeferimento do requerimento apresentado pelo beneficiário.

***

Processo R-93/91

Assunto: Urbanização e Obras. Licenciamento .Licença de Construção. Embargo

Objecto: Levantamento de embargo e de subsequente intimação de demolição das obras realizadas.

Decisão: Recomendação administrativa no sentido de se por termo à ordem de intimação de demolição. Recomendação acatada e competente arquivamento do processo.

Síntese

Um cidadão viu embargada a construção de uma moradia por dois guarda-rios dos Serviços de Hidraúlica do Tejo, uma vez que, segundo eles, a construção em causa afectava uma ribeira existente no local.

Depois do enorme impasse gerado com a intervenção da Câmara Municipal de Mafra e dos Serviços Hidraúlicos do Tejo, este Órgão do Estado procedeu a várias diligências, sendo a mais relevante uma inspecção ao local.

Da inspecção resultou apurar-se existir no local não uma ribeira, mas antes uma linha de água de cerca de 60 centímetros de largura, por onde escoam as águas pluviais que saídas da estrada invadem os terrenos adjacentes, e que em nada é prejudicada pela construção do reclamante.

Estudado o problema concluiu-se não ser exigível o licenciamento prévio, e mesmo que o fosse, não se compreendia o rigor da fiscalização da situação, dado não haver vantagem ou utilidade de interesse público na demolição das obras realizadas.

Pelo exposto, foi formulada Recomendação no sentido de abstenção de ulterior notificação para demolição, o que viria a ser acatado pela Administração, levando ao correspondente arquivamento do processo.

***

Processo I.P. - 23/92

Assunto: Administração Pública. Processo Administrativo

Objecto: Deliberação dos Órgãos Colegiais.
Desconformidade do disposto no artigo 22º, nº. 2 do Código do Procedimento Administrativo com o disposto no artº. 119º, nº. 2 da Constituição da República Portuguesa.

Decisão: Recomendação legislativa no sentido de harmonização do Código do Procedimento Administrativo com a Constituição e pedido de declaração de inconstitucionalidade do artº. 22º, nº. 2 do C.P.A.
A Recomendação foi acatada e até final de 1993 o Tribunal Constitucional não havia proferido decisão sobre o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Síntese

Organizou-se Processo de Iniciativa Própria por se constatar que a norma prevista no artº. 22º, nº. 2 do Código de Procedimento Administrativo não se harmonizava com o disposto no artº. 119º, nº. 2 da Lei Fundamental.

Na verdade, o artº. 22º, nº. 2 do C.P.A., ao permitir, em segunda convocatória, o funcionamento dos órgãos colegiais da Administração com um terço dos seus membros, colide manifestamente com a regra expressa no artº. 119º, nº. 2 da Constituição da República que exige sempre a maioria legal dos seus membros para que as deliberações possam ser válidas.

Por esse motivo, foi formulada Recomendação Legislativa ao Governo, na pessoa de Sua Excelência o Primeiro Ministro, Recomendação que mereceu acolhimento favorável no âmbito de medidas de aperfeiçoamento que o Código justificará, decorrido o seu período experimental.

Paralelamente, por se entender que o artigo 22º, nº. 2, do C.P.A. violava o disposto no artº. 119º, nº. 2, da Constituição da República Portuguesa foi requerida a sua declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

***

Processo R-2057/92

Assunto: Licenciamento de farmácia

Objecto: Satisfação do pedido de instalação de farmácia, através de concurso público aberto em conformidade com a lei aplicável (Portaria nº. 806/87 de 22 de Setembro).

Decisão: Queixa provida. Situação regularizada.

Síntese

1. Em queixa dirigida ao Provedor de Justiça, uma licenciada em farmácia, reclamou da então Direcção Geral de Assuntos Farmacêuticos, porquanto não fora autorizada a instalar farmácia em S. Bernardo, Concelho de Aveiro, não obstante, entender que estavam reunidos os requisitos definidos na Portaria nº. 413/73 de 9 de Junho para aquela instalação.

2. Não entendeu assim a Administração que através de ofício dirigido à Provedoria de Justiça, deu conta, que nos pedidos sucessivamente formulados pela queixosa não foi observado o disposto nas alíneas b) e c) da Portaria nº. 413/73, de 9 de Junho, e bem assim, o requisito estabelecido na alínea d) do nº. 2 daquele diploma regulamentar aditado pela Portaria nº. 63477.

3. No entanto, os critérios legais a observar na instalação de farmácia foram posteriormente alterados através da Portaria nº. 806/87 de 22 de Setembro, passando a iniciativa dessa instalação a pertencer ao Ministério da Saúde, que não aos particulares.

4. E, nesta conformidade foi ulteriormente aberto concurso a solicitação e pedido da Administração Regional de Saúde de Aveiro, porquanto o pedido da queixosa satisfazia os requisitos enunciados na alínea b) do nº. 1 do nº. 3 da aludida Portaria nº. 806/87 de 22 de Setembro, concurso em que a queixosa veio a ficar classificada em 2º. lugar.

5. Após sucessivas insistências levadas a efeito pela Provedoria de Justiça junto do Instituto Nacional de Farmácia e do Medicamento, no sentido da efectivação da instalação da farmácia, no lugar requerido pela queixosa, veio este Instituto dar conta, através de ofício que dirigiu à Provedoria de Justiça, que a queixosa já tinha instalado farmácia, conforme requerera, a qual já se encontrava a funcionar.

***

Processo R-3320/91

Assunto: Segurança Social - Pensão de Invalidez.

Objecto: Suspensão de Pensão de Invalidez pelo Centro Nacional de Pensões.

Decisão: Reparo dirigido ao Centro Nacional de Pensões.

Síntese

1. Uma beneficiária da Segurança Social apresentou queixa nesta Provedoria de Justiça, por considerar ilegal a suspensão da pensão de invalidez.

2. Após diligência efectuada com vista ao esclarecimento do caso em apreço, concluiu-se que a decisão de suspensão da pensão foi tomada após ter sido declarada nula a inscrição de beneficiária na segurança social, por a mesma não corresponder ao regime consagrado no artigo 22º da Lei nº. 28/84 de Agosto.

3. Analisado o assunto, verificou-se ter ficado provado o ponto de o Centro Regional de Segurança Social de Vila Real não ter comunicado à interessada a deliberação de suspender o pagamento da sua pensão de invalidez, ficando aquela impedida de apresentar a sua defesa dos factos que lhe eram imputados.

Entendeu-se, porém, que não se justificaria qualquer recomendação pois mesmo que o acto fosse ilegal, já se teria convalidado.

Ainda assim, não deixou de se reparar a actuação do Centro Nacional de Pensões por manifesta falta de fundamentação da decisão tomada, com fundamento em violação do artigo 1º, nº.1, al. e) do Decreto-Lei nº. 256-A/87, de 17 de Junho e do artigo 268º, nº. 2 da Constituição, na versão então vigente, os quais exigiam, respectivamente, a fundamentação dos actos administrativos extintivos de direitos e a notificação e fundamentação de quaisquer interesses protegidos dos cidadãos.

***

Processo R-1784/91

Assunto: Serviço Militar. Cumprimento de pena disciplinar.

Objecto: Cessação da situação e cumprimento da pena em local não apropriado. Sancionamento disciplinar de eventuais autores de ofensas corporais praticadas na pessoas de um detido a cumprir pena disciplinar.

Decisão: Formulação de Recomendação no sentido de ser revisto o sistema de arejamento e demais condições sanitárias da cela disciplinar da prisão do Grupo C da Escola da Armada. Recomendação acatada.

Síntese

1. O pai de um marinheiro a cumprir pena disciplinar queixou-se do facto de o filho ser vítima de maus tratos, e, ainda, das deficientes condições higiénicas da cela onde o filho fora colocado.

2. Realizada a instrução, apurou-se que, relativamente às sevícias corria termos na Policia Judiciária Militar um processo que viria a ser arquivado.

3. Nessa parte, tendo o arquivamento sido proferido sob proposta de um Juiz de Direito, foi entendido não prosseguir qualquer averiguação sobre a matéria.

4. Queixando-se, todavia, o reclamante da falta de condições da cela onde o filho cumpria a pena, foi ordenada uma inspecção ao local, onde se concluiu que, não podendo a cela considerar-se um "buraco" como a caracterizava o reclamante, havia necessidade absoluta de serem revistas as condições de arejamento e do sistema sanitário da cela.

5. Foi então proferida Recomendação nesse sentido que veio a ser inteiramente acatada, assim se arquivando o processo.

***

Processo R-1956/92

Assunto: Regulamentação do Decreto-Lei nº. 423/91 de 30 de Outubro, acerca das condições em que o Estado deverá indemnizar as vítimas dos crimes violentos.

Objecto: Ministério da Justiça

Decisão: Queixa provida. Diploma Legal Regulamentado.

Síntese

1. Determinado advogado, na queixa que dirigiu ao Provedor de Justiça, salientou a necessidade e oportunidade na regulamentação do Decreto-Lei nº. 423/91, a fim de serem definidas legalmente as condições em que o Estado deverá indemnizar as vítimas dos crimes violentos, ao abrigo do disposto no artigo 18º daquele diploma legal.

2. Colocada a questão ao Gabinete do Senhor Ministro da Justiça, responsável nos termos do Decreto-Lei nº. 423/91 de 30 de Outubro, pela concessão de indemnização às vitimas de crimes violentos, após várias insistências, veio aquele membro do Governo, através de ofício que dirigiu à Provedoria de Justiça, dar conta que havia sido publicado o Decreto-Regulamentar nº. 4/94 de 22 de Fevereiro, que veio conferir efectiva regulamentação e aplicação ao regime de indemnização das vítimas de crimes violentos estabelecido no mencionado Decreto-Lei nº. 423/91 de 30 de Outubro.

***

Processo R-1317/87

Assunto: Trabalhadores da Função Pública.

Objecto: A reclamante, tendo concorrido em 1º lugar para a vaga de 1º. oficial existente no quadro de uma Escola e não tendo sido colocada, verificou que, quando da publicação da lista definitiva, continuava a vaga em causa sem ser ocupada, não obstante reunir as condições para tal.

Decisão: Recomendação acatada, formulada no sentido do provimento da reclamante como 1º. oficial na Escola em causa, com todos os efeitos legais daí decorrentes, reportados à data em que deveria ter sido provida.

Síntese

A reclamante, 2º. oficial do quadro da Escola Preparatória de Vale de Cambra, veio alegar que no quadro da Escola Secundária, existe uma vaga de primeiro oficial, nunca provida, para a qual concorreu em 1º. lugar e não foi colocada, tendo reclamado dentro do prazo legal, não foi atendida, nem obteve qualquer resposta.

Ao ser publicada a lista definitiva no Diário da República, verificou que continuava sem ser colocada e a vaga em causa sem ser ocupada, tendo recorrido a Sua Excelência o Ministro da Educação, e obtido como resposta "que só a Administração sabe onde deve colocar".

Mas não obstante ter sido colocada na 2ª. fase, do concurso para 1ºs. oficiais, conforme informação da Direcção-Geral da Administração Pública, continuava a discordar da sua situação e insistia que se encontrava vago o lugar de 1º. oficial na referida Escola na 1ª. fase, e que reunia as condições para a ocupar.

Consultada novamente a DGAP, veio esta a assumir uma posição ilegal de que à "Administração cabe o direito de ocupar as vagas de acordo com as necessidades das escolas", o que fundamentou a recomendação do Provedor de Justiça, no sentido do provimento da queixosa como 1º. oficial na Escola em apreço, ser, nos termos legais, feito reportar à data das nomeações da 2ª. fase, uma vez que a Administração não dispõe, na matéria, de um poder discricionário, mas sim vinculado.

Na verdade, a escolha da Administração suscita-se apenas no momento da abertura do concurso, e uma vez aberto para certas vagas, a Administração já não pode deixar de as considerar e a vaga em questão existia já na 1ª. fase do concurso.

Esta recomendação não foi acatada, reconhecendo a Direcção-Geral da Administração Escolar, que não pôs a concurso aquela vaga, na 1ª. fase, embora ela existisse à data da abertura da mesma.

Dada a patente falta de fundamento na resposta, entendeu o Provedor de Justiça, formular nova Recomendação, a Sua Excelência o Secretário de Estado dos Recursos Educativos, agora com base no artº. 20º. al. f) do Decreto-Lei nº. 44/84, que obriga a especificar, no aviso de abertura dos concursos, as vagas a que o concurso respeitava, tendo o aviso em questão referido que o mesmo se reportava às vagas existentes.

Ora, a Administração deve, espontaneamente fazer retroagir os efeitos da colocação da queixosa à data (pelo menos) da última colocação dos providos na 1ª. fase do concurso em causa, procedimento que não prejudicaria qualquer outro candidato ao concurso, pois se trataria sempre do mesmo provimento no mesmo lugar pelo que, os efeitos da colocação em causa, deveriam ser reportados nos termos já recomendados à Direcção-Geral da Administração Escolar.

Acatada esta última recomendação, acabou por ser atribuída à reclamante uma compensação através do explícito reconhecimento da sua antiguidade na categoria, com todos os efeitos legais daí decorrentes, reportado à data em que deveria ter sido provida por efeito do concurso em que foi indevidamente preterida.

***

Processo R-1850/89

Assunto: Trabalhadores da Função Pública-Horário-Trabalho Nocturno-Remuneração

Objecto: Guardas vigilantes numa Escola Secundária durante o período compreendido entre 1981 e 1985, desejam que lhes seja aplicado o regime de retribuição do trabalho normal nocturno e do prestado em dias de descanso semanal, complementar e feriados, através da remuneração pelo coeficiente 2.
Tendo apenas saído uma circular em 1985, só a partir desta data teve efeito aquele regime, pelo que os reclamantes requereram que lhes fosse efectuado o pagamento dos montantes devidos desde 1981 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 10-A), pretensão que foi indeferida, o que originou a reclamação.

Decisão: Recomendação acatada, formulada no sentido de ser efectuado o pagamento dos abonos em causa.

Síntese

No período compreendido entre 1981 e 1985, os reclamantes desempenharam as funções de guardas vigilantes numa Escola Secundária, prestando exclusivamente serviço nocturno.

Em 1981, o Decreto-Lei nº. 110-A/81, de 14 de Maio, veio restabelecer o regime de retribuição do trabalho normal nocturno e do prestado em dias de descanso semanal, complementar e feriados, através da remuneração pelo coeficiente 2.

Em 1985, a circular nº. 1096-A da Direcção-Geral da Contabilidade Pública, veio esclarecer as dúvidas suscitadas nesse diploma legal.
Na sequência do mesmo diploma e circular, a escola passou a pagar aos reclamantes de acordo com o regime aí estabelecido e apenas com efeitos a partir de 1985, data da circular já mencionada.

Em face desta situação, os reclamantes requereram que lhes fosse efectuado o pagamento dos montantes devidos desde 1981 (data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº. 110-A), pretensão esta que foi indeferida, e deu origem à reclamação em apreço.

Solicitados esclarecimentos à Direcção do Gabinete de Gestão Financeira do Ministério da Educação, obteve-se como resposta, a inviabilidade do requerimento de abonos de anos anteriores, dado que o artº. 4º. do Decreto-Lei nº. 265/78, de 30 de Agosto, estabelece que o prazo para requerer abonos de anos anteriores, é de 3 anos, não susceptível de prorrogação, a contar do final do ano a que respeita o crédito, o que não se verificou.

Compulsados os vários elementos, entendeu o Provedor de Justiça, haver fundamento para a Recomendação, que dirigiu a Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta do

Orçamento, com base no disposto em geral, no Código Civil, a respeito do impedimento da caducidade, no artº. 331º, nº. 2, já que, tratando-se de prazo fixado por disposição legal relativa a direito disponível, impede a caducidade e o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido.

Como o devedor é o Estado, como pessoa colectiva, a circular já referida, vale como reconhecimento do direito pelo devedor, para efeitos do nº. 2, do artº. 331º, do Código Civil. Reconhecimento esse, que impede a caducidade do direito a requerer os abonos em questão em relação aos 3 anos anteriores: 1982 a 1984.

O sentido da lei é a protecção da confiança, que é a boa-fé do credor: se o devedor reconhece a dívida e isso é comunicado ao credor, é legítimo admitir que ele já se não entenda forçado a requerer o pagamento dentro do prazo originário.

Recomendou-se, assim ,que se providenciasse para que fossem pagos os abonos em causa, tendo em conta que a solução, além de legal, se afigurava justa, já que foi a própria Administração que não realizou, de 1982 a 1985, os abonos, apesar do Decreto-Lei nº. 110-A/81, que gerou dúvidas e deu origem à circular já mencionada, pelo que, legítimo é admitir que também aos interessados, não fosse exigível um mais aprofundado conhecimento do verdadeiro regime legal e penalizados com o decurso do prazo de caducidade normal.

Em resposta a essa Recomendação:

> - Se por um lado, a Direcção-Geral da Contabilidade Pública veio formular um Parecer negativo, no sentido de que a circular referida não reconhecia expressamente a dívida, antes esclarecia qual o sentido da lei, argumentando com uma citação de Vaz Serra (BMJ, ano 107º, pág.24) de que "à caducidade estabelecida com o fim de dentro de certo prazo, se tornar certa, se consolidar, se esclarecer determinada situação jurídica; o reconhecimento impeditivo da caducidade tem de ter o mesmo efeito e tornar certa a situação". A circular não se traduz nesse reconhecimento, nem sequer torna certa a situação; quando a lei sujeita num direito a um prazo, dentro do qual deve ser exercido, e decorrido o qual, se extingue, determina-se a lei, por razões objectivas de segurança jurídica, sem atenção à negligência ou inércia do titular, mas apenas com o propósito de garantir que, dentro do prazo, a situação se define; além de não se estar perante um obstáculo que não seja imputável aos quadros, apesar das dúvidas que a Administração tivesse, eles sempre poderiam e deveriam ter exercido os seus direitos, não sendo de autorizar o pagamento respeitante às importâncias devidas há mais de três anos e não reclamadas nesse prazo;
>
> - Por outro lado, nesse mesmo parecer, Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento, exarou um despacho, no sentido de "concordar com a fundamentação jurídica", não obstante, tendo em conta a particularidade dos cargos e a Recomendação do Provedor de Justiça, deve a Direcção-Geral da Contabilidade Pública proceder ao pagamento; tendo sido, assim, acatada a Recomendação.

***

Processo R-977/92

Assunto: Urbanização e Obras. Licença de Construção

Objecto: Impugnação de um processo de contra-ordenação instaurado por uma Câmara Municipal.

Decisão: Reclamação procedente, sugerindo-se à autarquia o uso da faculdade prevista no artº. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, sugestão que viria a ser acatada com a deliberação de legalizar as obras realizadas.

Síntese

1. Um cidadão apresentou queixa pelo facto de uma Câmara Municipal lhe ter instaurado um processo de contra-ordenação por execução de obras sem licenciamento prévio, quando em seu entender se trata de uma pequena construção de apoio a um exploração agrícola que estava dispensada de licença camarária.

2. Analisada a reclamação, interpelou-se a Câmara Municipal em causa, chamando a atenção de que, a ser verdade o alegado, parecia estar-se perante uma construção ligeira de apoio a uma exploração agrícola, o que tornava dispensável o licenciamento nos termos do artº. 1º, nº. 2, alínea c) do Decreto-Lei nº. 166/70, de 15 de Abril ou mesmo por força do artº. 1º do Decreto-Lei nº. 445/91, de 20 de Novembro.

3. De qualquer modo, caso a construção reunisse os requisitos legais, bem poderia a Câmara Municipal legalizar as obras lançando mão da faculdade que lhe era concedida pelo artº. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

4. Na sequência da intervenção deste Órgão do Estado, a Câmara Municipal veio comunicar ter deliberado usar da faculdade de legalização das obras ao abrigo do indicado artº. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, sem exigir a licença camarária.

5. Com tal deliberação ficou alcançado o objectivo da reclamação assim se arquivando o processo organizado com base na reclamação apresentada.

***

Processo R-1948/92

Assunto: Saúde Pública - Farmácia - Concurso.

Objecto: Parecer sobre a localização de Farmácias, tendo em conta que existem dois locais possíveis para a sua instalação: uma dista 3000 metros da farmácia mais próxima, e o outro, 2850 metros. É este último local, o mais central e de fácil acesso para a população da Junta de Freguesia, porém, a lei exige a distância de 3 km entre cada farmácia.

Decisão: Arquivamento. Assunto esclarecido.

Síntese

Por despacho do Director-Geral dos Assuntos Farmacêuticos, devidamente publicado, foi autorizada a instalação de uma farmácia no Concelho de Aveiro, a que se seguiu o correspondente concurso público.

Havia dois locais possíveis para a instalação da farmácia: um distava 3000 metros da farmácia mais próxima e o outro, cerca de 2850 metros. Não obstante ser este último local o mais central e de fácil acesso exige-se a distância de 3 km entre cada Farmácia, o que levou a Junta de Freguesia de S. Bernardo a solicitar Parecer à Provedoria de Justiça, sobre a eventual interpretação da lei, no sentido técnico de que: "uma medida fixada em km admite uma variação de mais ou menos 400 metros", o que permitiria a localização da farmácia de 2850 metros da já existente.

A Provedoria da Justiça, solicitou esclarecimentos sobre o assunto à entidade competente: Director-Geral dos Assuntos Farmacêuticos, tendo respondido que tinha sido aprovada a planta de localização e memória descritiva da farmácia, distando mais de 3 km da farmácia, mais próxima, pelo que, estava ultrapassada a questão da Junta de Freguesia.

Informada a reclamante do teor desse ofício e do consequente arquivamento do processo, veio referir finalmente ter ficado satisfeita com as diligências e considerado o assunto encerrado.

***

Processo R-2152/92

Assunto: Contribuições e Impostos. Taxas de Conservação e Esgotos.

Objecto: Restituição de juros de mora indevidamente cobrados.
Decisão: Reclamação procedente por se ter considerado que o pagamento da taxa de conservação de esgotos tinha sido correcto por ter sido feito no primeiro dia útil seguinte ao último dia do mês em que o mesmo devia ter lugar. Recomendação acatada.

Síntese

1. Uma cidadã apresentou queixa pelo facto dos Serviços Municipalizados de Loures lhe terem cobrado juros de mora, por considerarem que o pagamento do taxa de conservação de esgotos foi feito fora do prazo, prazo esse que terminava no último dia do mês de Maio de 1992.

2. Realizada a instrução apurou-se que o pagamento da taxa tinha tido lugar no dia 1 de Junho de 1992, por ser exactamente o primeiro dia útil seguinte ao último dia do mês de Maio, que era um domingo.

3. A situação descrita tinha previsão legal ao artº. 279º, alínea e) do Código Civil, e, ainda, no artº. 72º, alíneas b) e c), do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 442/91, de 15 de Novembro.
4. Assim, e não havendo fundamento de direito em que se pudesse apoiar a cobrança de juros de mora, foi formulada Recomendação ao Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados em causa, no sentido de procederem à restituição da importância indevidamente cobrada.

5. Tal Recomendação foi inteiramente acatada, assim se alcançando o objecto da reclamação, o que levou ao arquivamento do processo organizado com base na reclamação apresentada.

***

Processo R-2724/92

Assunto: Juizes; Vencimento; Actualização de vencimento.

Objecto: Declaração de inconstitucionalidade da norma contida no artº. 1º. nº. 2 da Lei nº. 63/90, de 26 de Dezembro.

Decisão: Arquivamento, depois de não se ter suscitado a declaração de inconstitucionalidade da norma em apreço e depois de ser formulado à Assembleia da República, Recomendação legislativa no sentido da aprovação dos princípios da actualização das remunerações dos titulares dos cargos públicos, isto é, de todos os titulares de cargos públicos, assim dando lugar ao desbloqueamento da situação que a Lei nº. 63/90, de 26 de Dezembro, gerou.

Síntese

1. A Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses suscitou a intervenção deste Órgão do Estado por forma a que fosse requerida a declaração da inconstitucionalidade da norma prevista no artº. 1º nº. 2 da Lei nº. 63/90, de 26 de Dezembro.

2. Tal norma veio introduzir uma alteração ao sentido tradicional da actualização automática dos vencimentos dos magistrados judiciais e de outros titulares de cargos públicos por referência ou em função do aumento percentual da mais alta categoria da função pública.

3. Estudado o problema, concluiu-se que tal norma não ofendia o princípio de confiança, uma vez que da sua aplicação não resultava afectação de situações individuais constituídas no passado.

4. Tal norma não violou, outrossim, o princípio da igualdade, pois da situação resultante da norma não surgiram nem discriminações, nem privilégios.

5. Decidiu-se, então, não usar da faculdade que o artº. 281º. nº. 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, confere ao Provedor de Justiça.

6. Porém, concluiu-se que o bloqueamento introduzido pelo artº. 1º. nº. 2 da Lei nº. 63/90, de 26 de Dezembro, gerou enorme distorção salarial, por não ter operado uma aplicação simultânea e proporcional do congelamento em todos os escalões.

7. Por isso, foi formulado Recomendação legislativa à Assembleia da República no sentido de ser dado cumprimento à intenção de aprovar os princípios das remunerações dos cargos públicos, nos termos do artº. 1º nº. 2 da Lei nº. 63/90, de 26 de Dezembro, consagrando-se limites remuneratórios gerais e limites máximos para cada categoria, em função do nível imediatamente superior, por forma a diferenciar o posicionamento em termos remuneratórios de cada uma das categorias.

8. A Recomendação legislativa formulada não surtiu o efeito desejado junto da Assembleia da República e por se considerar esgotada a possibilidade de intervenção, foi arquivado o processo organizado nesta Provedoria de Justiça.

***

Processo R-2201/90

Assunto: Administração de Justiça. Pagamento de honorários.

Objecto: Pagamento de honorários devidos pelo Tribunal Judicial da Comarca do Barreiro a perito nomeado pelo mesmo Tribunal, no caso de não pagamento de preparos e custos pela parte vencida.

Decisão: Queixa atendida e situação regularizada.

Síntese

1. Em queixa dirigida ao Provedor de Justiça, determinado reclamante alegou que, tendo sido nomeado perito num processo que correu termos no 2º. juízo do Tribunal Judicial da Comarca do Barreiro, e realizados os exames às escritas das partes que lhe foram determinadas, foi-lhe indeferido, pelo Mm. Juiz do processo, o pagamento dos seus honorários, fundamentalmente porque a parte vencida no processo não pagou as custas em que foi condenado, nem tão pouco, foi exigido pelo Tribunal, o depósito prévio dos preparos para o acto de peritagem, de harmonia com o disposto no artº. 101º, nº. 2 do Código das Custas Judiciais, pelo que solicitou a intervenção do Provedor de Justiça no caso, em ordem ao pagamento dos honorários a que tem direito.

2. Instruído o processo, instaurado na Provedoria de Justiça, e ouvidos a propósito da queixa, o Mm. Juiz do 2º. Juízo do Tribunal Judicial da Câmara Municipal do Barreiro, e o Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Justiça, apurou-se que, por erro da administração da justiça, foi feito cálculo incorrecto do preparo para as despesas de peritagem, tendo em conta a insuficiência da soma depositada e a não exigência, por parte do Tribunal do seu reforço.

3. No entanto, o Ministério da Justiça, após sucessivas insistências por parte da Provedoria de Justiça, no sentido do pagamento ao queixoso dos honorários que lhe eram legalmente devidos, através do Cofre Geral dos Tribunais, veio a cumprir por

razões de equidade a transferência que invocou, aquela obrigação legal, autorizando o pagamento dos honorários ao queixoso.

***

Processo R-2858/90

Assunto: Trabalho. Função Pública. Nomeação de Chefe de Serviço.

Objecto: No âmbito de um concurso para a categoria de Inspector-Administrativo Financeiro - do Ministério da Educação, houve confusão entre duas concorrentes, tendo uma o seu processo visado, não obstante não preencher uma condição essencial (5 anos de serviço) e a reclamante, sem o processo visado, e preenchendo a referida condição dos 5 anos de serviço.
Solicita a reclamante a reforma dos actos administrativos que deram origem à confusão referida, bem como a que rectroajam à data a que os mesmos actos respeitem.

Decisão: Acatamento da recomendação enviada à Secretária-Geral do Ministério da Educação. Resolução da situação da reclamante.

Síntese

1. A reclamante, foi opositora a um concurso, para o qual preenchia todas as condições exigidas.

2. A Secretária-Geral do Ministério da Educação informou a reclamante de que o seu processo tinha sido devolvido porque não dispunha de 5 anos de serviço.

3. Houve porém uma confusão entre o processo da reclamante e o de outra concorrente.

4. À entrada na Direcção-Geral do Tribunal de Contas, ao processo da reclamante foi atribuído um número e visado em 05. 04. 90, e ao da outra concorrente, coube outro nº. só visado em 24. 07. 90, não obstante na altura, terem sido registados de forma inversa na mesma Direcção-Geral.

5. Considerou a Secretária-Geral que as publicações das nomeações, tanto a da reclamante, como a da outra concorrente são actos inválidos e ineficazes.

6. Fundamentada nessa invalidade de actos administrativos praticados com base num erro de facto que conduziu a decisões com vícios de vontade, formulou a Recomendação

no sentido da reforma dos despachos do Exmo. Senhor Adjunto da Secretária-Geral, através da substituição do nome da outra concorrente pelo da reclamante, bem como a rectroactividade dos efeitos dos mesmos à data dos actos a que respeitam, e a consequente regularização dos abonos respectivos.

7. A recomendação foi acatada, com a reforma dos despachos relativos à nomeação das duas funcionárias em causa.

***

Processo R-2115/92

Assunto: Concessão de registo de Patente Industrial.

Objecto: Atraso por parte do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, na concessão de patente correspondente a um sistema de arrefecimento de ar e água, o que provocava a impossibilidade de defesa contra a contrafacção industrial de que o reclamante vinha sendo alvo.

Decisão: Depois de prolongado processo e da intervenção da Provedoria de Justiça, foi o mesmo solucionado a contento do reclamante, com a aprovação definitiva do invento em questão.

Síntese

O reclamante apresentou em 1989 ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, o pedido de registo de patente de invenção sobre um sistema de arrefecimento de ar e água conforme documentos que juntou. O mesmo foi publicado no Boletim da Propriedade Industrial de 10/89 em 30. 01. 90, para eventuais reclamações, que não houve.

Em 1992, o sistema ainda continuava em estudo para eventual concessão de patente, apesar de o reclamante, várias vezes ter manifestado o interesse junto do INPI para a brevidade do registo da Patente, uma vez que só deste modo se poderia defender da contrafacção industrial de que estava sendo alvo.

Efectivamente, apesar de terem sido apenas seis os protótipos que fabricou para seis firmas, encontrava-o já em múltiplas empresas onde se dirigia para o vender. Como não estava registada a patente, estava desapossado e impossibilitado de reivindicar os seus direitos.

A Provedoria de Justiça solicitou esclarecimentos ao Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Indústria e Energia bem como ao INPI.

Do INPI, em Fevereiro de 1993, obteve-se como primeira informação que, dado o pedido de patente ter sido formulado de maneira imperfeita, tinha notificado ao requerente no sentido de alterar reivindicações, substituir a memória descritiva e os desenhos de forma a torná-los consentâneos com o objecto do pedido.

No mesmo sentido foi a resposta do Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Indústria e Energia.

Em segunda informação, o INPI vinha referir que estavam em diálogo permanente com o reclamante através dos Técnicos da D.S.P., com vista a suprir as imperfeições citadas, só então sendo possível a emissão de parecer final.

Informado o reclamante do teor desses esclarecimentos, veio o mesmo responder que "após o impulso operado pela Provedoria de Justiça, o INPI promoveu com notável eficiência e economia de tempo, o processo, ora solucionado, no sentido da aprovação definitiva do invento em apreço, o que fundamentou o arquivamento do processo com sucesso.

***

Processo R-2424/85

Assunto: Abonos respeitantes a diuturnidades e documentação comprovativa.

Objecto: A reclamante alega que lhe devem ser pagas as diuturnidades retroactivamente uma vez que fez prova efectiva de que tinha tal direito, além de que a demora na apresentação da certidão não lhe é imputável.
Requere assim o pagamento referente ao período entre a suspensão do abono provisório e a sua concessão a título definitivo.

Decisão: Foi acatada a Recomendação do Provedor de Justiça, cessando a suspensão do pagamento, com o direito ao recebimento retroactivo do período em que não foram abonadas as diuturnidades à requerente.

Síntese

O Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Norte, representando uma associada, veio alegar que, como empregada auxiliar do Hospital de Vila Nova Gaia, requereu em 26. 05. 80 o pagamento de diuturnidades a que se julgava com direito.

Esse abono foi-lhe conferido provisoriamente, durante 90 dias, após o que foi suspenso, aguardando-se que a reclamante fizesse prova documental de que o tempo era susceptível de contagem para efeito de diuturnidades.

Apenas em 1983 a reclamante fez prova do tempo de serviço prestado entre 1965 a 1975, sendo-lhe abonadas as diuturnidades, somente a partir de 1983, e a título definitivo.

A reclamante vem invocar que lhe devem ser pagas as diuturnidades retroactivamente uma vez que fez prova efectiva de que tinha tal direito, além de que a demora na apresentação da certidão não lhe era imputável.

Não obstante, a Direcção-Geral da Contabilidade Pública, consultada pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, deu um parecer contrário, invocando o nº. 6. 1 da circular nº. 820, Série A, de 29. 05. 76.

Compulsados os elementos constantes do processo, o Provedor de Justiça formulou uma Recomendação ao Exmo. Senhor Director-Geral da Contabilidade Pública, no sentido de que: quando em 1983, a reclamante fez prova do tempo em causa, passou a ter direito a receber os respectivos abonos, a título definitivo, de acordo com o artº. 5º, nº. 3, do DL nº. 243/83, desde o mês seguinte ao da apreciação do pedido de concessão dos mesmos, descontados os que já lhe tinham sido pagos a título provisório, bem como nos termos da economia legal do DL nº.330/76, pois que uma vez feita a comprovação necessária, deverão ser pagas, retroactivamente as diuturnidades em dívida.
Na sequência dessa recomendação veio finalmente a Direcção-Geral da Contabilidade Pública, concluir que face aos argumentos aduzidos se afigurava que, a apresentação da prova documental do tempo de serviço efectivo, deveria cessar a suspensão com direito ao recebimento retroactivo do período em que não forem abonadas as diuturnidades à requerente.

***

Processo R-1391-B-4/84

Assunto: Obras. Licenciamento. Indeferimento Tácito.

Objecto: Emissão de alvará de licenciamento em consequência do deferimento tácito do adequado requerimento de licenciamento.

Decisão: Reclamação procedente. Formulada Recomendação no sentido de emissão do alvará, o que veio a ser acatado com certos condicionalismos.

Síntese

1. Uma cidadã requereu o licenciamento para construção de uma moradia à Câmara Municipal de Gondomar.

2. O requerimento não foi objecto de qualquer despacho da autarquia dentro do prazo de 60 dias previsto no artº. 12º, nº. 4, alínea c) do Decreto-Lei nº. 166/70, de 15 de Abril, e por isso ocorreu deferimento tácito do licenciamento referido.

3. Mais tarde, e fora do prazo legal de revogação, veio a autarquia em causa revogar o acto tácito, de deferimento, alegando não ter chegado a haver acto tácito por ter havido necessidade de consultar a Direcção-Geral dos Serviços de Urbanização nos termos do artº. 3º, nº. 7 do Decreto-Lei nº. 124/73, de 24 de Março.

4. Considerou-se, porém, que tal alegação improcedia, uma vez que a autarquia não havia notificado a reclamante do pedido de consulta, como o impunha o então em vigor artº. 12º, nº. 7 do citado Decreto-Lei nº. 166/70, de 15 de Abril.

5. Face ao exposto, foi formulada Recomendação no sentido de ser emitido o alvará do licenciamento, o que viria a ser acatado com determinados condicionalismos, o que determinou o arquivamento do processo.

***

Processo R-670/89

Assunto: Trabalhador Civil. Portaria Regulamentar.

Objecto: Possibilidade actual de sindicalização do pessoal civil do Depósito POL-NATO de Ponta Delgada ou de outras infraestruturas NATO em Portugal.

Decisão: Arquivamento. Resolução da situação a contento dos reclamantes.

Síntese

1. Um grupo representativo do pessoal civil do Depósito POL-NATO de Ponta Delgada ou de outras infraestruturas NATO em Portugal, solicitou a intervenção do Provedor de Justiça, no sentido do esclarecimento da sua situação jurídico-laboral, designadamente no que se refere à possibilidade de se associarem ou sindicalizarem.

2. Pediram-se informações a Sua Excelência o Ministro da Defesa, tendo-se obtido como resposta, e em primeiro lugar, um Parecer do Gabinete de Sua Excelência o Chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas, no sentido de que os esclarecimentos a prestar seriam no âmbito geral das Infraestruturas NATO e não apenas na de Ponta

Delgada, pois que desta, o controlo da gestão em concreto, é da competência da Comissão Executiva de Manutenção de Infraestruturas NATO do ramo junto da qual funciona a Marinha.

Mais acrescentou, que não obstante ser duvidosa a natureza do vínculo do pessoal civil pertencente àqueles quadros orgânicos, se de direito público ou privado, admitiu que houvesse pessoal civil com um e outro estatuto, sendo certo que, tanto num caso, como no outro, não seria lícito recusar-lhe a aplicação do princípio da liberdade sindical constante do então artº. 55º da Constituição.

Com efeito, se no caso do vínculo de direito privado nenhum problema se oferecia, face à afectação directa da convenção nº. 87 da OIT (Lei nº. 45/77), o mesmo se poderia dizer no caso do vínculo ser de direito público face à convenção nº.151 da OIT (Lei nº. 17/80).

O próprio pessoal civil dos Serviços Departamentais das Forças Armadas que, nos termos do artº. 107º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei nº. 33/80, de 13 de Março, gozava de um regime específico, passou a reger-se, em tudo, pelo regime geral da função pública depois da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 264/89, de 18 de Agosto.

Realçou finalmente, que as considerações anteriores se referiam apenas ao pessoal civil em serviço nas infraestruturas NATO que dispõe de Estatuto Civil, e não ao pessoal afecto à guarda das mesmas Infraestruturas que é militarizado, detendo estatuto idêntico aos militares e estando sujeito às restrições correspondentes.

3. Apesar do Parecer detalhado acabado de citar no essencial, continuou a aguardar-se resposta do próprio Ministério da Defesa Nacional, que, depois de ter ouvido sua Excelência o Chefe do Estado Maior da Armada, veio transmitir, por um lado, que o próprio Ministério se encontrava empenhado e, por outro, finalmente, no sentido de que nada havia a opor à sindicalização do pessoal civil das Infraestruturas NATO, com excepção para o pessoal militarizado (agentes de Segurança) abrangido pelo Decreto-Lei nº. 45941, de 26 de Setembro de 1964, face às restrições previstas no artº. 31º da Lei nº., 29/82, de 11 de Dezembro, conjugado com o artº. 270º da Constituição.

***

Processo R-1801/91

Assunto: Polícia-Participação.

Objecto: Esclarecimento e reposição da verdade quanto à identidade de dois cidadãos intervenientes em acidente de viação.

Decisão: Arquivamento do processo depois de ser suscitado a intervenção do Ministério Público na Comarca de Vila Real em ordem a que através de acção de justificação judicial fosse anulado o registo de óbito e obtido o suprimento da omissão do assento de óbito do cidadão que efectivamente falecera.

Síntese

1. Um advogado apresentou reclamação pelo facto de ter havido troca de documentos de dois cidadãos, intervenientes num acidente de viação de que resultou que, o cidadão falecido no acidente continuava vivo em termos do registo civil, e o outro, apenas ferido, estivesse civilmente morto.

2. Apurou-se então que a troca tivera lugar pelo facto de junto ao corpo do cidadão falecido se encontrarem os documentos do outro cidadão e daí que a patrulha da Brigada de Trânsito da GNR tenha sido induzida em erro.

3. Este Órgão do Estado fez então diligências junto do Conservador do Registo Civil e do Procurador da República no Círculo Judicial de Vila Real no sentido de ser instaurada a acção de justificação judicial por forma que fossem rectificados os registos respeitantes aos cidadãos em causa, o que viria a alcançar-se, assim se arquivando o respectivo processo.

***

Processo R-2514/91

Assunto: Transportes Colectivos. Carreiras.

Objecto: Restabelecer o anterior circuito da carreira nº. 56 da Companhia Carris de Ferro de Lisboa.

Decisão: Arquivamento em sequência da ampliação do circuito da carreira nº. 56 deliberado pela CARRIS, assim se satisfazendo parcialmente a pretensão do reclamante.

Síntese

1. Um cidadão residente na zona das Olaias, nesta cidade de Lisboa, queixou-se pelo facto de a Carris ter decido encurtar o circuito da carreira nº. 56, o que veio prejudicar os habitantes da zona que ficaram privados do referido transporte colectivo.

2. Mais alegou o reclamante que na base do encurtamento do circuito estava a circunstância de o estacionamento público se fazer de forma desordenada o que impedia a movimentação dos autocarros.

3. Ouvida a CARRIS, veio esta Empresa confirmar que a sua deliberação assentava no facto de a circulação na Av. Eng. Arantes e Oliveira ser praticamente impossível e, por isso, submetera a aprovação da Comissão de Transportes de Lisboa (CETL) o encurtamento da carreira nº. 56.

4. Foi chamada a atenção do Comando Distrital da P.S.P. de Lisboa para a necessidade de fiscalização das irregularidades do estacionamento na área em causa, tendo-se obtido resposta favorável com o exercício de uma acção mais activa por parte da mesma corporação policial.

5. O Comando Distrital da P.S.P. acabou mesmo por informar que estavam criadas as condições para reposição do anterior percurso da carreira nº. 56.

6. Face à intervenção da P.S.P., este Órgão do Estado sugeriu à CARRIS o restabelecimento do anterior percurso, o que viria a ser alcançado parcialmente com a ampliação do itinerário após o encurtamento verificado em 11 de Abril de 1991.

7. Considerando que as porfiadas diligências foram coroadas de êxito por forma a satisfazer os habitantes da zona, foi deliberado proceder ao arquivamento do processo.

***

Processo R-3858/91

Assunto: Polícia. Abuso de Autoridade.

Objecto: Sancionamento da actuação irregular de um agente da P.S.P..

Decisão: Considerando incorrecta a actuação do agente da P.S.P. que deteve o filho do reclamante e, por isso, foi formulada Recomendação no sentido de ser deduzido acusação contra o Guarda em causa, de que resultou a sua punição disciplinar.

Síntese

1. A mãe de um jovem apresentou queixa contra um Guarda da P.S.P. pelo facto de o seu filho ter sido detido em situação irregular, e, ainda, insultado de forma pública pelo referido agente.

2. Realizada a instrução, designadamente através do processo de averiguação levado a cabo pelo Comando Geral da P.S.P., apurou-se que a queixa era procedente, por isso, foi formulada Recomendação no sentido de ser deduzida contra o Guarda, acusação de que viria a resultar a punição do agente da P.S.P..

3. Tendo a Recomendação sido acatada, com o exercício de acção disciplinar e consequente punição, foi decidido proceder ao arquivamento do processo.

***

Processo R-2339/85-A-2

Assunto: Integração do funcionário-reclamante no quadro de Acção Social Escolar da Escola Preparatória de Castelo Branco.

Objecto: Integração do reclamante no quadro de Acção Social Escolar da Escola Preparatória de Castelo Branco, na categoria de Técnico Auxiliar Principal.

Decisão: Recomendação acatada. O reclamante foi integrado no quadro, na categoria desejada, com efeitos reportados a 1987 e sem perda de direitos na progressão da carreira.

Síntese

O reclamante iniciou funções nos serviços de Acção Social da Escola em 28. 10. 1977.

Porém, outras duas funcionárias, que iniciaram funções posteriormente, vieram a ser, por despacho de 14. 09. 84 do Exmo. Senhor Subdirector-Geral da Escola Preparatória de Castelo Branco, providas na categoria de Técnica Auxiliar Principal.

Em consequência desses dois provimentos, deixou de haver vaga naquele quadro para o reclamante, embora sendo mais antigo nos SASE, tendo acabado por ser provido na categoria de Técnico Auxiliar Principal mas no quadro supranumerário, por despacho de 24. 09. 84 do mesmo Subdirector-Geral de Pessoal.

A ilegalidade e injustiça cometidas vieram efectivamente a ser reconhecidas pela Direcção-Geral de Pessoal. Todavia, os provimentos das funcionárias em questão

consolidaram-se, sendo a sua situação irreversível, impedindo a integração do reclamante.

Recomendou o Provedor de Justiça que se providenciasse o encontro de um solução justa para a situação, mediante a criação de mais um lugar na Escola em causa, na qual seria provido o reclamante, como reparação das ilegalidades contra ele cometidas.

Em resposta a essa Recomendação, veio o Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Recursos Educativos, comunicar que o reclamante tinha sido integrado no Quadro de vinculação de Castelo Branco, na categoria de técnico de acção social principal, com efeitos reportados a 1987, conforme publicação em Diário da República, sem perda de direitos quanto à progressão na carreira.

***

Processo R-2175/85

Assunto: Trabalho. Função pública. Exclusão de Concurso.

Objecto: Nomeação de candidata qualificada em concurso e indevidamente preterida.

Decisão: Arquivamento do processo, após emanação de recomendação e conhecimento posterior de estar resolvida a situação apresentada.

Síntese

1. Uma escriturária dactilógrafa de uma Conservatória de Registo Civil apresentou queixa por não ter sido nomeada para o lugar que pretendia e para que tinha sido aprovada em concurso, por ter sido preterida por um candidato que não preenchia as condições para concorrer, mas que estava a praticar na Conservatória.

2. Apurou-se que, tendo sido proposta a nomeação da queixosa em dois concursos por lhe caber prioridade, fora preterida pelo Conservador que dizia ter más informações sobre a mesma.

3. Instado a explicar com mais clareza as informações prestadas revelou não ter dados seguros.

4. Considerando que a interessada tinha a seu favor uma a preferência estabelecida no Despacho de 1 de Abril de 1985 e, dentro desta, possuía as melhores habilitações

literárias, entendeu-se que frustava completamente a dinâmica de qualquer concurso a relevância dada ao parecer dos Conservadores.

5. Nada na lei nem no Despacho de 85. 04. 01 permitia sobrelevar às preferências legais considerações circunstanciais.

6. Assim, foi recomendado que, para o futuro, se evitem procedimentos deste tipo, designadamente no tocante à prestação e acolhimento de informações como as que neste caso desvirtuaram completamente o resultado do concurso.

7. À queixosa, como compensação mínima, deveria, através de recurso a um instrumento de mobilidade, ser dada a possibilidade de colocação em serviço mais próximo da sua residência, se continuar interessada.

8. Perante a comunicação prestada pelo Director Geral dos Registos e do Notariado de ter sido emitido, em 93. 04. 27, um Despacho de Sua Excelência a Secretária de Estado a regulamentar os concursos de escriturário, (depois de o terem sido anteriormente por Despacho, de 88. 10. 11, do Senhor Secretário de Estado Adjunto), e uma vez que a interessada estava já como segunda ajudante na Conservatória pretendida, foi determinado o arquivamento do processo.

***

Processo R-2413/91

Assunto: Trabalho. Função pública. Curso de formação. Indeferimento.

Objecto: Concessão de bolsa de estudo para frequência de curso de formação complementar.

Decisão: Arquivamento do processo após aceitação do sugerido nas diligências feitas.

Síntese

1. Um técnico de radiologia queixou-se por não lhe ter sido concedida pela instituição onde prestava as suas funções uma bolsa de estudo para frequência do curso complementar de ensino e administração, a que se candidatara e fora admitido.

2. Desenvolvidas diligências junto da Administração Regional de Saúde onde exercia actividade e do Departamento de Recursos Humanos da Saúde, concluíu-se que aquela instituição não dera cumprimento ao disposto no Regulamento da concessão das bolsas no respeitante à divulgação atempada dos cursos e dos critérios e prioridades definidos internamente para a concessão.

3. Considerando que o Decreto-Lei nº 384-B/85, de 30 de Setembro, que regula a carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica estabelece, no artigo 7º, que só poderão candidatar-se a técnicos especialistas os técnicos principais habilitados com o curso complementar de ensino e administração, e dado que o artigo 9º do mesmo diploma assegura aos referidos profissionais o direito ao aperfeiçoamento e actualização profissionais, entendeu-se não ser aceitável a posição da instituição que opinara que as matérias constantes do currículo do curso não tinham interesse para as funções desempenhadas pelo queixoso naquele organismo.

4. Tendo-se concluído, após troca de ofícios, que a instituição local não estava suficientemente ciente das suas obrigações quanto à divulgação e concessão de oportunidades aos técnicos para a frequência dos cursos, contactou-se o Departamento de Recursos Humanos da Saúde, com vista a que fossem encaradas medidas que levassem os serviços a cumprir o disposto na lei e na circular informativa que elaborara sobre o assunto.

5. Obteve-se a informação que o queixoso, entretanto, concorrera novamente e fora escolhido, estando já a frequentar o curso.

6. Aquele Departamento comunicou ainda que emitira uma circular normativa, chamando a atenção sobre a matéria, de modo a evitar o recurso a apreciações casuísticas, levando as instituições de saúde a cumprir o dever de dar a conhecer aos técnicos de diagnóstico e terapêutica as regras e os critérios que pautarão a concessão das bolsa de estudo, permitindo-lhes aperceberem-se com antecedência do grau de probabilidade de acesso ao curso.

7. Foi determinado o arquivamento do processo, com agradecimento pela colaboração prestada.

***

Processo R-1046/93

Assunto: Trabalho.Função pública.Concurso. Classificação. Médico.

Objecto: Nomeação do júri de um concurso por um concorrente que exercia as funções de presidente da comissão instaladora da A.R.S.
Decisão: Arquivamento do processo por inexistência de elementos que comprovassem violação de lei que afectasse a classificação final atribuída . Chamada de atenção à entidade responsável pela nomeação do júri.

Síntese

1. Um médico solicitou intervenção ao Provedor de Justiça por o presidente da Comissão Instaladora de uma A.R.S.(Administração Regional de Saúde) ter nomeado o júri de um concurso em que o queixoso foi candidato e a que o próprio presidente também concorreu.

2. Queixou-se ainda de a lista de classificação final ter sido alterada em termos que baixaram a sua classificação, após recurso decidido favoravelmente de outro candidato.

3. Obtidos elementos necessários à instrução do processo, junto dos serviços do Ministério da Saúde, concluíu-se que o queixoso não recorreu contenciosamente, nem fundamentou em termos adequados a exposição que aqueles serviços consideraram como recurso hierárquico e que foi indeferido.

4. Com efeito, o interessado podia ter oposto suspeição, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 5º do Decreto-Lei nº 370/83, de 6 de Outubro, ao acto de nomeação do júri do concurso.

5. Tal suspeição podia ser requerida até ser proferida a decisão definitiva do concurso, o que não se verificou. Tratando-se de um acto anulável, já estava sanado, pois fora praticado há mais de 1 ano (o aviso de abertura foi publicado em 30 de Outubro de 1991).

6. Não se tendo comprovado actuação ilegal quanto à elaboração da lista definitiva de que o concorrente discordou, sem fundamentar, foi determinado o arquivamento do processo, com chamada de atenção à entidade responsável, para a gravidade da lesão dos princípios de igualdade e imparcialidade, cometida quando se admitiu a designação do júri por um concorrente.

***

Processo R-1815/90

Assunto: Trabalhador da Função Pública - Diuturnidades - Contagem de Tempo de Serviço

Objecto: Dualidade de critérios na contagem do tempo de serviço de vários funcionários da Direcção Geral dos Serviços Prisionais.

Decisão: Recomendação acatada. Situação regularizada.

Síntese

1. Uma cidadã queixou-se ao Provedor de Justiça, em 6 de Agosto de 1990, por, na qualidade de funcionária de um estabelecimento prisional, ter sido discriminada na contagem de tempo de serviço, imputando à Direcção-Geral dos Serviços Prisionais "uma dualidade de critérios com funcionários na mesma situação".

2. Analisada a documentação prestada pela R., foram pedidos os esclarecimentos necessários àquela Direcção-Geral, em 11 de Outubro do mesmo ano e após insistências várias, veio a ser obtida resposta em 28 de Fevereiro de 1992.

3. Com efeito, a DGSP tivera por entendimento adequado considerar o tempo de serviço, para efeito de diuturnidades, de funcionários prestado por conta da *Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor, de Angers*, a qual administrara a Cadeia Central de Tires desde 1953 até finais da década de 80, vindo posteriormente a ser integrados no quadro de pessoal da DGSP.

4. Como, porém, a Caixa Geral de Aposentações não perfilhara tal posição, aquela Direcção-Geral considerou dever alterar a prática habitual, fundando-se na natureza jurídica da referida congregação religiosa (falta do requisito da utilidade pública administrativa) para não aplicar o disposto no art. 2º, nº 1, do DL nº 330/76, de 7 de Maio, louvando-se bem assim, em posição sustentada pelos serviços de Contabilidade Pública.

5. Em 18 de Maio de 1992, o Provedor de Justiça formulou Recomendação sobre o assunto ao Director-Geral dos Serviços Prisionais, com vista a ser concedida "à queixosa (e aos demais funcionários em situação análoga) a segunda diuturnidade, em função do período de cinco anos imediatamente posterior à data em que adquiriu o direito à primeira".

6. Para tanto foi motivado este Órgão do Estado nas razões seguintes:

a) As diuturnidades em causa, reguladas pelo DL nº 330/76, de 7 de Maio, são independentes entre si.

b) O seu reconhecimento é constitutivo de um direito.

c) Para apreciação da segunda diuturnidade, fica excluída a apreciação da validade da antecedente.

7. A DGSP acatou a Recomendação formulada, transmitindo a sua posição em 10 de Março de 1993, justificando o seu atraso com "a necessidade de acertar procedimentos com a Contabilidade Pública que interviera no processo".

8. Em 6 de Outubro de 1993, foi determinado o arquivamento do processo.

***

Processo R-2417/90

Assunto: Trabalhador da Função Pública - Equiparação a bolseiro.

Objecto: Não atribuição de estatuto de equiparado a bolseiro por apresentação a Órgão incompetente.

Decisão: Reclamação precedente. Recomendação acatada.

Síntese

1. Um técnico de justiça auxiliar, exercendo funções de fotógrafo na Direcção-Geral da Comunicação Social, em regime de requisição, pretendeu obter equiparação a bolseiro para frequência da *École Nationale de Photographie*, requerendo-o à Direcção-Geral da Comunicação Social, em 19. 07. 90, sendo certo que o prazo de inscrição naquele estabelecimento terminaria em 10. 09. 90.

2. Foi informado, já após tal data (em 02. 10. 90), não ter o órgão a quem se dirigira competência para tal, motivo pelo qual requereu a equiparação ao Sr. Ministro da Justiça.
3. Em 22. 10. 90, o Gabinete do Sr. Ministro da Justiça dava-lhe conta da circunstância de se tratar de competência conjunta, cabendo a iniciativa para o seu exercício ao Sr. Secretário de Estado Adjunto do Ministro Adjunto e da Juventude.

4. Inconformado, apresentou queixa ao Provedor de Justiça, em 24. 10. 90, manifestando a pretensão de vir ainda a poder frequentar o curso ministrado na aludida escola ou, em alternativa, ver-se ressarcido da importância dispendida na inscrição que efectuara, por se considerar "vítima de incompetências e burocracia".

5. Analisada a documentação exibida pelo R., entre ela constando cópia da correspondência trocada com a Administração, foram pedidos esclarecimentos complementares à DGCS sobre a situação jurídico funcional do R., em 04. 01. 91, os quais foram objecto de resposta, em 18. 01. 91. Ali se informou a Provedoria de Justiça sobre a prorrogação da requisição do R. por um ano mais, a partir de 11. 10. 90.

6. Concluída a instrução, após promoção de exaustiva análise legislativa, teve lugar a formulação de Recomendação ao Sr. Ministro da Educação, em 09. 03. 93, tendo em vista "ser esclarecido, pela via adequada, a definição da entidade competente para autorizar o pedido de equiparação a bolseiro de funcionários no exercício de funções fora dos serviços a cujos quadros pertencem (pessoal destacado, requisitado e em comissão de serviço)".

7. Para tanto se fundou o Provedor de Justiça em demonstração assente na circunstância de o DL nº 282/89, de 23 de Agosto, bem como o DL nº 272/88, de 3 de Agosto, não explicitarem de modo adequado a competência para decidir sobre o pedido de equiparação a bolseiro, quando o requerente se encontre em situação análoga à do R.

8. O Sr. Ministro da Educação declinou dar cumprimento à Recomendação, por despacho de 28. 03. 93, louvando-se em parecer da Secretaria-Geral do respectivo ministério, porquanto não seria da sua competência levar a cabo o efeito pretendido, já que "só por lapso (...) se justifica que o Decreto-Lei nº 282/89 tenha tido origem no Ministério da Educação e não na Presidência do Conselho de Ministros".

9. Por esta razão, ponderou-se a utilidade de formular Recomendação de idêntico conteúdo à Sra. Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento; o que veio a ocorrer em 14. 07. 93, insistindo-se na definição normativa sobre a questão controvertida.

10. Em sequência, a Direcção-Geral da Administração Pública preparou um projecto de circular - aprovado por despacho da Sra. Secretária de Estado - na qual se estabeleceu que a entidade competente para a atribuição da autorização do regime de equiparado a bolseiro, no caso de funcionários requisitados, é o membro do Governo que tutela o serviço utilizador do requisitado, destacado ou comissário de serviço. Desta posição,

tomou o Provedor de Justiça conhecimento em 01. 10. 93, determinando o arquivamento do processo respectivo em 08. 11. 93.

***

Processo R-2747/92

Assunto: Trabalhador da Função Pública - Antiguidade - Lista de Antiguidade.

Objecto: Falta de elaboração de listas de antiguidades na Direcção-Geral de Contribuições e Impostos.

Decisão: Recomendação acatada. Situação regularizada.

Síntese

1. O Sindicato dos Trabalhadores dos Impostos, apresentou queixa em 23. 10. 92, contra o incumprimento por parte da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos do dever de publicação das listas de antiguidade dos seus funcionários, em alegada violação do disposto no Art. 93º, do DL nº 497/88, de 30 de Dezembro.

2. Do mesmo passo, sobrelevam a importância do cumprimento de tal dever, tanto por razões directamente ligadas aos interessados, como também, por forma a servir de pressuposto à verificação "da legalidade e transparência da Administração na prática de vários actos em que aquele factor é determinante (por exemplo, progressão no sistema retributivo, concursos, colocações, nomeações e até aplicação da tão indesejada *lei dos excedentes*)".

3. Iniciada a instrução do processo ao qual deu origem, foi o Sr. Director-Geral das Contribuições e Impostos instado a pronunciar-se sobre os factos alegados, em 18. 01. 93.

4. Ao que, em 12. 02. 93, retorquiu aquele órgão que "a última lista de antiguidade (...) foi organizada com referência a 31 de Dezembro de 1976 e de que se está a envidar todos os esforços para que a relativa a 1992 seja publicitada dentro do prazo previsto".

5. Em complemento, acrescentou o Sr. Director-Geral, em 11. 05. 93, encontrar-se a lista de antiguidade em condições de vir a ser publicada até 15 de Maio, confirmando-o o aviso publicado *in* DR, nº 122, II, de 26/V/1993.

6. Não obstante, foi a situação reclamada objecto de Recomendação formulada ao Sr. Director-Geral das Contribuições e Impostos, em 22. 07. 93, tendo por desiderato ser facultada, no momento da publicação da lista de antiguidade de 1992, a possibilidade de reclamação e recurso relativos ao tempo de serviço de anos anteriores constantes dessa lista, reportado a anos em que não foram publicadas listas de antiguidade.

7. Do mesmo passo, foi recomendado que, no futuro, seja publicado, em Diário da República, até 31 de Março de cada ano, o aviso de afixação das listas de antiguidade.

8. A DGCI, por resposta de 18. 11. 93, considerou ter sido tida em conta o direito de reclamação e que, por consequência do exercício do mesmo, vieram a introduzir-se rectificações na lista divulgada. Por outro lado, informou o Provedor de Justiça acerca de alterações no sistema informático dos seus serviços, por forma a dar cumprimento integral ao disposto nos Arts. 93º a 99º, do DL nº 497/88, de 30 de Novembro.

9. Em face do exposto, o respectivo processo foi arquivado em 23. 12. 93.

***

Processo R-1375/88

Assunto: Trabalho - Função Pública - Concurso - Graduação.

Objecto: Preterição de critérios legais na graduação de candidatos em concurso de acesso.

Decisão: Recomendação acatada para o futuro, com justificação de procedimento no caso concreto.

Síntese

1. Um grupo de cidadãos, exerceu direito de queixa ao Provedor de Justiça, em 03. 06. 88, relativamente à lista de classificação final de um concurso de acesso para guardas de 1ª classe, da carreira de pessoal de vigilância da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, do qual foram opositores.

2. Entenderam que, em harmonia com as disposições aplicáveis ao referido concurso, nomeadamente o Art. 32º, nº 3, do DL nº 44/84, de 3 de Fevereiro, é vinculada a

ponderação da classificação de serviço; pressuposto sobre o qual não recaíra alegadamente a decisão classificatória.

3. Iniciada a instrução, começou por ser pedida à DGSP, em 11. 07. 88, informação respeitante à relevância do critério da classificação de serviço no concurso em causa.

4. Em resposta prestada, de 20. 07. 88, remeteu a DGSP à Provedoria de Justiça cópia da acta de classificação final, onde constam as opções tomadas pelo júri e seus fundamentos, designadamente a qualificação como critério fundamental (155/200) do factor antiguidade. Invoca em abono das mesmas, a aplicação do DL nº 399-D/84, de 28 de Dezembro.

5. Compulsada a citada legislação e analisada a utilidade de tratamento integrado da alegada sobre-ponderação da antiguidade, em desfavor do mérito, nos concursos de pessoal da Administração Pública, foi decidido formular Recomendação, em 18. 03. 93, à Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, tendo em vista que nos concursos futuros não sejam aplicados coeficientes de valorização deste tipo "que podem acabar por frustrar o propósito de escolha dos melhores candidatos".

6. Demonstrou o Provedor de Justiça que a desproporção faz com que o factor decisivo de graduação seja a antiguidade, bastando "para quem tenha tido sempre BOM, ter mais um ano de antiguidade para passar à frente de quem tenha tido sempre BOM C/ DISTINÇÃO" e sendo suficientes "mais dois anos de antiguidade para que um concorrente sempre classificado de BOM fique graduado acima de quem tenha tido sempre MUITO BOM".

7. Concordando com as conclusões extraídas da Recomendação, o Sr. Director-Geral, justificou a prática habitual com a necessidade de firmar um critério objectivo (a antiguidade) que permitisse pôr cobro a certas arbitrariedades, cujo efeito desmotivador sobre o pessoal, levara o Sindicato do Corpo da Guarda Prisional a solicitar a prevalência do aludido critério temporal.

8. Mais afirmou o Sr. Director-Geral, reportando-se ao critério da classificação de serviço que "a diversidade dos notadores (neste caso, os concorrentes estão distribuídos por cerca de 50 serviços), com a natural desigualdade de apreciação e, ainda, a pouca seriedade das notações actuais, não fornece maior tranquilidade que a antiguidade a um júri que tem de ordenar vários opositores a um concurso".

9. Considerando válida a argumentação produzida pela DGSP e tendo em atenção a observância, para o futuro, de uma menor ponderação da antiguidade, respectivo processo veio a ser arquivado, em 06. 10. 93.

***

Processo R-93/92

Assunto: Suplemento de Serviço aéreo do pessoal navegante temporário da Força Aérea.

Objecto: Alteração legislativa visando a correcção prescrita da portaria nº. 734-A/90 de 24 de Agosto.

Decisão: Recomendação acatada.

Síntese

Em várias queixas dirigidas ao Provedor de Justiça, militares da Força Aérea, solicitaram a apreciação da conformidade da Constituição com a Portaria nº. 734-A/90 de 24 de Agosto, que consideraram lesiva dos suas expectativas e interesses, juridicamente protegidos, e bem assim violadora do princípio da igualdade e da proporcionalidade, ao estabelecer, para o pessoal navegante, permanente e temporário, valores diferentes para o suplemento de serviço aéreo, discriminação não operada no Decreto-Lei nº. 258/90 de 16 de Agosto, que aquela Portaria veio regulamentar.

Apreciada e valorada jurídico-constitucionalmente a questão colocada no processo instaurado na Provedoria de Justiça com base nas queixas apresentadas, e devidamente instruído com audição da Instituição Militar responsável no caso, concluíu-se, essencialmente, não saírem afrontados na mencionada Portaria 734-A/90 de 24 de Agosto, quer o princípio da igualdade, quer o da proporcionalidade, já que as distinções estabelecidas quanto ao pessoal navegante permanente, por um lado, e temporário por outro, se justificam material e objectivamente, uma vez que o pessoal navegante permanente, deve auferir maior quantitativo de suplemento, em função do maior esforço e risco desenvolvidos na sua actividade funcional, que o pessoal temporário.

Por outro lado, também se justifica materialmente, que o referido suplemento seja progressivamente mais elevado de acordo com a categoria de quem o recebe, pelo que também não foi vulnerado, na mencionada providência regulamentar a norma do artigo 59º da Constituição (salário igual para trabalho igual).

No entanto, e pese embora não tenha resultado ofendido qualquer preceito constitucional por via directa ou implícita, ponderou-se a necessidade e conveniência do confronto da citada Portaria 734-A/90 de 24 de Agosto, com o disposto nos Decretos-Leis nºs. 258/90 de 16 de Agosto e em certa medida com o Decreto-Lei nº. 4511 de 23 de Janeiro de 1958, a cuja sombra foi emitida.

E resultando desse confronto prescritivo-normativo, que na Portaria em causa se estabelecem critérios de reclassificação do pessoal, por forma inovadora, logo sem suporte legal no Decreto-Lei nº. 258/90 de 16 de Agosto, e em colisão com o Decreto-Lei nº. 511 de 23 de Janeiro, resultando por essa forma, a violação de hierarquia entre a lei e o regulamento, foi emitida Recomendação pelo Provedor de Justiça, visando a alteração da Portaria nº. 1734-A/90 de 24 de Agosto, por forma a compatibilizá-la prescritivamente, com o disposto no Decreto-Lei nº. 258/90 de 16 de Agosto.

Após insistências várias, o Chefe de Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional, através do ofício que dirigiu à Provedoria de Justiça veio dar conta que tinha sido acatada a Recomendação emitida, e publicada, em conformidade, a Portaria nº. 189/93 de 08 de Setembro de 1993.

***

Processo R-1620/93

Assunto: Polícia. Actividade Privada de Agente.

Objecto: Actividade privada de um agente da P.S.P. em estabelecimento nocturno. Omissão dos seus deveres funcionais ao não facilitar a identificação dos agressores.

Decisão: Formulação de Recomendação dirigida ao Comando Geral da P.S.P. no sentido de apurar a actividade policial do Guarda em causa.

Síntese

1. Um cidadão veio queixar-se de um guarda da P.S.P. por este não ter diligenciado pela identificação de outros indivíduos que o haviam agredido num estabelecimento nocturno.

2. Analisado o processo disciplinar concluiu-se que o guarda denunciado não havia cometido qualquer infracção disciplinar, mas dos autos inferia-se que um outro guarda teria tido no referido estabelecimento uma actuação menos correcta e que até certo ponto teria dificultado a acção de identificação dos agressores.

3. Formulou-se Recomendação no sentido de ser instaurado um processo disciplinar ao Guarda sobre o qual recaiam várias suspeitas, Recomendação que não foi inicialmente acatada por já ter sido instaurado processo disciplinar mas, mais tarde veio a sê-lo, perante a insistência pelo acatamento, obtendo-se, assim, a reformulação do processo disciplinar inicialmente instaurado.

***

Processo IP-15/93

Assunto: Direitos, liberdades e garantias, Discriminação étnica; Usurpação de poderes.

Objecto: Deliberação da Câmara Municipal de Ponte de Lima de 10 de Maio.

Decisão: Participação (artº. 35, nº. 1, da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril).

Síntese

1. Em 14 de Maio foi aberto processo por decisão do Provedor de Justiça, relativamente a factos veiculados nessa mesma data por uma estação de rádio, de acordo com a qual o município de Ponte de Lima teria ordenado a retirada do concelho, de indivíduos de etnia cigana, por suspeita de tráfico de estupefacientes e alegado campismo selvagem.

2. Entendeu o Provedor de Justiça que, a confirmar-se a notícia, estaríamos perante grave atentado aos direitos das minorias étnicas, para além do facto de se praticar uma evidente ilegalidade, quer por não estarem atribuídos quaisquer poderes aos municípios em matéria de polícia criminal, quer por desrespeito à proibição do tratamento discriminatório que a Constituição faz valer universalmente no seu art. 13º e, especificamente quanto a estrangeiros e apátridas, no art. 15º, nº 1.

3. Com a finalidade de ouvir a C.M. de Ponte de Lima, seguiu de imediato, por telecópia, um pedido de esclarecimentos formulado àquele órgão, a par das considerações tidas por pertinentes sobre o desvalor de tal medida.

4. O Senhor Presidente da Câmara Municipal respondeu no mesmo dia, enviando cópia do extracto de acta da sessão ordinária de 10 de Maio, do executivo autárquico, no que se reportava à deliberação, tomada unanimemente, de notificar "os indivíduos de raça cigana que oficialmente não tenham residência neste concelho, para que no prazo de oito dias, após essa notificação, abandonem o Território do Concelho de Ponte de Lima". Mais se decidiu "que, de futuro, os indivíduos daquela etnia apenas poderão permanecer na área do concelho - o máximo de 48 horas".

5. Fundou-se a deliberação na "suposição quase generalizada, que os indivíduos de raça cigana terão um papel activo na comercialização e distribuição de DROGA, actividade extremamente maléfica para a educação, vivência e saúde da população jovem".

6. Mais sustentou o Senhor Presidente da C.M., em defesa da oportunidade e conformidade legal das medidas tomadas, que se tratava de uma ordem de expulsão circunscrita aos ciganos e não ciganos em situação ilegal no concelho, sem hesitar reconhecer que a mesma decisão "não foi precipitada nem emocional, mas sim muito amadurecida".

7. Considerou, do mesmo passo, que apenas por acaso eram de etnia cigana os notificados com ordem de expulsão, os quais se haviam instalado no território concelhio clandestina e ilegalmente e relativamente ao argumento segundo o qual apenas à administração central e às magistraturas cabe o combate e prevenção da criminalidade, retorquiu "o entendimento de que quando esse poder não funciona", deve a Autarquia "tomar as medidas que entenda necessárias para o bem estar e segurança dos seus Munícipes".

8. Em réplica, sustentou o Provedor de Justiça que as medidas de polícia sobre nómadas teriam de ser entendidas à luz do Acórdão nº 452/89, do Tribunal Constitucional, de 22 de Julho de 1989, o qual declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de parte de uma norma do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana, aprovado pela Portaria nº 722/85, de 25 de Setembro, subsistindo o disposto no art. 81º, nº 1, deste diploma, o qual permite às autoridades policiais, tão só, "exercer especial vigilância sobre grupos e caravanas de pessoas que habitualmente se deslocam de terra em terra, fazendo comércio, participando em feiras, ou desenvolvendo quaisquer outras actividades próprias da vida itinerante, observando-se os seus movimentos com o fim de prevenir e reprimir a prática de actos delituosos".

9. Subsequentemente, em 17 de Maio, foi dado conhecimento ao Senhor Procurador-Geral da República do conteúdo da deliberação camarária, solicitando as adequadas providências no domínio da eventual investigação criminal (art.9º, da Lei nº 34/87, de 16 de Junho) e do contencioso administrativo (art. 88º, nº 1, als. a] e e], do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março).

10. Em concomitância, também ao Senhor Ministro do Planeamento e Administração do Território foi transmitida uma comunicação, pedindo a tomada das medidas convenientes, no âmbito da tutela da legalidade dos actos do Poder local por parte do Governo (arts. 6º, 8º e 9º, da Lei nº 87/89, de 9 de Setembro).

11. Logo após, em 21 de Maio, o Senhor Procurador da República, junto do Tribunal Administrativo do Círculo do Porto, veio informar o Provedor de Justiça da interposição de um recurso contencioso para declaração da nulidade da deliberação da C.M. de Ponte de Lima, de 10 de Maio, respeitante à "Situação dos indivíduos de etnia cigana", pedindo, outrossim, que ao Ministério Público fosse dado conhecimento do despacho exarado pelo Provedor de Justiça sobre o mesmo assunto.

12. Em 26 de Maio, dirigiu-se o Senhor Procurador-Geral da República ao Provedor de Justiça, comunicando ter determinado a impugnação contenciosa da deliberação e informado as autoridades policiais da quebra de obediência às ordens emanadas do acto recorrido, porquanto "enfermando de nulidade, tal deliberação não deve ser executada por aquelas forças".

13. Verificada a recusa por parte do município de Ponte de Lima em reconhecer e declarar a nulidade do acto, quer em face da instância do Provedor de Justiça com toda a fundamentação que acompanhou, quer após a iniciativa contenciosa do Senhor Procurador-Geral da República, foi determinada ao Senhor Presidente da Câmara a sua comparência na Provedoria de Justiça, em 22 de Junho, por forma a justificar o comportamento do órgão a que presidia.

14. Em consequência e em cumprimento do dever contido no artº. 29º, nº 5, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, deslocou-se às instalações da Provedoria de Justiça, em Lisboa, o Senhor Fernando Calheiros, Presidente da C.M. de Ponte de Lima, na citada data, tendo lugar a reunião convocada.

15. Foram expostas, pelo lado do Provedor de Justiça, as razões que apontavam para a manifesta ilegalidade da deliberação de 10 de Maio, designadamente a discriminação das pessoas de etnia cigana, com o que isso representa de violação de direitos fundamentais ao nível constitucional e de convenções internacionais vigentes na ordem interna.

16. Por outro lado, foram assinalados os limites das atribuições próprias das Autarquias locais e dado conta, do mesmo passo, da inexistência de qualquer vínculo de natureza jurídico-política entre as pessoas e os municípios semelhante ao que as relaciona com o Estado.

17. Reiterou o Senhor Presidente as razões que levaram a Câmara à aprovação da deliberação em causa, ciente de não praticar acto algum que pudesse ter-se como racista ou discriminatório, pois o teria tido como desiderato pôr termo ao surto de deslocações de pessoas suspeitas de delinquência e a quem se devia o aumento da criminalidade no concelho, em especial de actividades de narcotráfico.

18. À margem do aspecto discriminatório, ou seja, ainda que a medida tomada não fosse dirigida contra membros de uma única comunidade étnica, sempre seria a mesma violadora da legalidade, como recordou, então o Provedor de Justiça, em razão da inexistência de qualquer princípio de subsidariedade que servisse a consagração de atribuições municipais judiciárias, ainda que em situações de aumento da criminalidade.

19. Retorquiu o Senhor Presidente ter sido a deliberação objecto de uma indevida interpretação, conquanto a motivação do acto residia também na eliminação de barracas e outras construções clandestinas; circunstância que resultaria indesmentida da leitura de uma posterior deliberação, a qual foi, de imediato, solicitada e remetida por telecópia.

20. A discussão subsequente, centrou-se, por isso, no domínio urbanístico, a propósito da erradicação dos fenómenos de campismo selvagem, assentando em que nada se pretendia contra os indivíduos ciganos que habitassem em moradias de raíz.

21. As normas respeitantes à prática do campismo, invocadas pelo Senhor Presidente, passaram a ser analisadas, verificando-se não ser encontrado no Decreto-Lei nº. 588/70, de 27 de Novembro, nem no Decreto Regulamentar nº.38/80, de 19 de Novembro, fundamento algum que permitisse justificar a sempre citada deliberação municipal.

22. Quanto aos aspectos urbanísticos, ficou claro não encontrarem qualquer correspondência verbal no texto da primeira deliberação. A segunda deliberação (de 24 de Maio) veio a socorrer-se do RGEU para reforma da anterior, mas nela permanecem, não obstante elementos essenciais da primeira.

23. De toda a forma, o certo é que se exigem no RGEU, em matéria de despejo sumário, prazos muito mais dilatados que os da deliberação (cfr. artº. 165º, 1º) e a Lei dos Solos (Decreto-Lei nº. 794/76, de 5 de Novembro), por seu turno, impõe condições de realojamento.

24. A argumentação do Senhor Presidente, de novo, viria a extrapolar o debate jurídico para se munir de apoio popular de tais medidas, destinadas à prevenção da criminalidade e da construção clandestina, reconhecendo, no entanto, alguma precipitação na sua tomada de posição pela Câmara Municipal.

25. Conclusivamente, assumida a divergência de posições, foi recomendada a suspensão, pelo menos, da primeira deliberação, na medida em que os seus destinatários eram, todos eles, pessoas de etnia cigana.

26. Após o termo da reunião foram respondidas questões diversas formuladas por jornalistas que se deslocaram à Provedoria de Justiça.

27. Em 28 de Junho foi recebida cópia da petição do recurso interposto pelo Senhor Procurador da República junto do TAC do Porto, onde se considera que a "deliberação era cindível, uma vez que continha, por um lado, uma decisão concreta de polícia e, por outro, um regulamento policial de carácter geral e abstracto", sem prejuízo de se sustentar que "qualquer desses actos padecia de várias ilegalidades que os tornavam nulos", a saber:

(a) tratar-se de medidas de polícia não expressamente previstas na lei, ao arrepio do disposto no artº. 272º, nº. 2 da CRP;

(b) extrapolação das atribuições municipais (artºs. 51º da LAL e 50º do Cód. Adm.);

(c) violação do conteúdo essencial do direito de deslocação e fixação dentro do território nacional (artº. 44º da CRP);

(d) colisão com o princípio constitucional da igualdade, por ser instruído um regime especial de polícia, em função de um critério subjectivo.

28. Mais se afirma na petição de recurso que o "conteúdo dessa deliberação causou grande agitação e vivo repúdio na generalidade da comunicação social e, provocou, até, a intervenção de diversos órgãos do Estado, designadamente dos Excelentíssimos Senhores Conselheiros Procurador-Geral da República e Provedor de Justiça".

29. A segunda deliberação foi entendida como revogatória da primeira, mas ainda assim sustentou-se que era mantida a violação do princípio da igualdade, "visto que continua a referir-se expressamente aos indivíduos de raça cigana, que tem como destinatários principais, distinguindo-os dessa forma dos restantes cidadãos nacionais".

30. Do mesmo passo se apontou um vício de desvio de procedimento a esta segunda deliberação, pois, "com efeito, a entidade recorrida, através de um procedimento legal destinado a fim diferente - a demolição de construções executadas sem licença - mais não visou do que atingir o fim expresso na anterior deliberação de 10 de Maio (...) tendo em conta as características étnico-sociais da comunidade cigana e o carácter ambulante das suas actividades".

31. A tanto se aduziu que as aludidas tendas não estão sequer sujeitas a licenciamento, pelo menos, nos termos em que são habitualmente erguidas pelos membros de etnia cigana, por se tratar de povo nómada "que se desloca de terra em terra, no exercício de actividades comerciais de carácter ambulante".

32. O Digm. Procurador da República concluiu assim, pela anulabilidade da segunda deliberação.

33. Em 29 de Junho, a C.M. de Ponte de Lima envia ao Provedor de Justiça cópia de documento sobre o assunto, designadamente, uma petição subscrita por vários munícipes onde se reclamam medidas de polícia a adoptar pelo município, bem como uma deliberação da Assembleia Municipal, de 19 de Junho, expressando unanimente o seu apoio ao órgão executivo e mandatando-o para "que sustente junto de quaisquer entidades e autoridades o teor dos fundamentos das deliberações camarárias agora ratificadas, ficando ao critério dos mesmos representantes a tomada de medidas com vista à reposição da verdade e esclarecimento público".

34. Em 20 de Julho, a Procuradoria-Geral da República dava conhecimento ao Provedor de Justiça de um pedido de suspensão da eficácia da deliberação impugnada e em 31 de Dezembro, informava este Órgão do Estado sobre o andamento do processo, indicando que se aguardava o trânsito em julgado do despacho saneador.

35. Por sua vez, o Gabinete do Senhor Ministro do Planeamento e Administração do Território, após várias insistências, manifestou o entendimento do Governo (despacho DEALOT, de 09/10/93), segundo o qual, a deliberação seria nula, considerando no parecer sobre o qual foi exarado o citado despacho que "pode, assim, suscitar-se fundamentadamente a questão de saber se as ilegalidades cometidas representam ou não ilegalidades graves determinantes - nos termos dos artigos 8º e 9º alínea c) da Lei nº. 8/89, de 9 de Setembro - a perda de mandato".

36. O processo em curso na Provedoria de Justiça transitou, pendente, para 1994.

***

Processo R-321/91

Assunto: Direitos fundamentais. Ambiente.

Objecto: Degradação ambiental do processo, e insegurança das pessoas e bens existentes no Bairro de S. Pedro, em Elvas.

Decisão: Arquivamento do processo, em virtude de se ter alcançado uma solução concertada da Administração que veio a conseguir sensível atenuação dos problemas descritos.

Síntese

1. Os habitantes do Bairro de S. Pedro, da cidade de Elvas, dirigiram ao Provedor de Justiça uma reclamação na qual descreviam a situação vivida pela população daquele Bairro, designadamente em matéria de degradação ambiental e insegurança de pessoas e bens, em consequência da localização na zona, de diversas habitações e barracas ocupadas por famílias de etnia cigana.

2. Através de visita ao local e de contacto com o Sr. Presidente da Câmara Municipal, a Provedoria de Justiça pôde constatar a realidade da situação, nomeadamente no tocante à falta de limpeza dos terrenos vizinhos, que se achavam pejados de sucata e muitos outros objectos nela depositados, prejudicando a higiene e a paisagem da zona.

3. Dado que a Câmara Municipal alegou não ter capacidade para solucionar o problema apenas por sua iniciativa e à custa dos seus próprios recursos e serviços, (tanto mais que as habitações do citado Bairro pertenciam ao Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado e as barracas clandestinas construídas nas imediações situavam-se nos terrenos particulares, cujos proprietários se haviam abstido, até então, de promover a respectiva desocupação, por receio de represálias), a Provedoria de Justiça ponderou ao Governo Civil do Distrito de Portalegre, à G.N.R. e ao I.G.A.P.H.E. a necessidade de se encarar a adopção de medidas conjugados que viabilizassem a resolução da situação existente.

4. Em resultado daquelas e de outras diligências subsequentes, veio a tomar-se conhecimento de que:

a) Já havia sido demolida a generalidade das barracas clandestinas implantadas no local, estando a C.M. a diligenciar no sentido da demolição das restantes, após o realojamento das famílias que as ocupavam;

b) Não tinham surgido novas queixas quanto à alteração da ordem pública, mas continuava-se a recomendar à P.S.P. de Elvas um policiamento rigoroso da zona em causa;

c) Com a inauguração do novo Quartel dos Bombeiros localizado na zona, a mesma passou a ser mais frequentada, com as vantagens decorrentes desse facto.

d) O Governo Civil do Distrito de Portalegre continuava a manter um contacto estreito com o Município de Elvas e com as forças de segurança, com o propósito de resolver integralmente os problemas ainda existentes.

5. Assim, e posto que nenhuma outra reclamação veio a ser recebida dos moradores do Bairro de S. Pedro acerca da situação em causa, foi determinado o arquivamento do processo, por se considerar alcançado o objectivo da intervenção da Provedoria de Justiça, ao corrigir, se não a completa eliminação, pelo menos a sensível atenuação dos problemas expostos pelos reclamantes.

***

Processo R-2402/92

Assunto: Contribuições e Impostos.

Objecto: Ilegalidade da Cobrança.

Decisão: Foi proferida Recomendação, que veio a ser acatada.

Síntese

Um cidadão apresentou queixa ao Provedor de Justiça pelo facto de não conseguir obter da Administração Fiscal o reembolso de 7. 756$00 de contribuição autárquica do ano de 1990 indevidamente pagos.

Na verdade, incidiu imposto sobre um imóvel urbano que nunca fora propriedade do reclamante e ainda sobre outro imóvel urbano que tinha sido vendido antes de 31. 12. 90, data relevante para a determinação do sujeito passivo de imposto.

Na sequência da Recomendação dirigida ao competente Chefe de Repartição de Finanças, foi obtido o resultado pretendido pelo contribuinte:

O primeiro imóvel foi eliminado da matriz urbana e a contribuição autárquica devida por ambos foi anulada, com o reembolso das importâncias indevidamente cobradas.

***

Processo R-116/93

Assunto: Contribuições e Impostos. Reembolso do IRS.

Objecto: Demora no processamento de reembolso de IRS.

Decisão: Recomendação acatada. O processo foi arquivado.

Síntese

Uma cidadã apresentou queixa ao Provedor de Justiça, em Janeiro de 1993, pelo facto de não ter recebido, ainda, os reembolsos do IRS dos anos de 1989 e 1991, nos montantes de, respectivamente, 4. 716$00 e 26. 300$00.

Na sequência de confirmação do direito àqueles reembolsos, através da análise das declarações de rendimentos da reclamante e atendendo a que os prazos para processamento dos mesmos havia terminado há muito, foi dirigida Recomendação ao Senhor Director de Serviços de Cobranças do Serviço de Administração do Imposto sobre o Rendimento, em Abril de 1993, para que as importâncias em dívida fossem rapidamente pagas.

Em Agosto de 1993 a Administração Fiscal informou ter reactivado os processos de reembolso e procedido aos respectivos pagamentos.

A intervenção do Provedor de Justiça, determinou, neste processo, a rápida reposição da legalidade.

***

Processo R-728/92

Assunto: Contribuições e Impostos. Juros Compensatórios Amnistia.

Objecto: Amnistia de Juros Compensatórios por atraso da liquidação da Contribuição Industrial.

Decisão: Proferida Recomendação que veio a ser acatada, o processo foi arquivado.

Síntese

Um cidadão apresentou em 1992 queixa ao Provedor de Justiça pelo facto de a Administração Fiscal lhe exigir o pagamento de 47. 199$00 de juros compensatórios, por atraso na liquidação do imposto profissional de 1988.

Este atraso era devido ao facto de, tendo auferido rendimentos por conta de outrem, de mais de uma entidade empregadora, estar obrigado à entrega do modelo nº. 5 do Imposto Profissional em Janeiro de 1989, e não ter cumprido esta obrigação acessória.

O reclamante considerava que esta transgressão fiscal estava amnistiada pela Lei nº. 23/91, de 4 de Julho, posição que viu indeferida pela Administração Fiscal, em reclamação dirigida ao Director-Geral.

Apreciada toda a situação, concluiu o Provedor de Justiça que a reclamação era fundamentada, assim, dirigiu Recomendação ao Senhor Subsecretário de Estado Adjunto da Secretária de Estado Adjunta e do Orçamento.

Aí se referia que o contribuinte tinha direito à amnistia dos juros compensatórios - admitida a sua natureza sancionatória -, ao abrigo do disposto no artº. 1º, alínea x), nº.2, da Lei nº. 23/91, de 4 de Julho.

Na verdade, tendo obtido no ano de 1988 rendimentos do trabalho pagos por mais de uma entidade, estava obrigado, nos termos do disposto no artº. 6º do Código de Imposto Profissional, a apresentar durante o mês de Janeiro de 1989, a declaração modelo nº. 5 prevista neste artigo.

A omissão do cumprimento desta obrigação acessória constituía uma transgressão fiscal punida nos termos previstos no artigo 59 do Código.

Ora, de acordo com o disposto na referida norma da Lei nº. 23/2, de 4 de Julho, esta infracção fiscal estava amnistiada desde que:

> - o contribuinte satisfizesse a obrigação fiscal acessória (entrega do referido modelo nº. 5), - e pagasse o imposto em falta, no prazo de 180 dias a contar da data da entrada em vigor da Lei (09. 07. 91), ou da notificação da liquidação.

Ou seja: Se não houvesse lugar a liquidação do imposto ou se esta tivesse sido feita em data anterior a 09. 04. 92, o contribuinte deveria cumprir a obrigação tributária acessória e pagar o imposto até ao dia 06. 01. 92;

Caso a liquidação do imposto ainda não estivesse apurada na data da entrada em vigor da Lei da Amnistia, o contribuinte disporia de 180 dias a contar da notificação daquela para cumprir a obrigação acessória e pagar o imposto.

Esta interpretação da lei era, aliás, a que dimanava do ofício nº. 1167, de 29. 07. 91, do Núcleo para Justiça Tributária, sancionada por despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 26. 07. 91, que se passa a citar:

> "No caso do imposto estar apurado à data da entrada em vigor da lei, da notificação deve constar o seu quantitativo e demais imposições legais, bem assim como a multa devida".

"Não se encontrando o imposto ainda apurado, dever-se-á proceder com brevidade à sua liquidação, devendo ser pago no prazo de 180 dias que termina em 06. 01. 92, inclusivé, excepto quando o prazo se inicie com a notificação da liquidação".

E ainda:

> "A amnistia é de conhecimento oficioso, embora o contribuinte possa voluntariamente requerê-la. Assim, os serviços deverão proceder a uma análise casuística da situação fiscal de cada contribuinte, com vista a obter um pleno alcance da lei da amnistia".

Nos processos pendentes, com o objectivo de sensibilizar os contribuintes, devem os serviços notificar os infractores de que deverão regularizar a sua situação faltosa até ao dia 06. 01. 92, inclusivé, a fim de poderem beneficiar da amnistia".

Ora, contrariamente ao transcrito, a 2ª. Repartição de Finanças do Conselho de Coimbra não notificou o contribuinte para, até ao dia 06. 01. 92, entregar o modelo nº. 5 previsto no artº. 6º do Código do Imposto Profissional, e proceder à autoliquidação do imposto em falta, tendo-se limitado a expedir o ofício nº. 13586, de 18. 09. 91, que, contrariamente ao disposto no artº. 65º nº. 1 do Código do Processo Tributário, tinha que ser enviado em carta registada com aviso de recepção.

A primeira notificação que o contribuinte recebe, é para proceder à liquidação do imposto em dívida - ofício nº. 3644, de 10. 02. 92, que vem a ser considerada sem efeito pelo ofício nº. 4565, de 19. 02. 92.

Ora, nos termos do disposto no artº. 1º, alínea x), nº. 2 da Lei nº. 23/91, a infracção fiscal estava amnistiada desde que a obrigação acessória fosse cumprida e o imposto pago, no prazo de 180 dias a contar da data da notificação da liquidação.

Admitindo que o contribuinte foi notificado em 22. 02. 92, o prazo só terminaria a 20 de Agosto de 1992.

E a verdade é que a obrigação acessória foi cumprida - o que nem sequer se revelou necessário para apurar a situação fiscal do contribuinte, pois a liquidação do imposto é anterior -, e o imposto pago, em 2 de Março de 1992.

Parece, face ao exposto, que a multa e os juros compensatórios estavam amnistiados (e não deixa de ser estranho que a Administração Fiscal não tenha aplicado qualquer multa ao contribuinte - que considerou amnistiada -, e venha a exigir o pagamento dos juros compensatórios).

Foi assim Recomendado que a transgressão fiscal praticada pelo contribuinte fosse considerada amnistiada, no que respeita aos juros compensatórios, ao abrigo do disposto no artº. 1º, alínea x), nº. 2, da Lei nº. 23/91, de 4 de Julho, considerando que:

> 1 - O contribuinte não foi notificado para o cumprimento da obrigação tributária acessória, dentro do prazo de 180 dias a contar de 09. 04. 92.
>
> 2 - O cumprimento da obrigação tributária acessória não era relevante para o apuramento do imposto em falta, que lhe foi prévio.
>
> 3 - A liquidação do imposto tem a data de 19. 02. 92, tendo o contribuinte sido notificado em data posterior.
>
> 4 - A declaração em falta foi entregue, e o imposto pago, em 02. 03. 92, dentro do prazo de 180 dias previsto na lei.
>
> 5 - A multa foi considerada amnistiada.

O Senhor Subsecretário de Estado acatou a Recomendação e o contribuinte não foi obrigado a pagar os 47. 199$00 de Juros compensatórios.

***

Processo R-2214/93

Assunto: Contribuições e Impostos. Contribuição Autárquica

Objecto: Ilegalidade de Cobrança: Duplicação de Colecta.

Decisão: Recomendação acatada. O processo foi arquivado.

Síntese

Um cidadão apresentou uma queixa ao Provedor de Justiça, onde expunha a situação seguinte: pagou a contribuição autárquica do imóvel que adquiriu para habitação própria permanente, relativa aos anos de 1989, 1990 e 1991, nos montantes de 46. 443$00 por cada ano; tinha previamente, em 1990, solicitado a respectiva isenção, o que só veio a ser deferido em 1992, ou seja passados dois anos, e abrangendo o período de 1991 a 1997.

De imediato diligenciou no sentido de obter o reembolso da contribuição Autárquica de 1991, o que veio a ser recusado pela Administração Fiscal, por considerar que a relativa a 1989 estava ainda em dívida.

Tendo sido comprovado o pagamento atempado desta contribuição, o Provedor de Justiça dirigiu Recomendação ao Senhor Director do Núcleo dos Impostos sobre o Património, para que de imediato fossem reembolsados os valores da contribuição autárquica de 1989 - já paga -, e de 1991 - isenta.

Menos de um mês depois foi acatada a recomendação e processado o reembolso ao reclamante.

***

Processo R-2567/92

Assunto: Contribuições e Impostos. Benefício Fiscal na Contribuição Autárquica

Objecto: Cobrança ilegal da Contribuição dos Anos de 1989, 1990 e 1991.

Decisão: Foi proferida Recomendação, que veio a ser acatada. O processo foi arquivado.

Síntese

Um cidadão solicitou em Setembro de 1991 que, ao abrigo do disposto no artº. 55º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (famílias de baixos rendimentos), lhe fosse concedida isenção de contribuição autárquica de dois prédios urbanos de que era proprietário.

Este pedido veio a ser deferido pela Administração Fiscal apenas para o ano de 1992, tendo o cidadão sido notificado para efectuar o pagamento da contribuição autárquica dos anos de 1989, 1990 e 1991, no montante de 111. 384$00.

Argumentando que, até à entrada em vigor do Decreto-Lei nº.187/92, de 25 de Agosto, que alterou a redacção do referido artº. 55º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, estávamos face a um benefício fiscal cuja atribuição não dependia de requerimento do contribuinte e ainda que as liquidações de 1989, 1990 e 1991 fossem posteriores ao pedido feito pelo reclamante, o Provedor de Justiça dirigiu, em Março de 1993, Recomendação ao Senhor Subsecretário de Estado Adjunto e do Orçamento, para que o cidadão fosse reembolsado da importância de 111. 384$00, o que veio a ser autorizado, por despacho de Junho de 1993.

***

Processo R-1311/93

Assunto: Contribuições e Impostos. Regime de isenção do IVA

Objecto: Alteração da situação tributária de contribuinte.

Decisão: Recomendação acatada. O processo foi arquivado.

Síntese

Um cidadão dirigiu em Março de 1993 uma exposição aos Serviços do IVA solicitando que pretenderia continuar a estar isento desse imposto, ao abrigo do disposto no artº. 53º do Código do IVA. Tudo porque, ao preencher uma declaração de alteração da declaração de início de actividade, passou indevidamente e por lapso dos serviços, de sujeito passivo isento a não isento.

Tendo solicitado uma resposta em Abril, continuou a obter do serviço do IVA apenas o silêncio.

Em Julho, o Provedor de Justiça dirigiu Recomendação ao Director do Serviço do IVA, que veio a ser integralmente acatada: Foi reconhecido o erro dos Serviços, o cidadão obteve resposta, e a sua situação tributária foi alterada para o regime de isenção, conforme pretendia.

***

Processo R-1340/93

Assunto: Contribuições e Impostos. Declaração de IRS. Cidadão deficiente.

Objecto: Deferimento de Reclamações e Processamento de Reembolsos.

Decisão: Emissão de Recomendação, que veio a ser acatada. O processo foi arquivado.

Síntese

Um cidadão portador de deficiência de carácter permanente superior a 60%, não indicou, por lapso, este estado quando preencheu as declarações de IRS dos anos de 1988 e 1990.

Apresentou em 1991 as reclamações da liquidações do imposto, mas em Maio de 1993, não obstante o deferimento de ambos, não tinha obtido ainda os reembolsos nos montantes de, respectivamente, 528. 590$00 e 684. 382$00.

Foi dirigida recomendação ao Senhor Director de Serviços de IRS, em Julho de 1993 para que os reembolsos fossem processados com urgência, o que veio a acontecer em Julho (IRS de 1990) e Novembro (IRS de 1989).

***

Processo R-2474/90

Assunto: Processo de transgressão Fiscal. Prescrição do Procedimento.

Objecto: Cobrança ilegal de multa de 1. 000$00.

Decisão: Feita Recomendação que veio a ser acatada, o processo foi arquivado.

Síntese

No ano de 1990 foi exigido a uma reclamante a apresentação de uma declaração mod. 5 do Imposto Profissional do seu marido, entretanto falecido, relativa ao exercício de 1985.

Na sequência desse procedimento foi a reclamante notificada para pagar uma multa de 1. 000$00 por entrega de Declaração fora de prazo, 5. 401$00 de imposto e 6. 002$00 de juros compensatórios.

Apreciada a situação tributária, concluiu-se que os 1. 000$00 de multa foram indevidamente cobrados, pelo facto de o procedimento por transgressão fiscal se ter extinguido à data do falecimento do marido.

Foi feita Recomendação para que esta importância fosse devolvida à reclamante o que só veio a acontecer após múltiplas insistências junto do Bairro Fiscal e dos Serviços de Justiça Fiscal, que acataram a Recomendação e devolveram o dinheiro à reclamante.

***

Processo R-2720/88

Assunto: Segurança Social; acumulação de pensões.

Objecto: Reforma por velhice a cargo da Segurança Social espanhola; colaboração com o *Defensor del Pueblo.*

Decisão: Reclamação procedente; situação regularizada.

Síntese

1. Um beneficiário da Segurança Social reclamou para esta Provedoria em virtude de pretender uma pensão de reforma em atenção ao tempo que trabalhou em Espanha, sendo que não tinha resposta por parte do Centro Nacional de Pensões.

2. Contactado o Centro Nacional de Pensões, foi informado que este teria remetido a documentação ao *Instituto Nacional de Seguridad Social*, em Madrid, não se prevendo nenhuma data para a decisão de atribuição de pensão.

Foram efectuadas várias insistências pelo Centro Nacional de Pensões junto daquele organismo espanhol, a solicitação da Provedoria de Justiça, sem contudo se conseguir determinar quando estaria o processo resolvido.

3. O Provedor de Justiça entendeu socorrer-se do seu homólogo espanhol para efeitos de obter informações do estado do processo e qual a data previsível da sua conclusão.

Após esta diligência, e com a prestimosa colaboração do *Defensor del Pueblo*, conseguiram-se as informações pretendidas, sendo o processo despachado favoravelmente.

Satisfeita a pretensão do reclamante foi determinado o arquivamento do processo, não sem antes se louvar a colaboração prestada pelo *Defensor del Pueblo*.

***

Processo R-623/88

Assunto: Administração Pública; Saúde; falta de pagamento de serviços médicos.

Objecto: Prestação de serviços médicos e outros cuidados de saúde por empresa privada; falta de pagamento do respectivo preço.

Decisão: Recomendação acatada.

Síntese

1. Em 14 de Março de 1988 uma Clínica Privada de Saúde dirigiu ao Provedor de Justiça uma exposição relativa ao débito do Cofre-Geral dos Tribunais - Gabinete de Gestão Financeira, no montante de 87. 917$00 (acrescido dos juros legais de mora), pela prestação de serviços de saúde à esposa de um funcionário da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais em exercício de funções no Estabelecimento Prisional de Vale dos Judeus.

A doente apresentou-se naquela clínica após emissão de um termo de responsabilidade do CGT-GGF, emitido pelos Serviços Administrativos do Estabelecimento Prisional.

Apresentada a factura a pagamento, o Gabinete de Gestão Financeira recusou-se a pagar em virtude de a credencial - termo de responsabilidade ter sido emitida com ofensa do disposto no artº. 14º do Regulamento o de Assistência na Doença dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça, dado não haver acordo de comparticipação com a clínica em causa.

Como nenhum dos dois intervenientes no caso (beneficiária e CGT-GGF tivesse procedido ao pagamento da quantia em dívida, a reclamante intentou acção para o efeito contra os dois, julgada em 30. 06. 88 no 8º. Juízo Civil da Comarca de Lisboa.

A sentença absolveu o CGT-GGF da instância por não dispor de personalidade judiciária (artºs. 1º. e 3º. do DL nº. 184/85, de 28 de Maio e artºs. 288º. nº. 1 c), 494 nº. 1 c) e 495º. do CPC), pelo que a entidade a demandar deveria ter sido o Estado. E

absolveu a ré do pedido, por ter entendido que o termo de responsabilidade emitido em nome do GGF configurava a natureza de um contrato a favor de terceiro (artº. 443º do Código Civil), pelo que o único responsável pelo pagamento deveria ser o promitente da obrigação constante daquele termo de responsabilidade ao qual deveria ser exigido o cumprimento dessa obrigação (artº. 444º. nºs. 1 e 2 do Código Civil).

Mais decidiu que na hipótese de não haver acordo entre ambos, em processo próprio, dado o GGF ter sido absolvido da instância naquele processo.

2. Analisando o assunto, após diligências junto do Ministério da Justiça, o Provedor de Justiça entendeu formular Recomendação, em 30 de Outubro de 1992, ao Director-Geral do Gabinete de Gestão Financeira do Ministério da Justiça, para que se procedesse ao pagamento voluntário dos serviços médicos em causa, no referido montante devido.

Na situação em apreço o que releva é a celebração, em nome do Estado, de um contrato a favor de terceiros, por um órgão ou agente, sendo indiferente que este tenha agido de acordo com os regulamentos aplicáveis ou contra eles, para efeitos da responsabilização do Estado perante terceiros.

Nos termos do artº. 22º. da Constituição, o Estado é civilmente responsável, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções ou por causa desse exercício, tanto no domínio da responsabilidade extracontratual, como no da responsabilidade contratual.

É geralmente admitido que são aplicáveis ao Estado as razões da responsabilidade das pessoas colectivas por actos praticados pelos seus órgãos ou agentes - artº. 165º do Código Civil.

Assim, o Estado - e em particular o CGT-GGF - não pode deixar de ser responsabilizado pelo pagamento do serviço prestado pela reclamante (artºs. 22º. da CRP e 165º, 443º, 444º, 500º e 501º do Código Civil), sendo imoral obrigá-la à interposição de nova acção.

3. Após insistência, foi comunicado o acatamento da Recomendação, sendo a respectiva dívida paga em 30 de Junho de 1993.
Constatando-se que eram devidos juros desde 1 de Agosto de 1986, foi chamada a atenção para o facto de os mesmos serem devidos, apesar do disposto no Dec. 18381, de 24 de Maio de 1930, com base no disposto no artº. 804º do Código Civil, e uma vez que inexiste disposição legal a isentar, em termos gerais, o Estado do seu pagamento.

No entanto, atendendo a que o fundamental da Recomendação foi acatado, foi determinado o arquivamento do processo.

***

Processo R-898/88

Assunto: Segurança Social; Subsídio de Desemprego; Suspensão do Contrato de Trabalho.

Objecto: Não concessão de Subsídio de Desemprego, após rescisão com justa causa pelo trabalhador. Interpretação do artº. 15º da Lei nº. 17/86, de 14 de Junho.

Decisão: Reclamação procedente. Reparo.

Síntese

1. Em 21 de Abril de 1988, foi recebida uma reclamação contra o Ministério do Emprego e Segurança Social pela não concessão de subsídio de desemprego.

Em 4 de Agosto de 1987 recebeu o trabalhador uma carta que lhe foi enviada pela entidade empregadora, na qual era informado da suspensão do contrato de trabalho nos termos do Decreto-Lei nº. 398/83, de 2 de Novembro.

A partir daquele mês e até Dezembro de 1987, recebeu por conta de salários em atraso, mas não obstante a carta recebida da entidade empregadora, esta não lhe entregou a Declaração comprovativa da situação de salários em atraso. Devia portanto esta ser suprida por uma Declaração passada pela Inspecção-Geral do Trabalho que tomou conhecimento da situação.

Usando da faculdade que é conferida pelo artº. 3º da Lei nº. 17/86, o trabalhador decidiu cessar o seu contrato de trabalho, com justa causa, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1988.

Contudo, não foi conferido o direito à percepção do subsídio de desemprego, bem como a empresa em causa continuou a fazer pagamentos a credores que não os trabalhadores.

2. Esta Provedoria de Justiça questionou o Ministro do Emprego e Segurança Social sobre o assunto, bem como o Inspector-Geral do Trabalho.

Em face da resposta do Ministério, foram pedidos novos elementos ao reclamante, concretamente sobre se tinha requerido o subsídio de desemprego.

A Inspecção-Geral de Trabalho informou esta Provedoria que os documentos enviados pelo reclamante não eram formalmente requerimentos.

3. Na posse de todos os elementos, em 2 de Março de 1993, o Provedor de Justiça entendeu redigir um firme reparo à Inspecção-Geral do Trabalho, por esta não ter

esclarecido o reclamante e fundar uma interpretação impossível do artº. 15º da Lei 17/86, de 14 de Junho, nos seguintes termos:

> "Com referência ao processo identificado em epígrafe, e após cuidada apreciação das questões levantadas, entendo que não devo deixar de salientar ser o procedimento dessa Inspecção-Geral passível de reparo, pelo que sugiro que, em futuras situações idênticas, tome esse Organismo como implícita na comunicação por parte de um trabalhador da falta de pontual pagamento das remunerações a existência do requerimento a que se refere o artigo 3º, nºs. 2 e 6 da Lei nº. 17/86, de 14 de Junho, para efeitos de proceder às averiguações de que resultará a declaração prevista no nº. 3 do mesmo artigo.

Além disso - e sobretudo - não considero de aceitar a posição dessa Inspecção-Geral, no sentido de se proceder às averiguações previstas no artº. 15º da Lei nº. 17/86 senão a requerimento dos interessados.

A lei é expressa em admitir a realização de tais averiguações por iniciativa da Inspecção-Geral do Trabalho.

Justifica-se tal entendimento pela circunstância de ser de admitir que a entidade patronal faltosa possa criar dificuldades à espontânea emissão de prova e da falta de pagamento pontual de retribuição, sem deixar de ter igualmente em conta que a generalidade dos trabalhadores terá alguma dificuldade em cumprir com rigor formal todos os passos que a Lei para o efeito determina, caindo facilmente em verdadeiras armadilhas burocráticas que frustam os seus elementares direitos.

No que concerne ao caso concreto que deu origem à intervenção desta Provedoria, chama-se a atenção para que:

> - Embora o requerimento que o interessado dirigiu à Inspecção-Geral do Trabalho, a 8 de Fevereiro de 1988, não peça expressamente a declaração mencionada no nº. 2 do artigo 3º da citada Lei nº. 17/86, de 14 de Junho, bem pode entender-se como tendo esse pedido como implícito.

De todo o modo, porque terá havido diversos contactos entre a Inspecção-Geral do Trabalho e o interessado, se esse Organismo entender que tal pedido não constava expressamente do documento em causa, bem o poderia ter aconselhado, para se dissiparem quaisquer dúvidas, a formular tal pedido expressa e inequivocamente."

Em 16 de Março de 1993, foi recebido um ofício da Inspecção-Geral do Trabalho, dando conta de que a posição desta Provedoria foi transmitida a todos os serviços regionais para conhecimento e actuação em conformidade.

***

Processo R-3273/91

Assunto: Trabalhador da Segurança Social; vencimento; reversão do vencimento; técnico superior.

Objecto: Exercício de funções de Chefe de Divisão por Técnico Superior Principal, pagamento do diferencial remuneratório

Decisão: Recomendação acatada.

Síntese

1. Em 8 de Outubro de 1991, foi recebida nesta Provedoria de Justiça uma queixa de uma funcionária pública que, sendo técnica superior principal, exerceu funções como chefe de divisão, em regime de substituição, desde Agosto de 1986, sem que tenha sido remunerada ou nomeada como tal.

2. Ouvido o organismo em causa - Centro Regional de Segurança Social do Porto - resultou inequivocamente que a queixosa não foi formalmente nomeada em regime de substituição no cargo de chefe de divisão por não possuir licenciatura em curso superior.

Não é legalmente possível, por falta de licenciatura em curso superior, a nomeação da reclamante, em regime de substituição no cargo de chefe de divisão. Isto quer na vigência do Decreto-Lei nº. 191-F/79, de 26 de Junho, quer ao abrigo do actual Estatuto do Pessoal Dirigente constante do Decreto-Lei nº. 323/89, de 29 de Setembro.

3. Face a estes diplomas, é correcto e legítimo o entendimento de que ao substituto devem ser exigidos os mesmos requisitos e habilitações impostas para o normal provimento do cargo. Este entendimento foi, aliás, reforçado com o Decreto-Lei nº. 323/89, de 29 de Setembro, como se extrai da abolição do mecanismo da portaria de alargamento da área de recrutamento, admitindo no Decreto-Lei nº. 191-F/79 e ainda da terminologia utilizada no artigo 2º relativo ao recrutamento dos cargos dirigentes, mais concretamente do termo "cumulativamente".

Não obstante isto, a reclamante exerceu de facto as funções de chefe de divisão da Divisão de Organização, conforme se conclui da Acta nº. 132, de 7/8/86, da proposta do Senhor Presidente do Conselho Directivo e da Informação, de 29/7/86, do Senhor Director dos Serviços de Organização e Informática.

Por seu turno, na Informação do Director de Serviços que serviu de base àquela proposta escreve-se: "em virtude da nomeação para vogal do Conselho Directivo de (...) que vinha a exercer o cargo de chefe de Divisão de Organização, ficou esta privada da sua coordenação, pelo que urge colmatar tal falta (...) venho propor para a coordenação da

referida Divisão de Organização a Técnica Superior Principal Maria Odete Quesado Magalhães, que já anteriormente e nos períodos de ausência da titular do lugar a vinha a substituir".

Sendo o despacho (deliberação) que recaíu sobre a proposta do Senhor Presidente do Conselho Directivo de simples "concorda-se" tem que ser se entender que a concordância é com o que vem proposto, ou seja "a coordenação da Divisão de Organização" isto é, a função antes exercida pela titular do lugar.

É que o termo "coordenação" está utilizado, nos citados documentos, em sentido amplo abarcando todas as funções do cargo de chefe de divisão. A perfilhar-se entendimento diferente, teria forçosamente que se considerar que a anterior chefe de divisão, normalmente provida, exercia apenas parte das suas funções.

Em conformidade, concluíu-se que a ora impetrante, ao ser designada para exercer a "coordenação da Divisão de Organização" o foi para o exercício de todas as funções próprias daquele cargo e não apenas para o de algumas, como parece ser entendimento de V. Excia. (cfr. ofício nº. 222474, de 31/12/91), configurando a sua situação, enquanto no exercício daqueles funções, uma verdadeira substituição de facto.

Sendo certo que a queixosa exerceu de facto as funções correspondentes ao cargo de chefe de divisão, deve por elas ser devidamente remunerada.

A atribuição desta remuneração é imposta não só pelo princípio da boa fé, como pelo dever de justiça da Administração remunerar os seus colaboradores de acordo com as funções efectivamente desempenhadas, e ainda pelo princípio geral de Direito da proibição do enriquecimento sem causa ou do locupletamento à conta alheia.

***

Processo R-1166/91

Assunto: Segurança Social, Junta médica; subsídio de doença.

Objecto: Atraso na comunicação da decisão de Junta Médica. Revisão do processo.

Decisão: Queixa procedente; Recomendação acatada.

Síntese

1. Em 16 de Abril de 1991 uma cidadã queixou-se ao Provedor de Justiça em virtude de não lhe ter sido comunicada, atempadamente, uma deliberação de uma Junta médica, o que lhe impediu de recorrer dessa mesma deliberação.

2. A Provedoria de Justiça efectuou por várias vezes diligências junto do Centro de Segurança Social respectivo, para esclarecimento da situação.

3. Em 21 de Julho de 1993 o Provedor de Justiça recomendou ao Presidente do Conselho Directivo do Centro Regional de Segurança Social, em questão, o que segue:

> "a) A deliberação da Junta Médica realizada em 88. 11. 16, que considerou a beneficiária apta para o trabalho, tendo sido perfilhada por esse Centro Regional, converteu-se num seu acto administrativo que, a ser válido e eficaz, teria determinado a extinção do direito ao subsídio de doença que aquela vinha recebendo;
>
> b) Só que esse acto administrativo não foi oportunamente notificado à interessada, que veio a ter dele conhecimento apenas em 91. 03. 13.
>
> Assumiu, assim, esse acto, a natureza de um acto administrativo ineficaz, não oponível à reclamante anteriormente àquela data (cf. Ac.T.P. de 90. 03. 07, AD 348, 1590, cit. a pgs. 387 do Código de Procedimento Administrativo Anotado de Santos Botelho e outros).
>
> Isto, tanto mais quanto é certo que o Regulamento de Concessão e Contrôle de Baixas por Doença, publicado no D.R. II Série, de 76. 10. 06, não previa a publicação de tais deliberações;
>
> c) Consequentemente, a baixa médica que, ininterruptamente, foi concedida à reclamante até à data em que esse Centro Regional lhe comunicou o resultado da referida Junta Médica tem de ser considerada válida, conferindo-lhe o direito ao correspondente subsídio de doença;
>
> d) E mesmo a baixa médica que lhe foi posteriormente atribuída, entre a data daquela comunicação (91. 03. 13) e 91. 04. 25, sem qualquer interrupção, deve igualmente ser reportada como acto válido, não enfermando de vício oponível à utente.
>
> Não é justo que esta suporte prejuízos decorrentes da falta de articulação entre os serviços da Administração (vd. o teor do of. nº. 02737, de 93. 02. 12, da Administração Regional de Saúde, em anexo);
>
> e) A ter existido violação do disposto no artº. 12º do aludido Regulamento, deve a mesma ter eficácia meramente interna, não sendo oponível à reclamante.

Nestes termos, permito-me Recomendar que esse Centro Regional proceda ao pagamento do subsídio de doença à interessada, relativamente ao período que decorreu entre a data em que a mesma deixou de ter a baixa que ininterruptamente lhe foi concedida desde 87. 08. 20.

***

Processo R-2078/90

Assunto: Segurança Social.

Objecto: Anulação da inscrição na Segurança Social.

Decisão: Reclamação precedente, situação regularizada. Reparo ao Centro Regional de Segurança Social de Lisboa.

Síntese

1. Em 13 de Setembro de 1990 foi recebida uma reclamação de uma empregada doméstica que viu anulada a sua inscrição na Segurança Social.

2. Foram efectuadas diligências junto do Conselho Directivo do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa, para apurar quais os fundamentos da anulação de inscrição em causa. Nesse sentido, solicitou-se a remessa de cópias do processo no âmbito do qual se chegou àquela conclusão.

Após várias insistências, quer escritas quer telefónicas, sem se ter obtido a satisfação do pedido, em 7 de Maio de 1992 foi invocado o disposto no artº. 29º da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, a fim de mais uma vez solicitar a remessa dos elementos solicitados.
Em 15 de Outubro de 1992 o Centro Regional de Segurança Social de Lisboa, satisfez o solicitado, reiterando a sua posição porque se tratava de um trabalho benévolo, sendo os serviços prestados à sua sogra, portanto insusceptíveis de integrar o conceito de contrato de serviço doméstico.

3. Após a recepção daqueles elementos, foi solicitado ao Centro em causa, novas informações que permitissem comprovar as conclusões alcançadas.

Na sequência deste ofício, o Centro Regional de Segurança Social comunicou que, face à insuficiência de meios probatórios apurados pelos Serviços, a reclamante deveria apresentar prova testemunhal do invocado.

Após a audição das testemunhas apresentadas, foi entendido repôr a legalidade da inscrição, procedendo-se às necessárias rectificações que permitiram à beneficiária reiniciar o recebimento da pensão a que tinha direito e que anteriormente havia sido mandada suspender.

Satisfeita a pretensão da reclamante, foi determinado o arquivamento do processo, não sem antes ter sido feito reparo ao Centro Regional de Segurança Social de Lisboa pelo facto de ter tomado uma posição lesiva dos direitos de uma beneficiária com base em elementos que acabou por reconhecer insuficientes.

***

Processo R-783/85

Assunto: Trabalho; despedimento colectivo.

Objecto: Liquidação da Companhia Portuguesa de Pesca; pagamento de indemnizações.

Decisão: Reclamação precedente; Recomendação acatada.

Síntese

1. A Companhia Portuguesa de Pesca pediu a intervenção do Provedor de Justiça, por a empresa ter sido extinta - pelo Decreto-Lei nº. 139/84, de 7 de Maio - e se encontrar em liquidação, sem que a situação laboral dos seus trabalhadores estivesse definitivamente resolvida. Nomeadamente quanto aos aspectos relativos ao subsídio de desemprego, reformas antecipadas, salários em atraso e indemnizações.

2. A Provedoria de Justiça desenvolveu esforços junto do Ministério do Mar, para o esclarecimento da situação.

Em 15 de Setembro de 1992 foi dirigida uma Recomendação para que o Estado indemnizasse os trabalhadores em causa pelo facto de lhes ter feito cessar os respectivos contratos de trabalho por acto legislativo (sobre caso idêntico já o Provedor de Justiça se tinha pronunciado no mesmo sentido e corroborado pelo parecer da Procuradoria-Geral de 15. 12. 77).

3. Em 18 de Março de 1993, após insistência, o Ministro do Mar comunicou ter procedido ao pagamento das indemnizações em causa, pelo que se procedeu ao arquivamento do processo.

***

Processo I.P. - 62/92

Assunto: Contribuições e Impostos IRS.

Objecto: Digitação de Documentos de Cobrança comprovativos do pagamento do IRS em prestações.

Decisão: Apreciada o objecto do processo no conjunto dos problemas informáticos da DGCI, foi decidido o seu arquivamento, face às melhorias registadas.

Síntese

O presente processo, de iniciativa do Provedor de Justiça, foi aberto na sequência do conhecimento de situações em que contribuintes, que pagaram o IRS em prestações, foram notificados para pagar novamente o imposto, o que claramente configura uma situação de duplicação de colecta.

A Administração Fiscal reconheceu a existência de situações como a descrita, devido à falta de introdução dos documentos de pagamento no sistema informático, e ultrapassou a dificuldade através da criação de um novo programa.

Igualmente foram dados a conhecer os meios utilizados para suprir muitos dos problemas informáticos, designadamente no que respeita à concretização das decisões de reclamações e impugnações de actos tributários.

Este processo possibilitou uma "radiografia" da informática tributária, situação que registou melhorias desde 1992 até 1995.

***

Processo R-2440/93

Assunto: Trabalhador da Função Pública

Objecto: Destacamento de assistentes eventuais para hospitais da periferia, contra vontade dos mesmos.

Decisão: Reclamação procedente. Apesar da Recomendação não ter sido formalmente acatada, o processo parou.

Síntese

1. Por despacho de 21. 09. 1993, publicado no Diário da República em 01. 10 seguinte, o Ministro da Saúde decidiu proceder ao destacamento dos médicos assistentes eventuais em hospitais onde a sua colocação fosse mais conveniente.

2. Dois sindicatos médicos apresentaram reclamação contra a legalidade da medida. Alegavam a precaridade que a aplicação da lei, tal como feita pelo Ministério, acarretava para a situação dos médicos envolvidos, sem melhoria sensível para os cidadãos e com prejuízo manifesto para as vidas familiar e profissional dos médicos envolvidos.

3. Apreciada a questão nesta vertente somente, isto é, sem contestar os benefícios que a execução desta medida teria para as condições de apoio sanitário das populações abrangidas, considerou o Provedor de Justiça que:

a) Estavam em causa os assistentes eventuais que tivessem iniciado o seu Internato Complementar antes de 2 de Janeiro de 1989, nos termos do artigo 25º, b), do Decreto-Lei 128/92, de 4 de Julho.

b) Esses assistentes eventuais configuravam uma realidade atípica nos quadros jurídicos da Função pública já que, sendo classificados como agentes administrativos e titulares de um contrato administrativo de provimento, estavam senhores de um vínculo definitivo com o Estado, ao contrário do que se poderia supor da classificação legal e doutrinal da categoria de agente e da natureza do contrato.

c) Estando vinculados por tempo indeterminado à Função Pública mas sem possuírem um lugar num quadro hospitalar, as exigências constitucionais de realização pessoal e profissional, bem como a de segurança no emprego, impunham, nos termos de uma interpretação conforme à Constituição, a existência de regras jurídicas bem mais desenvolvidas que as previstas no Decreto-Lei 128/92, nomeadamente por recurso analógico ao Decreto-Lei 427/89.

d) Estar-se-iam a verificar casos de destacamento de médicos especialistas para locais em que, por falta de equipamento ou de apoio técnico especializado, não teriam hipótese de praticar a sua especialidade, com prejuízo manifesto para as suas carreiras e desperdício dos dinheiros públicos.

e) Segundo informação da Ordem dos Médicos não teriam sido abertos concursos em número suficiente para preencher as alegadas necessidades dos hospitais periféricos.

4. Em conformidade foi recomendado que,

a) Fosse sustido imediatamente o processo em curso, eliminando-se os efeitos já produzidos.

b) Fossem avaliadas as necessidades concretas de cada região, abrindo-se concursos de provimento para todas as vagas que se reputassem por necessárias.

c) A oposição a esses concursos seria obrigatória para os assistentes eventuais em causa ou facultativo, neste caso tendo a não oposição por consequência a sujeição preferencial ao regime do destacamento.

d) Utilização do regime do destacamento só após a realização dos concursos acima, nos termos previstos no artigo 27º, nº. 1, do Decreto-Lei 128/89, recorrendo, no entanto a sua integração a partir do regime geral traçado no Decreto-Lei 427/89.

e) Estes destacamentos só deveriam ter lugar observados critérios de razoabilidade, sem prejuízo das suas carreiras ou lesão desproporcionada das suas posições jurídicas. Nomeadamente, só se deveria efectuar um destacamento quando o hospital de destino possuísse os meios técnicos e humanos adequados à prática da especialidade médica em questão.

f) Em alternativa ao indicado nos números acima, propunha-se a continuação do processo de destacamento em curso, com observância dos princípios indicados no nº. 5, integração prevista na segunda parte do nº. 4, e com a realização tão rápida quanto possível dos concursos previstos no nº. 2, dando-se preferência aos médicos destacados.

5. A resposta do Ministro da Saúde foi negativa, propondo-se no entanto a continuar o normal processo de abertura de vagas a concurso.

6. Tendo sido exonerado o Ministro da Saúde, foi reiterada a Recomendação ao seu sucessor, tendo este respondido estar o assunto em estudo. O processo de destacamento ficou, no entanto, congelado.

***

Processo IP-31/93

Assunto: Educação e Ensino - Ensino Universitários - Acesso.

Objecto: Acesso de Estudantes candidatos ao Ensino Superior às provas específicas por si realizadas.

Decisão: Reclamação procedente; Recomendações parcialmente acatadas.

Síntese

1. Da leitura de uma notícia de um jornal diário, vinda a lume em 13 de Agosto de 1993, tomou-se consciência que o Regulamento das Provas Específicas de Acesso ao Ensino Superior, admitindo o recurso das classificações atribuídas apenas por erro material. interessados a consulta da prova prestada nem tão pouco a obtenção de fotocópias da mesma.

2. Em 19 de Agosto seguinte foi dirigida à Comissão Nacional das Provas Específicas de Acesso ao Ensino Superior uma recomendação, enviadas também ao Ministro da Educação, para seu conhecimento, em que se defendia a ilegalidade da proibição de acesso às provas, por contrária ao artigo 15º, 1, f), do Decreto-Lei 189/92, de 3 de Setembro, que assegurava o direito à reclamação, e ao artigo 62º, nº. 1, do Código de Procedimento Administrativo.

3. Em 26 de Agosto foi aprovada pela mesma Comissão uma alteração ao Regulamento, prevendo a possibilidade de consulta presencial de uma fotocópia da prova. Para tal, impunha-se o pagamento de 2 mil escudos pelo custo das fotocópias e de mais mil e quinhentos pela reapreciação da prova. A consulta da prova seria posterior a este pagamento, havendo lugar à devolução dos mil e quinhentos escudos caso não fosse efectuada a reclamação.

4. Em 3 de Setembro, nova recomendação foi dirigida, tendo em conta os aspectos que ainda se julgava estarem satisfeitos:

> a) O mecanismo encontrado era um híbrido dos que a lei impunha: consulta presencial do original e obtenção de cópia.
>
> b) O preço pedido pelas fotocopias era manifestamente excessivo, mais ainda face ao então recente artigo 12º, nº. 2, da Lei 65/93, de 26 de Agosto, onde se dizia dever o preço pedido ser o "estritamente correspondente ao custo dos materiais e do serviço prestado". Aliás, dada a hibridez do mecanismo encontrando, devia-se observar o disposto no mesmo artigo 12º, nº. 1, a), donde a gratuitidade da consulta presencial.
>
> c) Defendia-se que a utilização das taxas pedidas como mecanismo dissuasor devia ser mais forte quanto à apresentação leviana das reclamações e não referida principalmente ao pedido de consulta da prova.

5. Algumas Faculdades começaram a cumprir com o recomendado, tendo a Comissão decidido não acatar por motivos de ordem prática. Apesar de várias insistências, devidamente fundamentadas, não foi possível demover a Comissão, para mais dado o adiantado da data.

6. O Regulamento de 1994 já salvaguardou o fornecimento de fotocópias aos alunos reclamantes.

***

Processo R-1574/93

Assunto: Trabalhadores - Denúncia do contrato

Objecto: Iminente denúncia de contrato de trabalho celebrado entre uma empresa de capitais públicos e uma jornalista deficiente motora.
Decisão: Reclamação procedente; situação regularizada.

Síntese

1. O pai de uma deficiente motora, Jornalista e estudante da licenciatura em Comunicação Social queixou-se ao Provedor de Justiça da alegada intenção da RTP, Radiotelevisão Portuguesa, S.A.. de rescindir o contrato a termo certo com aquela celebrado.

2. Num primeiro contacto, telefónico, com esta empresa, veio a mesma informar que a possível rescisão não continha traços discriminatórios, integrando-se numa política generalizada de eliminação dos contratos a termo.

3. Foi dirigido ofício ao Secretário-Geral da empresa em causa, salientando a situação de deficiência da trabalhadora e indagando se esse condicionalismo teria sido devidamente sopesado.

4. Em 2 de Novembro de 1993, foi informado ter o contrato a termo sido renovado uma vez mais, tendo a reclamante solicitado os bons ofícios do Provedor de Justiça, no sentido de passar ao quadro da RTP.

5. Antes de qualquer outro contacto com a RTP, veio a reclamante a informar ter sido admitida como efectiva, nos quadros da empresa.

***

Processo R-2496/92

Assunto: Trabalhador da Segurança Social. Carreira. Direito à Carreira. Técnica Superior.

Objecto: Não integração na carreira técnica superior.

Decisão: Reclamação procedente. Reclamação acatada.

Síntese

1. Uma funcionária da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa veio apresentar queixa contra esta Instituição por, ao arrepio de várias disposições legais, não ter sido integrada na carreira técnica superior.

2. No Gabinete do Provedor de Justiça foi elaborada a seguinte informação:

> 1. A Sra. Dra.... vem solicitar a intervenção de V. Excia. já que a Misericórdia de Lisboa não providenciou pela sua integração na carreira técnica superior de serviço social, em execução do disposto no artigo 3º, nº. 3, alínea a), do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto, nem lhe ter sido comunicado o motivo dessa omissão.
>
> 2. Pelas Portarias nºs.. 370/90 e 1140/90, respectivamente de 12 de Maio e 20 de Novembro, foi reconhecido o nível de licenciatura ao curso superior de Serviço Social, ministrado pelos Institutos Superiores de Serviço Social de Lisboa, Porto e Coimbra.
>
> 3. Como se refere no preâmbulo daquele Decreto-Lei, tornou-se necessário proceder ao enquadramento dos profissionais abrangidos por esse reconhecimento, integrando-os em carreira adequada à habilitação de que eram portadores.
>
> 4. Com esse propósito, o referido diploma criou e regulamentou a carreira de técnico superior de serviço social e definiu as normas de transição nos nºs. 1 a 3 do artigo 3º do diploma em referência.
>
>> "1. Os técnicos de serviço social portadores de diploma ou certificado reconhecido nos termos das Portarias nºs. 370/90 e 1144/90, respectivamente de 12 de Maio e de 20 de Novembro, transitam, independentemente do seu posicionamento resultante do descongelamento de escalões previsto nas alíneas a) e b) do nº. 2 do artigo 38º do Decreto-Lei nº. 353-A/89, de 16 de Outubro, para a carreira de técnico superior de serviço social referida no artigo anterior, de acordo com as seguintes regras:
>>
>>> a) Os técnicos especialistas principais, técnicos especialistas e técnicos principais são integrados, respectivamente, nos escalões 6, 4 e 1 da categoria de técnico superior principal;
>>>
>>> b) Os técnicos de 1ª. classe são integrados no escalão 1 da categoria de técnico superior de 1ª. classe;
>>>
>>> c) Os técnicos de 2ª. classe são integrados no escalão da categoria de técnico superior de 2ª. classe.

2. O disposto no número anterior é ainda aplicável aos funcionários integrados na denominada carreira técnica que, sendo portadores de diploma ou certificado reconhecido nos termos das Portarias nºs. 370/90 e 1144/90, respectivamente de 12 de Maio e de 20 de Novembro, prossigam funções na área de serviço social em serviços ou organismos que tenham atribuições naquele domínio e ou cujos quadros de pessoal prevejam a área funcional de serviço social relativamente àquela carreira.

3. Os técnicos de serviço social portadores de diploma ou certificado reconhecido nos termos das portarias citadas no número precedente que tenham sido providos em lugares da carreira técnica superior ao abrigo do sistema de intercomunicabilidade vertical previsto no artigo 17º do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, e exerçam funções na área funcional de serviço social transitam para a carreira de técnico superior de serviço social:

a) Na categoria que resultar da aplicação do regime previsto no nº. 1, tendo como referência a categoria de que eram titulares quando foram providos na carreira técnica superior; ou

b) Em categoria e escalão idênticos aos que possuam na carreira técnica superior, se daí resultar tratamento mais benéfico que o decorrente da aplicação da alínea a).

5. Para que se possa verificar se a situação funcional da queixosa se subsume à previsão de qualquer das normas acima transcritas, importa proceder à sua descrição o que se fará de seguida.

6. A queixosa é presentemente técnica superior de 2ª classe do quadro de pessoal não dirigente da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

6. 1. Em 1 de Maio de 1970 ingressou naquela instituição com a categoria de técnica de serviço social de 3ª categoria.

6. 2 Em 4 de Julho de 1971 ascendeu à 2ª classe da mesma carreira.

6. 3. Em 1 de Julho de 1978 foi promovida a técnica de serviço social de 1ª classe.

6. 4. Em 3 de Fevereiro de 1982 ascendeu à categoria de técnica de serviço social principal.

6. 5. Em 10 de Maio de 1989 foi provida no lugar de técnica superior de 2ª classe, para o qual tinha sido aberto concurso por aviso publicado no Diário da República 2ª Série, de 15 de Dezembro de 1987.

7. Interessa ainda ter presente a natureza das funções exercidas pela queixosa, especialmente no período posterior ao seu provimento na carreira técnica superior.

8. Assim, de acordo com o relato feito na queixa:

a) De 1975 a 1984, foi Coordenadora de Acção Social Local;

b) De 26 de Novembro 1984 a 26 de Novembro de 1987, foi Chefe de Divisão;

c) De Janeiro de 1988 a Outubro de 1988, esteve colocada no Núcleo de Estudos do Serviço de Acção Social;

d) De Outubro de 1988 a Março de 1992, esteve colocada na Divisão Ocidental do Serviço de Acção Social;

e) De Março a Abril de 1992 foi Directora Coordenadora de Acção Social, lugar de que foi exonerada a seu pedido;

f)Desde essa data, encontra-se colocada no Gabinete de Estudos e Consultadoria, departamento dependente da Adjunta de Pelouro de Acção Social.

9. Por último, cabe registar as habilitações literárias de que a queixosa é detentora:

Curso Superior de Serviço Social, concluído em 1969, a que era conferida a equivalência ao grau de bacharelato e licenciatura em Ciências Político-Sociais.

10. Resumindo estes dados curriculares, enunciar-se-ão os elementos constitutivos da situação de facto que, numa primeira abordagem, se subsumem aos requisitos enunciados na previsão de qualquer das três normas transcritas:

a) De Maio de 1971 a Maio de 1989 esteve provida em lugares da carreira técnica de serviço social;

b) No seu percurso profissional nesta carreira, atingiu a categoria de técnica de serviço social principal em 3 de Fevereiro de 1982;

c) Possui diploma reconhecido nos termos das Portarias nºs. 370/90 e 1144/90, respectivamente, de 12 de Maio e de 20 de Novembro;

d) Em 10 de Maio de 1989 foi provida definitivamente no lugar de técnica superior de 2ª. classe.

11. Tendo presente o facto de se encontrar provida em lugar da carreira técnica superior, tudo parece apontar para a norma do nº. 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº. 196/91, de 16 de Agosto (acima transcrita) como sendo aquela que eventualmente contemplará a situação da Sra. Dra....

12. A norma enuncia três requisitos que os funcionários devem reunir para que se possa operar a transição. Assim:

> a) Devem ter sido técnicos de serviço social, entretanto providos em lugares da carreira técnica superior ao abrigo do sistema de intercomunicabilidade vertical previsto no artigo 17º do Decreto-Lei nº. 148/85, de 15 de Julho;
>
> b) Nesta última carreira devem exercer funções na área funcional de serviço social;
>
> c) Devem ser portadores de diploma ou certificado reconhecido nos termos das Portarias nºs. 370/90 e 1144/90, de 12 de Maio e 20 de Novembro, respectivamente.

13. Dos elementos constantes do processo, pode concluir-se sem margem para dúvidas que a Sra. Dra.... se encontra nas condições requeridas nas alíneas b) e c) do número anterior desta informação.

14. Quanto à primeira condição, torna-se necessário examiná-la com a devida atenção, até porque, nesse segmento, se faz apelo a uma norma que ainda não foi analisada.

15. No artigo 17º do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, prevêem-se duas formas de operar a intercomunicabilidade entre carreiras e que são descritas nos nºs. 1 e 2 desse artigo:

> "1. Quaisquer funcionários possuidores das habilitações literárias exigidas podem ser opositores a concurso para lugares de categorias de acesso de carreiras de um grupo de pessoal diferente, desde que:
>
> > a) Ao lugar a que se candidatem corresponda, na estrutura dessa carreira, letra de vencimento igual ou imediatamente superior, quando não se verifique coincidência de letra;
> >
> > b) Se trate de carreiras inseridas na mesma área funcional.
>
> 2. Também os funcionários não possuidores dos requisitos habilitacionais legalmente exigidos podem, nos termos e condições previstos neste Decreto-Lei, candidatar-se a concurso para lugares de categorias pertencentes a carreiras de grupos de pessoal diferente, desde que pertencentes à mesma área funcional."

16. Esta segunda modalidade só pode ser utilizada nas condições definidas nos nºs, 4 e 7 do mesmo artigo 17º. Para se poder operar a intercomunicabilidade vertical, por esta forma, exige-se que os funcionários se submetam a prestação de provas, no âmbito de um concurso de habilitação.

17. Não é necessário investigar com maior profundidade para se poder concluir que o provimento da queixosa em lugar da carreira técnica superior não foi procedido de um concurso da habilitação.

18. É que a aprovação num concurso de habilitação não faculta o provimento de quaisquer lugares, apenas possibilita que os funcionários nele aprovados se candidatem a concurso de provimento. Ora, atentas as regras definidas nas diversas alíneas do nº. 4 daquele artigo, constata-se que o concurso que deu origem ao provimento da queixosa, aberto por aviso publicado no Diário da República, 2ª. Série, de 15 de Dezembro de 1987, pág. 14263, não é nem um concurso de habilitação nem um concurso aberto na sua sequência.

19. Assim, a ter havido intercomunicabilidade vertical, esta só se teria verificado nos termos previstos no nº. 1 do artigo 17º.

Vejamos se assim é.

20. A Sra. Dra...., à data da abertura do concurso, possuía as habilitações literárias exigidas para provimento na carreira técnica superior (licenciatura em Ciências Sociais e Políticas), como resultava do disposto no artigo 18º, nº. 1, alínea e), do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, então aplicável e já antes sucedia no âmbito da vigência do artigo 8º, nº. 4, do Decreto-Lei nº. 191-C/79, de 25 de Junho.

21. Dir-se-á, porém, que o concurso não foi aberto para o preenchimento de "lugares de categorias de acesso" da carreira técnica superior e que esta carreira, em concreto, não podia ser considerada como pertencendo à mesma área funcional em que a carreira técnica de serviço social se insere.

22. No mesmo Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, o termo "acesso" parece estar numa relação de oposição com o termo "ingresso". Assim, de acordo com o artigo 15º, nº. 1, "o ingresso em qualquer carreira efectua-se na categoria mais baixa", enquanto, nos termos do nº. 2, "o acesso nas carreiras verticais faz-se por promoção, depende da existência de vaga e da observância dos períodos mínimos de permanência na categoria imediatamente inferior".

23. No mesmo sentido aponta o disposto no artigo 7º, nº. 4, do Decreto-Lei nº. 44/84, de 3 de Fevereiro, que regulava a essa data o processo de concurso na Administração Pública, em que se produz a mesma distinção:

> "O concurso diz-se de ingresso ou de acesso consoante vise o preenchimento de lugares da categoria da base ou das categorias superiores das carreiras".

24. Sobre o que se deve entender por área funcional, deverá ter-se presente o entendimento legal expresso no artigo 8º, nº. 4, do Decreto-Lei nº. 248/85. Aí se estatui que "para efeitos do presente Decreto-Lei, entende-se por área funcional o conjunto de funções que, por terem um ou mais elementos comuns, permitem a tipificação de uma actividade".

25. Para aclaramento do conceito, poderá invocar-se o disposto no nº. 3 do mesmo artigo e diploma, em que se determina o seguinte:

> "Os diplomas de pessoal de cada serviço devem concretizar, relativamente a cada grupo de pessoal e ou carreira, as áreas funcionais respectivas(...)".

26. A concretização das áreas funcionais traduz-se numa designação que visa identificar uma actividade, sintetizando, numa só palavra ou expressão, a descrição do conteúdo funcional dos profissionais que exercem funções numa determinada área.

27. A título exemplificativo, tomemos a designação da carreira de "técnico de serviço social". O termo "técnico" identifica o grupo profissional (o do pessoal técnico), revela as exigências habilitacionais (curso superior) e permite classificar o tipo de funções que se exercem no seu âmbito (funções de aplicação). A expressão "serviço social" identifica o tipo de actividade que os profissionais integrados nessa área desenvolvem.

28. A área funcional pode também ser revelada pela descrição do conteúdo funcional específico de uma dada carreira, que é feita, de forma sucinta, pela enumeração das tarefas e responsabilidades que lhe são inerentes e dos requisitos exigíveis para o seu exercício.

29. Consultando o aviso de abertura do concurso em causa, verifica-se que no nº. 3. 1. , respeitante à descrição sumária das funções, se indica que os candidatos aprovados "desempenharão a sua função nas áreas de organização, planeamento e gestão de recursos humanos, patrimonial e financeira". As áreas aqui enunciadas às que vêm descritas na alínea n) do artigo 6º do Regulamento de Concursos de Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, publicado no Diário da República, 2ª. Série, de 24 de Julho de 1984, para a carreira técnica superior.

30. Desta breve análise sobre o sistema de intercomunicabilidade vertical parece poder concluir-se que a Sra. Dra.... não foi provida na carreira técnica superior pelo processo previsto no artigo 17º do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, já que o provimento se fez na categoria de ingresso na carreira técnica superior, não

pertencendo esta carreira à mesma área funcional em que a carreira técnica de serviço social se situa.

31 Mas constata-se, do mesmo passo, a inexistência de qualquer carreira do grupo de pessoal técnico superior que pertença à mesma área funcional em que se integra a carreira de técnico de serviço social, quer no quadro de pessoal da Santa Casa, quer em quadros ou mapas de pessoal de outros organismos ou serviços da Administração Pública Central, Regional ou Local, designadamente os integrados em departamentos que prosseguem atribuições no domínio da segurança social.

32. E esta situação nada tem de estranho, se se tiver presente que só em 1991 foi criada a carreira de técnico superior de serviço social, justamente operada pelo diploma cuja aplicação está aqui em causa (Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto).

33. As valências exigidas para o exercício das funções de técnico de serviço social, conferidas pelo curso superior de Serviço Social, são as mesmas que, agora, são requeridas para o desempenho de funções de técnico superior de serviço social.

34. E, embora já desde 1987, o sistema de ensino proporcionasse uma licenciatura em Política Social, não se verificou, então, qualquer alteração no sistema de carreiras da função pública.

35. E o facto de, antes da aplicação do Decreto-Lei nº. 248/85, haver ainda, de forma residual, carreiras indiferenciadas (por vezes, designadas por carreiras comuns) do grupo de pessoal técnico superior, não vem alterar os dados da questão, já que uma carreira de uma outra em que se exerce uma actividade específica. O que aliás se verificava era uma grande amplitude nas áreas de recrutamento, por serem mais importantes as aptidões e capacidades do funcionário, sendo, por isso, negligenciável o "saber" ("*know-how*") de que aquele fosse possuidor.

36. De todo o modo, aquele diploma legal terminou definitivamente com as carreiras indiferenciadas, em conformidade com o disposto no seu artigo 8º, nº. 3.

37. Se os grupos de pessoal se diferenciam com base na caracterização genérica do respectivo conteúdo funcional e nas exigências habilitacionais e profissionais (cfr. artigo 7º, nº. 1, do Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho), o que é decisivo para distinguir as áreas funcionais é a diferente preparação científica e/ou técnica exigida, de tal modo que um funcionário será incapaz de executar uma tarefa rotineira que se inscreva no concreto conteúdo funcional de uma certa actividade, se não tiver a necessária habilitação literária, uma específica qualificação profissional ou uma experiência profissional significativa (nunca inferior a dois anos) no exercício dessa actividade.

38. Qual será então o sentido e alcance do disposto no artigo 3º, nº. 3, do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto, sendo certo que na sua fixação, o intérprete presumirá que "o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados", como se determina no artigo 9º, nº. 3, do Código Civil.

39. Desde logo não parece que a referência ao artigo 17º do Decreto-Lei nº. 248/85 de 15 de Julho, pretenda afastar os provimentos resultantes de intercomunicabilidade vertical operados ao abrigo do artigo 17º do Decreto-Lei nº. 165/82, de 10 de Maio, ou do artigo 26º, nº. 2, do Decreto-Lei nº. 44/84, de 3 de Fevereiro.

40. Do mesmo modo, não se julga que aquela referência vise afastar do campo de aplicação da norma as integrações na carreira técnica-superior assegurada pelos artigos 12º e 13º do Decreto-Lei nº. 191-F/79, de 26 de Junho.

41. A não se admitir que as situações atrás descritas se subsumam à previsão da norma do nº. 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto, inutiliza-se, por completo, o segmento normativo constante da sua alínea b).

> 41. 1. É que nenhum funcionário, oriundo da carreira técnica, poderá ter tido uma progressão tal na carreira técnica superior - se tiver beneficiado do disposto no artigo 17º do Decreto-Lei nº. 248/85 - que lhe possibilitasse estar provido, em 1 de Setembro de 1991 (data em que se processa a transição, em conformidade com o disposto no artigo 5º, nº. 1, do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto), na categoria de assessor ou em outra superior.
>
> 4. 2. O Decreto-Lei nº. 248/85, de 15 de Julho, entrou em vigor e em 14 de Agosto de 1985 (cfr. o seu artigo 46º, nº. 1). Admitindo, como mera hipótese, que, nesse mesmo dia, se abria concurso para provimento de vagas de técnico superior de 1ª. classe (letra E), a que se podiam candidatar técnicos principais (letra F), o provimento numa dessas vagas não poderia ocorrer antes de 1 de Dezembro de 1985 (hipótese meramente académica). Esse novo técnico superior de 1ª. classe só se poderia candidatar a um lugar de técnico superior principal em 1 de Dezembro de 1988. O seu provimento não poderia ocorrer antes de 15 de Março de 1989, o que significa que, na melhor das hipóteses, estaria em condições de se candidatar ao lugar de assessor, apenas, em 15 de Março de 1992, ou seja, seis meses depois de se ter operado a transição imposto pelo Decreto-Lei nº. 296/91.

42. Cai, assim, por terra a tese da interpretação declarativa, já que não se vê como se possa compatibilizá-la com a derrogação de todo o segmento normativo (cfr. João Baptista Machado, "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Livraria Almedina, 1983, pág. 185).

43. Aliás, se, por definição, a interpretação declarativa se conforma com um dos sentidos literais que a norma possa acolher, é inexacto que ela se confunda com a interpretação literal que não é mais do que um dos factores hermenêuticos.

44. Cumpre, talvez, trazer à colação o que a própria lei dispõe sobre a matéria, convocando outras das normas do artigo 89º do Código Civil (que, como se sabe, são normas sobre normas, que valem para todo o direito, qualquer que seja o ramo em causa). E, desde logo, no seu nº. 1, se estipula que "a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo (...)". Isto, sem perder de vista, que o texto da lei exerce a função de um limite, já que não pode ser considerado de entre os sentidos possíveis aquele "que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso", em conformidade com o disposto no nº. 2 do mesmo artigo.

45. Ensina Karl Larenz que "uma lei é constituída, as mais das vezes, por proposições jurídicas incompletas - a saber: aclaratórias, restritivas e remessivas - que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação. O Sentido de cada proposição jurídica só se infere as mais das vezes, quando se a considere como parte da regulação a que pertence (*in* "Metodologia da Ciência do Direito", Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, págs. 390 e 391).

46. Repare-se que a norma em questão remete para o "sistema" de intercomunicabilidade vertical e não para o processo que o concretiza. Isto significa que o que está aqui em causa não são os procedimentos mas sim os resultados que se visa atingir e que se integram, de forma coerente, no quadro organizativo e ordenador do sistema.

47. Tenha-se igualmente presente que o sistema abrange o processo de integração previsto nos artigos 12º e 13º do Decreto-Lei nº. 191-F/79, de 26 de Junho, sendo certo que este processo não exige a realização de concurso, formalismo que as diversas modalidades de intercomunicabilidade requerem.

48. Qual é então o sentido e alcance da norma? Recorde-se o que atrás se referiu quanto à impossibilidade de os técnicos do serviço social acederem à carreira técnica superior, utilizando o sistema de intercomunicabilidade vertical, por não haver nestes dois grupos a mesma área funcional. E é essencial ter presente esta conclusão, porquanto, "de facto", que não "de jure", o sistema foi corrigido por via da gestão, correcção essa avalizada por via jurisprudencial.

49. A norma do nº. 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto, vem justamente reconhecer a bondade da solução gestionária. Mas visa, também, garantir que a mudança da carreira técnica de serviço social para lugares de carreiras do grupo técnico superior se processou, tendo por objectivo a

"promoção" profissional daqueles técnicos, sem que tivesse havido alteração da actividade exercida.

50. A não ser este o sentido da norma não se encontra justificação para o requisito complementar nela enunciado: "e exerçam funções na área funcional de serviço social". A enunciação deste requisito só se explica por não existir no grupo de pessoal técnico superior qualquer carreira que pertença à área funcional de serviço social, e ser, por isso, necessário esclarecer o que no segmento textual antecedente se encontrava formulado restritivamente.

51. Deverá pois concluir-se que a norma pretende abranger todos os técnicos de serviço social que foram, entretanto, providos em carreiras do grupo de pessoal técnico superior, sem que tenham deixado de exercer funções no domínio da actividade de serviço social, sem prejuízo de a essas funções corresponder maior responsabilidade.

52. Deverá ainda referir-se que a lei se deverá conformar com os princípios ético-juridicos constitucionalmente consagrados. E destes cabe uma importância decisiva ao princípio da igualdade (artigo 13º), na medida da sua força vinculante para o poder legislativo (cfr. artº. 18º). Ora, a interpretação do diploma "*sub judice*" deverá fazer-se presumindo a sua consonância com o sistema constitucional.

52. 1. Não será, talvez, despiciendo olhar a jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto a esta matéria. Permita-se-nos transcrever este elucidativo trecho do Acórdão nº. 80/86, de 11 de Março de 1986 (Processo nº. 148/84), publicado no Diário da República, 1ª. Série, nº. 131, de 9 de Junho de 1986:

> "O âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange as seguintes dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdade fácticas de natureza social, económica e cultural. (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 1º. Vol., 2ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 149 e segs.).

> A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controle.
>
> Porém, a vinculação jurídico-material do legislador a este princípio não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois lhe pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente.
>
> Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio quando os limites externos da discricionaridade legislativa são afrontados por carência de adequado suporte material para a medida legislativa adoptada.
>
> Por outro lado, as medidas de diferenciação devem ser materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da praticabilidade, da justiça e da solidariedade, não se baseando em qualquer motivo constitucionalmente impróprio.
>
> Neste sentido se tem firmado a jurisprudência deste Tribunal (cfr., por todos, o Acórdão nº. 44/84, Diário da República, 2ª. Série, de 11 de Julho de 1984).
>
> A propósito do princípio de igualdade e dos seus desenvolvimentos doutrinais, cfr. Jorge Miranda, o "Regime dos direitos, liberdades e garantias", Estudos sobre a Constituição, vol. III, pp. 50 e segs.; Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982, pp. 380 e segs.; Lívio Paladin, *Il principio constituzionale d'eguaglianza "Milão 1965; Claudo Rossano, L'eguaglionza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, 1966".

53. Mas, ainda que assim não se entendesse, a Sra. Dra.... deveria ser integrada na carreira de técnicos superior desse serviço social, ao abrigo do disposto no artigo 3º, nº. 2, do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto.

54. Nesta norma prevê-se que os funcionários habilitados com o curso superior de Serviço Social, integrados na carreira técnica superior de serviço social, desde que exerçam funções na área de serviço social, mesmo que no quadro de pessoal do respectivo serviço esteja prevista dotação para a carreira de técnico de serviço social.

55. As mais elementares regras de interpretação determinam aqui a aplicação do argumento "*a maiori ad minus*", por forma a que não se chegue a uma solução iníqua, contrária à "*ratio*" do preceito. Estando a Sra. Dra.... habilitada com o

curso superior de Serviço Social e exercendo, desde a sua vinculação à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, funções na área de serviço social, na categoria de principal, proceder-se-ia a uma discriminação arbitrária, não lhe aplicando o disposto na norma só pelo facto de possuir requisitos superiores aos exigidos pela norma.

56. É inequívoco que, com as normas dos nºs. 2 e 3 do artigo 3º do diploma em análise se sancionaram - e muito justamente, diga-se - opções de gestão promovidas por serviços da Administração Pública à revelia do regime de carreiras instituído por lei.

57. Nestes termos se conclui que, de acordo com o disposto na alínea a) do nº. 3 do artigo 3º. do Decreto-Lei nº. 296/91, de 16 de Agosto, deve a licenciada ... ser integrada na categoria de técnico superior principal, escalão 1, da carreira técnica superior de serviço social.

3. Esta informação mereceu o seguinte despacho do Provedor de Justiça:

"Julgo estar exaustivamente demonstrada a necessidade do processo prosseguir. Aguardo resposta da Senhora Provedora da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. 27. 01. 93, José Menéres Pimentel."

4. Enviado este Despacho à Mesa da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, em 27 de Janeiro de 1993, veio a reclamante informar, em 25 de Junho seguinte, ter sido obtida resposta concordante da Mesa.

5. O teor desta informação foi confirmado pela Santa Casa da Misericórdia, em ofício datado de 28 de Julho de 1993, reportado a uma decisão da Mesa de 27 de Maio do mesmo ano.

6. Deste modo, regularizada a situação, procedeu-se ao arquivamento do respectivo processo.

3. Da Actividade Extra-Processual

3. Actividade extra-processual

3.1. Participação em reuniões internacionais

3.1.1. Bona, 28 de Junho

O Provedor de Justiça participou na Reunião promovida pelo Instituto Europeu de "*Ombudsmen*", em Bona, Alemanha, em 28 de Junho de 1993.

Foi abordada a problemática das "Queixas dos cidadãos em relação à Comunidade Europeia".

3.1.2. Helsínquia, de 15 a 17 de Setembro

O Provedor de Justiça Participou no Encontro Europeu de "*Ombudsmen*", que decorreu na "The Parliament House", em Helsínquia, Finlândia, de 15 a 17 de Setembro de 1993.

Os temas abordados foram:

* "Emigração na Europa e Direitos Humanos dos estrangeiros, em particular dos candidatos a asilo", pela Defensora del Pueblo em funções, Margarita Retuerto e pelo *Ombudsman* polaco, Tadeusz Zielinski;

* "O poder de inspecção", pelo representante sueco, Claes Eklundh, e pelo Provedor de Justiça português;

* "Os meios judiciais e de mediação na actividade do *Ombudsman*", pelo Médiateur de la République Française, Jacques Pelletier;

* "O *Ombudsman* e a Comunidade Europeia: o controlo da legislação comunitária", pelos representantes austríaco, Herbert Kohlmaier, e dinamarquês, Hans Gammeltoft-Hansen;

* "O desenvolvimento da instituição na Europa", pelo *Ombudsman* do Reino da Noruega, Arne Fliflet, e pelo *Ombudsman* cipriota, Nicos Charalambous.

Participaram nesta Reunião:

Áustria - Dr. Herbert KOHLMAIER (Volksanwalt), Dr. Walter DOHR (Direktor der Volksanwaltschaft) e Dr. Michael MAUERER (Geschaftsbereichsleiter);

Chipre - Mr. Nicos Chr. CHARALAMBOUS (Commissioner for Administration);

Dinamarca - Dr. Hans GAMMELTOFT-HANSEN (Folketingets Ombudsmand);

Espanha - Mrs. Margarita Retuerto BUADES (Defensor del Pueblo en Funciones), Ms. Angeles CANALS (Jefe del Gabinete de Prenza) e Mr. Rafael GARCIA-ORMAECHEA (Secretario General de la Oficina).

Finlândia - Mr. Jacob SODERMAN (Parliamentary *Ombudsman*) e Ms. Pirkko K. KOSKINEN (Assistant Parliamentary *Ombudsman*)

França - M. Jacques PELLETIER (Médiateur de la République) e M. Philippe BARDIAUX (Conseiller pour les Relations Extérieures);

Islândia - Prof. Gaukur JORUNDSSON (Umbodsmadur Alpingis) e Mr. Páll HREINSSON (Retschef);

Irlanda - Mr. Michael MILLS (*Ombudsman*);

Noruega - Mr. Arne FLIFLET (Sportingets Ombudsmann for Forvaltningen) e Mr. Ola DAHL (Kontorsief);

Países Baixos - Mr. Marten OOSTING (National *Ombudsman*);

Polónia - Prof. Dr. Tadeusz ZIELINSKI (Rzecznic Praw Obywatelskich);

Portugal - Dr. José Menéres PIMENTEL (Provedor de Justiça) e Dr. João GONÇALVES (Adjunto do Gabinete);

Reino Unido - Mr. John AVERY (Deputy Parliamentary Commissioner for Administration);

Suécia - Mr. Cles EKLUNDH (Riksdagens Chefsjustitieombudsman), Ms. Gunnel NORELL-SODERBLOM (Riksdagens Justitieombudsman), Mr. Jan PENNLOV (Riksdagens Justitieombudsman), Mr. Stina WAHLSTROM (Riksdagens Justitieombudsman) e Mr. Kjell SWANSTROM (Kanslichef);

3.1.3. Luxemburgo, 18 e 19 de Outubro

O Provedor de Justiça participou no Colóquio subordinado ao tema "Le Médiateur Européen: Aspects Juridiques et Perspectives d'Avenir", realizado no Luxemburgo, nos dias 18 e 19 de Outubro), organizado pelo Instituto Europeu de Administração Pública.

Este colóquio foi aberto pelo Prof. Spyro Pappas, Director-Geral do IEAP.

A primeira sessão foi subordinada ao tema: "**A Experiência dos Estados Membros**", com exposições sobre:

* "O Modelo Continental", por M. Jacques Pelletier, Médiateur de la République Française - França

* "O Modelo Escandinavo", por M. Claes Eklundh, Chief Parliamentary Ombusdman - Suécia

Na sessão seguinte foram apresentados os relatórios dos Provedores nacionais, onde se incluiu a intervenção do Provedor de Justiça português.

Na sessão de dia 19 foi abordado o tema principal: "**O Provedor Europeu; Aspectos jurídicos e perspectivas futuras**".

Esta sessão contou com as apresentações do Dr. Epaminondas Marias e de M. Christophe Soulard - Director do Centro Europeu da Magistratura e das Profissões Jurídicas - subordinados, respectivamente, aos temas: "O Provedor Europeu: competências e relações com outras Instituições e Órgãos Comunitários" e " "O Provedor Europeu: competências e privilégios".

Na última sessão, foi tratada a problemática da repartição de competências entre o Provedor Europeu e a Comissão de Petições do Parlamento Europeu, bem como com os Provedores dos Estados membros.

A comunicação apresentada no Colóquio pelo Provedor de Justiça abordou, em sumário, as seguintes temáticas:

1.O processo de criação legislativa e consagração constitucional do *Ombudsman* português

2.A presença das características essenciais do modelo de *Ombudsman*:

* independência;
* inamovibilidade;
* ausência de competência dispositivas;
* utilização de meios informais e expeditos.

3. Os poderes de intervenção junto dos outros poderes:

* iniciativa processual no sistema de fiscalização da constitucionalidade;
* recomendações;
* participação ao Ministério Público e aos Tribunais;
* mediação de conflitos.

4. As áreas tradicionais de actuação e os primeiros sinais da sua extensificação:

* poder judicial;
* protecção de direitos sociais e de interesses difusos;
* relações especiais de poder, no domínio privatistíco.

5. Os novos desafios à instituição:

* a proliferação;
* o Provedor europeu.

3.1.4. Vitória , 27 a 30 de Outubro

O Provedor de Justiça participou na 3ª Conferência Europeia de "*Ombudsmen*", que decorreu em Vitória, Espanha, de 27 a 30 de Outubro de 1993.

O tema principal foi: "A Importância do *Ombudsman* Regional".

Foram ainda tratadas questões relativas às relações entre Provedores regionais e locais e questões relacionadas com os diferentes dialectos regionais.

3.2. *Discursos e intervenções do Provedor de Justiça*

Intervenção do Provedor de Justiça no Seminário sobre Deontologia e Ética no Serviço Público (16.06.93)

Auditório do Instituto Português de Investigação Marítima, Av. Brasília, Lisboa

1. A resolução do Conselho de Ministros nº. 18/93, de 17 de Março, comete ao Secretariado para a Modernização Administrativa a divulgação dos valores do serviço público contidos na Carta Deontológica em exame. Entre os actos de divulgação, o preceituado da referida resolução inclui a realização de seminários, encontros e acções de formação. Dentro deste programa insere-se o presente seminário sobre "Deontologia e Ética no Serviço Público".

O convite que a Senhora Secretária de Estado da Modernização Administrativa me dirigiu para iniciar os depoimentos sobre esta matéria destina-se, segundo penso, a deixar explicitada a função primordial do Provedor de Justiça em toda a temática deste e de outros encontros da mesma natureza. Com efeito, não lhe terá escapado a origem histórica da Instituição do *Ombudsman*, nem o assento constitucional que a mesma detém.

Parece, assim, ter ficado bem explicitado o que, de uma forma implícita, ainda que incompleta, se contém, na parte final do nº. 21 da referida Carta ao referir, como um dever de zelo do funcionário, o procurar "dar satisfação às solicitações das entidades às quais compete constitucionalmente zelar, proteger e assegurar os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos previstas na Constituição". Teria sido melhor, ao que julgo, referir expressa e inequivocamente o Provedor em todas as suas competências, designadamente com referência ao âmbito da sua actuação. Talvez compreenda esta parcial omissão, na medida em que se trata de uma carta de deveres dos funcionários e não de um documento de responsabilização do Governo, e considerando que a acção do Provedor se dirige também, quiçá primordialmente, àquele órgão de soberania. Se o Provedor pode inspeccionar toda a Administração Pública criticando-a, sugerindo e recomendando, também pode "fazer Direito" por intermédio de recomendações legislativas a todo o Executivo. Como deste depende a Administração Pública, o Provedor, ao inspeccionar esta, está a inspeccionar aquele.

Não se veja ou se conclua do já referido, a qualificação deste órgão do Estado como um contra-poder, já que, como tenho afirmado repetidamente, o *Ombudsman* faz parte do próprio Poder. Mais: o Poder, como resulta da Constituição, reside no povo que delega temporariamente naquele, alguns dos seus poderes, mas não aliena uma qualidade essencial, ou seja, a sua cidadania. E esta é exercida, em boa parte, através do Provedor que, como é sabido, surgiu, há cerca de duzentos anos, como um afloramento importante de uma democracia directa ou participada, enquadrada constitucionalmente e

submetida a duas ideias fundamentais de qualquer Estado de Direito (de cariz social e democrático, como é o caso português), ou sejam, a justiça e a legalidade.

Acrescento ainda um aspecto que julgo essencial, qual seja o facto de o Provedor não ter poder decisório. Há quem veja nesta omissão a fraqueza da Instituição, mas sem qualquer razoabilidade. O poder de decisão desgasta, fragiliza, ainda que saudavelmente em regime democrático e pluralista, como é o nosso. Só a referida ausência de capacidade decisória explica, aliás, o desenvolvimento e implantação do *Ombudsman* pelos cinco continentes e já, como disse, desde o início do século passado.

Em Portugal, apesar de criado o Provedor por um diploma legal de 1975, só a partir de meados de 1976 é que a Instituição começou a funcionar, ainda que por forma incipiente. Esteve na raiz deste atraso a tardia queda do regime absolutista, a crença no Estado liberal (sem limites) e, posteriormente, uma ditadura de 48 anos, seguida de dois anos de turbulência pré-constitucional.

2. Entendi destinar-se este tipo de realizações, como o presente seminário, não propriamente a um "endeusamento" da referida "carta deontológica", mas sim propiciar um espaço de debate crítico-construtivo. Por assim ser, deixo de lado os aspectos francamente positivos e deter-me-ei nos aspectos problemáticos (não necessariamente negativos).

Assim e em primeiro lugar, uma observação crítica: no preâmbulo do documento em causa acentua-se o "eminente valor moral e social" do serviço prestado pela função pública. Se não se presta a equívocos o valor social, já o moral suscita alguma incerteza. Que moral se pretende referir? É legítimo invocar este conceito num Estado como o nosso?

Herbert Hart, conhecido filósofo e historiador britânico, no seu renomado livro sobre o Conceito de Direito, dedica muitas páginas às relações entre o "Direito e a Moral" e mostra o relativismo de ambos os conceitos, citando exemplos históricos de autênticos crimes contra a humanidade, em nome de uma certa moral do Estado. Há, pois, diz o mesmo Autor, que ter em conta a vulnerabilidade humana, a igualdade aproximada entre os homens, o altruísmo limitado, os recursos limitados e a compreensão e força de vontade limitadas para atingir o enorme relativismo atrás apontado.

Por outro lado, o chamado mínimo ético também é inseguro, já que depende da evolução e de mutações sociais constantes.

Desta maneira e atenta a crise definitiva do chamado direito natural, fica-nos arrimo mais seguro, ou seja, o texto constitucional, (melhor: os princípios constitucionais). E de entre estes, a acentuação do princípio da justiça em todas as suas aplicações: tratamento igual para situações semelhantes; tratamento desigual para situações diferenciadas; a culpa como condição indispensável para a punição, ainda que esta não seja necessariamente consequente daquela; a proporcionalidade, etc..

3. Em outro plano, ainda crítico, lamento que o princípio da solidariedade só esteja acentuado para promover a mesma entre os próprios funcionários e não entre estes e os cidadãos (nº. 20). À célebre divisa Liberdade, Igualdade e Fraternidade, os pensadores contemporâneos têm substituído este último termo (fraternidade) pelo da solidariedade, já que a primitiva formulação é hoje equívoca e susceptível de partidarização. Por outro lado, a liberdade e a igualdade podem decretar-se, com maior ou menor sucesso (sempre relativo, claro), mas a solidariedade deve praticar-se e, portanto, exigir-se dos funcionários públicos, fazendo parte integrante da sua deontologia.

4. Em terceiro lugar, não posso deixar calar a minha estranheza sobre o dever de reserva e discrição contido no nº.17. Se a última parte (não usar as informações obtidas em proveito próprio ou de outrem) não oferece discussão, já a primeira cria incerteza num quadro constitucional que aponta claramente para a chamada Administração aberta e num momento em que parece ultimar-se a regulamentação legal do respectivo preceito constitucional.

5. Mas não se diga que só defendo os funcionários e, por isso, acrescento o seguinte: o nº. 14 da "carta" consagra a não exclusividade de funções quando legislação já anunciada parece vir a restringi-la em termos, ao que me parece, aceitáveis, desde que as remunerações venham a ser elevadas por forma substancial.

Igualmente não se vê qualquer referência explícita ao dever de assiduidade, entendido este como condição primeira para a ligação entre o cidadão e o funcionário.

Finalmente, nota-se, relativamente ao pessoal dirigente, uma omissão muito significativa e mesmo grave: chamada de atenção para as notações.

6. Senhora Secretária de Estado:

Não veja no que acabo de referir uma sistemática obstrução à "carta". Sei que não fará esta interpretação, pois o nosso conhecimento vem de longe e em outros planos.

Pelo contrário: moveu-me apenas o desejo de aperfeiçoar, de colaborar, sem prejuízo do direito de crítica, essencial num Estado de Direito Democrático e que sei que Vossa Excelência o respeita por forma bem clara. Só por assim ser me atrevi por estes caminhos. Faço votos para que, recolhidas as experiências alemã, dinamarquesa e britânica, a cargo de personalidades bem conhecidas, assim como a intervenção inestimável do Forum Justiça e Liberdades e finalmente o debate previsto para a tarde de hoje, Vossa Excelência possa optar, na sessão de encerramento, por uma posição igualmente dialogante, como aliás constitui seu apanágio. A carta é para ser assimilada, não para ser imposta. Assim o provam esta e outras iniciativas que a Secretária de Estado e o Secretariado para a Modernização Administrativa irão promover.

***

Discurso proferido pelo Provedor de Justiça, a convite do sindicato dos trabalhadores da função pública, subordinado ao tema "Provedor de Justiça: seu relacionamento com a administração pública e os cidadãos"

Angra do Heroísmo, 29.03.93

Senhor Ministro da República,
Excelência,
Senhor Secretário Regional das Finanças
Excelência,
Senhor Dirigente do SINTAP,
Senhoras e Senhores,

Aproveito a minha presença neste colóquio - e desde já felicito o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública pela promoção da iniciativa e agradeço o convite que amavelmente me foi dirigido -, para tecer algumas considerações sobre o tema vasto - vastíssimo -, de "O Provedor de Justiça: seu relacionamento com a Administração Pública e os Cidadãos".

Instituição de origem nórdica, jovem de 200 anos, o "*Ombudsman*", também designado por "Médiateur" em França, "Protecteur des Citoyens" no Quebeque, "Difensore Civico" em algumas regiões de Itália e "Defensor del Pueblo" em Espanha - termos que reflectem, conforme o sentir dos diferentes povos, o conteúdo essencial da sua função -, tem vindo a desempenhar um papel de progressiva relevância, independentemente dos locais do mundo e dos regimes políticos, desde que democráticos.

Hoje, data de novos desafios que acompanham um mundo sempre em mudança, é indiscutível tratar-se de uma figura de matriz universal, cuja essencialidade, sem fronteiras, é dominada pelas ideias de JUSTIÇA e de BEM, eternos desígnios humanos.

Aparecido em Portugal na sequência da instituição do regime democrático, o Provedor de Justiça tem sido cada vez mais solicitado a intervir junto da Administração Pública, seja por via das queixas apresentadas pelos cidadãos, seja através das iniciativas por si tomadas.

Com agrado verifiquei recentemente, numa conferência internacional de *Ombudsmen* realizada na Áustria, que o Provedor de Justiça Português é, de entre os congéneres, aquele cujo leque de poderes é mais alargado. E costumo citar, a propósito, a conhecida frase de BRUNO KREISKY, proferida em 1984, na Suécia, mas plena de actualidade: O Provedor é o único órgão do Estado que poderá exceder as suas competências.

Na defesa e garantia da legalidade e justiça das decisões da Administração Pública Central, Regional e Local do Estado, das Forças Armadas, dos Institutos Públicos e das Empresas do Estado, o Provedor recomenda, critica, comenta, promove, inspecciona e

divulga, exercendo com independência e informalidade as funções de controlo dos actos praticados pelos órgãos da Administração, de mediador de conflitos entre estes e os cidadãos, de promotor de reformas judiciais e administrativas e de representação político-democrática, reduzindo a distância que separa os cidadãos dos seus representantes, os governados e os governantes.

Considero que o facto de o Provedor não ter poderes de decisão constitui, sem dúvida, o maior trunfo desta Instituição. O Provedor não ordena, não determina, não impõe. Mas recomenda e sugere. E parece-me ser desta ausência de compromisso com os órgãos que exercem os poderes que resulta o poder que é detido pelo Provedor e que o aproxima e liga directamente aos cidadãos, fonte de toda a legitimidade política.

Não obstante o considerável número de queixas apresentadas ao Provedor de Justiça - em 1992 ultrapassou as 3.000 -, considero que este número se situa aquém do que se justificaria. Não só pelo facto de muitas das questões colocadas representarem meras amostragens de problemas mais genéricos, como também pelo facto de a nossa Administração, não raro, adoptar procedimentos que se situam ainda longe do desejável e exigível num Estado de Direito.

Mas existe ainda uma outra razão que explica este facto e que consiste no desconhecimento da própria Instituição: muitos cidadãos ignoram a existência e a disponibilidade de um órgão que, através da sua autoridade e persuasão, intervém no âmbito da actividade administrativa através do já denominado "Direito Benévolo".

Tal desconhecimento permite, por exemplo, explicar que durante quinze anos só tenham chegado ao Provedor de Justiça 86 queixas provenientes de cidadãos açoreanos. Esta é, aliás, outra das razões pelas quais estou presente neste colóquio, e por que pretendo, em breve, regressar aos Açores.

Não posso deixar de reconhecer que a Administração Pública tem, nos últimos anos, registado acentuadas melhorias na sua actuação. Mas todos sabemos, também, que o caminho a percorrer é ainda longo.

De entre os marcos mais relevantes desta evolução destacaria a parte das alterações introduzidas pelos artºs 266º e 268º do texto constitucional, aquando da revisão de 1989, que vieram reforçar os princípios fundamentais por que se deve reger a Administração e os direitos e garantias dos administrados, designadamente quanto à fundamentação, notificação e recurso dos actos administrativos, com a consequente entrada em vigor, no ano passado, do Código do Procedimento Administrativo.

Reunindo num único diploma muita da legislação então dispersa e acolhendo novas propostas da melhor doutrina administrativa, este Código constitui um documento de importância primordial na regulação jurídica do modo de proceder da Administração.

Dominado pela explicitação de princípios gerais tão importantes como os da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, participação, informação, decisão, colaboração da Administração com os particulares, desburocratização, eficiência e

acesso à justiça, define um modelo de administração aberta aos cidadãos e para os cidadãos.

Se é certo que muitas das queixas apresentadas ao Provedor de Justiça tinham a ver com a inexistência da regulamentação de alguns destes princípios, também é verdade que o surgimento do Código do Procedimento Administrativo não veio, por si só, resolver estas questões.

Se a actividade da Administração Pública passa a ser dominada por requisitos de maior exigência, ao Provedor pede-se que seja ainda mais actuante na aferição do cumprimento dessa legalidade.

Igualmente importante julgo ser, neste momento, a divulgação do conteúdo do diploma. Tenho verificado, através das muitas queixas recebidas, que nem os órgãos da Administração dão execução a muitas das suas disposições, nem os cidadãos se têm prevalecido da invocação dos seus direitos. A única explicação, preocupante aliás, não pode ser outra que não o desconhecimento do diploma.

Também neste aspecto o Provedor de Justiça tem o dever de exercer uma forte acção pedagógica de divulgação do seu conteúdo. A propósito, tive a oportunidade de em 1992 promover no Instituto Nacional de Administração um curso sobre o Código de Procedimento Administrativo. Este trabalho será muito em breve posto à disposição dos cidadãos e dos órgãos da Administração, através da sua publicação em livro, o que espero, constitua mais um contributo do Provedor, no sentido de construir uma ponte entre ambos: dar a conhecer a bondade do diploma aos cidadãos e à Administração, e procurar uma solução para todos os diferendos existentes.

A Provedoria de Justiça tem de ser a mesa à volta da qual todos se sentam para, informalmente, aproximar percursos que não podem deixar de conduzir a um fim comum.

Atento ao disposto no artº 3º do Decreto-Lei que aprova o Código e que impõe a sua revisão no prazo de três anos, a contar da sua entrada em vigor, deixo um apelo a todos os participantes no Colóquio para que se empenhem em fazer chegar ao Provedor de Justiça as alterações decorrentes da aplicação do Diploma, que considerem justificadas.

Asseguro a todos que as portas da Provedoria de Justiça estarão sempre abertas.

Antes de terminar e para concretizar um pouco mais, não posso deixar de salientar todo o título IX da Constituição, com a epígrafe genérica de "Administração Pública" e com as diversas epígrafes específicas:

"Princípios fundamentais" (artº 266º);
"Estrutura da Administração" (artº 267º);
"Direitos e Garantias dos Administrados" (artº 268º);
"Regime da Função Pública" (artº 269º);
"Restrições ao Exercício de Direitos" (artº 270º);
"Responsabilidade dos Funcionários e Agentes" (artº 271º);
"Polícia" (artº 272º).

Em cada um destes artigos encontramos a constitucionalização dos direitos dos cidadãos perante a Administração Pública. O Código do Procedimento Administrativo veio, em boa parte e especialmente no que se refere ao disposto no artº 268º da Constituição - Direitos e Garantias dos Administrados -, regulamentar aquelas disposições constitucionais.

Existe, contudo, uma excepção que não posso de maneira alguma deixar de assinalar e que se refere ao direito de acesso aos arquivos e registo administrativos, ou seja, a chamada Administração aberta, regime este também de inspiração nórdica.

Dispõe o nº 2 do artº 268º que:

"Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas".

Conforme consta do nº 9 do preâmbulo do Decreto-Lei que aprova o Código, esta matéria veio apenas a ser aflorada no artº 65º do Código do Procedimento Administrativo, ao referir que:

"1. Todas as pessoas têm direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

2. O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado em diploma próprio."

Desta forma, o conteúdo deste direito, em vez de ter ficado desde logo expressamente consagrado no Código, é remetido para legislação especial.

Melhor teria sido regular desde logo o acesso dos arquivos e registos administrativos (em vez de se ter realizado esta remissão) conforme se dispunha, aliás, na redacção do projecto:

"1. Os particulares que demonstram interesse legítimo têm direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito.

2. O acesso aos arquivos e registo administrativos far-se-á, em regra, mediante a passagem de certidões ou fotocópias autenticadas dos elementos que o integram, sendo possível a consulta directa dos documentos arquivados ou registados, quando a lei o permita ou quando o órgão competente a autorize.

3. O acesso aos arquivos e registos administrativos pode ser recusado, mediante decisão fundamentada, em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

4. A consulta directa ou a passagem de certidões ou fotocópias devem ser asseguradas aos interessados no prazo máximo de 10 dias".

Mas também esta redacção continha uma grave lacuna ao omitir a entidade com competências para interditar o acesso aos arquivos e registos administrativos e em que termos tal poderia vir a ser feito. Se o problema não se põe, quando estão em causa matérias relativas à investigação criminal, já o mesmo se não pode dizer quanto às limitações decorrentes dos conceitos de segurança interna e externa e à reserva da intimidade das pessoas.

Por outro lado, o facto de o artº 65º do Código do Procedimento Administrativo não ter fixado um prazo máximo para a Administração responder aos pedidos de informação dos cidadãos sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como para conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas, não pode deixar de merecer um reparo.

Todos os projectos que, neste momento, se encontram em discussão na Assembleia da República sobre o regime de acesso aos arquivos e registos administrativos, apontam para a competência de uma comissão, cuja composição é ainda tema de debates.

É exigível - diria mesmo que seria imperdoável que assim não acontecesse - que o Provedor de Justiça, único órgão do Estado verdadeiramente independente dos partidos e que nem pela Assembleia da República pode ser destituído, venha a integrar essa futura comissão.

A concluir, digo-vos que, sem a completa regulamentação do princípio da Administração aberta, boa parte dos direitos conferidos aos cidadãos pelo generoso Código do Procedimento Administrativo ficam limitados de forma quase intolerável. Oxalá o prometido diploma especial não demore porque ele virá a constituir um poderoso instrumento legal para evitar a generalização do insidioso - e permanente - perigo de corrupção. A abertura da actividade administrativa a todos os cidadãos, independentemente de terem, ou não, legitimidade para o respectivo conhecimento de documentos ou arquivos, constitui uma das respostas essenciais à invenção, imaginação ou deturpação de factos importantes sobre a actuação dos poderes públicos.

Com estas palavras de esperança, despeço-me com um obrigado e votos de até breve. Nessa altura, voltarei a precisar da vossa ajuda.

Discurso proferido na Vila de Sines, em 30.09.1993, perante os Deputados das Assembleias Municipais de Grândola, Alcácer-do-Sal, Odemira, Santiago do Cacém e Sines, a respeito da localização de uma incineradora de resíduos tóxicos

Senhor Governador Civil,
Senhores Presidentes das Assembleias Municipais
Senhores Presidentes das Câmaras Municipais
Senhor Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Ambiente
Minhas Senhoras e Meus Senhores:

O que me traz hoje à vila de Sines, em resposta ao amável convite dirigido pela sua Assembleia Municipal, não é apenas um problema local, não deve apenas preocupar esta região que pude há pouco revisitar com tanto agrado. Tudo quanto observei, tudo quanto me foi dado conhecer, reforça a minha convicção sobre a complexidade das questões ambientais, porquanto, se é certo estar em causa o desenvolvimento das pessoas como seres vivos, se é certo estar em causa o bem-estar das comunidades onde se inserem e das gerações futuras que um dia lhes sucederão, está também em causa o valor sublime de um povo que ama a sua terra, as suas paisagens, os seus rios, o seu mar.

Onde se discutirem problemas de ambiente não pode, pois, arredar-se nem a serenidade, nem a autenticidade, valores que ao pluralismo de ideias não cabe desprezar. São estes os princípios que deverão nortear a troca de impressões que dentro em pouco terá lugar e a qual espero que possa tomar-se por paradigma dos debates inerentes à fase de consulta pública, exigida actualmente pelas leis ambientais.

Poderia vir falar-vos da importância que tem o ambiente que nos rodeia - e mesmo o que não nos rodeia directamente - para a qualidade da nossa vida, para a nossa saúde e equilíbrio. Não o julgo, porém, oportuno nem tão pouco necessário.

A consciência ambiental, a esse nível, faz já parte do senso comum. Creio ser um dado adquirido para todos nós que a defesa dos valores ecológicos se encontra no limiar da defesa de nós próprios, da nossa sobrevivência e até da permanência neste planeta da espécie a que pertencemos. Isto, porque até o optimismo avançado pela hipótese científica de Gaia, segundo a qual a Terra sempre encontrará meios de auto-regulação, em nada permite garantir que isso ocorra sem a presença do Homem.

Assim e de acordo com este pressuposto, parece-me mais importante dar-vos a conhecer o que pode o Provedor de Justiça promover nesta área e como podem os cidadãos, individual ou colectivamente, contar com a Instituição que represento para fazerem valer o seu direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado.

Direi que aquele que vos fala é apenas mais um cidadão entre vós, igual em direitos e deveres comuns, mas também com a responsabilidade acrescida de não deixar cair em vão as leis que se publicam, os tratados que se assinam e, principalmente, os direitos que se garantem. Por isso, exerço as minhas funções, tanto no momento em que formulo uma recomendação ou me dirijo ao Tribunal Constitucional, como quando promovo a divulgação do significado e conteúdo de cada um dos direitos e liberdades fundamentais. Exerço as minhas funções quer ao recomendar que se faça cumprir a lei, que se interprete desta ou daquela forma, como ao sugerir que se altere, se revogue, se modifique esta ou aquela norma que tenho por mais imperfeita.

Assim, tem sido minha preocupação, desde que tomei posse, em Fevereiro do ano passado, não permitir que o dramatismo dos problemas sociais que chegam à Provedoria, que os atrasos da Justiça, que os atropelos aos direitos dos presos, dos doentes, dos reformados e dos estudantes, entre tantos outros, me façam esquecer a Justiça que também o Ambiente deve merecer.

Por isso, desde logo procurei imprimir um ritmo acelerado às queixas que me eram dirigidas sobre esta matéria. A eficácia da actuação é, neste campo mais do que noutros, condicionada pela celeridade de um simples pedido de informação, de uma inspecção ou da formulação de uma recomendação. Julgo, com algum orgulho, ter tido certo sucesso.

De todo o modo, não seria suficiente. Rapidamente me pude aperceber que por detrás das centenas de queixas recebidas, havia que procurar uma causa mais profunda para esses problemas: para tantos focos de ruído, para tantas águas insalubres, para tantas tropelias urbanísticas. A quantidade de legislação aprovada, a criação na Administração Pública de serviços especializados de protecção do Ambiente e as acções levadas a cabo por movimentos ecológicos, contrariavam a evidência de um volume crescente de questões.

Ora, como sabem, a acção do Provedor estende-se a todo o vasto campo das acções e omissões dos poderes públicos que desrespeitam a lei ou, respeitando-a, deixem à margem valores de Justiça, assinalados de modo explícito ou implícito no texto constitucional.

Cedo compreendi que não apenas a Administração Pública em geral - municípios, ministérios e institutos públicos - deveria ser objecto de atenção nos efeitos que a sua actividade tem sobre o Ambiente, como também a própria Administração dos bens ambientais não estava isenta de críticas. Cedo compreendi que apesar da superabundância legislativa, se ocultavam lacunas, excessos de rigor tecnicista, imperfeições graves de redacção dos diplomas e, fundamentalmente, problemas de acesso dos conflitos ambientais às vias judiciárias, não tanto pelas custas da Justiça, como por obstáculos de legitimação processual e pelo simples facto de, na sua maioria, um problema ecológico dizer respeito a uma pluralidade indefinida de interessados, privados de um porta-voz. Logo percebi, também, como era por vezes fragmentada, dispersa e até parcializada, a intervenção de alguns movimentos associativos, pese embora o inestimável mérito que muitos outros fazem por valer. Pude ainda constatar

que, para além do digníssimo desempenho levado a cabo pelo Ministério Público na fiscalização do cumprimento da lei, muito havia a fazer dentro do próprio campo da legalidade.

Determinei, então, que se realizasse, nos serviços da Provedoria, um primeiro plano de intervenção ecológica, do qual vos darei um breve relato.

Em primeiro lugar, julgo serem absolutamente necessárias modificações legislativas que permitam maior eficácia e maiores garantias dos administrados. Como já tive oportunidade de referir, o sistema é bastante completo, mas revela diariamente grandes insuficiências, principalmente devidas a uma técnica legislativa imperfeita. Quem folhear uma qualquer compilação de legislação ambiental ficará surpreendido pela quantidade de diplomas aprovados e pela vastíssima extensão de assuntos regulados. Contudo, na sua aplicação, o sistema de fontes não pode deixar de gerar múltiplas perplexidades, tanto pela deficiente sistematização de muitos deles, como pela falta de ordenação sistemática entre eles.

A Lei de Bases do Ambiente, aprovada em 1987, é disto um bom indicador. Repare-se em três exemplos apenas.

Enunciam-se os componentes sem qualquer critério uniforme. Assim, no mesmo capítulo trata-se do ruído, da paisagem e da poluição. Noutro, trata-se do ar, da água e dos solos. Embora possa facilitar a compreensão do leitor, dificulta a missão do aplicador, nomeadamente na formulação de princípios jurídicos coerentes. Por outro lado, a previsão de um embargo administrativo, sem quaisquer desenvolvimentos e a cargo dos tribunais comuns, não teve nem poderia ter resultados efectivos. Desde logo, porque este mecanismo surgiu indiferente a meios previstos na Código de Processo Civil. Deu azo às maiores confusões, como os juristas melhor compreenderão e ficou apenas na lei, em letra morta. Também, quanto ao dano ecológico, as dúvidas subsistiram para além da publicação da Lei de Bases. Prometeu-se legislação complementar sem que até hoje tenha sido aprovado o que quer que fosse. Reconheço que o problema é muito complicado para a Ciência do Direito, mas temos boas escolas, bons investigadores e é preciso não desperdiçar esses recursos.

Relativamente a este último aspecto, fundamentalmente no que toca à determinação dos lesados por danos ecológicos, tenciono promover um colóquio com especialistas nacionais e estrangeiros e oferecer as suas conclusões ao Ministério do Ambiente.

Outro ponto de extrema relevância para o qual julgo conveniente a realização de estudos de alto nível, começando também pela realização de um seminário, prende-se com o regime jurídico das avaliações de impacto ambiental. Este é um aspecto que vos interessa particularmente, pela importância que tal legislação tem para o caso que mais os preocupa actualmente - o da central incineradora de resíduos industriais. As deficiências da transposição da Directiva nº 85/337/CEE levaram, em grande medida, à menor utilidade da avaliação do impacto ambiental, entre nós. O rol de críticas inclui as insuficiências na definição de obra e projecto, os deferimentos tácitos, a listagem de projectos e a regulamentação da fase de consulta pública.

Mas a polémica em torno da eventual instalação de uma central incinerados nesta região, recorda-me outra preocupação que os órgãos responsáveis não poderão desrespeitar, aliás porque o direito comunitário a isso obriga. Trata-se da discussão pública e definição de uma política nacional de resíduos, em momento que devia preceder a escolha de um ou outro local. Não tendo o Estado Português estabelecido o seu plano para a eliminação dos resíduos tóxicos, deverá ser instado a fazê-lo, numa visão nacional e integrada, considerando os resíduos produzidos, a localização das indústrias, bem como as regras que a CEE fixou nesta área - a saber, evitar a circulação de resíduos, incentivar a eliminação na fonte e começar por criar um ficheiro nacional de resíduos. Tudo isto deverá respeitar, em termos de adequação e proporcionalidade, um mínimo de riscos para os componentes ambientais, os menores incómodos provenientes de ruídos, de cheiros e de lesões à paisagem.

O conjunto de recomendações a ser formuladas a partir destas iniciativas pretende, assim, ser um contributo empenhado, consciente e responsável de aperfeiçoamento do sistema legislativo.

Antes de me reportar aos outros capítulos, permitam-me ainda que enuncie duas providências que tomei já, no domínio legislativo, e com as quais dei início à execução do programa ambiental.

Com efeito, fiz ontem chegar aos Ministérios do Ambiente e da Indústria e Energia duas recomendações: a primeira visa alterar a Lei do Ruído, permitindo uma melhor resolução dos problemas de ruído urbano; a segunda destina-se a fazer incluir algumas actividades económicas bastante nocivas para o ambiente no sistema de licenciamento e fiscalização dos estabelecimentos industriais, ou seja, as oficinas de reparação de automóveis e os armazéns de matérias primas industriais perigosas.

Recomendarei também, como parece ser necessário, um ritmo acrescido à consolidação das normas dispersas e fragmentárias sobre as águas. As notícias vindas a lume na comunicação social, as vítimas do menosprezo com que vem sendo tratada a questão da qualidade da água, dispensam-me, infelizmente, de maiores comentários.

Por outro lado, no início da próxima semana, farei entrar no Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização por omissão respeitante ao direito de acção popular. É um importantíssimo direito dos cidadãos nesta área do ambiente, como também da defesa do património cultural e que nunca passou da Constituição para a lei. Porque é garantido através de uma norma não exequível por si mesma, depende na sua aplicabilidade de uma iniciativa da Assembleia da República. Houve e há alguns projectos, porém, tardam bastante em ser discutidos na especialidade. Espero que o legislador se antecipe ao Tribunal Constitucional e ofereço, desde já, os préstimos do Órgão do Estado, que represento, para levar a bom porto essa imposição constitucional.

Fora do campo legislativo, podem contar os cidadãos comigo para uma especial atenção aos problemas de ordenamento do território, muito particularmente no que diz respeito às áreas tão sensíveis como são as do litoral. Dentro dos poderes que me foram

confiados, não ficarei desatento às pressões industriais e urbanísticas a que estão sujeitas estas regiões. Assim, disponho-me a vigiar pelo cumprimento rigoroso dos planos directores municipais e, para tanto, faço apelo a todos os cidadãos para que estejam atentos e recorram ao Provedor ou aos Tribunais, quando for caso disso.

Tenhamos orgulho e até veneração pelo facto de possuirmos a costa alentejana e não nos deixemos enebriar pelo lucro fácil e por afluxos turísticos dos quais se faça depender a economia de uma região. O turismo, quando incrementado massivamente, com sacrifício das riquezas naturais e históricas, não passará de uma galinha dos ovos de ouro e constitui, ele próprio, uma forma desabrida de poluição.

Por fim e sem entrar em detalhes sobre outros pontos de intervenção, como sejam, as reservas, parques naturais e áreas de paisagem protegida onde nem tudo vai bem do lado da Administração Pública, gostaria de revelar que darei início a um procedimento de estreita cooperação com o meu homólogo espanhol, actualmente uma senhora, por forma a contribuir para a resolução de problemas de poluição transfronteiriça, a começar pelos nossos rios, cujas nascentes se situam em muitos casos no território espanhol. Creio que a Defensora del Pueblo poderá revelar-se uma interlocutora eficaz junto da Administração espanhola, no sentido de fazer prevalecer a ideia de que os problemas ribeirinhos de Espanha não são exclusivamente espanhóis.

Como podem verificar, muito do que afirmei está directamente relacionado com a região do litoral alentejano: o ordenamento, as avaliações do impacto ambiental, a política nacional de resíduos.

Posto isto, não terminarei sem ocupar mais um pouco da vossa atenção com o problema que é objecto de duas exposições na Provedoria de Justiça e que dizem respeito à eventual instalação, em Sines, de um complexo de incineração de resíduos industriais. Como sabem, uma dessas reclamações foi subscrita pela Assembleia Municipal de Sines, baseando-se numa deliberação unanimemente tomada; a outra, foi apresentada por uma comissão cívica local, cujos representantes recebi há dias.

Ninguém exigirá ao Provedor que escolha o local mais indicado para instalar uma central incineradora. Ninguém exigirá também que decida sobre qual o método mais adequado de eliminação de resíduos industriais. Todavia, podem, sim, contar com o Provedor de Justiça para observar o processo de elaboração de uma e outra decisões, para garantir o respeito pelos direitos à informação e à participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos, muito em especial, nos procedimentos ambientais.

É preciso não esquecer que todos somos titulares desses direitos, não apenas por via da Constituição, como também da lei e de normas comunitárias. A consulta pública, determinada pela lei do impacto ambiental, não faz de modo algum esgotar o direito à informação. A consulta do público interessado faz-se por iniciativa da entidade competente para a instrução do processo de avaliação. No entanto, importa não esquecer as garantias que o Código de Procedimento Administrativo fornece nessa área, para além das obrigações que decorrem para a Administração - central e local -, a partir do

momento em que seja transposta a Directiva do Conselho da CEE, adoptada em 7 de Junho de 1990, onde se afirma:

"...os Estados-membros assegurarão que as autoridades públicas dêem acesso às informações relacionadas com o ambiente a qualquer pessoa singular ou colectiva que o solicite, sem que tenha de provar ter um interesse na questão".

É que, na verdade, os interesses na protecção do ambiente são de todos em geral e de ninguém em especial, pelo que se torna difícil encontrar quem os represente com legitimidade. Só admitindo a informação a todos e promovendo debates autênticos, onde se comparem soluções e onde com lealdade se confrontem posições divergentes, se estará a realizar uma verdadeira Justiça ambiental.

No caso em questão, a escolha ainda não está feita, não existe qualquer licenciamento, porém, não creio que o procedimento haja começado pela melhor forma. Primeiro, porque segundo creio, não pode analisar-se o mérito de uma escolha projectada sem estarem projectados os restantes pólos do sistema de tratamento de resíduos. Depois, porque ao consultar o processo, não ficou sem me surpreender a nota de confidencialidade que o acompanhava, por determinação superior, quanto ao parecer a emitir pela Comissão de Avaliação.

Poderão todos estar certos de que garantirei neste procedimento o acesso a toda a informação, particularmente às conclusões do parecer da Comissão de Avaliação, por forma a efectivar uma discussão séria e responsável e a propiciar, finalmente, uma escolha adequada, necessária e proporcional em termos de custos e desvantagens. Custos e desvantagens esses que não poderão ser, em caso algum, apenas de ordem económica. Entendo que a tensão entre meio ambiente e desenvolvimento não terá de resolver-se em favor de nenhum dos termos dessa alternativa, mas terá de obter-se sob a forma de uma síntese. Neste sentido é curioso notar que economia e ecologia partem de um radical comum, do grego "oikos" que significa casa comum. É caso para dar que pensar.

Minhas senhoras e meus senhores, receio ter excedido o tempo que me era destinado. Contudo, não poderia terminar sem agradecer a todos os presentes, em especial ao Senhor Presidente da Assembleia Municipal, a generosidade com que fui acolhido e a oportunidade de visitar o vosso concelho. Felicito também, na sua pessoa, toda a população sineense, esperando sinceramente que dêem um exemplo, ao País, de serenidade com determinação, de frontalidade sem radicalismos, na discussão dos interesses comuns de forma aberta e pluralista.
Queira a Administração fazer por merecer estas virtualidades e respeitar opiniões diversas. Qualquer decisão que venha a ser tomada não deixará de agradar a uns e provocar o descontentamento de outros. Pior será sempre a indiferença. Recorde-se, a este propósito, com EDGAR MORIN, que "a revolução de hoje faz-se, não tanto no terreno das ideias boas ou verdadeiras, opostas numa luta de vida ou morte às ideias más ou falsas, mas no terreno da complexidade do modo de organização das ideias".

***

Intervenção do Provedor de Justiça na conferência de abertura do III Curso de Pós-Graduados de Geriatria da Faculdade da Medicina de Lisboa

31.05.93, Auditório da Biblioteca da Universidade Católica

O Idoso na Sociedade Moderna

1. Cada vez se torna mais difícil comunicar sem usar palavras que se tornaram moeda corrente e, como tais, ganharam um poder de coerção indesejável. Vou, pois, esforçar-me para quebrar as regras da "situação comunicativa" estabelecida, já que não pretendo ditar o que quer que seja aos meus ouvintes.

A participação, considerada como democratização da sociedade, traduz-se, ou deve traduzir-se, na intensificação da intervenção dos indivíduos e dos grupos no processo de decisão de assuntos de interesse público. O tipo mais frequente - e mais eficaz - desta participação é a proveniente de uma entidade diferente daquela a quem compete o poder de decisão. Só que, o falar-se indistintamente em "democratização da democracia" e "democratização da sociedade "não será o caminho certo, pois o primeiro termo pode conduzir a uma subversão da participação dos cidadãos expressa no voto livre, enquanto a segunda postura é compatível com qualquer programa político. Na verdade, ser parte e participar são realidades distintas. No primeiro caso, a parte tem um direito a defender que pode entrar em conflito com o interesse de outra ou outras partes.

Perante uma maioria que nos condena à morte, qualquer indivíduo é parte contra essa maioria. Este exemplo, constituindo um caso extremo, revela bem a diferença entre a participação nas decisões e a luta das pessoas como partes teoricamente conflituantes. Teoricamente, porque alguém que é parte relaciona-se com os outros e entra em intercâmbio com eles em transacções e contrapõe-se-lhes em litígios que serão dirimidos segundo normas em cuja formulação as partes, enquanto partes no conflito, não têm voto.

Num registo mais elevado poder-se-á falar em autodeterminação, na qual o ente autodeterminado aparece como parte com direitos e interesses próprios por força dos quais pode entrar em conflito, em negociações e em acordos livres com outros entes autoderminados. Não é apenas participante numa decisão colectiva, já que tem uma esfera de autonomia própria dentro da qual desenvolve preferências valorativas próprias e uma vocação própria. Ao desenvolver estas preferências e esta vocação própria, coopera com os demais em empreendimentos comuns por forma livre, a título de solidariedade.

2. Segundo uma noção muito simples, um geriatra é um médico que trata e investiga a patologia da terceira idade. Devido à intensificação do vosso estudo e investigação, actualmente, nas sociedades ocidentais, mais de 25% das pessoas acima dos 65 anos têm

uma esperança de vida superior aos 80. Assim, ser-se velho já não significa necessariamente ser-se "doente, senil, assexual, gasto ou incapacitado". Uma vez que a medicina moderna cura muitas doenças que antigamente provocavam morte ou invalidez, os especialistas falam agora de "perspectiva de saúde" em vez de "perspectiva de vida". E é esta última que continua a aumentar espectacularmente de parceria com os avanços da geriatria.

3. O quadro idílico - mas parece que realista - acabado de traçar, supõe não só uma geriatria competente, mas sobretudo condições mínimas para afastar a solidão e mesmo a sordidez em que são deixados os idosos. Isto conduz-me a concretizar um pouco mais o que atrás referi. Com o evoluir dos últimos acontecimentos, a nível mundial, esbate-se ou tendem a esbater-se, as práticas governativas sob o ponto de vista ideológico, a ponto das diferenças resumirem-se à gestão (melhor ou menos boa) dos negócios públicos. Não pondo em causa a necessidade de bons gestores, o certo é que, como o homem não se alimenta só de pão, também as sociedades não devem viver só de gestão. Elas devem também fundar-se na esperança, no mito e no sonho.

Com efeito, o referido esbatimento trouxe à vista de todos os males antigos, até então encobertos por um autoritarismo rígido ou pela necessidade de crispação face ao "inimigo". Fenómenos que por essa Europa irrompem não constituem mais do que o surgimento de defeitos antigos bem próximos da barbárie dos velhos tempos. Será preciso, ao que parece, mudar, transformar. Como, porém, fazê-lo? A dificuldade de uma resposta concreta parece fazer-nos inclinar para um comodismo insípido, deixando a "eles" o encargo da tal boa gestão.

Suponho, porém, não termos entrado ainda na fase da insipidez e estupidez totais. Desfeitas algumas grandes ilusões, importa, como referem os grandes autores, estabelecer um "grande desígnio".

Mas que grande desígnio será este?

4. Adquiridas as noções de liberdade e igualdade, há que pô-las em prática através da solidariedade. Desfeitas, todavia, as antigas solidariedades (a progressiva desintegração da grande família, a da vivência da vizinhança, da regionalização, etc.), a solidariedade nacional caiu nas mãos dos aparelhos estaduais: já ninguém socorre o mais fraco perante a agressão do mais forte, já ninguém transporta um ferido, etc., porque existe a noção generalizada de tudo isto pertencer à polícia, à Emergência Médica, ao Estado sem rosto. Esta ausência de personalização conduziu a sociedade a um mal estar generalizado em que ninguém é responsável e cada um se julga melhor do que o outro. Nesta luta infrene e estúpida todos tomam pílulas, tranquilizantes, excitantes, etc., para, mais tarde, adquirirem desesperos e depressões sem regresso.

Assim, para que servirá viver muito?

A pessoa humana precisa de se inserir em comunidades e procurar novas solidariedades sob pena de se atomizar irresponsavelmente.

Que solidariedade, porém?

5. Como decorre, um pouco, do já dito, à divisa Liberdade - Igualdade - Fraternidade prefiro a do célebre sindicato polaco (Solidarnosc), isto é, "não há liberdade sem solidariedade". E isto porque a primeira é muito complexa e irrealizável, já que parte de diferenciadas posições políticas. Se a Liberdade pode ser assegurada pelas Instituições, se a Igualdade pode ser determinada, mais ou menos, por leis, já a última não pode decretar-se e, então, põe-se o problema de saber como é que os governos podem exceder as suas competências?

Em primeiro lugar, importa passar para o primeiro plano da nossa sociedade o conceito e a prática da solidariedade, devendo o Estado liderar o processo de recuperação da sociedade civil, ou melhor, dignificá-la. A nível organizacional, no caso português, é errado - pelo menos, insuficiente - limitar esta liderança a um Ministério de segundo plano ou a dois fraccionados e conflituantes. Assim, um grande Ministério dos Assuntos Sociais, onde se reuniriam a segurança social e a saúde, estaria muito mais indicado.

Em segundo lugar, regular a percentagem, ainda que pequena, da população com vocação militante para o semelhante, favorecendo o seu despertar, contribuir para o seu desenvolvimento. Trata-se, pois, de gerar solidariedade ou, então e se se preferir, regenerar a ideia da fraternidade.

Em terceiro lugar, tornar menos técnica a política para que a competência democrática progrida. Esta progressão exige conhecimento transmitido pela via pessoal e não pelo abuso incontrolado dos meios mediáticos. Só que aquele conhecimento não pode ser sectorizado, sendo urgente acabar de vez com o actual processo tecnocientífico que escapa à vontade dos próprios cientistas. Tudo o que foi feito em nome dessa palavra terrível (chamada "racionalização") conduziu à alienação no trabalho, às cidades dormitórios, à demora nos transportes entre casa e emprego, aos lazeres estereotipados, às poluições, à degradação da bioesfera, à omnipotência dos Estados nacionalistas. Por todo o lado, se ouvem reivindicações quantitativas (mais créditos, mais subsídios, mais professores, mais informática, etc.) e quase ninguém fala em reaprender a pensar.

6. Revertendo ao que julgo ser o caso concreto que me trouxe aqui, o problema dos idosos na sociedade moderna, posso dizer, com alguma segurança, constituir Portugal um exemplo bem definido de uma terrível contradição. A sociedade civil deu-se conta de estar a envelhecer: "no ano 2000, Portugal terá cerca de 1,4 milhões de pessoas com 65 e mais anos, correspondendo a 13% da população total, das quais 56% serão do sexo feminino e 37% terá idade superior a 75 anos". Isto, por um lado. Por outro, também se deu conta de se verificar "uma escassez notória de estudos aprofundados sobre a problemática do envelhecimento da população portuguesa, nomeadamente sobre a análise prospectiva das repercussões das mudanças demográficas sobre a organização social, económica e cultural". Concomitantemente, existe uma vasta rede de instituições privadas de solidariedade social, em que é notória a vontade de mudar, com vista a estabelecer a desejável solidariedade entre o Estado e a sociedade civil.

Apesar deste diagnóstico, claramente referido na Resolução do Conselho de Ministros nº 15/88, de 23 de Abril, e apesar de se ter estabelecido, a nível do distrito de Lisboa, um programa de inserção social das pessoas idosas, o certo é que, cinco anos passados, ainda se notam claras e clamorosas deficiências que por vezes tocam, se não mesmo ultrapassam, os limites do razoável. Esta situação levou a que o Provedor de Justiça, por solicitação do Professor Doutor Fernando Pádua, canalizada pela Comissão Nacional para a política de Terceira Idade, interviesse e esteja a intervir na execução de um programa de emergência para o referido distrito de Lisboa, com vista a retirar os idosos dos hospitais e dos lares lucrativos onde por vezes se tratam aqueles de forma infra-humana. O Provedor pretende apenas - o que já é muito -, despertar a sociedade civil para esta tarefa inadiável e, do mesmo passo, fazer com que o Estado assuma as suas responsabilidades. Não tenho a pretensão, nem isso seria possível, de solucionar o problema já, mas o já realizado, fazendo igualmente responsabilizar as autarquias locais, julgo ter constituído um grito de alarme que tem vindo a ser ouvido pelas entidades oficiais e correspondido inteiramente pelas instituições privadas de solidariedade social. A tarefa ainda está por concluir e julgo que este depoimento poderá vir a complementar a vossa actividade de cientistas por forma a retirar-vos aquilo que não vos pertence, ou seja, o acompanhamento de pessoas idosas mas não oferecendo qualquer patologia. Desta maneira, o desenvolvimento da vossa ciência será mais profícuo, propiciando-vos outras condições de trabalho e arredando da nossa sociedade a já referida tecnociência que esmaga o conhecimento e a elucidação produzindo ignorância e cegueira. Não esquecendo igualmente os inconvenientes da sobrespecialização, da compartimentação e do fraccionamento do saber.

7. Ultrapassada a fase de emergência, será possível encaminhar a política dos idosos, numa sociedade verdadeiramente moderna, para um sentido que julgo ser o verdadeiro, ou seja, a inserção social dos idosos sem "ghettos", que podem ser tranquilizantes para as famílias e para o Estado mas nunca para uma sociedade democrática e solidária.

É aqui que, como disse no princípio, as pessoas se devem assumir como partes, como titulares de direitos subjectivos, e não como participantes na formulação de decisões. Por este processo, respeita-se a vontade do poder político sem, por outro lado, abdicar dos direitos fundamentais do cidadão perante aquele.

***

Discurso proferido pelo Provedor de Justiça subordinado ao tema

"O Poder de Inspecção do Provedor de Justiça"

Helsínquia em 16.09.93

Senhor Jacob Soderman
Estimados Colegas
Exmas Senhoras
Exmos Senhores

É com especial agrado que, pela primeira vez, visito a cidade de Helsínquia, com o duplo propósito de dar a conhecer a Instituição que dirijo, em especial, no que respeita ao tema que me foi proposto - "Inspecções Efectivas" -, e de tomar conhecimento da vivência e dos problemas que serão, durante dois dias, expostos e discutidos nesta reunião de Provedores europeus.

Permitam-me que exprima, a título individual, o muito apreço que tenho pela riqueza histórica e paisagística deste País - o País dos Lagos - e o reconhecimento pela afabilidade com que fui acolhido.

Instituição de origem nórdica, jovem de 200 anos, o "*Ombudsman*", também designado por "Médiateur" em França, "Protecteur des citoyens" no Quebeque, "Difensore Civico" em algumas regiões de Itália e "Defensor del Pueblo" em Espanha - termos que reflectem, afinal, conforme o sentir dos diferentes povos, o conteúdo essencial da sua função -, tem vindo a desempenhar um papel de progressiva relevância, independentemente dos locais do mundo e dos regimes políticos, desde que democráticos.

Hoje, data de novos desafios que acompanham um mundo sempre em mudança, é indiscutível tratar-se de uma figura de matriz universal, cuja essencialidade, sem fronteiras, é dominada pelas ideias de Justiça e de Bem, eternos desígnios humanos.

Com agrado verifiquei recentemente, numa conferência internacional de *Ombudsmen* realizada na Áustria - onde estavam, aliás, presentes alguns dos ilustres colegas que hoje aqui se encontram -, que o Provedor de Justiça Português é, de entre os congéneres, aquele cujo leque de poderes é mais alargado.

E costumo citar, a propósito, a conhecida frase de Bruno Kreisky, proferida em 1984, na Suécia, mas plena de actualidade: "O Provedor é o único órgão do Estado que poderá exceder as suas competências".

Aparecido em Portugal apenas em 1976, na sequência da instauração do regime democrático, o Provedor de Justiça, exercendo uma magistratura moral e de influência,

tem sido cada vez mais solicitado a intervir junto da Administração Pública, seja por via das queixas apresentadas pelos cidadãos, seja através das iniciativas por si tomadas.

Na defesa e garantia da legalidade e da justiça das decisões da Administração Pública Central, da Administração Pública Regional (Açores e Madeira), da Administração Pública Local do Estado, das Forças Armadas, dos Institutos Públicos e das Empresas do Estado, o Provedor recomenda, critica, comenta, promove, inspecciona e divulga, exercendo com independência e com informalidade as funções de controlo dos actos praticados pelos órgãos da Administração, de mediador de conflitos entre estes e os cidadãos, de promotor de reformas judiciais e administrativas e de representação político democrática, reduzindo a distância que separa os cidadãos dos seus representantes, os governados dos governantes.

Considero que o facto de o Provedor não ter poderes de decisão constitui, sem dúvida, o maior trunfo desta instituição. O Provedor não ordena, não determina, não impõe. Mas recomenda e sugere. E parece-me ser desta ausência de compromisso com os órgãos que exercem **os poderes**, que resulta **o poder** que é detido pelo Provedor e que o aproxima e liga directamente aos cidadãos, fonte de toda a legitimidade política.

Não obstante o considerável número de queixas apresentadas no meu País ao Provedor de Justiça - em 1992 ultrapassou as 3000 - -, considero que este número se situa ainda aquém do que se justificaria, face a uma população de 10 milhões de habitantes.

Não só pelo facto de muitas das questões colocadas representarem meras amostragens de problemas mais genéricos, como também pelo facto de a nossa Administração Pública, não raro, adoptar procedimentos que se situam ainda longe do desejável e exigível num Estado de Direito.

Mas existe ainda uma outra razão que explica este facto e que consiste no desconhecimento da própria Instituição: muitos cidadãos ignoram a existência e a disponibilidade de um órgão que existe para os ouvir e que através da sua autoridade intervém no âmbito da actividade administrativa por via do denominado "direito benévolo".

Sem prejuízo de a sua intervenção, no âmbito da tutela dos direitos fundamentais, ser exercida, principalmente, no quadro da Administração Pública, como defini atrás, não tenho excluído a possibilidade de actuação em todos os casos de flagrante e inadmissível violação desses mesmos direitos, independentemente da natureza da entidade violadora.

Para estas minhas intervenções, o Estatuto do Provedor de Justiça fornece-me alguns poderes inquisitivos. Assim, nos termos do artº 21, nº 1, alínea b), e salvo o respeito aos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, posso efectuar "todas as investigações e inquéritos que considere necessários ou convenientes", no limite da razoabilidade.

Numa concretização deste poder genérico, o mesmo artigo, na sua alínea a), pormenoriza as minhas competências de inspecção, referindo que posso: "efectuar, com

ou sem aviso, visitas de inspecção a todo e qualquer sector da actividade da administração central, regional e local, designadamente serviços públicos e estabelecimentos prisionais civis e militares, ou a quaisquer entidades sujeitas ao seu controlo, ouvindo os respectivos órgãos e agentes e pedindo as informações, bem como a exibição de documentos, que reputar convenientes."

Este amplo conjunto de poderes tem sido exercido quando existem indícios de graves ou reiteradas violações de direitos dos cidadãos. A selectividade na utilização destes poderes tem contribuído para um melhor acolhimento por parte dos órgãos visados, com uma maior eficácia na concretização dos objectivos propostos.

Recordo, entre outras, a inspecção realizada aos Estabelecimentos Tutelares de Menores em Portugal, organismos estatais orientados no sentido da prevenção da delinquência e pré-delinquência, assistência, educação e protecção das famílias, acção social preliminar à escolaridade obrigatória e à extensão do ensino.

As conclusões deste trabalho serviram de base a um seminário pluridisciplinar promovido pelo Provedor de Justiça e submetido ao tema "Os Menores em Risco", que obteve um grande acolhimento e eco junto da sociedade portuguesa, círculos de poder incluídos.

Este estudo, com base em visitas de uma equipa de colaboradores da Provedoria de Justiça às instituições referidas, analisou a distribuição territorial e localização geográfica dos estabelecimentos, a sua lotação, capacidade e estruturas, recursos humanos, ligação às comunidades, educação e formação profissional, ocupação de tempos livres, acção, reinserção e integração social, e apontou diversas deficiências existentes nos Estabelecimentos Tutelares de Menores, além de propor os diferentes meios de as ultrapassar.

Na sequência deste trabalho, preparo-me para iniciar um programa destinado a apoiar crianças, no sentido de promover um mais próximo relacionamento entre elas e o Provedor, abrindo canais alternativos de comunicação às barreiras por vezes existentes entre elas e os pais. Neste âmbito, proponho-me realizar visitas a estabelecimentos de ensino, procurando no contacto directo, a apreensão dos seus problemas e na busca da sua solução.

Num outro caso, após várias queixas de reclusos, foi efectuada uma inspecção à denunciada violência num estabelecimento prisional e às condições de vida naquele local. O âmbito desta investigação, assentou em depoimentos de detidos, técnicos, guardas e responsáveis. Não obstante as dificuldades sentidas na obtenção de provas, concluiu-se pela necessidade de instauração de processos disciplinares contra os agressores e na proposta de medidas várias orientadas no sentido de evitar a repetição dos factos que originaram a intervenção do Provedor de Justiça.

Abrangendo a competência do Provedor de Justiça, as empresas do sector empresarial do estado e as empresas concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público, também - espaço de actuação que também em Portugal vem sendo

progressivamente reduzido na sequência de privatização de empresas - foi efectuada uma inspecção à empresa pública responsável pelos aeroportos e navegação aérea. Este processo teve origem numa queixa apresentada pelo facto de a empresa não ter publicitado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias um concurso para aquisição de material para o aeroporto de Lisboa. A partir deste facto, procedeu-se a uma análise que versou sobre a localização do novo aeroporto de Lisboa, investimentos da empresa, a sua evolução económico-financeira, a política de recursos humanos, segurança nas instalações, assistência a doentes no aeroporto, assistência a aeronaves nas pistas em caso de acidente, acesso dos passageiros aos aviões, indemnizações pagas às populações residentes junto do aeroporto devido a poluição sonora, detecção de armas e explosivos, controlo do tráfico de droga e atribuição de verbas comunitárias.

Como exemplo gostaria ainda de referir uma inspecção, que neste momento está próxima de concluída, a alegados actos de violência praticados pela Polícia Judiciária, responsável pela investigação criminal, contra cidadãos por ela detidos. Durante aproximadamente dois meses desloquei-me, acompanhado de um colaborador, à sede daquela Polícia, para apreciar a sequência dada às várias dezenas de queixas que recebi. Esta investigação passou pela análise dos processos disciplinares instaurados contra agentes da polícia - ou das razões da não instauração de processo disciplinar -, para além de incidir ainda sobre as razões de demoras processuais e os problemas de ligações funcionais entre a Polícia e o Ministério Público.

Estavam em causa queixas relativas a abuso de autoridade, apreensão ilegal, não devolução de objectos apreendidos, não promoção do processo criminal, extorsão de depoimentos, ofensas corporais, e a investigação permitiu apurar, relativamente a cada cidadão, o estado de cada processo, arquivado ou pendente, e designadamente, a existência de algumas violações de direitos fundamentais do cidadão, para além de outras ilegalidades e irregularidades processuais.

Gostaria de referir acções que foram feitas junto do Polícia de Estrangeiros e Fronteiras, responsável pelo controlo de entrada de cidadãos estrangeiros em Portugal. Desde 1 de Janeiro de 1993, esta força policial, no cumprimento de imposições comunitárias, passou a ser mais rigorosa na verificação dos requisitos de entrada e permanência de cidadãos estrangeiros em Portugal. Este facto originou que fosse recusada a entrada em Portugal a alguns cidadãos, sobretudo oriundos do Brasil e dos países africanos de expressão portuguesa. Alguns colaboradores da Provedoria observaram, no aeroporto de Lisboa, o modo como era verificada a documentação destes cidadãos, e as condições em que ficavam no aeroporto, quando não lhes era autorizada a entrada em território português.

Outras áreas, objecto de particular atenção, têm sido as relativas à saúde e ecologia. Quanto ao primeiro aspecto, posso referir que está em elaboração um vasto programa de visitas a diversos hospitais, alvo de elevado número de queixas apresentadas ao Provedor. Como num caso recente, passado no sul do país, em que estavam em causa diversas mortes ocorridas na unidade de hemodiálise de um hospital, devido a excesso de alumínio na água, preferi, à inspecção directa, aproveitar os inquéritos levados a cabo pela Inspecção Geral dos Serviços de Saúde e pela Procuradoria Geral da República,

baseando a minha actuação na apreciação da investigação efectuada, valorando juridicamente, com independência, os factos apurados. Eis um exemplo de como, por vezes, se pode aproveitar uma estrutura dotada de outros meios, como a Procuradoria Geral da República, para suprir insuficiências dos serviços do Provedor, ou, numa sinergia de meios, possibilitar uma actuação mais lesta do mesmo.

No domínio do Ambiente estão em curso algumas inspecções, o que não deixa de ser inovador na intervenção do Provedor de Justiça.

Dentro de dias deslocar-me-ei à Vila de Sines, situada naquela que é considerada a área litoral menos poluída de toda a Europa. Está em causa a instalação de uma central incineradora de resíduos industriais, à qual se tem oposto tenazmente a população local.

A minha intervenção pretende garantir que os cidadãos sejam informados completa e adequadamente sobre todo o processo de licenciamento, em especial no que respeita ao rigor da avaliação do impacto ambiental. A legislação portuguesa obriga à realização de uma consulta pública. Porém, é necessário assegurar-lhe autenticidade. Assim, todo o processo foi analisado no Ministério do Ambiente e no Ministério da Indústria e agora confrontarei os elementos que disponho com informações recolhidas junto das associações ecológicas e das autoridades locais.

Posso referir, com base nos trabalhos desenvolvidos, que as competências e poderes inspectivos atribuídos por lei ao Provedor de Justiça, são suficientes para que não sinta, neste aspecto, qualquer obstáculo à minha actuação. Como disse atrás, o Provedor tem competência para inspeccionar todo e qualquer sector da actividade administrativa pública, podendo para o efeito ouvir os respectivos órgãos ou agentes, pedindo informações, solicicitando a exibição de documentos e ainda adoptando, em matéria de recolha e produção de provas, todos os procedimentos razoáveis. Ou seja, situam-se apenas fora do limite da acção investigatória do Provedor de Justiça, os procedimentos que o Código de Processo Penal reserva para os magistrados judiciais ou do Ministério Público.

De igual modo, estão fora da acção inquisitória do Provedor de Justiça, os órgãos de soberania, as Assembleias Legislativas Regionais e os Governos próprios das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, com excepção da sua actividade administrativa e dos actos praticados na superintendência da Administração, para além das matérias protegidas pelo segredo de justiça, e naquelas em que seja invocado o superior interesse de Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes e em questões relativas à segurança, à defesa ou às relações internacionais.

Em 1990 foi discutida no Parlamento a possibilidade de o Provedor de Justiça poder quebrar o direito ao sigilo bancário, não tendo, contudo, esta alteração ao Estatuto sido aprovada. Este poder estava entregue, para além dos tribunais, a uma Alta Autoridade Contra a Corrupção. Tendo sido extinta, este direito só pode ser limitado pelos tribunais.

Parece também importante referir que os órgãos e entidades sujeitos a inspecção estão, também, legalmente obrigados a cooperar com o Provedor, fornecendo-lhe as

informações e colaboração pedidas. Este dever é assegurado com a cominação da pena prevista para o crime de desobediência e procedimento disciplinar, quando funcionários, ou com a pena prevista para o crime de desobediência qualificada, quanto aos demais cidadãos.

Quanto à compatibilização do poder de inspecção com a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, ainda não ocorreu nenhuma situação de conflito relevante, que merecesse uma atenção particular. Dada a natureza própria da actividade do Provedor, é natural uma atitude de auto contenção, por parte dos meus Serviços, no sentido de, protegendo os direitos fundamentais de uns, não se prejudicar os direitos de outrem.

A atitude da Administração tem sido, em geral, colaborante, entendendo a finalidade das minhas inspecções e prestando, de bom grado, a colaboração pedida e devida.

Considero que a simples existência de um poder como o da inspecção já induz na Administração a adopção de comportamentos positivos. A sua efectivação, quando adequada e proporcionada, resulta num instrumento privilegiado da concretização das atribuições do Provedor de Justiça. A chave, julgo, está na utilização equilibrada deste meio ao nosso dispor, obtendo da Administração a cooperação necessária através da não banalização deste tipo de actuação. Penso ser este um critério importante, juntamente com alguma firmeza e persistência na investigação, para tornar as inspecções um meio efectivo de defender os direitos dos cidadãos.

***

Discurso proferido pelo Provedor de Justiça, por ocasião do lançamento do "Forum Açoriano, em colóquio subordinado ao tema

"O Provedor de Justiça e a Defesa do Cidadão"

(Ponta Delgada, 5 de Junho de 1993)

Minhas senhoras e meus senhores:

É com especial agrado que, pela segunda vez num curto período, visito as ilhas dos Açores, com o duplo propósito de dar a conhecer a Instituição que dirijo e tomar conhecimento da vivência e dos problemas que afectam as pessoas deste arquipélago, no que diz respeito, claro está, ao exercício da minha actividade.

A isto permitam-me que exprima, a título individual, o muito apreço que tenho pela riqueza histórica e paisagística desta região e o reconhecimento pela afabilidade com que sempre sou acolhido.

O Forum Açoriano está de parabéns por esta iniciativa e o nosso País, em especial a Região Autónoma dos Açores, devem congratular-se com a criação de espaços de reflexão e diálogo como este que a Vossa associação se propõe ser.

Seja este um bom sinal de a descentralização político-administrativa açoriana ter atingido a sua plena maturidade, dando azo à crítica aberta e construtiva, ao desenvolvimento da democracia e ao aperfeiçoamento da administração central, local e regional.

A Provedoria de Justiça, tanto quanto julgo, está em sintonia com esta ideia. A instalação nos Açores, em futuro próximo, tal como é previsto no diploma orgânico já aprovado, de um assessor deste órgão, revela da mesma forma a plenitude da autonomia regional. A deslocação dos centros de decisão administrativa de Lisboa para junto das populações, designadamente para os Açores e Madeira, ficaria incompleta sem um paralelo nas garantias dos cidadãos, a começar pelos meios graciosos.

Os tempos recentes fizeram recordar aos homens que a História não tinha parado. O mundo em que há dez anos vivíamos, onde os valores da liberdade e do respeito pela dignidade da nossa espécie pareciam confinar-se a uma pequena parcela do planeta, deu lugar a um rol de eventos que não deixou de espantar ninguém. Subitamente as últimas páginas dos compêndios de História pareceram anacrónicas e até a estabilidade dos mapas e dos atlas foi ineludivelmente abalada.

No centro e leste do continente europeu, nas Américas Central e do Sul, passando por jovens países africanos e por velhas nações asiáticas, o combate pela democracia e pelo

pluralismo assumiu-se quase universalmente, de tal sorte que hoje se distinguem os Estados entre aqueles que são democráticos e aqueles que não o são ainda.

A universalização do conceito de democracia neste fim de século promissora, sem dúvida, não permite, contudo, fazer-nos crer na sua suficiência, como garante único da liberdade, da tolerância e de preocupações sociais.

Por isso, a par do triunfo do princípio democrático, há-de percorrer-se o caminho da construção do Estado de Direito, por forma não só a preservar a democracia, como também desenvolvê-la e enriquecê-la e a fazer respeitar os limites decorrentes do seu necessário pressuposto - o princípio da maioria.

Democracia e Estado de Direito são pois, hoje, os pilares essenciais do sistema em que nos movemos como cidadãos, de modo aliás reconhecido pela nossa lei fundamental num dos seus primeiros artigos.

No entanto, o Estado contemporâneo conseguiu ir mais longe. Para além da participação dos cidadãos no Poder, para além da defesa garantida aos cidadãos contra o Poder, as comunidades políticas reconheceram aos seus membros direitos a exigir prestações ao Poder, corrigindo desigualdades e permitindo oportunidades semelhantes a todos, no campo social, económico e cultural. Este fenómeno ficou conhecido como o surgimento do Estado Social de Direito, com o fim supremo de conciliar igualdade e liberdade.

Será legítimo que se interroguem sobre que relação têm estas palavras introdutórias com o tema que me foi proposto - "O Provedor de Justiça e a Defesa do Cidadão".

Para mim, que exerço as funções de Provedor de Justiça, a ligação é intensa e evidente.

É evidente porque considero a Instituição que represento como uma decorrência necessária da democracia e do Estado Social de Direito, ou seja, uma garantia dos limites do poder, por forma a preservar a sua legitimidade e a defender os cidadãos - não do Poder, mas dos seus excessos.

Tal como os Tribunais (comuns ou administrativos ou o Tribunal Constitucional), tal como o Ministério Público, compete ao Provedor de Justiça defender a legalidade, o princípio democrático e os direitos dos cidadãos. A sua actuação é contudo, bem diversa, razão pela qual não surge como concorrente nem como subsidiária da organização judiciária.

Se lermos o artº 23º, nº 1, da nossa Constituição e observarmos a sua origem que remonta em termos imediatos ao "*Ombudsman*" sueco surgido em princípio do século passado, logo verificaremos a sua natureza bem específica.

Diz-nos aquele preceito:

"Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças."

Daqui retiramos três coordenadas essenciais: garantir contra acções ou omissões do Poder; ausência de poder decisório (que não se confunde com ausência de poder, ao contrário do que alguns possam julgar); e, fins de prevenção e reparação de injustiças.

As restantes linhas de caracterização sobressaiem do mesmo artigo: a independência do órgão (logicamente do seu titular também) e o dever de cooperação da Administração.

As acções ou omissões dos poderes públicos, a que se devem juntar as dos poderes privados quando actuem em especiais relações de autoridade, são um pressuposto da actuação do Provedor de Justiça. E digo um pressuposto apenas porque os fins de prevenção e reparação de injustiças levam-me, por vezes, a não ficar cingido a acções ou omissões verificadas em concreto. É neste sentido que entendo o poder de o Provedor desencadear processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade ou da legalidade por acção ou por omissão de normas, bem como a iniciativa de pedir ao Ministério Público que impugne cláusulas contratuais gerais abusivas.

Neste campo, quer a partir de reclamações que me sejam dirigidas pelos cidadãos, quer com base em iniciativas tomadas espontaneamente, cabe ao Provedor de Justiça tomar as providências adequadas, sem ter de esperar que a lei seja violada ou que os cidadãos vejam os seus direitos e interesses legítimos diminuídos.

É ainda em nome destes fins - prevenção e reparação de injustiças - que se justifica a extensão do âmbito de intervenção do Provedor de Justiça.

No seu tempo e talvez um pouco inconformado, PASCAL afirmava que "A Justiça é o que se acha estabelecido; e, assim, todas as nossas leis estabelecidas serão necessariamente tidas por justas, sem serem examinadas, só porque foram estabelecidas". (Pensées de Blaise Pascal, Artigo 5º, XVI).

Ao que julgo, nenhum de entre nós se resignaria a aceitar em 1993 estas afirmações. Sabemos hoje que a lei não é necessariamente justa, nem a justiça se restringe à simples aplicação da lei.

O papel de um Provedor de Justiça estende-se, então e também a crítica da lei injusta, no sentido de a melhorar, de a tornar tão justa quanto seja possível ao ser humano apreender a Justiça. Retomando, por mais uma vez a eloquência de PASCAL, onde afirma que "não se conseguindo que o justo seja forte, é preciso que o forte seja justo", eu refundiria, dizendo que, não se conseguindo que a justiça esteja toda contida na lei e só na lei, é preciso que a lei seja justa. Para tanto, exige-se, no mínimo, que seja respeitadora dos direitos fundamentais dos cidadãos, individual ou colectivamente considerados.

Colocar-se-ia, aqui, um problema de legitimação dos Provedores de Justiça, não fora a ausência de poderes decisórios e a sua independência.

Detenhamo-nos um pouco sobre os poderes do Provedor de Justiça para logo após vos dar conta do significado e relevo da sua independência.

Entendo que ao Provedor assistem dois tipos de poderes, todos eles não decisórios, como bem se verá.

Num primeiro nível, aqueles que considero poderes instrumentais: realização de inspecções com ou sem aviso prévio, os inquéritos e investigações, e o poder de obter informações, divulgando-as quando se afigure conveniente. A não conformação por parte da Administração Pública com o exercício destes poderes conduz, em última análise, à responsabilidade criminal do funcionário ou agente relapso, por desobediência. Não exerci ainda esta faculdade, mas confesso ter sido tentado a fazê-lo por diversas vezes.

O papel do Provedor na obtenção de informações é particularmente importante. Pese embora todos os cidadãos terem assegurado um direito genérico de informação sobre a actuação administrativa, cabe ao Provedor, por um lado, fazê-lo respeitar e, por outro, assegurar a obtenção de informação útil, adequada e qualificada. O Provedor de Justiça e os seus colaboradores, sendo cidadãos entre os demais, devem estar especialmente preparados para exigir a informação certa e necessária. Não raras vezes, infelizmente, a informação prestada pela Administração Pública, nas suas distintas vertentes, não apenas é tardia, como é também lacónica, obscura e pouco rigorosa.

Noutro sentido e por outra razão, julgo dever assistir neste campo à Provedoria uma função preciosa. Na verdade, o ritmo da vida quotidiana da maioria das pessoas não se compadece com as delongas de uma reclamação ou de uma queixa apresentada à Administração Pública ou de uma acção proposta em Tribunal, implicando cartas, telefonemas e deslocações, tantas vezes de Herodes para Pilatos.

O Provedor de Justiça e os seus serviços, pela própria natureza das funções que desempenham pela experiência adquirida, permitem ao cidadão uma inestimável racionalidade de esforços, a par de uma redução de tempo e recursos dispendidos. Tão mais eficiente será a Provedoria de Justiça, quanto melhor consiga lograr estes objectivos.

Vejam-se, seguidamente, os poderes não já instrumentais, mas de intervenção.

Tal como em todo o seu procedimento, o Provedor de Justiça não tem de obedecer a uma tipologia de formas de actuação, também no seu termo os modos de intervenção pautam-se pela informalidade e segundo critérios casuísticos.

De todo o modo, as intervenções do Provedor são, na sua maioria, recomendações ou iniciativas junto do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público.

As recomendações, como de resto a designação indica, não são injunções dotadas de coercibilidade. Podem ser recomendações legislativas ou administrativas, isto é, podem destinar-se a alterar, a suprimir ou a elaborar normas contidas em actos legislativos, nos quais se incluem, como é sabido, os decretos-legislativos regionais ou podem ter como destinatária a Administração Pública, no âmbito dos regulamentos, actos e contratos administrativos ou simples operações materiais, nomeadamente de prestação de serviços públicos.

Posso dar-vos alguns exemplos. Ao legislador recomendei há poucos dias atrás que revisse as normas transitórias de um Decreto-Lei que adapta o novo sistema retributivo do funcionalismo público aos professores. À Administração recomendo quase diariamente o pagamento de uma pensão ou de uma indemnização, a passagem de uma certidão ou a revogação de um acto que tenho por inconveniente ou ilegal. E quando me refiro à Administração não pensem que a minha actuação se dirige apenas em relação a burocratas cinzentos que se escondem em repartições sombrias de ministérios ou câmaras municipais.

Estão também os hospitais, as escolas, os transportes e as comunicações. Desde a mudança do percurso de uma carreira urbana de autocarros, até à construção de uma central de incineração de resíduos perigosos, passando pela fiscalização da boa gestão de empresas públicas ou de capitais públicos, tudo isto pode afectar a boa administração, a legalidade e os direitos dos cidadãos.

A força destas recomendações está na independência de quem as formula e no rigor e qualidade do seu conteúdo e dos seus fundamentos. Devo dizer que os resultados de acatamento total ou parcial são bastante mais elevados do que possa imaginar-se.

Uma recomendação do Provedor é, na maioria dos casos, um argumento que vai munir o cidadão na defesa das suas legítimas pretensões face ao Poder. Os estudiosos de raiz anglo-saxónica atribuem-lhe uma designação bastante curiosa. Quando se referem ao seu conjunto chamam-lhe "soft law".

Já S. TOMÁS DE AQUINO, no seu tratado da Lei, não deixava de valorizar as regras que são impostas coercivamente das regras que se impõem pela sua razão:

"A diferença entre um conselho e um preceito é a seguinte: o preceito indica uma necessidade; pelo contrário, o conselho propõe-se à deliberação daquele a quem se dá. Por isso, na Lei Nova, que é lei de liberdade, acrescentaram-se conselhos aos preceitos; mas não na Lei Antiga que era de servidão."
(Tratado da Lei, Cap. XIV, Artº 4º)

A seguir às recomendações, compete ao Provedor desencadear processos de fiscalização junto do Tribunal Constitucional. Refira-se, aliás, que no domínio da inconstitucionalidade por omissão, esse poder lhe cabe em exclusivo, com ressalva do Presidente da República.

Como sabem, o nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade não permite a uma pessoa accionar directamente a Justiça Constitucional. O acesso ao Tribunal Constitucional ou resulta de um juízo de inconstitucionalidade formulado num processo jurisdicional (pelo juiz, pelo Ministério Público, pelas partes litigantes) ou resulta, na sua modalidade abstracta, da iniciativa de algumas das entidades apontadas na Constituição.

Sempre que o Provedor de Justiça considera uma norma violadora de uma outra norma ou princípio contidos na lei fundamental ou, simplesmente, quando tem dúvidas sobre a sua conformidade com a Constituição, apresenta um pedido ao Tribunal Constitucional onde sustenta a sua posição ou expõe as dúvidas que se lhe afiguram.

Conhecendo de perto a aplicação das normas e as situações concretas de injustiça a que possam dar origem, porquanto está habilitado pelas centenas de reclamações que mensalmente lhe chegam, o Provedor de Justiça, neste campo faz de algum modo temperar os excessos de formalismos da fiscalização abstracta.

Não posso, de resto, deixar de expressar o meu contentamento pelo facto de, nos dez anos de existência que leva o Tribunal Constitucional, ser o Provedor de Justiça o órgão que maior número de pedidos de fiscalização apresentou.

Desde o início deste ano, já por oito vezes, requeri ao Tribunal Constitucional a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de uma série de normas.

Estiveram em causa violações do princípio da igualdade, designadamente, em três casos: a discriminação dos cidadãos do sexo masculino na atribuição de pensões de sobrevivência por morte do cônjuge; a inviabilização das promoções de militares do Quadro Especial de Oficiais; o tratamento desigual que prejudicou severamente os primeiros deficientes da última Guerra Colonial.

Considerei ser inconstitucional, também, a norma que vedava aos diplomatas no topo de carreira o acesso às actas dos seus concursos de promoção e impugnei a competência do Supremo Tribunal Militar para decidir sobre recursos contenciosos ainda que em matéria disciplinar.

Mais recentemente, fiz chegar ao Tribunal Constitucional um regulamento de 1913, aplicável aos funcionários da Caixa Geral de Depósitos, o qual amputava desmesuradamente as suas garantias em processo disciplinar.

Estes são apenas alguns exemplos da actividade do Provedor de Justiça, no domínio da defesa da constitucionalidade, cujos resultados finais estão dependentes da celeridade do Tribunal Constitucional.

Ao contrário do que se poderia supor, a Provedoria não actua como mera correia de transmissão entre os cidadãos e o Tribunal. Quando entendo serem pertinentes as suas

reclamações, fundamento-as e faço-as valer, como um advogado dos cidadãos na Justiça Constitucional.

Apenas o Provedor de Justiça português e o "Defensor del Pueblo", em Espanha, têm este poder. No entanto, pela importância que tem, outros países se preparam para habilitar os seus "*ombudsmen*" com esta competência.

Permitam-me a propósito, e por ter referido os meus homólogos estrangeiros, que o Provedor de Justiça, internacionalmente conhecido por " *ombudsman*", mercê da sua origem histórica na Suécia, como já referi, é hoje uma instituição difundida pelos cinco continentes. Encontramos em França o "Médiateur de la République", o "Difensore Civico", em algumas regiões italianas, o "Protecteur des Citoyens", no Quebeque e os chamados comissários parlamentares na Grã-Bretanha e restantes países da "Commonwealth". Também no Japão, na América do Sul e em África surgiram recentemente órgãos congéneres e até a República Popular da China começou a dar os primeiros passos nesse sentido ao criar o Ministério da Supervisão.

Posto isto, gostaria apenas de tomar a vossa atenção, antes de terminar, para me referir à independência do Provedor de Justiça, como resulta da sua natureza e como está garantido pelo artº 23º da nossa Constituição.

O Provedor de Justiça, como sabem, é eleito pelo Parlamento, sendo exigida uma maioria qualificada de 2/3.

Não é assim em França, nem na Polónia, onde os meus homólogos são nomeados presidencialmente.

Esta eleição parlamentar tem essencialmente duas vantagens, a legitimação democrática do Provedor de Justiça e o amplo consenso que se gera à volta do titular escolhido.

Por outro lado, é tal o seu estatuto de independência, mesmo face ao Parlamento, que o Provedor goza de ampla imunidade, é equiparado a ministro e não pode ser demitido.

De acordo com estas características, há-de reconhecer-se, pois, ser este um órgão com características muito específicas entre os órgãos a quem incumbe a defesa do cidadão, proporcionando-lhe a legitimidade, como referi há pouco, não apenas para indicar o cumprimento da legalidade, mas também para a tornar mais justa e consentânea com os valores da democracia e do Estado Social de Direito.

Por estas razões se compreenderão as palavras do chanceler Bruno Kreisky quando afirmou certa ocasião em Estocolmo que o "*ombudsman*" é o único órgão ao qual nunca será censurável que exorbite as suas competências.

***

Conferência proferida pelo Provedor de Justiça em Macau, em visita a convite do Governador de Macau por intermédio do Alto Comissário contra a Corrupção e Ilegalidade Administrativa

Macau, 09 de Dezembro de 1993

"DO OMBUDSMAN AO PROVEDOR DE JUSTIÇA"

I

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 que proponho, hoje, a uma tão respeitável audiência, reunida não longe dos antípodas de Estocolmo.

Deverei, antes de mais, redimir-me do emprego da expressão "*Ombudsman*", começando por indicar tratar-se de um vocábulo do idioma sueco, porventura o seu vocábulo mais utilizado internacionalmente, o qual reflecte o modelo inspirador da Provedoria de Justiça 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, a quem desejo felicitar na pessoa do meu ilustre colega e amigo, Dr. Jorge Aragão Seia.

No tocante à receptividade e à confiança que o "*Ombudsman*" tem sabido merecer em Portugal, não me restam, 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, deixei de tê-las quando, em Outubro do passado ano, tomei parte na V Conferência Internacional do "*Ombudsman*", em Viena. Ali, diariamente, durante cerca de uma semana, foi-me permitido trocar ideias e experiências com delegações oriundas de mais de setenta países.

Excelente sinal desta difusão foi insofismavelmente, a aprovação da Lei nº 11/90M.

Ordens jurídicas diferenciadas em razão de espaços diversos de aplicação e dos seus destinatários, Macau e Portugal participam num 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. Associo-me, neste sentido, ao reputado constitucionalista Jorge Miranda, ao afirmar 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 nº 41/92, de 31 de Dezembro, e seria bem mais reduzido o núcleo comum.

Permitam-me, no entanto, acrescer a estes dois sistemas, ainda que com algum simbolismo e emotividade, o do território de Timor-Leste, a cujo povo presto - aqui, , mais próximo geograficamente do que a partir de Lisboa - a minha respeitosa homenagem e o reconhecimento da minha admiração.

No acervo comum de princípios constitucionais e de direitos, liberdades e garantias, encontra-se o direito de acesso ao Provedor de Justiça (artº 23º da Constituição), 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 me 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 que celebrei, não perdendo de vista a projecção presente e futura da Declaração Conjunta Luso-Chinesa, assinada em 13 de Abril de 1987.

II

Tomarei como ponto de partida a origem da instituição que represento, correndo porém o risco de as minhas palavras tão só retomarem, quanto a este aspecto, o que a alguns de vós é já familiar 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.

Referi-me já à Suécia e à denominação que ali recebe, desde 1809, o Provedor de Justiça.

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 "Riksdag" sobre o exercício do poder executivo. Até aqui, nada de original, porquanto a Europa era surpreendida, na mesma época, pelos alvores 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 órgãos: 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 Artº 138º-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 Quebeque, 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 "*Ombudsmen*", deve 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 que enunciei: 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 do 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 me atreveria a chamar modelo ibérico, por nele figurarem poderes muito relevantes de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade.

De facto, creio que sem excepção, não encontramos nenhum "*Ombudsman*" cujo conteúdo funcional, procedimento adoptado e âmbito de actuação, correspondam, em absoluto, ao de outro.

Permitam-me que, por mais uma vez, regresse ao exemplo da Suécia para vos dar conta de um aspecto que julgo ímpar. O "*Ombudsman*" sueco 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, reconhecerão, tal limite pareceria impensável nos modelos administrativos historicamente centralizados de tipo francês ou mesmo nos sistemas de raiz anglo-saxónica.

III

Expostas previamente estas ideias quanto à situação do "*Ombudsman*" no espaço e no tempo, gostaria de me deter um pouco mais sobre Portugal e o Provedor de Justiça.

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

O facto de se encontrar consagrado no artigo 23º 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 18º, nºs 2 e 3), quer no respeitante aos limites materiais de revisão constitucional (artº 288º, alínea d)).

Do texto constitucional resulta, desde logo, o carácter universal do direito de apresentar queixas ao Provedor de Justiça. Apesar de o artigo 23º, nº 1, se reportar apenas aos cidadãos, o artigo 15º, nº 1, estende aquele direito aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal e, por seu turno, o artigo 12º, nº 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 aprovado pela Lei nº 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 nº 81/77.

Nele se dispõe que o Provedor de Justiça possa actuar também por iniciativa própria (artº 24º, nº 1).

Naturalmente, esta disposição não faria sentido se consagrada enquanto direito fundamental, na Constituição, embora, nem por isso, deixe de ser preciosa. Recentemente, 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 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 extra petitum".

Com o propósito de sistematizar, concluíu-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 me é conferida directamente 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: 1ª - Assuntos Constitucionais, Urbanismo, Ambiente e Cultura; 2ª - Assuntos financeiros e laborais; 3ª - Assuntos Sociais (Educação, Segurança Social, Menores, Saúde, Desporto); 4ª - Organização Administrativa, bastante onerada pela profusão de reclamações subscritas por funcionários públicos contra o Novo Sistema Retributivo; 5ª - Assuntos Judiciários, Defesa e Segurança Interna.

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 (artº 12, nº 2, do Estatuto) e a não sujeição aos regimes processuais probatórios (artº 21º, nº 1, alínea b)).

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 21º. 28º, 29º e 30º.

Em correspectividade com estes poderes encontra-se o dever de cooperação por parte dos "órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares" (artº 29º, nº 1) e o dever de todos os cidadãos prestarem depoimento quando devidamente solicitados (artº 30º, nº 1).

Em situações de absoluto e injustificado não cumprimento destes deveres, surge a incriminação como desobediência qualificada, consoante as situações ou os seus agentes (artº 29º, nº 6 e artº 30º, nº 3).

Em seguida, dedicarei alguma atenção aos 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 minha actuação, considero ser este 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 entendo, 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 na argumentação sólida, coerente e bem edificada, na perserverança optimista de quem procura servir os mais nobres valores da justiça e, "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 (artº 20º, nº 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 não me furto a 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 formulo, caso não venham a ser acatadas, impõem sempre, pelo menos, o cumprimento de um dever de fundamentação no prazo máximo de 60 dias (artº 38º, nºs 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 (artº 38º, nº 5).

Como podem facilmente antever, o objecto das recomendações é extremamente variado. Citar-vos-ei alguns exemplos recentes: 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 revogação 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 em hospitais públicos.

A recomendação, disse-vos há pouco, 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" (artº 21º, alínea c)). Por outro lado, sempre que possível, surgem actuações no domínio preventivo. Antes de sair de Lisboa, deixei instruções aos meus serviços para serem tomadas acções profilácticas quanto a situações de confronto físico que, nos últimos tempos, têm envolvido as forças de segurança e manifestantes universitários por causa do pagamento de propinas.

Estas são, como referi, as intervenções situadas a montante da Recomendação.

Na outra margem encontram-se as competências do Provedor de Justiça no âmbito do controle jurisdicional da constitucionalidade e da legalidade. Como sabem, 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 (artº 281º, nº 2, alínea d), da CRP) ou a verificação da omissão de medidas legislativas adequadas a desenvolver certos preceitos constitucionais (artº 283º, nº 1, CRP). Refira-se, aliás que a iniciativa na fiscalização por omissão é exclusiva do Provedor de Justiça, apenas partilhada com o Presidente da República. Tive oportunidade de, recentemente, lançar mão deste poder, face à não concretização do direito de acção popular - muito mais generoso no artigo 52º, nº 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. Em sede de próxima revisão do Estatuto, eu próprio ou algum dos meus sucessores deverá bater-se, no mínimo, pela 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 nº 446/85, de 25 de Outubro. Encontra eco, porém, na tutela dos interesses colectivos ou difusos, incumbida ao Provedor de Justiça pelo artº 20º, nº 1, alínea e), do seu Estatuto.

Não ficaria completa, porém, a descrição do estatuto do "*Ombudsman*" português se não me referisse ao seu âmbito de aplicação.

A Constituição, no seu artigo 23º, nº 1, 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, tenho vindo 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 tenho 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 ser artigo 2º, 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 20º, 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. Reconheço tratar-se de uma questão em aberto, sobre a qual há que reflectir desapaixonadamente.

Desta descrição do Estatuto do "*Ombudsman*" português, cujos justos receios de fastídio causado na audiência me aconselharam à não exaustão, pode retirar-se uma bastante significativa vantagem adicional conferida ao cidadão quando recorre ao Provedor de Justiça ou ao Alto Comissário de Macau.

É-lhe permitido não ter de buscar consolo no velho brocardo latino "dura lex sed lex". Decorre linearmente das atribuições e competências do Provedor de Justiça, como de resto decorre 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 Benjamin Constant, mas o poder moderador entre o cidadão e a prolixidade de poderes públicos. É que, como já Erasmo de Roterdão afirmava, no seu

"Elogio 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".

IV

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

Em primeiro lugar, temos a origem normativa do órgão. O Provedor é um órgão constitucional do Estado, não estando pois, obviamente, na dependência da vontade do legislador ordinário para a sua subsistência. Pelo contrário, o Alto Comissário foi criado por lei, nada impedindo a sua extinção. 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 60º de um projecto de Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, publicado em 1991 pelo Conselho Consultivo para a redacção dessa Lei Básica. Embora não seja isenta de crítica a sua redacção definindo-o como órgão independente, com a segunda parte referindo a sua responsabilidade perante o Chefe do Executivo, julgo ganhar-se 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, posso referir-me à natureza do órgão. O Provedor, como se sabe, 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 2º da sua Lei estatutária.

Ainda na natureza do órgão, assinale-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 11/90/M apesar de indiciar uma natureza colectiva ao designar o órgão por Alto Comissariado, logo desfaz as dúvidas, ao dispor, no seu artigo 16º, 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. Não era assim, como sabeis, a situação na Provedoria de Justiça, antes da entrada em vigor da nova Lei Orgânica aprovada pelo Decreto-Lei 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, é claro) na Lei 11/90/M. Cite-se 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 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 artº 3º, 1, c) da Lei 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 recordarão, 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. artº 4º. 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 artº 20º, 1, a) do Estatuto do Provedor de Justiça, e nas alíneas l), m) e p), do artº 4º da Lei 11/90/M. Nas alíneas j), o) e p), do mesmo artigo, encontramos 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 "*Ombudsmen*" detêm, qual seja a de iniciativa do processo de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e legalidade de normas jurídicas, a lei 11/90/M atribui um sucedâneo ao Alto Comissário - a proposta do exercício dessa competência, junto do Governador e da Assembleia Legislativa, 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 julgo 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 prevêem a necessidade de fundamentação do não acatamento, o prazo para a resposta às recomendações do Alto Comissário é de 90 dias, mais 30 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 a 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 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, ao projecto de Lei Básica atrás referido, faço notar a indefinição do estatuto do Comissário contra a Corrupção, quer em termos de âmbito de actuação, quer em termos de competências. É 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.

Passo agora à acção do Provedor de Justiça em Macau, desde logo no período que decorrerá até 20 de Dezembro de 1999.

Tem sido muito discutida a possibilidade da intervenção do Provedor de Justiça neste território chinês 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 nego 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 292º daquela, há que verificar se o Provedor de Justiça, enquanto órgão de garantia dos direitos fundamentais e da legalidade, lato senso, da actuação dos poderes públicos, não terá uma palavra a dizer.

Verifica-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 4º, nº 2 e 8º, nº 1, da Lei 2/90/M, de 3 de Maio, e do artigo 5º do Decreto-Lei 49/90/M, de 27 de Agosto.

A questão relevante está na determinação do alcance do artº 281º da Constituição, face às especialidades do Estatuto de Macau, nomeadamente do disposto nos seus artigos 30º, nº 1, a), e 11º, nº 1, e).

Apesar de ainda se ter ponderado a possibilidade de intervenção por aplicação de toda a parte I da Constituição, referida no artigo 2º do Estatuto de Macau, entendeu-se que ao Provedor não cabia qualquer tipo de actuação, 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 meu predecessor, aconselhando-se o reclamante a suscitar a questão junto dos órgãos competentes, isto é, junto da Assembleia Legislativa e do Governo 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 que já referi 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 129/84.

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 pelo 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.

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 posso ocultar a minha perspectiva interventora do Provedor de Justiça. Se, na frase consabida de Bruno Kreisky, que não perco 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, julgo que, um excesso de intervenções nestes casos, poderia corresponder a uma menor aceitabilidade da actuação do Provedor pelo destinatário das suas Recomendações, com a consequente diminuição de eficácia.

Neste delicado equilíbrio que tenho de gerir, não excluo, à partida, nenhuma possibilidade. E, no que toca ao primeiro processo que referi, onde se tratava do poder de iniciativa da fiscalização da constitucionalidade, julgo que seria possível outra perspectiva. Embora se deva integrar o Estatuto de Macau na Constituição formal portuguesa, face à norma do artigo 292º (artigo 306º da versão de 1076), penso 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 281º, nº 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 281º , 1, 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 artº 281º, nº 2, a) 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 artº 281º, nº 2, g) da Constituição, para os Ministros da República e órgãos das autonomias regionais. Esta competência, a meu ver, não exclui as alterações ao Estatuto (mas já não as normas oriundas da sua versão originária, recebidas em 1976 pelo artigo 306º), 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 quero deixar de dar conta de uma outra possibilidade de intervenção do órgão, que ora incarno, no território de Macau. Estando este território sujeito a uma especial influência do Presidente da República, que julgo desnecessário frisar, não se pode esquecer a particular importância que pode ter nas decisões do Chefe de Estado a audição do seu órgão de consulta, o Conselho de Estado (cfr. artº 144º da Constituição). Note-se que essa audição, sendo obrigatória em determinado tipo de processos de decisão, estabelecidos no artigo 148º, alíneas a) a f), 1ª parte, é sempre possível a solicitação do Presidente face ao disposto na segunda parte da alínea f) do mesmo artigo. Ora o Provedor de Justiça é membro desse Órgão, por força do artigo 145º, 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 confiados para o processo de decisão do Presidente da República, neste particular, no que toca a Macau.

Com a criação do Alto Comissário contra a Corrupção e 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 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 artº 23º, nº 2, da independência dos meios graciosos 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 cito por alguma similitude com o caso que aqui nos ocupa, foi a Alta Autoridade Contra a Corrupção, 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 relações de cooperação entre duas instituições que, apesar das diferenças, prosseguem finalidades similares. É esse protocolo que, juntamente com o Senhor Alto Comissário, assinei, 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 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 nossa actuação e que é, afinal, assegurar ao cidadão que a Administração Pública e os demais poderes públicos actuam 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.

É, pois, com palavras de fé e esperança que quero concluir esta minha intervenção. De fé, no futuro deste território 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 Gilissen, 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 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, faço 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 vos apresentei procura facilitar.

***

Intervenção do Provedor de Justiça no Seminário "A Ordem Pública e os Direitos Fundamentais" promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e pela Escola Superior de Polícia

Lisboa, 31 de Março de 1993

I

Sugeriram-me que viesse hoje, trocar convosco algumas impressões sobre Ordem Pública e Direitos Fundamentais.

São duas as razões que me levaram a aceitar este convite com tanto agrado. Primeiro, o apreço que tenho pela assistência e pelos organizadores deste seminário, aos quais desejo felicitar, na pessoa do Senhor Superintendente Afonso de Almeida, Director da Escola Superior de Polícia. Em segundo lugar, os temas, ontem e hoje, aqui tratados. A sua estreita relação com a actividade do Provedor de Justiça é, por demais, evidente.

Posso afirmar, com rigor, surgirem semanalmente no meu gabinete processos cuja solução depende, em boa medida, de uma harmonização correcta entre a preservação da ordem pública e a tutela dos direitos fundamentais.

Naturalmente, não me irei fixar na definição destes dois conceitos, de resto, porque esse ponto foi já discutido.

Terei, sim a preocupação de me cingir à relação - nem sempre fácil - entre os dois valores, partindo da minha experiência como Provedor de Justiça.

II

É curioso notar que, aparentemente, o Provedor e as forças de polícia se encontram em oposição diametral. Não é, aliás, improvável que alguns cidadãos menos atentos pensem assim. De acordo com esta aparência, teríamos o Provedor, de um lado, na defesa dos direitos fundamentais e, do outro, as forças de polícia empenhadas exclusivamente no respeito da ordem pública.

Evidentemente, não é nem pode ser assim, competindo-nos, às duas faces do equívoco, fazer compreender ao cidadão que as coisas não são tão simples.

III

É certo que o Provedor de Justiça tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias, como de resto, aponta, o artº 1º, do seu Estatuto.

Todavia, se relermos a Constituição, a propósito da Polícia, logo descobriremos no artº 272º, nº 1, o dever de zelar pelos direitos dos cidadãos, a par da defesa da legalidade democrática e da garantia da segurança interna que lhe estão confiadas.

É neste sentido, também, que o Estatuto da Polícia de Segurança Pública começa logo por condicionar a manutenção da ordem e da tranquilidade públicas ao respeito pela legalidade e pelos direitos dos cidadãos.

Por seu turno, o Provedor de Justiça não esquece, nem podia fazê-lo, ser a preservação da ordem pública um pressuposto essencial da garantia efectiva dos direitos fundamentais, como também uma condição de exercício dos poderes públicos, cujo bom funcionamento é fiscalizado pelo Provedor.

IV

Para que melhor se compreenda esta última afirmação, não desprezarei a oportunidade de caracterizar muito brevemente a actuação do Provedor de Justiça. Ao fazê-lo não estarei, certamente, a desviar-me do tema proposto.

A designação internacional deste órgão - "*Ombudsman*" remete-nos para a sua origem histórica: a Suécia de princípios do século passado.

Com o "*ombudsman*" pretendeu-se criar um órgão que fiscalizasse o exercício do poder sem dele retirar a sua autoridade: uma autoridade sem poderes legislativos, executivos ou judiciais. O "*ombudsman*" pretende simplesmente fazer-se ouvir, persuadir e convencer, exprimindo com temperança as aspirações do cidadão face ao Poder, recordando o cumprimento da Lei e o respeito pelos direitos fundamentais.

Foi de acordo com estes princípios que em 1975, em Portugal, nasceu um órgão unipessoal a que se chamou Provedor de Justiça. A sua criação foi constitucionalizada em 1976 e rege-se, hoje, pelo Estatuto aprovado pela lei nº 9/91, de 9 de Abril.

O Provedor de Justiça actua em matéria de acções ou omissões dos poderes públicos movido por duas espécies de impulsos. As queixas, reclamações e petições que todos os cidadãos lhe podem apresentar e os processos que desencadeia a partir do que ouve, do que vê e do que julga conveniente e justo.

Não tem nem poderia tê-lo, sob pena de subverter a sua razão de ser, quaisquer poderes de decisão final. Como resultado das suas acções, o Provedor pode apenas formular recomendações - que a terminologia anglo-saxónica conhece como "soft law" - ou dirigir-se ao Tribunal Constitucional a fim de este fiscalizar a constitucionalidade ou ilegalidade de normas, bem como, quando seja o caso, pedir-lhe que verifique a omissão de certa medida legislativa constitucionalmente relevante.

Instrumentalmente e de modo a habilitá-lo, o Provedor possui vastos poderes de inspecção, de informação e inquirição. Tudo isto, de modo discreto e informal.

Quanto à informalidade - que julgo indispensável - tenho tentado, nos meus serviços, que o volume de, aproximadamente, três mil queixas anuais não faça propagar os excessos da burocratização e despersonalização.

Bem se vê, pelo que foi dito, não se cingir a minha actuação ao domínio estrito da legalidade, como de resto a designação indica. Compete ao Provedor não só recomendar e prover ao cumprimento da lei, como também lhe assiste o dever de colaborar no seu aperfeiçoamento, no papel de defensor do cidadão.

V

Retomando agora o que começara por dizer a propósito da Ordem Pública, não deixa de ser viável que o Provedor tem a missão de defender a manutenção da ordem pública - até porque é também um interesse dos cidadãos -, a par da tarefa de fiscalizar a forma como essa ordem é mantida.

Daqui resulta, não raras vezes, uma actividade de mediação. Por isso, não é de estranhar que o meu homólogo francês seja chamado "Médiateur de la Republique".

VI

A ideia de ordem pública, identificada com a preservação das estruturas de conveniência social, tem em si tanto de necessária para a salvaguarda de um sistema livre e pluralista, como de potenciadora de riscos para estes mesmos valores.

A defesa da ordem pública não pode ser vista como um fim em si mesma. Terá sempre de retirar o seu fundamento da garantia dos direitos fundamentais.

Desta consideração permitam-me que enuncie algumas consequências que julgo necessárias.
Ao admitir a ordem pública como garantia das estruturas de convivência social, não será possível invocar este conceito a propósito da salvaguarda de todo e qualquer valor social ou normalmente relevante. A sua invocação, por forma a limitar o exercício de um direito fundamental, terá sempre de basear-se na harmonização com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental.

Observemos dois exemplos. Quando se proíbe uma manifestação de pessoas armadas está a limitar-se um direito dessas pessoas. Invocam-se razões de ordem pública, mas de modo a garantir o direito à segurança e à integridade física dessas pessoas, bem como de todos os outros cidadãos mais ou menos próximos. Quando se faz dispersar uma contramanifestação, está a limitar-se o direito de uns se manifestarem com o mesmo direito de outros, os quais, previamente tinham cumprido o necessário para fazê-lo.

E para que a convivência social não seja perturbado, não é preciso limitar todos e quaisquer direitos. Estão fundamentalmente em jogo apenas as liberdades de reunião, manifestação e circulação.

Refira-se também que nem toda e qualquer perturbação é susceptível de fazer desencadear medidas de manutenção da ordem que limitem o exercício de direitos.

É certo que a democracia e o pluralismo exigem a tutela da ordem pública como situação de convivência pacífica, sem a qual toda a sociedade se desagrega. No entanto,

não há pluralismo sem ser tolerado um certo grau de desordem, desde que não continuada, e a sociedade democrática não implica um acordo, entre todos os seus membros, sobre os seus valores ou as suas instituições.

VII

Recordo agora, a este propósito, uma conversa mantida com alguns dos presentes quando me ofereceram a oportunidade gratificante de visitar a Escola Superior de Polícia.

Falou-se então dos instrumentos jurídicos adequados à prevenção de atentados contra a saúde pública, nomeadamente a propagação do terrível flagelo da SIDA.

Admitindo o fenómeno da prostituição como um meio importante de contágio, discutia-se, então, se não seria justificada uma penalização dessa actividade em razão dos perigos que comporta para a ordem pública, entendida também como salubridade pública.

Não posso deixar esconder a minha quota de responsabilidade na descriminalização da prostituição, como aliás de outras situações anteriormente consideradas desviadas, por exemplo, certos comportamentos sexuais entre adultos, a chamada vadiagem e alguns tipos de mendicidade.
Mantenho-me fiel aos princípios que orientaram a aprovação do actual Código Penal, quando nessa altura era Ministro da Justiça.

Como se refere expressamente no preâmbulo, o Código de 1982 "optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que relevando de particulares mundividências morais e culturais não põem directamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais".

Em lugar de proteger um dos vários códigos de conduta sexual admissíveis que uma sociedade livre e plural tem de tolerar, em lugar de impor uma dada moral sexual - ainda que maioritária - e também em homenagem ao princípio da subsidariedade do Direito Penal, ficou revogado o artº 1º do Decreto-Lei nº 44579, de 19 de Setembro de 1962, o qual estipulava no seu nº 1: "é proibido o exercício da prostituição a partir de 1 de Janeiro de 1963" e a isto acrescentava no seu nº 3: "As prostitutas são equiparadas aos vadios para o efeito de aplicação de medidas de segurança".

Continuo convicto de ser preferível actuar a montante e a jusante do fenómeno: por um lado, reprimindo as agressões à liberdade sexual de cada um e, por outro, actuando na prevenção, sem a confundir com quaisquer formas de repressão antecipada.

É naquele sentido - de tutela da liberdade sexual - que se mantém legítima a punição dos chamados crimes sexuais. Desde a violação ao proxenetismo, passando pelos actos

exibicionistas de ultraje ao pudor, estão em causa a autodeterminação e a liberdade consciente das pessoas; não a sustentação pelo Estado de um quadro de referências de moral sexual, mesmo que reconhecido e respeitado pela maior parte dos cidadãos.

Dir-me-ão, em réplica, que actualmente serão os problemas de difusão das doenças sexualmente transmissíveis, especialmente a SIDA e a hepatite, a justificarem tentativas de regulamentação do fenómeno, assim como uma nova repressão policial-penal.

Mantenho firme, contudo, a mesma posição.

Quanto às teorias regulamentaristas é curioso registar terem elas sido abandonadas em Portugal com a publicação do Decreto-Lei de 1963 que há pouco referi. No seu preâmbulo afirmava-se: "A defesa sanitária assegurada pela regulamentação, vistas as coisas de perto, revelou-se ilusória e ineficiente. A inspecção periódica não se mostra tecnicamente capaz de garantir a não propagação de doenças venéreas e certamente por isso não foi possível notar em qualquer país, que se saiba, uma averiguada influência favorável do regulamentarismo nas estatísticas nosológicas. Acresce que as novas técnicas de serviço social e de acção profilática permitem hoje uma protecção sanitária eficaz, à margem de qualquer regulamentação oficial da prostituição".

No mesmo sentido, mas sem passar pela perseguição do fenómeno, aponta a Convenção das Nações Unidas, de 12 de Dezembro de 1949, para a repressão do tráfico de seres humanos e da exploração da prostituição. Diz-se no artº 7º desta Convenção, ainda não ratificada por Portugal, que as Partes acordam "adoptar medidas necessárias para a revogar ou abolir as leis, regulamentos e práticas administrativas segundo as quais as pessoas que se entregam ou de que há suspeita de se entregarem à prostituição devam inscrever-se em registos especiais, possuir papéis especiais ou conformar-se com condições excepcionais de vigilância ou de declaração".

A propagação reconhecidamente mais célere no seio de grupos marginais não afasta, antes reforça, o argumento de que é aí que começa a prevenção. Prevenir pedagogicamente, sem intimidação e sem fazer esquecer às mulheres e homens que se prostituem serem eles as primeiras vítimas de tais doenças.

Ao Direito Penal restará punir, tão gravemente quanto se revele necessário, a transmissão dolosa ou negligente - tanto pelo lado de quem se prostitui como pelo lado de quem recorre a essa prática e difunde, depois, em meios descomprometidos com os grupos de risco o vírus da SIDA, assim como outras enfermidades transmitidas sexualmente. Isto no seu local próprio - os crimes contra a vida e a integridade das pessoas.

No "aggiornamento" que se pretende levar a cabo com a revisão do Código Penal, inclui-se de forma expressa entre as circunstâncias agravantes dos crimes contra a liberdade sexual, precisamente a transmissão do vírus do síndroma da imuno-deficiência adquirida.

Um determinado efeito de prevenção geral, no sentido positivo da expressão, não deixará, por certo, de verificar-se.

Entendo que apenas se justificarão medidas de polícia ou de coacção a título preventivo, quando se trate de uma situação concreta e efectiva de ameaça.

Aqui, como noutros aspectos, hão-de acautelar-se os excessos de temor pela doença. Parafraseando COSTA ANDRADE, diria que deve evitar-se o excesso de "legitimar a imposição repressiva da conformidade a coberto do incontrolável poder do saber terapêutico".

VIII

Às Polícias cabe neste âmbito uma função demasiado valiosa para que possa ser descurada. Cabe-lhes, no fundo, avaliar com prudência a magnitude das perturbações à ordem pública e o alcance que as medidas a tomar possam ter no tocante à limitação de direitos fundamentais.

Recomendo-lhes, como Provedor de Justiça, se me permitem que o faça aqui, uma actuação ponderada, calma mas corajosa, de homens e mulheres guiados por elevados critérios de razoabilidade.

O perigo de um ou outro acto para a ordem pública e consequentemente para a protecção dos direitos fundamentais deve ser avaliado profissionalmente e nunca, como por vezes é injustamente reclamado pela opinião pública, aos olhos do transeunte médio.

IX

Reconheço a impressividade do tema e o melindre suscitado por alguns aspectos que pretendi focar. Permitam-me então, para terminar, que cite uma passagem de KARL POPPER:[1]

"Na nossa grande missão histórica de criarmos uma sociedade livre e pluralista, nada se afigura tão necessário, hoje em dia, como assumirmos uma atitude que nos permita confrontarmo-nos com as nossas ideias sem nos tornarmos relativistas ou cépticos. E sem perdermos a coragem e a firmeza para lutarmos pelas nossas convicções".

---

[1] KARL POPPER - Em busca de um mundo melhor, Lisboa, 1989, fls. 135.

***

Discurso proferido pelo Provedor de Justiça no colóquio promovido pela "Comissão Coordenadora Permanente dos Sindicatos e Associações dos Profissionais das Forças e Serviços de Segurança"

17 de Abril de 1993, Biblioteca Nacional

Aceitei, como decorrência natural do exercício das funções de Provedor de Justiça, participar neste colóquio subordinado ao tema genérico "As Forças de Segurança e o Desafio da Europa". Com efeito, uma das minhas responsabilidades consiste precisamente na defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais e daí que não me pudesse ser indiferente temas específicos como os da "abertura das fronteiras, segurança interna e comunitária", "sindicalismo das Forças de Segurança" e reestruturação destas.

Já o atribuírem-me a tarefa de presidir e moderar este colóquio terá resultado, ao que me disseram, da circunstância do Provedor de Justiça ser um órgão de Estado independente dos partidos políticos, associações sindicais e outras com características sócio-profissionais. Nesta medida, aquelas presidência e moderação não constituem qualquer honra pessoal, mas tão só - o que julgo importante sublinhar - a homenagem a um cargo essencial num Estado de Direito de cariz social e democrático.

Todavia, como, para além da defesa da justiça, compete ao Provedor a subordinação à lei (sem prejuízo do direito de crítica, como é evidente), faço a seguinte declaração:

a) O artigo 270º da Constituição permite que a lei ordinária restrinja o exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva, assim como o da capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, na estrita medida das exigências das suas funções próprias;

b) Em sequência deste preceito, forma publicados estes diplomas: Lei nº 9/82 (Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas); Decreto-Lei nº 39/90, de 3 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 260/91 (Lei orgânica da Guarda Nacional Republicana); Lei nº 6/90, de 20 de Fevereiro (exercício de direitos do pessoal da Polícia de Segurança Pública); Lei nº 7/90, de 20 de Dezembro (Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública) e Decreto-Lei nº 161/90, de 22 de Maio (Bases Gerais do regime jurídico do exercício de direitos do pessoal com funções policiais).

Resulta desta legislação o seguinte catálogo de proibições (entre outras) para os agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo (é esta a categoria, que não a dos militares, a ter em conta neste momento):

a) a de convocarem reuniões, públicas ou não, de carácter sindical;

b) a de participarem, quando fardados, em reuniões, públicas ou não, de natureza sindical;

c) a de usarem da palavra, fazerem parte da mesa, ou exercerem qualquer outra função em reuniões, públicas ou não, de carácter sindical, quando, trajando civilmente, nelas participem;

d) a de participarem em quaisquer actividades desenvolvidas por associações de carácter sindical;

e) a de convocarem ou participarem em qualquer manifestação de carácter sindical;

f) a de se filiarem em associações de carácter sindical.

Este catálogo decorre da interpretação feita pelo acórdão do Tribunal Constitucional nº 103/87, adaptada a leis posteriores.

Ora, no caso presente, não estamos perante qualquer reunião de carácter sindical, mas tão-só face a um colóquio, no qual, aliás, não participam, embora assistam, agentes militarizados.

Não vi, nem vejo, qualquer obstáculo (pelo contrário) de ordem legal na realização deste colóquio.

Contudo, para que tudo fique bem claro, intervirei logo que veja qualquer atitude que ponha em causa o que deixei referido.

O exposto, embora sinteticamente, foi dito a quem me formulou este convite.

É evidente que os participantes (Drs. Fernandes Antão, Maria Alice Fernandes, Liberal Fernandes, Freitas Raposo e Helena Carreiras) terão toda a liberdade de criticarem as leis vigentes e mesmo a Constituição.

***

Intervenção do Provedor de Justiça no Colóquio "O Provedor Europeu: Aspectos Jurídicos e Perspectivas de Futuro"

Luxemburgo, 18 de Outubro de 1993

Estimados Colegas,
Minhas Senhoras e meus Senhores:

Pediram-me que relatasse um pouco da minha experiência como *Ombudsman*, bem como que caracterizasse em traços tão gerais quanto o permitam quinze minutos, a actividade do órgão para o qual fui eleito há perto de dois anos. Espero assim poder contribuir para a reflexão pretendida sobre o tema que nos foi proposto para estes três dias.

A criação legislativa de um órgão semelhante ao *Ombudsman* sueco ocorreu, em Portugal, há dezassete anos, cerca de um ano após a Revolução de 25 de Abril de 1974, sob a designação de *Provedor de Justiça*. Em 1976, recebeu consagração constitucional o direito de recorrer ao Provedor de Justiça e no ano seguinte veio a ser aprovado o seu primeiro estatuto, o qual seria mantido em vigor até 1991, altura em que a Assembleia da República votou favoravelmente o estatuto actualmente vigente.

A Constituição Portuguesa de 1976, embora haja resultado de um compromisso difícil entre as várias forças políticas com representação na Assembleia Constituinte, não se furtou a consagrar um extenso rol de direitos fundamentais, os quais exigiam mecanismos de garantia da sua efectividade. Os valores da democracia representativa e do Estado de direito, o respeito integral pelos direitos e legítimos interesses dos cidadãos, revelavam-se, nesses tempos, tão embrionários quanto frágeis e, principalmente, situados à margem de uma Administração Pública fechada sobre si mesma, autoritária, lenta e pouco eficaz.

Neste contexto, além do mais dominado por frequentes perturbações pós-revolucionárias que alteravam em poucas horas os rumos do País, a instituição do Provedor de Justiça não pôde deixar de ser vista com alguma esperança.

Julgo que essa esperança não foi vã. Na verdade, sou já o sexto titular do órgão e pude assistir aos seus dezoito anos - que em Portugal conferem a maioridade.

Nos seus traços essenciais, o Provedor de Justiça parte da matriz escandinava do *Ombudsman*. No seu desenvolvimento, destacam-se múltiplas diversidades, as quais atribuem ao órgão algumas características ímpares, mesmo entre os seus homólogos mais próximos.

O Provedor de Justiça afirma-se assim, como um órgão unipessoal, eleito parlamentarmente por maioria qualificada e a quem são conferidas garantias de independência e inamovibilidade. Intervém a partir de queixas que lhe sejam dirigidas pelos seus concidadãos ou por iniciativa própria, nomeadamente com base nos factos noticiados pela comunicação social. Em qualquer caso, deve utilizar meios informais e céleres.

Compreendeu-se em Portugal, como aliás em outros países, não deverem as garantias dos particulares face à Administração ficar cingidas ao controlo da legalidade exercido pelos Tribunais. Compreendeu-se também que o mérito da decisão administrativa resulta não tanto da estrita prossecução do interesse público na satisfação das necessidades colectivas, como do seu compromisso com o respeito pelos direitos e interesses legítimos das pessoas.

Por estas razões pode ler-se no Estatuto de 1991 que a par da defesa da legalidade fica o Provedor de Justiça incumbido de assegurar a justiça no exercício dos poderes públicos, visando as suas intervenções prevenir e reparar injustiças.

De acordo com estes pressupostos e, fundamentalmente, pela ausência de competências dispositivas - a nossa melhor garantia de êxito - as intervenções do *Ombudsman* português resumem-se a três categorias : os poderes de iniciativa no sistema de fiscalização da constitucionalidade, as participações ao Ministério Público e as recomendações.

A montante destes actos, encontramos um vasto conjunto de poderes instrumentais : pedidos de informação a todos os poderes públicos, direito de inspecção, de consulta de arquivos e todos os registos. Como última garantia do respeito pelos poderes de investigação e instrução fica a cominação com o crime de desobediência a uma ordem legítima. Continuo sem ter tido necessidade de recorrer a este meio, contudo, já por mais de uma ocasião, obtive bons resultados de cooperação a partir da simples transcrição da norma que o prevê.

Referi, em primeiro lugar, as competências no domínio da justiça constitucional. Elas significam, antes de mais, uma responsabilização do Provedor de Justiça na garantia das normas e princípios constitucionais. Como porventura saberão, em Portugal existe um sistema de fiscalização abstracta e concentrada num Tribunal Constitucional, a par de um modelo difuso, concreto e incidental. A legitimidade processual activa, no sistema abstracto de fiscalização sucessiva cabe a um núcleo muito restrito de entidades, no qual se inclui o Provedor de Justiça. De resto, no que respeita à fiscalização da constitucionalidade por omissão de medidas legislativas adequadas, apenas o Presidente da República e o Provedor de Justiça a podem desencadear.

No ano em curso recorri já por doze vezes ao Tribunal Constitucional e segundo as estatísticas o Provedor de Justiça é o órgão requerente com maior número de iniciativas. Estiveram em causa problemas de disciplina militar, de taxas que ocultavam verdadeiros impostos, restrições de acesso a documentos administrativos, um caso de discriminação dos homens em benefício das mulheres na atribuição de pensões, outro de discriminação

dentro do conjunto dos militares deficientes da Guerra Colonial e, há poucos dias, a omissão por parte da Assembleia da República em legislar sobre o direito de acção popular, com um atraso de muitos anos.

Em segundo lugar, conforme referi, estão as recomendações. Estes actos não se resumem a meras exortações ao cumprimento da legislação em vigor, nem tão pouco à sua interpretação. Entendo que a actividade do Provedor de Justiça perderia parte substancial da sua importância, caso não pudesse sugerir alterações às leis e regulamentos, quando na sua aplicação revelem deficiências de técnica jurídica ou se mostrem iníquas. As recomendações vão, pois, desde o nível concreto e individual da reintegração de um funcionário ou do pagamento de uma pensão até às modificações à lei geral do ruído ou as relativas ao sistema indemnizatório dos portadores de hemofilia seropositivados em estabelecimentos públicos de saúde. Em muitos outros casos, as recomendações visam a melhoria da qualidade dos serviços - a instalação de um telefone num Tribunal de menores, a mudança de itinerário de uma carreira de transporte público urbano.

Tenho procurado imprimir celeridade à formulação de recomendações, tirando benefício da informalidade dos meios usados. À qualidade e coerência da argumentação expendida que a falta de poderes dispositivos nos faz exigir, permito-me aduzir a rápida capacidade de resposta, recorrendo tantas vezes à nossa mais prestimosa aliada - a comunicação social. São estes os trunfos de quem procura agir em nome do império da razão e nem sempre em sintonia com a razão do império.

Em terceiro lugar, reportar-me-ei às participações ao Ministério Público. Neste domínio não se trata apenas de participações criminais. Estão também em causa impugnações de normas junto dos Tribunais administrativos e a obtenção da declaração de nulidade de cláusulas contratuais gerais. Quanto à impugnação de normas regulamentares, recentemente tive de comunicar ao Senhor Procurador Geral da República que intentasse a invalidação de uma deliberação municipal que discriminava a etnia cigana. Pretendia-se, inclusivamente, que tais cidadãos abandonassem o concelho em questão. Como as autoridades municipais tardassem em acatar a recomendação por mim formulada, participei de imediato. Quanto à impugnação de cláusulas contratuais gerais abusivas ou simplesmente contrárias à boa-fé, considero muito relevante a intervenção do Provedor, porquanto diariamente recebo queixas onde se levantam problemas de ofensas aos direitos dos consumidores. Sem prejuízo da estreita colaboração que os meus serviços têm mantido com o Ministério Público, vejo com bons olhos a possibilidade de poder o Provedor de Justiça recorrer aos Tribunais sem a interposição do Ministério Público, tal como de vir a ter uma palavra a dizer no sistema de acção popular, ao qual já fiz referência.

Por fim e muito embora não haja qualquer expressa menção no estatuto a este propósito, importa considerar o papel de mediação.

Se dúvidas houvesse quanto ao relevante papel a desempenhar pelos *Ombudsmen* neste campo, bastaria recordarmo-nos da designação do nosso homólogo francês. Propus ao Senhor Ministro do Mar iniciar dentro em breve um procedimento de mediação, com

vista à elaboração de um regime laboral justo para os pescadores portugueses. Por isso, quando há dias uma jornalista me questionava sobre se eu seria uma força de bloqueio à acção governativa lhe pude retorquir serenamente que, pelo contrário, o Provedor de Justiça é uma força de desbloqueio entre o Estado e a sociedade.

Pretendo, agora, debruçar-me um pouco sobre alguns dos desafios que se colocam presentemente ao *Ombudsman* português, os quais, estou em crer, serão partilhados por muitos de vós.

Desde 1976 até há pouco, acreditou-se, embora sem convicção que a actuação do Provedor de Justiça deveria confinar-se à Administração Pública, deixando de lado os Tribunais e o Ministério Público; deveria cingir-se aos direitos liberdades e garantias, deixando à margem os direitos sociais, económicos e culturais, bem como os interesses difusos; não deveria, em caso algum, estender a sua actuação aos conflitos entre pessoas privadas.

Tal entendimento não me parece correcto, desde logo, por não se mostrar coerente com as vastas possibilidades oferecidas pelo nosso texto constitucional à intervenção do *Ombudsman*. Aliás, quando há pouco considerei que esta ordem de ideias não era convictamente sustentada, baseava-me no simples facto de o actual estatuto, aprovado pela Assembleia da República em 1991, ter deixado várias portas abertas a uma actuação mais intensa e cobrindo âmbitos mais extensos.

Neste sentido, veio fazer intervir o Provedor de Justiça na protecção dos interesses difusos. Esta área foi objecto de um programa ecológico próprio e nele fiz incluir a cooperação entre os *Ombudsmen* de países vizinhos, nomeadamente por forma a prover a resolução, pelo menos em parte, de certos problemas de poluição transfronteiriça e de rios comuns.

Por outro lado, o Art. 2º do estatuto apenas consagrou uma tipologia exemplificativa do âmbito de intervenção do Provedor de Justiça : **" os serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público ".** À partida não serão, pois, de excluir os Tribunais, excepto quanto aos poderes de inspecção e fiscalização (art. 22º, nº 2). Todavia, mesmo quanto a estas inspecções, podem ser exercidas relativamente às actividades administrativas daqueles Tribunais.

Relativamente à intervenção no domínio privado, tenho para mim como necessário que o Provedor de Justiça lance mão dos instrumentos ao seu alcance, pelo menos sempre que esteja em causa a preservação de direitos, liberdades e garantias em relações especiais de autoridade. Tal foi o caso de uma grande empresa do sector financeiro que se recusava sistematicamente a admitir cidadãos do sexo masculino ao seu serviço. O *Ombudsman* foi chamado a intervir e não vejo que alguém levasse a mal uma recomendação dirigida à própria empresa. De todo o modo, foram os meus serviços chamados a cooperar na elaboração de um regime jurídico que dificulte a utilização da autonomia privada com fins contrários aos propugnados pela Constituição. Se mais não

fosse, esta intervenção justificar-se-ia pela regra constitucional portuguesa de os direitos, liberdades e garantias vincularem também as entidades privadas. Assim, entendo e tenho vindo a defendê-lo que também os meios graciosos de protecção destes direitos fundamentais se devem estender aos domínios do Direito Privado.

Para terminar, julgo devermos estar atentos ao já chamado movimento de *ombudsmania*. Na medida em que a proliferação de *Ombudsmen* possa pôr em causa a eficácia da instituição, quer pela dispersão quer pela sobreposição de esforços que por tantas vezes criticamos nas Administrações dos nossos países, ela deve ser evitada ou quando muito deverá ser orientada e coordenada pelo *Ombudsman* eleito pelo Parlamento nacional.

Os *Ombudsmen* nacionais de há muito que aprenderam a cooperação com sistemas regionais e até locais. O novo desafio surge na vertente supranacional, com a instituição de um Provedor europeu, agora consagrado por via do Tratado de Maastricht, no seu Art. 138º-E. Interessará, desde logo, receber o *Ombudsman* europeu, não apenas como mais um *Ombudsman*, mas sim como um órgão cujas competências se estendem a áreas onde nós não tínhamos qualquer intervenção e com as quais o cidadão europeu vai mantendo um número cada vez maior de relações.

Os cidadão europeu já não é apenas um agente económico que procura tirar partido do alargamento dos mercados. É também e cada vez mais um agente cultural, um sujeito de direitos políticos e sociais, que importa preservar das situações de má administração.

Ninguém estranhará, até porque isso já tem sucedido, a ocorrência de conflitos positivos e negativos de competência entre as Administrações dos Estados membros e as instituições administrativas europeias, dos quais o cidadão é ou será quase sempre o maior prejudicado. Espera-se da comunidade europeia de *Ombudsmen* que dê aqui um bom exemplo de estreita cooperação, evitando toda a espécie de atritos com o Provedor europeu e oferecendo um bom contributo à construção da unidade europeia. Tal contribuição terá de passar, segundo creio, pela acção exercida sobre as Administrações dos nossos países, para que se não furtem às suas responsabilidades no plano supranacional. Do lado do Provedor europeu, teremos de esperar o mesmo.

O primeiro interesse comum europeu é, por natureza, o da defesa dos Direitos do Homem. Ele está na nossa cultura , encontra profundo eco na civilização cristã humanista e talvez por isso tenha conduzido a uma das primeiras manifestações de verdadeira união europeia : a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Em nome do meu País cabe-me, pois, saudar a nova instituição europeia e nela depositar a esperança de uma Europa unida, livre e participada.

ACTIVIDADE PROCESSUAL
ÍNDICE SISTEMÁTICO

ACÇÃO POPULAR

-Omissão. Lei. Inconstitucionalidade (IP 44/93)

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

-Custas. Isenção. Instituição Particular de Solidariedade Social (R 3042/92)

-Indemnização. Vítima. Crime Violento(R-1956/92)

-Tribunal. Pagamento de Honorários. Perito (R-2201/90)

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

-Acto Administrativo. Nulidade. Acto Consequente. (R-624/90)

-Concurso Público. Fornecimento. Publicidade. Direito à Informação (R-1295/93)

-Procedimento Administrativo. Deliberação. Órgãos Colegiais. Quorum (IP 23/92)

-Procedimento Administrativo. Direito à Informação. Redução a Escrito (IP-30/90)

AMBIENTE

-Indústria Incómoda e Poluente. Regime. Oficina Reparação de Automóveis. Lavandaria. Armazém de Produtos Tóxicos (IP-42/93)

-Paisagem. Habitação Clandestina (R-321/91)

-Ruído. Regime. Prevenção (IP-41/93)

COMÉRCIO

-Feiras e Mercados. Taxa. Duplicação (R-1212/90)

CONSUMIDORES

-Taxa de Conservação de Esgotos. Prazo. Juros de Mora. Reembolso (R-2152/92)

CONTRIBUIÇÕES E IMPOSTOS

-Contribuição Predial. Autárquica. Benefício Fiscal (R-2567/92)

-Contribuição Predial. Autárquica. Duplicação de Colecta. Reembolso (R-2214/93)

-Contribuição Predial. Autárquica. Erro. Reclamação (R-2402/92)

-Imposto Profissional. Juros. Amnistia (R-728/92)

-Imposto Profissional. Multa. Prescrição (R-2474/90)

-I. R. S. Atraso. Benefício Fiscal. (R-1340/93)

-I. R. S. Atraso. Reembolso (R-116/93)

-I. R. S. Isenção. Deficiente. Rendimentos de Pensões (R-676/90)

-I. R. S. Mínimo de Existência (R-1435/92)

-I. R. S. Pagamento em Prestações. Duplicação de Colecta (IP-62/92)

-I. V. A. Regime de Isenção (R-1311/93)

-Processo de Contribuições e Impostos. Prazo de Reclamação(IP-51/93)

-Tarifa Água. Adicional. Imposto. Reserva de Lei
(R-2124-B-4/84;DI-118
R-1328-B-4/85; D. I. -118
R-1789/87; D. I. -118)

-Tarifa Eléctrica. Adicional. Imposto. Reserva de Lei (R-2226/85; D. I. -91)

CULTURA E COMUNICAÇÃO E COMUNICAÇÃO SOCIAL

-Cinema. Assistência Financeira. Direito à Informação (R-2313/91)

-Televisão. Horário Especial. Pornografia (R-558/91)

DESPORTO

-Instalações Desportivas. Competência Legislativa. Indemnização (R-1097/90; DI-56)

EDUCAÇÃO E ENSINO

-Ensino Superior. Politécnico. Acesso. Dever de Fundamentação. Recurso (R-2732/92)

-Ensino Universitário. Acesso. Prova Específica. Acesso a Documentos (IP-31/93)

-Ensino Universitário. Isenção. Propinas. Militar. Condecoração (R-540/93)

EXPROPRIAÇÃO E REQUISIÇÃO DE BENS

-Direito de Propriedade. Parque Natural. Jus aedificandi (R-533/92; DI-7)

-Reforma Agrária. Indemnização. Publicação de Portaria (R-159/85-A-2)

FUNÇÃO PÚBLICA

-Carreira. BAD. Técnico Superior. Estágio de Ingresso. Contagem do Tempo de Serviço (R-2394/92)

-Carreira. Diplomática. Concurso. Regime. Acesso a Documentos. Direito à Informação (R-1033/89; DI 29)

-Carreira. Professor. Novo Sistema Retributivo. Exame de Estado. Equiparação. Igualdade (R-2454/92)

-Carreira. Professor. Novo Sistema Retributivo. Transição. Regime. Igualdade. Proporcionalidade (R-3261/91)

-Carreira. Técnico de Diagnóstico e Terapêutica. Reclassificação. Regime Transitório. Igualdade (R-1529/89)

-Carreira. Técnico de Diagnóstico e Terapêutica. Reclassificação. Regime Transitório. Igualdade(R-1529/89)

-Carreira de Técnico de Diagnóstico e Terapêutica. Reclassificação. Regime Transitório. Igualdade (IP-15/88)

-Colocação. Periferia. Preferência. Cônjuges. Universalidade (R-1678/86)

-Comissão de Trabalhadores. Participação. Legislação do Trabalho. Lei de Autorização Legislativa (R-535/92;DI-6);(R-586/92;DI-9)

-Concurso. Acesso. Graduação. Relevância da Classificação de Serviço (R-1375/88)

-Concurso. Chefe de Serviço. Nomeação. Erro. Reforma do Acto (R-2858/90)

-Concurso. Enfermeiro. Contagem do Tempo de Serviço (R-1420/93)

-Concurso. Exclusão. Objectividade de Critérios. Imparcialidade (R-2175/85)

-Concurso. Médico. Classificação. Recurso. Dever de Decisão (R-380/92)

-Concurso. Médico. Imparcialidade. (R-1046/93)

-Concurso. 1 Oficial. Lugar Não Provido. Dever de Colocação. Poder Vinculado (R-1317/87)

-Curso de Formação. Dever de Informação. Publicidade (R-2413/91)

-Direito à Carreira. Técnico Profissional. Antiguidade. Preterição (2339/85-A-2)

-Diuturnidades. Contagem do Tempo de Serviço. Igualdade (R-1815/90)

-Diuturnidades. Prova. Pagamento. Retroactivo (R-2424/85)

-Equiparação a Bolseiro. Competência. Dever de Decisão (R-2417/90)

-Escola. Pessoal não Docente. Conselho Directivo. Gratificação. Horário de Trabalho. Redução. Igualdade. (R-166/93)

-Extinção de Organismo. Mudança de Quadro. Reconversão Profissional (R-1215/90)

-Extinção de Serviço. Carreira Especial. Mudança de Quadro. Integração. Emolumentos. Igualdade (R-2680/91)

-Horário. Trabalho Nocturno. Remuneração. Tutela da Confiança (R-1850/89)

-Inspector. Serviço Nacional de Bombeiros. Subsídio. Regime. Igualdade (R-1657/90)

-Lista de Antiguidade. Dever de Publicação. Prazo (R-2747/92)

-Médico. Destacamento. Periferia (R-2440/93) p366
(R-2440/90) p631

-Ordem Religiosa. Contagem de Tempo de Serviço. Igualdade. Direito à Segurança Social (IP-115/80)

-Pensão de Sobrevivência. Suspensão da Pensão. Direito à Sobrevivência (R-3145/92)

-Tolerância de Ponto. Carnaval. Tutela da Confiança (R-448/93)

-Tribunal. Escriturário Judicial. Remuneração. Igualdade (R-2534/88; DI-50)

-Tribunal. Secretário Judicial. Classificação de Serviço. Limite de Idade. Regime Transitório (R-3019/93)

FUNÇÃO PÚBLICA. ADMINISTRAÇÃO LOCAL

-Carreira. Pessoal Dirigente. Contagem de Tempo de Serviço. Igualdade. Administração Central (R-2054/91)

-Diuturnidades. Requerimento. Falta de Assinatura. Princípio da Colaboração. Dever de Boa-Fé (R-2087/86)

-Inelegibilidade. Agente Administrativo. Interpretação da Lei (R-213/91)

FUNÇÃO PÚBLICA. SEGURANÇA SOCIAL

-Direito à Carreira. Técnico Superior. Serviço Social. Integração(R-2496/92)

-Substituição. Pessoal Dirigente. Diferencial Remuneratório. Técnico Superior. Enriquecimento sem causa (R-3273/91)

INDÚSTRIA E ENERGIA

-Combustível. Área de Serviço. Licenciamento. Direito à Informação (R-2343/92)

-Propriedade Industrial. Atraso. Registo. Patente. Invento (R-2115/92)

MAGISTRADOS

-Antigo Auxiliar de Juíz. Acesso à Carreira. Auditor de Justiça (R-1975/93)

-Remuneração. Congelamento. Escalões. Limite Remuneratório. Igualdade (R-2724/92)

MILITARES

-Direito à Carreira. Progressão. Quadro Especial de Oficiais. Igualdade (R-1584/89) DI-37

-Força Aérea. Suplemento. Reclassificação. Princípio da Legalidade. Regulamento (R-93/92)

-Justiça Militar. Reformatio in Pejus(R-884/89)

-Liberdade Sindical. Funcionário Civil (R-670/89)

-Serviço Militar. Cumprimento de Pena Disciplinar. Condições de Detenção. Salubridade (R-1784/91)

-Serviço Militar Obrigatório. Contagem de Tempo de Serviço. Licença Registada. Aposentação (IP 5/88; R-1056/92)

-Serviço Militar Obrigatório. Isenção. Igualdade. Distribuição de Recursos. Serviço Cívico(R-1750/93)

-Tribunais Administrativos. Tribunais Militares. Competência. Direito ao Recurso Contencioso. Direito à Reclamação (R-63/91)

MINORIAS

-Igualdade. Discriminação de Etnia. Expulsão (IP-15/93)

REGISTOS E NOTARIADO

-Registo Automóvel. Emolumentos. Dever de Boa-Fé. Reembolso (R-700/85-B-1)

-Registo Civil. Acidente de Viação. Óbito. Erro. Identificação (R-1801/91)

SAÚDE

-Assistência Hospitalar. Sangue. Transfusão. Vítima. SIDA. Indemnização. Ónus da Prova (R-1639/91)

-Assistência Médica. Funcionário Público. Clínica Privada. Pagamento. (R-623/88)

-Farmácia. Licenciamento . Indeferimento (R-2057/92)
-Farmácia. Localização. Distância. Concurso (R-1948/92)

SEGURANÇA PÚBLICA

-Detenção. Abuso de Autoridade (R-3858/91)

-Dever de Diligência. Identificação. Suspeito (R-1620/93)

SEGURANÇA SOCIAL

-Contribuição de Segurança Social. Tempo de Serviço. Retroactivos. Prova (R-2731/90)

-Deficiente das Forças Armadas. Pensão de Invalidez. Discriminação(R-1321/89)

-Descontos. Incidência. Cálculo de Pensão (R-1856/90)

-Doença. Subsídio de Doença. Ausência do Domicílio. Suspensão (IP-52/90)

-Ex-Funcionário Ultramarino. Aposentação. Prazo. Requerimento. Regime (R-3361/92)

-Família. Abono de Família. Candidato ao Ensino Superior (R-2074/90)

-Junta Médica. Decisão. Subsídio de Doença. Direito à Informação. Notificação (R-1166/91)

-Junta Médica. Insuficiência Económica. Pagamento de Encargos (IP-43/89)

-Pensão. Acidente de Trabalho. Regime. Pagamento (R-17/91)

-Pensão de Aposentação. Acumulação de Pensões. Pensão Provisória. Suspensão (R-3144/91)

-Pensão de Aposentação. Atraso. Obtenção de Documentos. Serviço Consular (R-3083/91)

-Pensão Aposentação. CTT. Regime Voluntário. Tutela da Confiança (R-2694/92)

-Pensão de Aposentação . Professor. Ensino Básico. Regime. Revisão. Igualdade (R-2498/92)

-Pensão. Reforma. Acumulação. Espanha. Defensor Del Pueblo (R-2720/88)
-Pensão de Sobrevivência. Cônjuge Sobrevivo. Discriminação. Sexo Masculino (R-846/89)

-Pensão de Sobrevivência. União de Facto. Atraso na Regulamentação (R-2373/93)

-Pensão de Sobrevivência. União de Facto Subsídio por Morte (R-838/91)

-Pensionista. Assistência Médica. Acumulação. Opção (R-269/92)

-Serviço Doméstico. Inscrição. Trabalho Benévolo(R-2078/90)

-Serviços Sociais. C. T. T. Inscrição. Cônjuges (R-630/88)

-Subsídio de Desemprego. Suspensão do Contrato de Trabalho. Prova. Dever de Boa-Fé (R-898/88)

-Tempo de Serviço. Regime Transitório. Aposentação. Igualdade (R-2268/83)

TRABALHO. EMPRESAS PÚBLICAS

-Disciplina . Suspensão Preventiva. Vencimento. Caixa Geral de Depósitos. Arguido. Presunção de Inocência (R-3214/87; D. I. 164)

-Negociação Colectiva. Bloqueio. CTT. Sindicatos (R-3595/91)

-Processo Disciplinar. C. P. Arguido. Direito de Defesa. Exclusão de Concurso (R-2646/88)

TRABALHO. SECTOR PRIVADO

-Contrato de Trabalho. Termo Certo. Denúncia. Trabalhador Deficiente (R-1574/93)

-Despedimento Colectivo. Indemnização. Companhia Portuguesa das Pescas (R-783/85)

-Instituição Particular de Segurança Social. Relações Colectivas de Trabalho (R-1076/92)

-Pensão de Invalidez. Suspensão. Direito à Informação. Dever de Fundamentação (R-3320/91)

TRANSPORTES

-Automóvel de Aluguer . Passageiros. Concurso. Licenças. Princípio da Legalidade. Regulamento. Inconstitucionalidade Superveniente (R-1410/92; D. I. -31

-Bloqueamento. Viatura. Pricípio da Legalidade. Município (R-3206/87)

-Colectivos. Carris. Carreira Urbana. Percurso. Alteração (R-2514/91)

URBANISMO E OBRAS

-Embargo. Levantamento. Domínio Hídrico. Irrelevância (R-93/91)

-Licença de Construção. Construção Ligeira. Contra-ordenação. Legalização. Município (R-977/92)

-Obras Públicas. Empreitadas. Regime. Caderno de Encargos. Custos. Direito Comunitário (IP-13/91)

-Notificação. Alvará. Deferimento Tácito. Direito à Informação (R-1391-B-4/84) 4

ACTIVIDADE PROCESSUAL
ÍNDICE CRONOLÓGICO

-IP 115/80 (409) (**Função Pública**. Ordem Religiosa. Contagem de Tempo de Serviço. Igualdade. Direito à Segurança Social)

-R-2268/83 (315) (**Segurança Social**. Tempo de Serviço. Regime Transitório. Aposentação. Igualdade)

-R-1391-B-4/84 (556) (**Urbanismo e Obras**. Notificação. Alvará. Deferimento Tácito. Direito à Informação)

-R-2124-B-4/84;D. I. -118 (34) (**Contribuições e Impostos**. Tarifa Água. Adicional. Imposto. Reserva de Lei)

-R-159/85(376) (**Expropriação e Requisição de Bens**. Reforma Agrária. Indemnização de Portaria)

-R-700/85-B-1 (520) (**Registos e Notariado**. Registo Automóvel. Emolumentos. Dever de Boa-Fé. Reembolso)

-R-783/85 (**Trabalho. Sector Privado**. Despedimento Colectivo . Indemnização. Companhia Portuguesa das Pescas)

-R-1328-B-4/85:D. I. -118 (34) (**Contribuições e Impostos**. Tarifa Água. Adicional. Imposto. Reserva de Lei)

-R-2175/85 (566) (**Função Pública**. Concurso. Exclusão. Objectividade de Critérios. Imparcialidade)

-R-2226/85;DI-91 (109) (**Contribuições e Impostos**. Tarifa Eléctrica. Adicional. Imposto. Reserva de Lei)

-R-2339/85-A-2 (564) (**Função Pública.** Direito à Carreira. Técnico Profissional. Antiguidade. Preterição)

-R-2424/85 (553) (**Função Pública**. Diuturnidades. Prova. Pagamento. Retroactivo)

-R-1678/86 (335) (**Função Pública.** Colocação. Periferia. Preferência. Cônjuges. Universalidade)

-R-2087/86(515) (**Função Pública. Administração Local.** Diuturnidades. Requerimento. Falta de Assinatura. Pricípio da Colaboração. Dever de Boa-Fé)

-R-1317/87 (534) (**Função Pública.** Concurso. 1 Oficial. Lugar não Provido. Dever de Colocação. Poder Vinculado)

-R-1789/87;D. I. -118 (34) (**Contribuições e Impostos.** Tarifa Água. Adicional. Imposto. Reserva de Lei)

-R-3206/87(481)(**Transportes.** Bloqueamento. Viatura. Princípio da Legalidade. Município)

-R-3214/87;D. I. -164(121)-(**Trabalho. Empresas Públicas.** Disciplina. Suspensão Preventiva. Vencimento. Caixa Geral de Depósitos. Presunção de Inocência)

-IP-5/88 (506) (**Militares.** Serviço Militar Obrigatório. Tempo de Serviço. Licença Registada. Aposentação)

-IP-15/88 (461) (**Função Pública.** Direito à Carreira. Técnico Auxiliar de Diagnóstico)

-R-623/88 (614) (**Saúde.** Assistência Médica. Funcionário Público. Clínica Privada. Pagamento)

-R-630/88 (504) (**Segurança Social.** Serviços Sociais. C. T. T. Inscrição. Cônjuges)

-R-898/88 (617) (**Segurança Social.** Suspensão do Contrato de Trabalho. Prova. Dever de Boa-Fé)

-R-1375/88 (579) (**Função Pública.** Concurso. Acesso. Graduação. Relevância da Classificação de Serviço)

-R-2534/88;DI-50(486)(**Função Pública.** Tribunal. Escriturário Judicial. Remuneração. Igualdade)

-R-2646/88 (513) (**Trabalho. Empresas Públicas.** Processo Disciplinar. C. P. Arguido. Direito a Defesa. Exclusão de Concurso)

-R-2720/88 (613) (**Segurança Social.** Pensão. Reforma. Acumulação. Espanha. Defensor Del Pueblo)

-IP-43/89 (509) (**Segurança Social.** Junta Médica. Insuficiência Económica. Pagamento. Encargos)

-R-670/89 (557) (**Militares.** Liberdade Sindical. Funcionário Civil)

-R-846/89 (472) (**Segurança Social**. Pensão de Sobrevivência. Cônjuge Sobrevivo. Discriminação. Sexo Masculino)

-R-884/89 (281) (**Militares.** Justiça Militar. Reformatio in Pejus)

-R-1033/89;DI-29 (191) (**Função Pública**. Carreira Diplomática. Regime. Acesso a Documentos. Direito à Informação)

-R-1321/89 (128) (**Segurança Social.** Deficiente das Forças Armadas . Pensão de Invalidez. Discriminação)

-R-1529/89 (463) (**Função Pública.** Carreira. Técnico de Diagnóstico e Terapêutica. Reclassificação. Regime Transitório. Igualdade)

-R-1529/89 (459) (**Função Pública.** Carreira. Técnico de Diagnóstico e Terapêutica. Reclassificação. Regime Transitório. Igualdade)

-R-1584/89; DI 37 (200) (**Militares.** Direito à Carreira. Progressão. Quadro Especial de Oficiais. Igualdade)

-R-1850/89 (537) (**Função Pública.** Horário. Trabalho Nocturno. Remuneração. Tutela da Confiança)

-IP-30/90 (464) (**Administração Pública.** Procedimento Administrativo. Direito à Informação. Redução a Escrito)

-IP-52/90 (477) (**Segurança Social.** Doença. Subsídio de Doença . Ausência de Domcílio. Suspensão)

-R-624/90 (332)(**Administração Pública.** Acto Administrativo. Nulidade. Acto Consequente)

-R-676/90 (500) (**Contribuições e Impostos.** I. R. S. Isenção Deficiente. Rendimentos de Pensão)

-R-1097/90; DI-56 (252) (**Desporto.** Instalações Desportivas. Competência Legislativa. Indemnização)

-R-1212/90 (507) (**Comércio.** Feiras e Mercados. Taxa. Duplicação)

-R-1215/90 (330) (**Função Pública.** Extinção de Organismo. Mudança de Quadro. Reconversão Profissional)

-R-1657/90 (318) (**Função Pública.** Inspector Serviço Nacional de Bombeiros. Subsídio. Regime. Igualdade)

-R-1815/90 (537) (**Função Pública.** Diuturnidades. Contagem de Tempo de Serviço. Igualdade)

-R-1856/90 (497) (**Segurança Social.** Descontos. Incidência. Cálculo de Pensão)

R-2074/90 (469) (**Segurança Social.** Família. Abono de Família. Candidato ao Ensino Superior)

-R-2078/90 (626)(**Segurança Social.** Serviço Doméstico Inscrição. Trabalho Benévolo)

-R-2201/90 (547) (**Administração da Justiça.** Tribunal. Pagamento de Honorários. Perito)

-R-2417/90 (574) (**Função Pública.** Equiparação a Bolseiro. Competência. Dever de Decisão

-R-2440/90 (**Função Pública.** Médico. Destacamento. Periferia)

-R-2474/90 (611) (**Contribuições e Impostos.** Imposto Profissional. Multa. Prescrição)

-R-2731/90 (522) (**Segurança Social.** Contribuição de Segurança Social. Tempo de Serviço. Retroactivos. Prova)

-R-2858/90 (549) (**Função Pública.** Concurso. Chefe de Serviço. Nomeação. Erro. Reforma do Acto)

-IP-13/91 (338) (**Urbanismo e Obras.** Obras Públicas. Empreitadas. Regime. Caderno de Encargos. Custos. Direito Comunitário)

-R-17/91 (422) (**Segurança Social.** Pensão. Acidente de Trabalho. Regime. Pagamento)

-R-63/91 (154) (**Militares.** Tribunais Administrativos. Tribunais Militares. Competência. Direito ao Recurso Contencioso. Direito a Reclamação)

-R-93/91 (525) (**Urbanismo e Obras.** Embargo. Levantamento. Domínio Hídrico. Irrelevância)

-R-213/91(438)(**Função Pública. AdministraçãoLocal.** Inelegibilidade. Agente Administrativo. Interpretação da Lei)

-R-321/91 (597) (**Ambiente.** Paisagem. Habitação Clandestina)

-R-558/91 (**Cultura e Comunicação Social**. Televisão. Horários Especiais. Pornografia)

-R-838/91 (398) (**Segurança Social.** Pensão de Sobrevivência. União de Facto. Subsídio por Morte)

-R-1166/91 (624) (**Segurança Social.** Junta Médica. Decisão. Subsídio de Doença. Direito à Informação. Notificação)

-R-1639/91 (283) (**Saúde.** Assistência Hospitalar. Sangue. Transfusão. Vítima. SIDA. Indemnização. Ónus da Prova)

-R-1784/91 (531) (**Militares.** Serviço Militar. Cumprimento de Pena Disciplinar. Condições de Detenção. Salubridade)

-R-1801/91 (560) (**Registos e Notariado.** Registo Civil. Acidente de Viação. Óbito. Erro. Identificação)

-R-2054/91 (467) (**Função Pública. Administração Local.** Carreira. Pessoal Dirigente. Contagem do Tempo de Serviço. Igualdade. Administração Central)

-R-2313/91 (413) (**Cultura e Comunicação Social.** Cinema. Assistência Financeira. Direito à Informação)

-R-2413/91 (568) (**Função Pública.** Curso de Formação. Dever de Informação. Publicidade)

-R-2514/91 (561) (**Transportes.** Colectivos. Carris. Carreira Urbana. Percurso. Alteração)

-R-2680/91 (487) (**Função Pública.** Extinção de Serviço. Carreiras Especiais. Mudança de Quadro. Integração. Emolumentos. Igualdade)

-R-3083/91 (517) (**Segurança Social.** Pensão de Aposentação. Atraso. Obtenção de Documentos. Serviço Consular)

-R-3144/91 (518) (**Segurança Social.** Pensão de Aposentação . Acumulação de Pensões. Pensão Provisória. Suspensão)

-R-3261/91 (451) (**Função Pública.** Carreira. Professor. Novo Sistema Retributivo. Transição. Regime. Igualdade. Proporcionalidade)

-R-3273/91 (621) (**Função Pública. Segurança Social.** Substituição. Pessoal Dirigente. Diferencial Remuneratório. Técnico Superior. Enriquecimento sem Causa)

-R-3320/91 (530) (**Trabalho. Sector Privado.** Pensão de Invalidez. Suspensão. Direito à Informação. Dever de Fundamentação)

-R-3595/91 (512) (**Trabalho. Empresas Públicas.** Negociação Colectiva. Bloqueio. C. T. T. Sindicatos)

-R-3858/91(563) (**Segurança Pública. Detenção.** Abuso de Autoridade)

-IP-23/92 (72) (**Administração Pública.** Procedimento Administrativo. Deliberação. Órgãos Colegiais. Quórum)

-IP-23/92 (526) (**Administração Pública.** Procedimento Administrativo. Deliberação. Órgãos Colegiais)

-IP-62/92(630) (**Contribuições e Impostos.** I. R. S. Pagamento em Prestações. Duplicação de Colecta)

-R-93/92 (582) (**Militares.** Força Aérea. Suplemento. Reclassificação. Prncípio da Legalidade. Regulamento)

-R-269/92 (471) (**Segurança Social.** Pensionista. Assistência Médica. Acumulação. Opção)

-R-380/92 (404) (**Função Pública.** Concurso. Médico. Classificação. Recurso. Dever de Decisão)

-R-533/92;DI 7(216) (**Expropriação e Requisição de Bens.** Direito de Propriedade. Parque Natural. Jus aedificandi)

-R-535/92;DI-6 (231) (**Função Pública.** Comissão de Trabalhadores. Participação. Legislação do Trabalho. Lei de Autorização Legislativa)

-R-586/92;DI-9 (231) (**Função Pública.** Comissão de Trabalhadores. Participação. Legislação do Trabalho. Lei de Autorização Legislativa))

-R-728/92 (601) (**Contribuições e Impostos.** Imposto Profissional. Juros. Amnistia)

-R-977/92 (541) (**Urbanismo e Obras.** Licença de Construção. Construção Ligeira. Contra-Ordenação. Legalização. Município)

-R-1056/92(506) (**Militares.** Serviço Militar Obrigatório. Contagem do Tempo de Serviço. Licença Registada. Aposentação)

-R-1076/92 (420) (**Trabalho. Sector Privado.** Instituição Particular de Segurança Social. Relações Colectivas de Trabalho)

-R-1410/92; DI-31 (54) (**Transportes.** Automóvel de Aluguer. Concurso. Licença. Princípio da Legalidade. Regulamento. Inconstitucionalidade Superveniente)

-R-1435/92 (490) (**Contribuições e Impostos.** I. R. S. Mínimo de Existência)

-R-1948/92 (542) (**Saúde.** Farmácia. Localização. Distância. Concurso)

-R-1956/92 (533) (**Administração da Justiça.** Indemnização. Vítima. Crime Violento)

-R-2057/92 (528) (**Saúde.** Farmácia. Licenciamento. Indeferimento)

-R-2115/92 (551) (**Indústria e Energia.** Propriedade Industrial. Registo. Patente. Invento. Atraso)

-R-2152/92 (544) (**Consumidores.** Taxa de Conservação de Esgotos. Reclamação)

-R-2343/92 (374) (**Indústria e Energia.** Combustível. Área de Serviço. Licenciamento. Direito à Informação)

-R-2394/92 (356) (**Função Pública.** Carreira. BAD. Técnico Superior. Estágio de Ingresso. Contagem do Tempo de Serviço)

-R-2402/92 (599) (**Contribuições e Impostos.** Contribuição Predial. Autárquica. Erro. Reclamação)

R-2454/92 (424) (**Função Pública.** Carreira. Professor . Sistema Retributivo. Exame de Estado. Equiparação. Igualdade)

R-2496/92 (638) (**Função Pública. Segurança Social.** Direito à Carreira. Técnico Superior. Serviço Social. Integração)

-R-2498/92 (364) (**Segurança Social.** Pensão de Aposentação . Professor do Ensino Básico. Regime. Revisão. Igualdade)

-R-2567/92 (608) (**Contribuições e Impostos.** Contribuição Predial. Autárquica. Benefício Fiscal)

-R-2694/92 (327) (**Segurança Social.** Pensão de Aposentação. C. T. T. Regime Voluntário. Tutela da Confiança)

-R-2724/92 (545) (**Magistrados.** Remuneração. Congelamento. Escalões. Limite Remuneratório. Igualdade)

-R-2732/92 (354) (**Educação e Ensino.** Ensino Superior Politécnico. Acesso. Dever de Fundamentação. Recurso)

-R-2747/92 (577) (**Função Pública.** Antiguidade. Lista de Antiguidade. Dever de Publicação. Prazo)

-R-3042/92 (359) (**Administração Pública.** Custas. Isenção. Instituição Particular de Solidariedade Social)

-R-3145/92 (347) (**Função Pública.** Pensão de Sobrevivência. Suspensão da Pensão. Direito à Sobrevivência)

-R-3361/92 (361) (**Segurança Social.** Ex-Funcionário Ultramarino. Aposentação. Prazo. Requerimento. Regime)
-IP-15/93 (587) (**Minorias.** Igualdade. Discriminação de Etnia. Expulsão)

-IP-31/93 (443) (**Educação e Ensino.** Ensino Universitário. Acesso. Prova Específica. Acesso a Documentos)

-IP-31/93 (447)(**Educação e Ensino.** Ensino Universitário. Acesso. Prova Específica. Acesso a Documentos)

-IP-41/93 (384) (**Ambiente.** Ruído. Regime. Prevenção)

-IP-42/93 (379) (**Ambiente.** Indústria Incómoda e Poluente. Regime. Oficina de Reparação de Automóveis. Lavandaria. Armazém de Produtos Tóxicos)

-IP-44/93 (25) (**Acção Popular.** Omissão. Lei. Inconstitucionalidade)

-IP-51/93 (394) (**Contribuições e Impostos.** Processo de Contribuições e Impostos. Prazo de Reclamação)

-IP-31/93 (634) (**Educação e Ensino.** Ensino Universitário. Acesso. Prova Específica. Acesso a Documentos)

-R-116/93 (600) (**Contribuições e Impostos.** I. R. S. Atraso. Reembolso)

R-166/93 (401) (**Função Pública.** Escola. Pessoal não Docente. Conselho Directivo. Gratificação. Horário de Trabalho. Redução. Igualdade)

R-448/93 (397) (**Função Pública.** Tolerância de Ponto. Carnaval. Tutela da Confiança)

-R-540/93 (419) (**Educação e Ensino.** Ensino Universitário. Isenção. Propinas. Militar. Condecoração)

R-1046/93 (570) (**Função Pública.** Concurso. Médico. Imparcialidade)

-R-1295/93 (345) (**Administração Pública.** Concurso Público. Fornecimento. Publicidade. Direito à Informação)

-R-1311/93 (609) (**Contribuições e Impostos.** I. V. A Regime de Isenção)

-R-1340/93 (610) (**Contribuições e Impostos.** I. R. S. Atraso. Benefício Fiscal)

-R-1420/93 (351) (**Função Pública.** Concurso. Enfermeiro Contagem do Tempo de Serviço.)

-R-1574/93 (637) (**Trabalho. Sector Privado.** Contrato de Trabalho. Termo Certo. Trabalhador Deficiente)

-R-1620/93 (586) (**Segurança Pública.** Dever de Diligência. Identificação. Suspeito.)

-R-1750/93 272) (**Militares.** Serviço Militar Obrigatório. Isenção. Igualdade. Distribuição de Recursos. Serviço Cívico)

-R-1975/93 (320) (**Magistrados.** Antigo Auxiliar de Juíz. Acesso à Carreira. Auditor de Justiça)

-R-2214/93 (607) (**Contribuições e Impostos.** Contribuição Predial. Autárquica. Duplicação de Colecta. Reembolso)

-R-2373/93(275) (**Segurança Social.** Pensão de Sobrevivência. União de Facto. Atraso na Regulamentação)

-R-2440/93(366) (**Função Pública.** Médico. Destacamento. Periferia)

-R-2440/93(631) (**Função Pública.** Médico. Destacamento. Periferia)

-R-3019/93 (339) (**Função Pública.** Tribunal. Secretário Judicial. Classificação de Serviço. Limite de Idade. Regime Transitório)