

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República
Palácio de S. Bento
1249-068 LISBOA

Vossa Ref.^a

Vossa Comunicação

Nossa Ref.^a
Proc. P- 09/09 (A4)

ASSUNTO: Regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas, aprovado pela Lei n.º 19/95, de 13 de Julho

Lei de Defesa Nacional, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de Julho – art.º 34º

RECOMENDAÇÃO N.º 1 / B / 2010
(art.º 20.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril)

No âmbito de audiência que foi solicitada pela Associação Nacional de Sargentos (ANS), suscitaram-se diversas questões sobre o teor da nova Lei de Defesa Nacional (LDN), aprovada pela LO n.º 1-B/2009, de 7-7. (¹)

De todas as elencadas, sobressai com fundamental importância a que respeita às condições de exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça, por parte dos militares em efectividade de serviço.

¹ Questões que se acham elencadas no Parecer entregue pela ANS ao Presidente da Comissão de Defesa Nacional, em 10.02.2009, acerca da proposta de Lei 244/X, do XVII Governo Constitucional e que deu origem à LDN, aprovada pela LO n.º 1-B/2009, de 7-7.

1. Dos antecedentes da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho

1.1. O regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional, tal como se encontra regulado na L. n.º 19/95, de 13-7, toma por esteio, entre diversos estudos doutrinários ⁽²⁾, a jurisprudência fixada pelo Acórdão n.º 103/87 (Proc. n.º 74/83), do Tribunal Constitucional, discutido e votado em 24.03.1987 ⁽³⁾.

1.2. Refira-se, desde já, que o Acórdão que ora se cita correspondeu à apreciação de várias questões, todas atinentes ao pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública (PSP), entre elas o da aplicação do regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional a esta força de segurança interna.

1.3. Começo por afirmar que o direito de queixa ao Provedor não é passível de integração no conceito inerente ao direito de petição colectiva, com as restrições que o art.º 270º da CRP permite. Ilação que se prende com o facto do direito de queixa ao Provedor de Justiça consubstanciar, por si próprio, um direito individual ou que pode ser exercido de forma individual ⁽⁴⁾.

² Cfr., entre outros, FREITAS DO AMARAL, *in* A lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas, Coimbra, 1983, pp. 303, ss.

³ Chama-se a atenção que, no Acórdão citado e na parte relativa ao exercício do direito de queixa junto do Provedor de Justiça (bem como no demais objecto e causa de pedir) esteve em causa a situação da Polícia de Segurança Pública e a qualificação dos agentes daquela polícia como agentes militarizados e/ou forças de segurança, conceito que viria a ser introduzido em lei de revisão constitucional posterior, o que viabilizou a aplicação das restrições constantes do art.º 270º, da Constituição ao pessoal em causa.

⁴ No ponto 26 do Acórdão já citado vêm os Doutos Conselheiros afirmar que:

«... quanto a este (o n.º 2 do art.º 33º [da LDNFA, aprovada pela L n.º 29/82, de 11-12]), pode logo suscitar-se a questão de saber se a exigência da prévia exaustão da via hierárquica da reclamação e recurso, para que seja admissível uma queixa dos membros da PSP ao PJ, e a exclusão desse direito de queixa em matéria operacional ou classificada não violam a Constituição, nomeadamente o seu artigo 23º.

Desde já se adianta, porém, que o Tribunal entende não se verificar aí qualquer inconstitucionalidade – não sendo necessário, para mostrá-lo, grandes desenvolvimentos.

Assim, e quanto à exigência do recurso prévio à via hierárquica – de tal modo que a queixa ao PJ só será admissível do acto ou omissão da entidade situada no topo da correspondente escala -, bastará salientar que a mesma não incorpora propriamente uma “restrição” ao direito, mas tão só uma “regulamentação” do seu exercício. Com efeito, a faculdade de os membros da PSP se queixarem ao PJ de «acções ou omissões dos poderes públicos» responsáveis por essa Polícia não é afectada no seu conteúdo substantivo, não é reduzida ou amputada de qualquer das suas dimensões; por outro lado, tão pouco é posta em causa a faculdade de, em resultado da apreciação das queixas que lhe vierem a ser apresentadas, o PJ «dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar as injustiças» (cf. O artigo 23º, n.º 1, da CRP). O que se faz é simplesmente “condicionar” o exercício do direito de queixa a um determinado pressuposto com a consequência de que as eventuais recomendações do PJ só poderão ser dirigidas à entidade que se situa no vértice da hierarquia da Polícia, e nunca a quaisquer escalões intermédios da mesma hierarquia».

1.4. Ao “condicionar” o acesso ao direito de queixa a exercer junto do Provedor de Justiça, cria-se uma limitação do direito que, pela sua natureza, pela previsão e salvaguarda garantidas constitucionalmente, tem de ser livremente exercido pelo indivíduo.

1.5. Qualquer condição, ainda que na forma meramente potencial, constitui-se sempre e de forma originária como uma limitação, uma restrição indevida do exercício do direito constitucionalmente garantido, bem como ao exercício do legítimo poder de intervenção do Provedor de Justiça, enquanto garante dos direitos dos cidadãos face ao Estado Administração.

1.6. Concomitantemente com a abrangência da actuação do Provedor de Justiça deve conjugar-se a maior amplitude no exercício da liberdade individual de queixa contra a existência de situações consideradas injustas.

1.7. E estas queixas terão por objecto todo e qualquer acto administrativo susceptível de lesar a esfera jurídica do administrado, sejam actos recorríveis contenciosamente ou não. Convém esclarecer, além do mais, que são contenciosamente recorríveis (impugnáveis) os actos que, não finalizando todo o procedimento administrativo, trazem consequências tangíveis a um determinado indivíduo em certa fase do mesmo procedimento ⁽⁵⁾.

1.8. Portanto, acto definitivo e executório (na acepção que é dada no Acórdão ainda em apreciação) considera-se tão somente, aquele que comina, para o administrado, uma situação danosa directamente aplicável ⁽⁶⁾. O que pode acontecer naqueles em

⁵ GUILHERME DA FONSECA e outra, in *Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2004, pp. 182 ss. - «... É a propósito da classificação dos actos administrativos que somos transportados para o campo da classificação mais importante de actos administrativos definitivos e não definitivos, executórios e não executórios.

A degradação, hoje, dessa classificação, face ao texto revisto da CRP (revisão de 1989), referindo o art.º 268º, n.º 4, os actos administrativos que lesem “os direitos ou interesses legalmente protegidos”. (...)

(...)
O interesse em descobrir no acto administrativo uma auto-tutela declarativa e uma auto-tutela executiva: definir o direito unilateralmente no caso concreto a impor a definição ao particular (estatuição autoritária típica). (...)

De todo o modo, face ao CPTA, impondo o princípio da tutela jurisdicional efectiva a previsão de todos os meios imprescindíveis à defesa daqueles direitos ou interesses, torna-se desnecessário um conceito amplo de acto administrativo impugnável.»

⁶ GUILHERME DA FONSECA, ob. cit. Pág. 183 - «...Quando se fala em acto administrativo definitivo, tem-se em vista três perspectivas: - definitividade material, no sentido de definição da situação jurídica, sobretudo definição da relação jurídico-administrativa (a última palavra da Administração). – Definitividade

que não se esteja perante «... *acção ou omissão da entidade que fecha a hierarquia administrativa*». Pois, pode o mesmo ser propulsionado por órgão intermédio da hierarquia. E, do mesmo, não deixa de caber direito de apresentação de queixa, por parte do administrado, junto do Provedor de Justiça, na sua qualidade de órgão do Estado que age de forma independente e autónoma face à administração pública, tanto civil como militar.

1.9. Tão pouco a divisão que, a dado passo, se faz, quanto à classificação das restrições impostas sem cobertura constitucional – “limites imanentes” – não colhe. Pois, como bem refere Vital Moreira, na sua declaração de voto (vencido, em parte), «... *em matéria de direito de petição (...) [o art.º 270º, da CRP] apenas admitiria (...) a restrição do direito de petição colectiva. Ora, o art.º 33º, n.º 2 da LDNFA [anterior LDNFA] (...) restringe também o direito de queixa ao PJ, que (...) não é mais do que uma expressão qualificada do direito de petição e nem sequer é mencionado no art.º 270º da Constituição, - na medida em que se condiciona o exercício de tal direito à prévia exaustão das “vias hierárquicas estabelecidas na lei”. Trata-se de uma forma manifesta de inutilização efectiva do direito de queixa ao PJ, visto que impossibilita os agentes da PSP [e os militares, em geral] de se queixarem directamente, obrigando-os a percorrer todos os níveis da hierarquia (...) [interna], até ao Governo, para só depois poderem dirigir-se ao PJ. Trata-se de uma exigência que, pela sua onerosidade e demora, não só está em flagrante contradição com a função da queixa ao PJ (que é de proporcionar ao cidadãos um meio expedito de defesa contra a Administração), como, sobretudo, retirará às queixas, na maioria dos casos, todo o efeito útil, designadamente por efeito da consolidação irreversível do prejuízo ou da lesão em causa».*

1.10. Vem, ainda, alertar para os perigos da banalização da invocação do princípio dos “limites imanentes”. Entende que «... *só podem ser considerados [como limites*

horizontal, no sentido de acto de conclusão de um processo administrativo, quando é precedido de uma sequência de actos concebidos e tratados para desembocar numa decisão (a situação hoje do CPA – art.º 106º). – Definitividade vertical, quando entra em consideração a posição do órgão que pratica o acto, sobretudo quando há uma cadeia hierárquica (o acto final do órgão que ocupa a posição superior».

imanes] *aqueles que não podem deixar de considerar-se ínsitos na própria configuração constitucional do direito em causa*»⁽⁷⁾.

1.11. E, na verdade, “limites imanes” são aqueles que, muito embora não se achem expressos no texto constitucional, decorrem do próprio Direito⁽⁸⁾. O que é imane é o que é inseparável do sujeito. Também no capítulo dos direitos fundamentais e no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, há que considerar como imanes os traços distintivos inseparáveis da natureza do objecto em que se compreendem. Ou seja, são inalienáveis ao direito considerado. E, sem eles, o objecto, o direito, não poderá ser considerado como um todo individualizado.

1.12. Conforme refere Viera de Andrade⁽⁹⁾, os limites imanes «... são limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objecto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa».

1.13. A imposição de restrições, tal como se encontra definida na LDN, no direito de queixa ao Provedor de Justiça (regulada pela L 19/95), consubstancia, *in factu*, uma privação do exercício do próprio direito. Descaracteriza e inviabiliza a aplicação e o exercício do direito. E o que limita a aplicação de um direito fundamental, permitindo a imposição de restrições de exercício é a conflitualidade que existirá por relação ao exercício e à aplicação de outro direito com a mesma grandeza (proporcionalidade).

1.14. Mário de Brito, na sua declaração de voto vencido (ao Acórdão n.º 103/87, do TC) entende , «... ao contrário do que se decidiu no acórdão, que é inconstitucional a exigência da prévia exaustão da via hierárquica como condição para apresentação de queixas ao PJ pelos elementos da PSP. Estamos aqui efectivamente em face de uma restrição ao exercício do direito, que tenho por desproporcionada».

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *in Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 215, ss. - «... Os direitos fundamentais têm os seus limites imanes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe. (...) São limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objecto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (...)».

⁸ Vd. OTTO Y PARDO, Ignacio de, *in La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid; Cuadernos Civitas, 1988.

⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *in Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 215, ss.

1.15. A verdade é que a restrição de um direito fundamental só é permitida na estrita medida, qualitativa e quantitativamente objectiva, em que o seu exercício torne impossível o cumprimento do dever essencial das funções a que o militar (ou agente militarizado) se acha vinculado.

1.16. Ora, o direito de queixa, imediato e irrestrito, enquanto direito de exercício individual, não inviabiliza o exercício das funções que são próprias do militar ou agente militarizado nem do interesse nacional e nem se pode considerar como interrompendo a “cadeia de comando”, até pelo simples facto de operar exogenamente à entidade castrense.

1.17. A jurisprudência criada pelo Acórdão n.º 103/87, do TC, manifesta-se contraditória nos fundamentos que invoca. Analisando a decisão votada, em todo o seu teor, bem como os votos de vencido, infere-se que, entendem uns não aguilhoar o direito de petição individual – enquanto direito, liberdade e garantia – o facto de se colocarem restrições ao seu exercício, pelo que a restrição imposta não se considera inconstitucional. Já outros, vão mais longe do que o texto constitucional, aparente e literalmente parece permitir, ao concluir que os agentes militarizados da PSP (dizemos nós), os elementos das Forças Armadas, em geral, têm, ainda, o direito a apresentar queixas ao Provedor de Justiça, mesmo por acções ou omissões que não os afectem directamente ⁽¹⁰⁾.

1.18. O que posso afirmar como uma constatação iniludível é que se o militar não tiver a liberdade de se queixar a uma entidade independente, com as características do Provedor de Justiça, enquanto garante dos direitos fundamentais do cidadão face aos poderes públicos, apenas lhe restará conformar-se com as decisões, ainda que ilegais e/ou injustas e obedecer de acordo com o que lhe for determinado, sem possibilidade de reacção contra ordens violadoras de direitos, liberdades e garantias, mesmo que *a posteriori*. A defesa endógena, no seio da comunidade castrense, manifesta-se, a mais das vezes, como insuficiente na garantia dos direitos dos militares e outros agentes do

¹⁰ Cfr. Mário de Brito, no voto de vencido ao Acórdão n.º 103/87, do TC, na 5ª nota onde entende que deveria ter sido declarada «... com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do art.º 69, n.º 2, da L. n.º 29/82, sempre nas duas redacções mencionadas, na parte em que remetendo para o art.º 33º, n.º 2, dessa lei, exclui o direito de os agentes militarizados da PSP apresentarem queixas ao PJ, por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis por essa Polícia, quando tais queixas não tenham por objecto a violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte».

Estado sujeitos a estatuto especial. Pelo que o papel de garante da defesa dos direitos do cidadão perante o Estado, o qual compete ao Provedor de Justiça, não deve ser diminuído ou, por qualquer forma, constringido.

1.19. Aliás, este fundamento subjaz, não só no art.º 23º da Constituição, onde se prevê a constituição do órgão do Estado Provedor de Justiça, como no art.º 52º, n.º 1, da Lei Fundamental, ao consignar o direito de queixa como uma das vertentes do direito de petição, com a natureza dos direitos. liberdades e garantias de participação política ⁽¹¹⁾. Sentido em que, conforme dispõe o art.º 18, n.º 2 da CRP, «... *só pode ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*» ⁽¹²⁾.

2. Do regime jurídico do direito de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas

2.1. Desde há longa data, têm-se levantado dúvidas sobre a constitucionalidade das normas insertas, especialmente, quer na LDN (na anterior LDN, aprovada pela L 29/82, de 11-12 e sucessivas alterações e na actual) quer na L. n.º 19/95, de 13-7, a qual estabelece o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas. ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾

¹¹ Cfr. Ac. do Trib. Const. n.º 90/88, de 19.04.1988 (P. 149/84), que aplica o conceito em questão.

¹² *Ibidem*

¹³ Numa breve síntese evolutiva, faz-se menção do quadro legal nacional, desde a entrada em vigor do Regulamento de Disciplina Militar de 1977 (RDM). Trata-se, naturalmente, de uma resenha, a qual não se pretende exaustiva mas que compreende os seguintes diplomas principais:

- Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pelo DL 142/77, de 9-4, Lei de Defesa Nacional (LDN), aprovada pela L. 29/82, de 11-12, com as alterações introduzidas, respectivamente, pelas L 41/83, de 21-12, 111/91, de 29-8, 113/91, de 29-8, 18/95, de 13-7, bem como pelas Leis Orgânicas n.º 3/99, de 18/9, 4/2001, de 30-8 e 2/2007, de 16-4; Código de Justiça Militar, aprovado pelo DL 141/77, de 9-4, na actual redacção; Estatuto da Condição Militar, aprovado pela L 11/89, de 1-6; Regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas, aprovado pela L 19/95, de 13-7; Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas, aprovada pela Lei Orgânica 1-A/2009, de 7-7; Novo Regulamento de Disciplina Militar (RDM), aprovado pela Lei Orgânica 2/2009, de 22-7.

¹⁴ Já na época de discussão da proposta de lei 89/VI, de cuja aprovação final viria a resultar a L 19/95, de 13-7, que aprovou o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas, não deixaram de se invocar vários vícios que poderiam levar a concluir pela inconstitucionalidade da mesma. Remete-se para o texto da discussão, na generalidade, da referida proposta de lei, o qual pode ser consultado no DAR I série, n.º 30/VI/4 1995.01.13, em www.parlamento.pt

2.2. Esta mesma questão voltou a ganhar actualidade com a entrada em vigor da nova LDN.

2.3. Em sentido diverso do que seria expectável, a LDN, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7-7, manteve, com a redacção dada ao art.º 34º, a necessidade de intervenção prévia, por parte da hierarquia militar com esgotamento dos «... *recursos administrativos legalmente previstos...*» para que o reclamante militar possa, legitimamente, exercer o seu direito de queixa junto do Provedor de Justiça.

2.4. Este imperativo tem consequências que não são facilmente mensuráveis do ponto de vista dos quantitativos estatísticos. É possível dimensionar o número de queixas apresentadas por militares, as que são apresentadas por familiares ou amigos dos mesmos e aquelas em que as chefias vêm invocar o incumprimento do princípio do esgotamento das vias hierárquicas militares ⁽¹⁵⁾.

2.5. Contudo, não é mensurável o número de militares que não apresentam queixa com temor de implicações disciplinares, maxime a abertura de processo disciplinar.

2.6. Por outro lado, não se pode ter como um caminho alternativo aquele em que o Provedor de Justiça chame a si a interpelação da administração militar como forma de obviar ao conhecimento do nome do reclamante. Na verdade, não se pode classificar uma lei como causadora de menor dano pelo simples facto deste órgão do Estado utilizar essa capacidade, para a qual tem legitimidade constitucional e legalmente consagrada, mas que não deve ser utilizada com a banalidade que muitos pretendem imprimir. Até porque, ao fazê-lo, está a desvirtuar a aplicação da lei sem, por outro lado, garantir a efectiva defesa do cidadão.

2.7. Para além do mais, corta cerce a aplicação do próprio Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela L 9/91, de 9-4, na sua actual redacção), o qual prevê a intervenção junto das Forças Armadas, vindo o art.º 14, n.º 2, concretizar o direito de livre acesso às instalações militares, enquanto entidades sujeitas ao controlo deste órgão do Estado.

¹⁵ Cfr. o caso ocorrido no processo R-175/06 (A4), ainda no âmbito de aplicação da anterior LDN *ex vi* o disposto na L 19/95.

2.8. De idêntica sorte, prevê o Estatuto, no art.º 21º, n.º 1, alínea a), a legitimidade para efectuar inspecções, com e sem prévio aviso, em qualquer sector da Administração Pública, incluindo-se, expressamente, a administração militar. Bem assim, impende sobre a administração militar o mesmo dever de colaboração existente para a administração civil, tal como se estatui no art.º 29º, n.º 1, do Estatuto. ⁽¹⁶⁾

2.9. Está bem de ver que todas estas prerrogativas, legitimamente concedidas e com suporte constitucional não são compagináveis com os escolhos que a actual LDN mantém quanto ao exercício do direito de queixa em matéria de defesa nacional e por parte das Forças Armadas.

2.10. Em 1991, no Relatório Intercalar apresentado à Assembleia da República, foi o então Provedor de Justiça, Mário Raposo, extraordinariamente claro quanto à interpretação do Estatuto do Provedor de Justiça e a sua legitimidade e forma de intervenção no que toca à questão do direito de queixa em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas.

2.11. Não é, por isso, demais reavivar o teor das suas declarações. Assim:

«... de tudo isto [a análise do Estatuto e das normas então em vigor, aplicáveis à Defesa Nacional e Forças Armadas] se extrai, sem réstia de dúvida, que o Provedor de Justiça pode actuar directamente junto de qualquer grau hierárquico das Forças Armadas, a não ser na hipótese prevista no n.º 5 do art.º 29º, em que pode optar pela requisição do militar ao órgão do qual ele dependa ou pela comparência deste próprio órgão, seja qual for o seu nível hierárquico.

Ou seja: no caso do n.º 2 do mesmo art.º 29º o Provedor de Justiça pode determinar directamente a prestação da colaboração devida, e aí estabelecida, sem ter de recorrer à via hierárquica superior (...).

O Provedor de Justiça é, pois, agora configurado, concludentemente, como um Provedor das Forças Armadas – o que, por certo, nem sempre por estas poderá ser compreendido» ⁽¹⁷⁾.

2.12. Já neste Relatório intercalar foi chamada a atenção da Assembleia da República para a existência de “Ombudsmen militares” noutros países, nomeadamente a Suécia,

¹⁶ Veja-se, acerca desta matéria e, ainda anteriormente à aprovação da L. 19/95, o Relatório intercalar (1991 – 1 de Janeiro – 30 de Setembro) – Centro de Publicações da Provedoria de Justiça, apresentado pelo então Provedor de Justiça, Mário Raposo.

¹⁷ Relatório Intercalar à Assembleia da República, já citado.

a Alemanha (então República Federal Alemã), a Noruega e Israel. Em todos estes exemplos encontramos-nos perante Estados com estruturas militares com forte organização hierárquica e de comando que, no entanto e em prol da defesa dos direitos fundamentais, impõe um apertado controlo sobre a protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos militares. O que se determina na promoção de um Estado de Direito Democrático e na defesa das liberdades públicas.

2.13. Porém, em nenhum dos casos referidos o Ombudsman/Provedor tem de aguardar pelo percurso, degrau a degrau, da hierarquia militar. Não tem constrangimentos de acesso à informação dos factos que dão origem ao “caso”, não se acha impedido de os conhecer em virtude de abrangerem matéria classificada ou situações de segredo militar e age em qualquer momento e grau da hierarquia militar, sem quaisquer dependências ou intermediários.

«... É o intento de assegurar a tutela dos direitos fundamentais nas Forças Armadas, diluindo o seu espírito de corpo e a ideia que possam ter que o único poder institucional civil a que estarão sujeitos é o Governo (...). A acção do Ombudsman militar (...) é aceite e respeitada [naqueles países] com inteira naturalidade pelas Forças Armadas» ⁽¹⁸⁾.

2.14. Nem se compreende, volvidos que são 35 anos sobre a Revolução do 25 de Abril de 1974, que se insista na restrição (para mim injustificada) dos direitos de uma determinada categoria de cidadãos, não lhes reconhecendo os direitos de cidadania mais básicos, em função, ou por causa, da sua pertença a um corpo ou corporação.

2.15. É tempo da Assembleia da República promover a alteração do regime de queixa ao Provedor de Justiça, em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas, de forma a dignificar a Democracia, demonstrando através de nova legislação, *de jure constituendo*, que os direitos fundamentais, na vertente da aplicação ao cidadão militar não podem nem voltarão a ser constrangidos.

2.16. Situação a que se assiste presentemente. O facto dos militares terem de percorrer toda a hierarquia até poderem apresentar queixa junto do Provedor de Justiça, a espera, o tempo que dilui a responsabilidade do autor do acto ou omissão, a

¹⁸ Cfr. Relatório... (o sublinhado é nosso)

inércia corporativista, são factores que não se compaginam com o espírito de celeridade e informalismo de actuação que caracterizam o órgão Provedor de Justiça⁽¹⁹⁾.

2.17. Naturalmente, a questão a articular prende-se com o equilíbrio entre o exercício de um direito fundamental (direito de queixa individual), por parte dos militares e, por outro, as limitações que se possam justificar pela existência de eventual conflitualidade com outros direitos de idêntica natureza e importância.

2.18. O sacrifício de um dos direitos face à prevalência do outro terá, no entanto, de ser justificado, proporcional nos seus limites. Sem que a limitação imposta “comprima” (conforme refere Vieira de Andrade, na ob. cit.) de tal forma um que «... *afecta a protecção que lhe é constitucionalmente concedida*»⁽²⁰⁾.

2.19. Da apreciação da legislação actualmente em vigor e na qual se discriminam os seguintes diplomas:

- Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22-7 ;
- Lei da defesa nacional, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7-7⁽²¹⁾;
- Lei orgânica de bases da organização das Forças Armadas, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-A/2009, de 7-7;
- Código de Justiça Militar, aprovado pela L n.º 100/2003, de 15-11⁽²²⁾;
- EMFAR, aprovado pelo DL n.º 236/1999, de 25-6, na sua actual redacção⁽²³⁾;
- Regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas, aprovado pela L n.º 19/95, de 13-7;

¹⁹ Veja-se, neste sentido, o Relatório especial sobre o sistema de cooperação das Forças Armadas face ao Provedor de Justiça, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série C, n.º 45, de 25.10.1991, pp. 282 ss.

²⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, ob. cit., pág. 223.

²¹ Esta Lei Orgânica foi republicada na sequência da Declaração de Rectificação n.º 59/2009, de 15-7, publicada no DR, 1ª série, n.º 138, de 20.07.09, atento que «... *foi por lapso publicada como lei* [L n.º 31-A/2009, de 7-7] *e não como lei orgânica (...) pelo que se corrige o lapso, atribuindo-lhe a designação de lei orgânica, com numeração própria e procedendo-se à sua republicação integral*».

²² Com a Declaração de Rectificação n.º 1/2004, de 3-1.

²³ Última alteração introduzida pelo DL n.º 59/2009, de 4-3.

- Bases gerais do estatuto da condição militar, aprovado pela L n.º 11/89, de 1-6

verifica-se que tem dominado o entendimento segundo o qual o princípio da segurança nacional, da defesa do território e das pessoas, em geral, deve prevalecer sobre o direito de queixa individual que assiste aos militares. Sem que, em algum momento, se tenha logrado provar (ou, mesmo, convencer) que este direito tenha, sequer, a virtualidade de contundir com aqueles princípios. Para fundamentar esta aceção tem sido feito uso do preceito contido no art.º 270º da CRP, enquanto norma restritiva expressa do exercício de alguns direitos por parte dos militares.

2.20. Convém, pois, analisar esta questão de forma mais pormenorizada, atento que, da mesma, se poderá obter resposta que permita concluir pela solução a tomar no presente caso.

3. O art.º 270º e sua conjugação com os art.º 18º e 23º da Constituição Portuguesa

3.1. O art.º 270º da Constituição foi «... *introduzido pela revisão de 1982*»⁽²⁴⁾ e o seu âmbito subjectivo foi alargado com a revisão constitucional de 1997, pelo que «... *as restrições previstas neste artigo (...) [passaram a aplicar-se], igualmente, a agentes dos serviços e forças de segurança*»⁽²⁵⁾.

3.2. Conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁽²⁶⁾, «*neste artigo prevêem-se algumas restrições ao exercício de certos direitos relativamente a determinadas categorias de agentes do Estado sujeitos a estatuto especial. (...) A sua inserção fora do capítulo dos direitos, liberdades e garantias sublinha a natureza especial e excepcional das restrições aqui previstas. Por outro lado, a expressa consagração constitucional de restrições de alguns direitos, liberdades e garantias em relação aos militares e agentes militarizados reforça o princípio geral de que as restrições legítimas*

²⁴ SOUSA PINHEIRO, Alexandre e outro, *in* Comentário à IV revisão constitucional, AAFDL, 1997, pág. 559.

²⁵ *Ibidem*, pp. 559, 560.

²⁶ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA *in* Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, pp. 949 ss.

aos direitos fundamentais são apenas as expressamente previstas ou autorizadas pela Constituição, não podendo considerar-se quaisquer outras, deduzidas, a título inerente, da natureza do estatuto regulador de certas “relações especiais de poder”.

3.3. Fazem estes autores alusão, ainda, ao facto de o artigo 270º se encontrar sistematicamente inserido no «... título referente à Administração Pública» e não na parte reservada à matéria relativa à Defesa Nacional. Esta afectação sistemática permitirá concluir, na opinião dos autores, que o legislador constitucional pretendeu, deliberadamente, classificar a relação laboral dos militares e agentes militarizados como trabalhadores da administração pública, «... não gozando de qualquer outro estatuto especialmente distinto, sui generis, exclusivo deles». Razão pela qual, «... as relações de serviço dos militares e agentes militarizados integram-se, assim, quanto aos seus direitos e deveres, nas relações de serviço do funcionalismo público, havendo apenas necessidade de estabelecimento de restrições a alguns dos seus direitos, derivados das exigências específicas do serviço militar ou militarizado.»

3.4. Fazem os mesmos sobressair que «... a dimensão dos direitos sobreleva a dos deveres, considerando-se que o catálogo dos direitos, liberdades e garantias vale para os agentes do Estado sujeitos ao estatuto especial jurídico-público de serviço militar»⁽²⁷⁾.

3.5. Por outro lado, a enunciação de restrições elaborada no art.º 270º da Constituição e que podem afectar os direitos fundamentais é taxativa, pelo que os que não são mencionados não podem ser restringidos. Ou seja, os direitos fundamentais que se encontram constitucionalmente assegurados, relativamente aos militares e agentes militarizados, e que não constam da listagem inserta naquela norma constitucional, não poderão ser restringidos, «... porque se trata de restrições especiais que atingem determinadas categorias de cidadãos»⁽²⁸⁾. Assim, encontram-se ao abrigo do disposto

²⁷ Ob. cit., nota I. ao art.º 270º da Constituição.

²⁸ Ob. cit., nota IV. ao art.º 270º da Constituição. Na nota V ao mesmo artigo, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que «... as restrições especiais aqui previstas, além de estarem sujeitas ao regime geral das restrições de direitos, liberdades e garantias, estão ainda submetidas a requisitos especiais, consubstanciados não só na reserva legislativa absoluta da AR (art.º 167º/p), não podendo o Governo ser autorizado a legislar sobre a matéria, mas também na exigência de maioria parlamentar qualificada para aprovação das leis que as estabeleçam (art.º 171º-5), o que, normalmente, torna insuficiente a maioria parlamentar-governamental para as aprovar. Trata-se de leis de procedimento legislativo qualificado, que naturalmente só podem ser nessa parte alteradas por leis votadas nos mesmos termos, sendo por isso leis de valor reforçado». (pág. 951)

no art.º 18º da Constituição, especialmente no que consta do seu n.º 2, no que tange às limitações que se impõem às disposições que cerceiam a aplicação e exercício desses mesmos direitos, liberdades e garantias ⁽²⁹⁾.

3.6. Não se evidencia como congruente a orientação assumida por Jorge Miranda ⁽³⁰⁾, no sentido da possibilidade de criação de outras restrições além das elencadas expressamente no art.º 270º. Nomeadamente, no que concerne ao tipo de restrições, a coberto de uma interpretação teleológica, conjugada com a do art.º 18º. O facto das Forças Armadas constituírem uma estrutura fortemente hierarquizada de comando, disciplina e direcção não pode obstar ao exercício de um direito fundamental – o de petição individual junto do Provedor de Justiça – para o qual não se encontram previstas expressamente quaisquer restrições de exercício a nível constitucional.

3.7. Aliás, como já bem referia Mário Raposo ⁽³¹⁾, «... o direito de queixa, o apelo para o Provedor de Justiça, é uma “qualificada” forma do exercício do direito de petição» (e cita Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, IV, 1988, p. 263). Sentido em que não vislumbrava, como não se entrevê agora, que «... às restrições aos direitos fundamentais impostos pela condição militar se aplicam, por inteiro, as regras dos n.º 2 e 3 do art.º 18º da Constituição. Ora, nos termos do art.º 270º desta lei fundamental, a lei não pode estabelecer restrições ao direito de petição individual dos militares». Até porque essa restrição não se acha expressa no mesmo art.º 270º porquanto, a estar, violaria o objecto essencial do direito fundamental em causa.

3.8. Direito de queixa que se encontra devidamente regulado no Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela L n.º 9/91, de 9-4 (na sua actual redacção), salvaguardando-se o dever de sigilo sobre as matérias tratadas e o teor dos processos que têm por objecto as queixas apresentadas, conforme se estatui no seu art.º 12º.

Actualmente, corresponde o art.º 164º, o) – competência reservada à AR – com aprovação por dois terços dos Deputados em efectividade de funções (art.º 168º/4 e 6, e) – cfr. MIRANDA, Jorge, *in* Constituição Portuguesa Anotada, tomo III, Coimbra Editora, 2007, pp. 625 ss.

²⁹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* CRP Anotada, artigos 1º a 107º, volume I, 4ª edição revista, 2007, Coimbra Editora, pp. 379 ss.

³⁰ MIRANDA, Jorge, *in* Constituição Portuguesa Anotada, tomo III, Coimbra Editora, 2007, pp. 625 ss.

Cfr. pág. 627: «... A contrario retirar-se-ia a impossibilidade de restrições homólogas ao exercício dos direitos de outras categorias de pessoas e de restrições ao exercício de outros direitos que não os aqui contemplados – porque numa leitura literal do artigo 18º, n.º 2, só restrições expressamente autorizadas seriam consentidas e aquelas não se encontram previstas». (sublinhado nosso)

³¹ Relatório especial sobre o sistema de cooperação das Forças Armadas face ao Provedor de Justiça – 1991 (ob. cit.)

3.9. O Provedor de Justiça é um «... *órgão de garantia dos direitos fundamentais (de todos e não apenas dos direitos, liberdades e garantias) perante os poderes públicos, em geral, e perante a Administração, em especial. Mas as suas funções no sistema de fiscalização da constitucionalidade, sendo embora um instrumento privilegiado de defesa dos direitos fundamentais, tornam-no também num órgão de garantia da Constituição, independentemente da defesa dos direitos fundamentais*»⁽³²⁾.

4. Assim, **Recomendo à Assembleia da República, na pessoa de Vossa Excelência, que providencie no sentido de ser suscitada iniciativa legislativa tendente:**

4.1. À alteração do art.º 34º da Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de Julho, que aprovou a Lei de Defesa Nacional, visando:

- a) permitir o exercício do direito de queixa, livre, individual, incondicional e independente de quaisquer formalismos prévios, por parte dos militares e agentes militarizados, junto do Provedor de Justiça;
- b) eliminando do texto que consta do n.º 1 do art.º 34º da LDN, a parte em que refere: «... *depois de esgotados os recursos administrativos legalmente previstos...*»;
- c) derrogando o n.º 2 do art.º 34º da LDN, atento que o exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça se encontra regulado pelo Estatuto do Provedor de Justiça, ele próprio aprovado por Lei da Assembleia da República;

4.2. À revogação da Lei n.º 19/95, de Julho:

- a) pois, no que concerne ao cidadão civil, o regime de queixa ao Provedor de Justiça já se acha garantido no art.º 23º da Constituição Portuguesa e regulado a coberto do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela L. n.º 9/91, de 9 de abril, na sua redacção actual;

³² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* CRP Anotada, artigos 1º a 107º, volume I, 4ª edição revista, 2007, Coimbra Editora, pp. 440 ss.

b) e, no que respeita ao cidadão militar ou militarizado, impõe limites e restrições ao exercício deste direito fundamental, enquanto direito, liberdade e garantia, na vertente de um direito especial de petição, que ultrapassam os limites imanentes e as restrições permitidas pelo teor do art.º 270º da Constituição.

5. Agradeço, desde já, a Vossa Excelência, a exposição da presente Recomendação aos grupos parlamentares, bem como, em cumprimento do dever consignado no n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, se digne informar sobre a sequência que o assunto vier a merecer.

Queira aceitar, Senhor Presidente da Assembleia da República, os meus melhores cumprimentos,

O PROVIDOR DE JUSTIÇA,

(Alfredo José de Sousa)