

Meritíssimo Conselheiro Presidente do
Tribunal Constitucional

P 12/08

O Provedor de Justiça, no uso da competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer, ao Tribunal Constitucional, a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas constantes dos artigos 7.º, n.º 1, alínea o), 47.º, n.º 4, alínea c), 67.º, alínea d), 101.º, n.º 1, alínea n) e 130.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, na redacção que, por último, lhe foi conferida pela Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro, que igualmente procedeu à respectiva republicação, o que faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

I) Do pedido

1.º

O Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (doravante Estatuto), aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, foi, por último, alterado pela recente Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro, que lhe introduziu, em número e em substância, um determinado conjunto de modificações, igualmente procedendo à respectiva republicação.

2.º

Sendo conhecidas as vicissitudes de índole política e jurídico-constitucional que enquadraram a aprovação desta terceira revisão do Estatuto - que para aqui não relevam - a questão do presente requerimento circunscreve-se às normas do Estatuto, na sua versão actual, que vieram possibilitar a criação, pela Região Autónoma dos Açores (doravante Região), e

que estabelecem os procedimentos concretos para tal, dos aí denominados «provedores sectoriais regionais».

II) Das normas do Estatuto relativas aos provedores sectoriais regionais:

3.º

O artigo 7.º, n.º 1, alínea o), do Estatuto, desde logo afirma como direito da Região o de «criar provedores sectoriais regionais».

4.º

No artigo 67º, alínea d), inclui-se «a criação e estatuto dos provedores sectoriais regionais» na reserva de competência legislativa da Assembleia Legislativa (cf., também, artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Estatuto).

5.º

O Estatuto determina, ainda, que compete à Assembleia Legislativa «eleger os titulares de órgãos ou cargos que, por lei ou acordo, lhe caiba designar», especificamente submetendo a maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, a eleição de «provedores sectoriais regionais» [(v. artigos 34.º, alínea n) e 47.º, n.º 4, alínea c)].

E determina também a incompatibilidade do exercício do mandato de deputado à Assembleia Legislativa com os cargos de «provedores sectoriais regionais» [(artigo 101.º, n.º 1, alínea n)].

6.º

Finalmente, consagra o Estatuto um artigo específico (o artigo 130.º) para os «provedores sectoriais regionais», aí dispondo-se da seguinte forma:

«1 – A Região pode criar provedores sectoriais regionais que, respeitando as atribuições do Provedor de Justiça e em coordenação com este, recebam

queixas dos cidadãos por acções ou omissões de órgãos ou serviços da administração regional autónoma, de organismos públicos ou privados que dela dependam, de empresas privadas encarregadas da gestão de serviços públicos regionais ou que realizem actividades de interesse geral ou universal no âmbito regional.

2 – Os provedores sectoriais regionais podem dirigir as recomendações que entenderem às entidades referidas no número anterior e exercer as restantes competências que lhes venham a ser atribuídas por decreto legislativo regional.

3 – Os provedores sectoriais regionais são eleitos pela Assembleia Legislativa e têm um estatuto de independência.

4 – A criação de um provedor sectorial regional não envolve qualquer restrição ao direito de queixa ao Provedor de Justiça ou às suas competências».

III) Do ADN dos provedores sectoriais regionais

7.º

O que são e o que se pretende que façam estes «provedores sectoriais regionais»?

Do conjunto das normas supra assinaladas extraem-se as seguintes características:

- em primeiro lugar, são órgãos regionais independentes, sendo os respectivos titulares eleitos, por maioria qualificada, pela Assembleia Legislativa;
- em segundo lugar, são órgãos que recebem queixas dos cidadãos por acções ou omissões de órgãos ou serviços da administração regional e de outras entidades regionais especificadas no n.º 1 do artigo 130.º do Estatuto;
- em terceiro lugar, são órgãos que podem dirigir «as recomendações que entenderem» aos destinatários regionais sob sua “jurisdição”, ademais

de exercerem as «*restantes competências que lhes venham a ser atribuídas por decreto legislativo regional*»;

- em quarto lugar, são órgãos cujas funções, sendo exercidas na Região Autónoma dos Açores, aí terão enquadramento sectorial, delimitado por decretos legislativos.

8.º

O artigo 130.º do Estatuto reproduz (com alguma infidelidade, é certo) o artigo 23.º da Constituição da República quanto aos citados «provedores sectoriais regionais» e adequa aos serviços da administração regional e outros entes regionais o seu âmbito de actuação.

9.º

É, de qualquer modo, manifesta a intenção do legislador: tratou de instituir cópias, clones, ou reproduções do Provedor de Justiça, ainda que circunscritas ao nível geográfico dos Açores e com funções que serão exercidas sectorialmente.

Não se quis, portanto, criar um «provedor regional»: quis-se, antes, a existência, na Região, de quantos a Assembleia Legislativa entender vir a estabelecer.

10.º

Poder-se-ia indagar acerca da precisa configuração jurídica destes «provedores», mas a verdade é que uma tal tarefa se revelaria inútil, sobretudo para os efeitos deste requerimento.

O que está em causa, sem margem para dúvidas, é a verdadeira instituição de órgãos públicos regionais homólogos do Provedor de Justiça – do Provedor **nacional**, adiante-se já.

11.º

E se dúvidas houvesse, bastaria reparar no desvelo – dir-se-ia como que maternal – que o artigo 130.º do Estatuto dedica ... **ao Provedor de Justiça!**

As expressões propositadamente apostas nos n.ºs 1 e 4 desse artigo: «**respeitando as atribuições do Provedor de Justiça e em coordenação com este**» e «**não envolve qualquer restrição do direito de queixa ao Provedor de Justiça ou às suas competências**» - são, afinal, bem elucidativas da incomodidade com que o legislador parlamentar nacional se confrontou ao tentar desatar o nó górdio da incontroversa inconstitucionalidade em que se enredou.

... *et pour cause!*

12.º

Mostra-se impossível não concluir, portanto, no sentido de que pretendeu o legislador instituir, ao nível regional, um ou mais órgãos com características e funções coincidentes com as do órgão Provedor de Justiça, consagrado no artigo 23.º da Constituição, com a única excepção referente aos poderes que a Lei Fundamental estabelece nos artigos 281.º, n.º 2 e 283.º, n.º 1, por se revelar incontornavelmente taxativo o elenco de entidades nestes artigos referenciadas.

13.º

Esta evidência reforça-se, ainda, com a simétrica colocação do Provedor de Justiça fora dos capítulos sistemáticos da Lei Fundamental relativos às organizações económica e do poder político e dos «provedores sectoriais regionais» fora, também, do esquema estrutural dos órgãos políticos e económicos da Região.

14.º

Paralelamente, e de forma igualmente simétrica, ao Provedor de Justiça coloca-o a Constituição no quadro dos princípios gerais sobre direitos e deveres fundamentais, enquanto o Estatuto situa os «provedores sectoriais regionais», muito curiosamente aliás, em artigo em que se atribui à Assembleia Legislativa dos Açores competência para legislar, entre outras matérias, sobre

«os símbolos da Região», «o protocolo e o luto regionais» e «os feriados regionais» (cf. artigo 73.º).

15.º

Enfim, nem vale a pena evidenciar que os assinalados «provedores sectoriais regionais» não são entidades administrativas independentes regionais.

O Estatuto teve a elementar cautela de distinguir as duas figuras [artigos 7.º, n. 1, alíneas n) e o), 47.º, n.º 4, alíneas b) e c), 101.º, alíneas n) e o), 129.º e 130.º].

16.º

Pelo que, repete-se, é inquestionável ter o Estatuto instituído verdadeiras réplicas, à escala regional, do Provedor de Justiça.

IV) Da violação dos artigos 112.º, n.º 4, 164.º, m), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1 a) e 228.º, n.º 1 da Constituição

17.º

Como atrás se observou, o Estatuto atribui à Região o direito a criar «provedores sectoriais regionais» [artigo 7.º, n.º 1, n)] e comete à Assembleia Legislativa competência para estabelecer o respectivo estatuto [artigo 67.º, d)] e para proceder à eleição desses mesmos «provedores» [artigo 47.º, n.º 4, c)].

Ora, ao estatuir assim, o Estatuto viola o artigo 227.º, n.º 1, alínea a) da Constituição *ex-vi* do artigo 164.º, alínea m) da mesma.

Com efeito,

18.º

O artigo 164.º, alínea m) da Constituição estabelece ser da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre o «*estatuto ... dos restantes órgãos constitucionais...*».

Há que averiguar, então, se o Provedor de Justiça é um órgão constitucional.

19.º

Em anotação ao referido artigo 164.º, escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros: «*a inclusão de qualquer matéria na reserva de competência da Assembleia da República, absoluta ou relativa, é in totum. Tudo quanto lhe pertença tem de ser objecto de lei da Assembleia da República (ou de lei e decreto-lei ou decreto legislativo autorizado, tratando-se de reservas relativas*» (Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 2006, tomo II).

20.º

O que sejam «órgãos constitucionais» não resulta expressamente da Constituição, mas resulta inequívoco, ou apreende-se bem, da conjugação das normas constitucionais e legais que se reportam à configuração destes órgãos.

21.º

Ora, o Provedor de Justiça vê estabelecido o seu estatuto nuclear nos artigos 23.º, 142.º d), 163.º h), 281.º n.º 2, d) e 283.º da Constituição; e vê regulado esse estatuto pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, com as alterações decorrentes da Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro e Lei n.º 40/2006, de 25 de Agosto.

22.º

É sintomático, aliás, que, sendo o Provedor de Justiça um órgão acolhido logo na versão inicial da nossa Constituição, o texto do seu actual artigo 164.º, **na redacção anterior à revisão constitucional de 1989**, rezava assim: «*estatuto dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local, do Conselho de Estado e do Provedor de Justiça, incluindo o regime das respectivas remunerações*» [alínea g)].

O desaparecimento posterior da referência expressa ao Provedor de Justiça, bem como ao Conselho de Estado, deve-se, exclusivamente, à

circunstância de também outros órgãos constitucionais justificarem o mesmo tratamento e de ser logicamente preferível a redacção seca e escorreita que passou a fazer-se com a remissão ao «*estatuto dos titulares dos restantes órgãos constitucionais*».

23.º

A própria doutrina não duvida de que o Provedor de Justiça é titular de um órgão constitucional: «os “*restantes órgãos constitucionais*” a que o preceito se refere [alínea j), 2.ª parte] são **seguramente apenas** os órgãos públicos ou estaduais (*lato sensu*), como, por exemplo, o Provedor de Justiça ..., na medida em que sejam constituídos por via de eleição» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 3ª edição, revista, pág. 666, XVI e XVII, sublinhados nossos).

24.º

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, discorrendo embora sobre outra questão, também é relevante para o efeito, ao ensinar: «a Constituição não estabelece o que deve entender-se por “*estatuto*” de um órgão de soberania ou de um órgão constitucional, mas, quando as regras sobre precedências protocolares aplicáveis aos respectivos titulares não tenham natureza consuetudinária, vindo a assumir forma legislativa como sucedeu com a recente Lei n.º 40/2006, de 25 de Agosto – não há razão para que as normas sejam desligadas, quanto ao regime constitucional aplicável, das demais normas relativas ao estatuto do órgão em causa, designadamente as normas definidoras das competências, das incompatibilidades e impedimentos, dos deveres, dos direitos e das regalias...» (Acórdão n.º 258/2007).

25.º

Ao conjunto das normas constitucionais supra identificadas, e que constituem o que se apelidou de estatuto nuclear do Provedor de Justiça, devem agregar-se as disposições da já citada Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (aliás, aprovada por unanimidade pela Assembleia da República) – **momento** os

seus artigos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 14.º, 15.º, 20.º, 21.º, 29.º e 38.º. E já agora: também o artigo 7.º, 12), precisamente da Lei n.º 40/2006, de 25 de Agosto, na medida em que, como se escreveu no atrás citado acórdão «*Na verdade, parece ser possível encontrar na lei fundamental um conjunto de parâmetros que permitem falar de **um princípio de congruência entre a posição protocolar dos órgãos e o respectivo estatuto constitucional...***».

Do conjunto destas normas constitucionais e legais emerge, sem margem para dúvida, a configuração de «órgão constitucional» de que se reveste o órgão Provedor de Justiça.

26.º

Para os efeitos que importam, traçar-se-ia deste modo o «perfil» básico do Provedor de Justiça:

- é um órgão **independente** (artigo 23.º da Constituição);
- é um órgão **do Estado** (artigo citado e artigo 1.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril);
- o seu titular é **eleito** pela Assembleia da República, por maioria qualificada (artigo 23.º e 113.º, h) da Constituição);
- é membro, por inerência, do **Conselho de Estado** (artigo 142.º, d) da Constituição);
- é um **órgão uno e unipessoal**, de **âmbito nacional** e com **jurisdição geral** (artigo 23.º da Constituição e artigos 1.º e 2.º da referida Lei n.º 9/91);
- é essencialmente **um órgão de garantia dos direitos fundamentais** (de todos e não apenas dos direitos, liberdades e garantias). [Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pág. 171, e Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob. cit., págs. 217-220]

27.º

Eis por que o Estatuto impugnado, na medida em que institui órgãos que são homólogos, paralelos ou clones do Provedor de Justiça - com a

diferença de terem âmbito espacial restrito à Região Autónoma dos Açores e “jurisdição” meramente sectorial – invade nitidamente matéria da competência exclusiva da Assembleia da República.

Ao dispor deste modo, o Estatuto viola o princípio da «**reserva de estatuto**», porque captura matéria que não lhe é própria em função das finalidades da autonomia regional e contende e interfere com a organização e funcionamento de um órgão constitucional e do Estado unitário, como é o Provedor de Justiça.

Os decretos legislativos que, em decorrência, venham a estabelecer e a regular o estatuto específico desses «provedores sectoriais regionais» revelar-se-ão, em consequência, susceptíveis de ferir o disposto no artigo 112.º, n.º 4 da Constituição.

28.º

Recorde-se, a propósito, o que escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros, reflectindo já sobre as alterações decorrentes da revisão constitucional de 2004: «*Neste contexto, actualmente, o único limite específico que a Constituição impõe a tal poder decorre apenas da reserva de competência dos órgãos de soberania. Ou seja, como princípio geral, a Constituição só elenca as matérias sobre as quais é, **de forma exclusiva e excludente**, competente o próprio Estado, deixando que sobre as restantes matérias a delimitação da competência legislativa regional seja operada pelo legislador estatutário*» (ob. cit., tomo III, pág. 349, sublinhado nosso).

29.º

Ademais, como, com acertada sensibilidade, tem dito o Tribunal Constitucional (acórdão supra mencionado, citando outros acórdãos), «*Segundo a jurisprudência reiterada e uniforme deste Tribunal, matérias reservadas à **competência própria dos órgãos de soberania** e, como tais, vedadas ao poder legislativo regional, são, desde logo, as que integram a competência legislativa própria da Assembleia da República ... Mas, como tem sublinhado o Tribunal Constitucional, embora com vozes discordantes, as*

matérias reservadas à competência própria dos órgãos de soberania não se circunscrevem às que constituem a reserva da competência legislativa da Assembleia da República e do Governo. A tal competência acham-se reservadas todas as matérias que reclamam a intervenção do legislador nacional».

30.º

À luz deste entendimento, pois, acrescentar-se-ia, que, se, por absurdo – apenas por absurdo – não se entendesse que a matéria referente ao Provedor de Justiça se acolhe explicitamente na reserva absoluta da Assembleia da República, por força do artigo 164.º m), da Constituição, sempre então, inelutavelmente, se haveria de entender que a mesma matéria, por reclamar a intervenção do legislador nacional, está vedada a captura pelos estatutos das Regiões Autónomas ou pelo poder normativo de outros entes públicos.

Admitir o contrário equivaleria a consentir numa espécie de desvio de poder constitucionalmente atribuído, ou a autorizar ao Estatuto um poder constituinte que não pode deter.

31.º

Face ao perfil constitucional e legal do Provedor de Justiça atrás sumariamente traçado, seria incompreensível de todo que a matéria referente a um órgão independente do Estado, uno e nacional, cujas atribuições, competências e poderes **respeitam à generalidade dos cidadãos e à defesa dos seus direitos e interesses legítimos** (de **todos** esses direitos) não fosse considerada como **matéria da República**, com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos, **no todo soberano e unitário do Estado português**.

E também por esta razão se evidenciaria que o Estatuto, na parte impugnada, se apropria de competência que não é da Região Autónoma dos Açores e não pode sê-lo à luz da actual Constituição da República, infringindo, assim, o disposto no seu artigo 225.º, n.º 3 parte final e 228.º, n.º 1.

32.º

Sendo o Provedor de Justiça, como se viu, único para todo o território nacional e plurifuncional nas matérias que a Constituição fixou e o legislador parlamentar desenvolveu, fica claramente violado, pois, o princípio da «**unicidade do Provedor de Justiça**» (Jorge Miranda, parecer junto ao documento em anexo).

Na realidade, à luz da Constituição e pelo relevo saliente que lhe é conferido no **quadro institucional do Estado**, não se afigura lícito exercer uma **separação entre o órgão e a respectiva função constitucional, pelo que não se apresenta como constitucionalmente congruente desmultiplicar aquele e esta última por outros entes públicos, a qualquer nível ou sector.**

A protecção constitucional da figura unitária do Provedor de Justiça nacional ficaria corrompida acaso tal se permitisse.

Mas é isso, exactamente, o que ocorre com a instituição dos «provedores sectoriais regionais» referenciados nas normas impugnadas.

V) Da violação dos artigos 112.º, n.º 4, 165.º, n.º 1 b), 227.º, n.º 1, b) e 228.º, n.º 1, e dos artigos 17.º, 18.º, n.ºs 2 e 3 e 23.º da Constituição

33.º

As normas do Estatuto, todas supra identificadas, violam também o disposto no artigo 165.º, n.º 1, b), da Constituição, *ex-vi* dos artigos 23.º e 227.º, n.º 1, b) da mesma.

Com efeito,

34.º

Parece indubitável que o enquadramento constitucional do Provedor de Justiça, ao situá-lo intencional e expressivamente na parte da Constituição referente aos princípios gerais dos direitos e deveres fundamentais (artigo 23.º), pretendeu significar que **o direito de queixa ao Provedor de Justiça é**

um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos, a par dos restantes direitos elencados na nossa Lei Fundamental. Beneficia, por isso, do regime e da força jurídica dos artigos 17.º e 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição.

35.º

A doutrina tem posto justamente em relevo esta faceta nuclear do Provedor de Justiça.

Assim, escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros (ob. cit., tomo I, pág. 144): *«O Provedor de Justiça insere-se de pleno no regime comum dos direitos fundamentais – não se circunscreve aos direitos, liberdades e garantias, abrange também, com as devidas adaptações, os direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, ... bem pode estender o seu alcance a quaisquer direitos, ainda que não considerados direitos fundamentais»*.

Gomes Canotilho e Vital Moreira (ob. cit., vol. I, 2007, pág. 440), por seu turno, escrevem: *«A inserção constitucional do Provedor de Justiça na parte geral dos direitos fundamentais mostra claramente que ele é essencialmente 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»*.

Catarina Ventura («Direitos Humanos e Ombudsman», Provedoria de Justiça, 2007, págs. 87-88), na mesma linha, escreve: *«... mesmo enquanto meio de controlo da actividade administrativa, o Ombudsman é, acima de tudo, um instrumento fundamental de defesa dos direitos das pessoas. Ou seja, mesmo no seu domínio típico de actuação, visando os comportamentos administrativos das entidades sujeitas à sua jurisdição, o Ombudsman delinear-se-á, essencialmente, como um “órgão de protecção cidadã”»*.

36.º

Ora, sendo o direito de queixa ao Provedor de Justiça um direito fundamental dos cidadãos e o próprio Provedor uma garantia institucional de controlo ou de tutela (não jurisdicional) desses mesmos direitos, a nível nacional, e para qualquer sector, a instituição dos assinalados «provedores

sectoriais regionais» viola a reserva relativa de competência da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, b), *ex-vi* dos artigos 23.º e 227.º, n.º 1, b).

37.º

O mesmo é dizer, por outro modo, que o Estatuto impugnado não é fonte habilitante apropriada para o efeito, e que, portanto, a autonomia legislativa outorgada, neste plano, à Assembleia Legislativa dos Açores ofende o disposto nos artigos 112.º, n.º 4 e 228.º, n.º 1 da Constituição.

38.º

Já sob outra perspectiva, não pode deixar-se também de sustentar que as normas impugnadas acabam – enviesadamente embora – por estabelecer condicionalismos ou restrições não constitucionalmente admissíveis à tutela dos direitos fundamentais, assim violando os artigos 17.º, 18.º, n.ºs 2 e 3 e 23.º da Constituição.

39.º

Com efeito, a reprodução ou a clonagem do Provedor de Justiça que se opera através dos assinalados «provedores sectoriais regionais» representa, patentemente, uma diminuição da extensão e do alcance do **conteúdo essencial** da garantia de instituto que a Constituição configurou no Provedor de Justiça.

40.º

O Provedor de Justiça foi deliberadamente criado – e constitucionalizado – como um órgão com características muito particulares, não enquadráveis nas características próprias dos órgãos pertencentes às organizações política, económica ou administrativa do Estado, precisamente para actuar, com independência e à margem dos meios de impugnação, graciosa ou contenciosa, previstos na Constituição e na lei, transversalmente sobre todos os sectores públicos dessas diversas organizações.

41.º

A intenção do legislador constituinte ao conceber – e ao constitucionalizar, da forma como o fez – o Provedor de Justiça, foi a de criar um órgão que actua, **de forma una, homogénea e generalizada** sobre todas as entidades susceptíveis de se incluírem no conceito de «poderes públicos» do Estado português, (que é, por definição consagrada na Lei Fundamental, um Estado unitário).

42.º

O Provedor de Justiça defende os direitos e os interesses legítimos dos cidadãos contra as acções e as omissões dos poderes públicos, sem poder decisório, apenas pela persuasão, e apoiando-se exclusivamente na razão e no peso da sua argumentação.

43.º

Tal forma de actuação, baseada no reconhecimento da autoridade, política e jurídica, do órgão, é correntemente resumida na expressão “*magistratura de influência*”, e tem subjacentes, na perspectiva da defesa dos direitos fundamentais das pessoas, três ideias essenciais.

44.º

A primeira é a de que **todos os cidadãos**, quer residam no continente ou nas Regiões Autónomas, no País ou no estrangeiro, devem ser destinatários dessa actuação do Provedor de Justiça em condições de igualdade relativamente a queixas que apresentem contra poderes públicos nacionais.

45.º

A segunda, decorrente da primeira, é a de que tal objectivo só se atinge eficazmente se o órgão for nacional, pois a resolução das questões e situações concretas colocadas pelos cidadãos requerem uma **visão e uma estratégia de conjunto**, que territorialmente coincide com Portugal e materialmente com o Estado português.

46.º

A terceira, implícita nas duas anteriores, diz-nos que a apreciação, pelo Provedor de Justiça, das queixas concretas dos cidadãos – localizados geográfica, cultural, social ou economicamente nesta ou naquela zona do país – terá necessariamente em atenção as características próprias desse meio em que se inserem.

47.º

O que acaba de referir-se leva-nos, por seu turno, a duas conclusões importantes.

48.º

A primeira é a de que, por definição, não haverá défice de tutela dos direitos dos cidadãos que deva ser ultrapassado com a criação de órgãos com as mesmas características e função do Provedor de Justiça.

49.º

A segunda é a de que a criação de provedores sectoriais serviria, isso sim, **para fragilizar a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos que é feita pelo Provedor de Justiça**, já que funcionaria, na prática, como um veículo de fragmentação e de desagregação deste órgão, retirando força e eficácia à sua actuação – logo, atingindo a medula daqueles mesmos direitos.

50.º

Ora, um Provedor de Justiça fragmentado e despojado, mesmo que parcelarmente, do seu poder de influência, é um Provedor de Justiça descaracterizado, ferido nos seus elementos essenciais, consagrados constitucionalmente.

51.º

Assim sendo, a criação de provedores sectoriais – ou de órgãos públicos que, independentemente da designação, constituam materialmente réplicas do Provedor de Justiça, mesmo que limitado o seu âmbito de actuação a um determinado sector – constitui uma violação da garantia institucional do órgão Provedor de Justiça, tal como o legislador constituinte o quis configurar, e tal como aparece consagrado no art.º 23.º da Constituição.

52.º

E nem se contraponha a isto o esqualido argumento de que a criação de «provedores sectoriais», ou a de «provedores regionais», ou a de «provedores autárquicos», ou a de «provedores mistos» (quer dizer, simultaneamente sectoriais e regionais ou locais) não constituiria ofensa aos artigos 23.º, 17.º e 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição – **desde que** normativamente sempre ficasse expresso que essa criação se faria «**sem prejuízo**» ou «**com respeito**» pelas atribuições, competências e poderes decorrentes do estatuto constitucional do Provedor de Justiça.

53.º

Nesse vício de aparente cândida ingenuidade incorreu, afinal, o legislador parlamentar, ao reverenciar no artigo 130.º do Estatuto as atribuições e competências do Provedor de Justiça, que de forma expressiva ressalvou.

Quase apetece dizer que, afinal, sempre o vício presta homenagem à virtude ...

54.º

Decalcar, clonar, desmultiplicar, reproduzir ou copiar, seja a que nível geográfico for, e seja em que sector dos poderes públicos for, a competência nuclear ou essencial do Provedor de Justiça na sua tutela específica dos direitos fundamentais e de outros direitos das pessoas tem o efeito **inultrapassável** de limitar, condicionar ou restringir o direito de queixa dos

cidadãos ao Provedor de Justiça e de colocar em causa a eficiência e a eficácia que se requerem à sua específica actuação.

55.º

Isto afigura-se tão evidente que o mesmo artigo 130.º do Estatuto tratou, empenhadamente, de fixar um **princípio de coordenação** dos «provedores sectoriais regionais» com o Provedor de Justiça.

Simplesmente, o legislador parlamentar olvidou que a cooperação nunca pode ser, por natureza, unilateral. A coordenação pressupõe bilateralidade – ou, então, não há coordenação!

56.º

Por isso, o princípio da coordenação estabelecido no referido artigo 130.º do Estatuto não encerra apenas uma directriz para os «provedores sectoriais regionais» - implica, forçosamente, **também** uma directriz de coordenação apontada ao Provedor de Justiça relativamente àqueles.

Nesse sentido, o Estatuto está a sobrepor-se à independência constitucionalmente garantida ao Provedor de Justiça, logo, está a violar a própria Constituição, por força dos seus artigos 23.º e 18.º, n.ºs 2 e 3.

Há, aqui, uma manifesta inobservância do princípio da supremacia da Constituição.

57.º

Ao estatuir desse modo, o Estatuto ofende o modelo unitário que a Constituição consagrou para o Provedor de Justiça e promove – é certo que de forma oblíqua – uma exaustão parcial, ou um esvaziamento geográfico e sectorial, no âmbito unitário de competências constitucionalmente atribuídas ao Provedor de Justiça.

Paralelamente, atinge a **eficácia** da sua intervenção, mas este é aspecto de que se tratará adiante com mais detalhe (vd. § VI).

58.º

Em suma – e por maioria de razão – acompanhando-se a acertada decisão do Tribunal Constitucional quanto ao então artigo 63.º, n.º 2, h) do Decreto n.º 217/X da Assembleia da República, também se diria, agora, que a matéria referente à tutela (não jurisdicional) de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos cometida ao Provedor de Justiça «*não se compadece com a regionalização do seu tratamento normativo...*», uma vez que também os artigos impugnados do Estatuto, ao interferirem com a função unitária de um órgão independente do Estado como o é o Provedor de Justiça, põem «***em causa valores e interesses que reclamam um acolhimento universal e uma conformação unitária em todo o âmbito nacional ... sem deixar margem a configurações desviantes particularizadoras***» (acórdão n.º 402/2008, sublinhados meus).

Os artigos estatutários supra identificados violam, conseqüentemente, os artigos 23.º e 112.º, n.º 4 da Constituição.

59.º

As normas impugnadas do Estatuto, não obstante a patente ressalva feita às atribuições e competências do Provedor de Justiça, não escondem a finalidade de «sugar» uma **instituição nacional conexiona da com a identidade nuclear da Constituição de 1976**.

VI) Da violação do princípio da proporcionalidade

60.º

Ainda que todos os argumentos precedentemente carreados tivessem de considerar-se improcedentes, restaria a questão de saber se a (lícita) instituição de «provedores sectoriais regionais» e a correspondente e posterior regulamentação pela Assembleia Legislativa dos Açores cumpririam os critérios atinentes ao princípio da proporcionalidade.

Não cumprem.

61.º

A existência de provedores especiais – a nível sectorial, ou a nível regional ou local – não é de todo desconhecida em determinados países europeus, sendo certo que estes foram berço da instituição original do Ombudsman, que haveria de mundializar-se a partir, sobretudo, da segunda metade do século XX.

62.º

Será, em todo o caso, oportuno observar que a criação desses provedores «especiais» (se sectorializados), ou a dos provedores «menores» (se regionalizados), é típica de Estados constitucionalmente federais, ou de países funcionalmente federais: Espanha, Itália, Bélgica, Alemanha e Suíça, sendo que não existe um provedor nacional em alguns destes países. Ora,

63.º

As restrições ao direito de queixa ao Provedor de Justiça, corporizadas através da criação de «provedores sectoriais regionais», mesmo que se licitamente fossem estabelecidas para reforço da tutela (não jurisdicional) dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, não respeitam os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da adequação, como se procurará demonstrar.

64.º

Não respeitam, desde logo, o princípio da necessidade.

65.º

De facto, e reafirmando-se aqui o que, oportunamente, foi exposto à Assembleia da República (*doc. em anexo*), retira-se dos Relatórios que o Provedor de Justiça anualmente submete ao Parlamento (e que são igualmente enviados às Assembleias Legislativas dos Açores e da Madeira), que o volume de queixas oriundas daquela Região Autónoma tem vindo, desde 1996, a

aumentar, em coincidência com o estabelecimento, nessa Região, de uma Extensão do Provedor de Justiça, com sede em Angra do Heroísmo.

66.º

Por via desse incremento de queixas, é importante reparar que, em termos de colocação numa série descendente da relação entre queixas e população residente nos vários distritos e Regiões Autónomas, logo no ano da inauguração daquela Extensão esta assumiu o quarto lugar, subindo para terceiro no ano imediato para, de 1998 a 2000, se posicionar no topo. De 2001 para cá, a posição ocupada tem oscilado entre o segundo e o terceiro lugares (vd. Relatórios anuais à Assembleia da República, «Dados Estatísticos»).

67.º

Assim sendo, não seria adequado sustentar que os residentes na Região Autónoma dos Açores não beneficiam de acesso «próximo» ao Provedor de Justiça, ou que este se encontra espacialmente distante dos açoreanos.

A verdade é que está geograficamente mais próximo destes do que o está, por exemplo, dos cidadãos residentes em Bragança ou na Guarda, pois nos distritos do Continente inexistem Extensões do Provedor nacional.

68.º

Ademais, tenha-se presente que, não obstante as Extensões do Provedor de Justiça nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira terem, inicialmente, sido estabelecidas por despacho do Provedor, no exercício da sua autonomia, elas viriam a ser **legalmente consagradas**: artigo 5.º, n.º 2 e artigo 30.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de Agosto, na versão do Decreto-Lei n.º 195/2001, de 27 de Junho.

69.º

Não é, pois, seguramente, por qualquer critério de necessidade de proximidade geográfica ou territorial que poderia justificar-se materialmente a exigência da instituição de «provedores sectoriais regionais» nos Açores.

O Provedor de Justiça, afinal, sempre actuou também nos Açores; e acontece que, a partir de 1996, até «lá está» com uma Extensão.

70.º

Nem, ademais, os órgãos próprios da Região alguma vez suscitaram – **e podiam tê-lo feito facilmente** – a mínima necessidade que fosse de uma qualquer adaptação estrutural do órgão nacional Provedor de Justiça aos condicionalismos ou às particularidades autonómicas.

Bem pelo contrário, como se deduz inequivocamente do documento n.º 2/B anexo a este requerimento, no qual se dá conta, de um modo que tem de reputar-se como concludente, do «**excelente relacionamento entre o Governo Regional e os serviços do Provedor de Justiça a partir daquela data**».

Eis por que apeteceria dizer que a autonomia açoreana forjou, nas normas ora impugnadas do Estatuto, razões que a própria razão do mais alto titular de um órgão próprio dessa autonomia até há bem pouco tempo desconhecia e infirmava.

71.º

Além disso, a instituição de verdadeiras réplicas ou sócias, embora a nível regional e de âmbito meramente sectorial, do Provedor de Justiça sempre constituiria uma solução inadequada face a um alegado défice da tutela (não jurisdicional) dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos perante os entes públicos regionais.

72.º

Como se evidenciou, inexistente tal défice. Mas, a existir, a via apropriada para o colmatar seria a de uma adaptação da estrutura orgânica do Provedor nacional a eventuais condicionalismos regionais que a justificassem e que fossem objectivamente invocados – por exemplo, mediante iniciativa legislativa da Assembleia Legislativa dos Açores de apresentação à Assembleia da República de uma alteração à já referida Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que

potenciasse uma eventual melhor adequação aos condicionalismos da Região das funções do Provedor nacional [artigo 227.º, n.º 1, f)].

Esta afigurar-se-ia ser a via de uma autonomia cooperativa e aberta. Mas a via perfilhada não foi essa e **também não é difícil de entender por que o não foi no condicionalismo concreto.**

73.º

Claramente, o Estatuto optou por seccionar e esvair as competências próprias do Provedor de Justiça na área territorial e nos sectores em que operarão os «provedores sectoriais regionais», exaurindo e reconfigurando o perfil constitucional e legal do Provedor de Justiça.

74.º

Ao estatuir assim, o Estatuto redesenhou a autonomia regional, nos parâmetros sindicáveis, apenas como alavanca de **«mais Estado para a Região»** e de **«mais Região sobre o Estado»**. Não parece difícil percepcioná-lo.

75.º

Alheou-se completamente, portanto, das finalidades da **«boa administração»** e dos insitos deveres de correcta ponderação dos bens por ela pressupostos e nela envolvidos. Eis por que o legislador parlamentar nacional se revelou, assim, imprudente ou pouco avisado e incumpriu o dever de observância do princípio constitucional de «proibição de excesso».

76.º

A doutrina, aliás, advertiu-o oportunamente, nestes termos (Maria Lúcia Amaral, in «O Cidadão,», ob. cit., págs. 53-74):

«Sem uma organização justa dos poderes públicos, sem uma ordenação razoável e adequada da actividade administrativa, sem instituições cujo funcionamento não seja “opaco” e “fechado” aos olhos do público, ou sem centros de decisão que sejam desenhados

de modo a evitar, optimamente, os conflitos positivos ou negativos de competências que possam surgir entre eles – sem tudo isto – não há nunca, numa comunidade constitucional, um “ambiente” favorável à defesa dos direitos fundamentais. Ora, nesta parte, a construção do “ambiente” é da responsabilidade do direito porque é da responsabilidade do legislador. No momento em que este último decide concretizar a Constituição (ou, rectius, a defesa dela), criando para tanto novas instituições que existam para defender os direitos das pessoas, a primeira tarefa que se deve empreender antes da aprovação da lei é uma tarefa de ponderação de bens».

77.º

E acrescentava:

«A necessidade da instituição nova deve ser sopesada, ou ponderada, com a necessidade que decorre do dever de boa administração. Aquilo que se ganha – para efeitos, obviamente, de defesa dos direitos – com a criação de mais um ente sobreleva aquilo que pode vir a perder em ordenação razoável e adequada da administração pública? Ou sobreleva aquilo que se pode vir a perder com o eventual acréscimo de conflitos negativos e positivos de competências entre as instituições já existentes e a instituição nova? Ou sobreleva aquilo que se pode vir a perder na compreensão do público quanto ao modo de funcionamento das mesmas instituições? Todas estas questões, assim formuladas, não conduzem apenas a juízos quanto à oportunidade ou quanto ao mérito da decisão de legislar. O seu exame, e o resultado que dele se extrair, constitui antes um pressuposto jurídico quanto à constitucionalidade da lei que crie a nova instituição. Se se chegar à conclusão segundo a qual todas estas perguntas merecem resposta negativa – ou seja, se se chegar à conclusão segundo a qual o custo da criação da instituição nova, para efeitos de boa administração, é

superior ao ganho geral que dela se obtém para efeitos de protecção efectiva dos direitos –, então, ter-se-á que chegar também à conclusão segundo a qual a decisão de legislar não será apenas má ou inoportuna. Será mais do que tudo isso inconstitucional, porque o bem ou valor da “administração razoável e adequada” se sobrepõe ao “bem” ou “valor” da criação de instituições para a defesa dos direitos fundamentais».

78.º

A aplicação deste entendimento doutrinal ao juízo acerca da instituição dos referidos «provedores sectoriais regionais» há-de conduzir a uma resposta rotundamente negativa.

Com efeito,

79.º

Não se descortina no debate parlamentar de aprovação do Estatuto o mais distante indício que seja acerca da ponderação que haveria de ter merecido do legislador a criação destes novos órgãos regionais.

80.º

Aparentemente, dir-se-ia, destinam-se a reforçar a tutela (não jurisdicional) dos direitos dos cidadãos face aos poderes públicos regionais e nos «sectores» de actividade administrativa concretos em que venham a ser estabelecidos e que não se sabe quais possam ser.

Mas isso não passa de enganadora aparência.

81.º

A ser correcta esta **lógica**, então ela poderia ser levada ao limite: deveriam ser instituídos tantos provedores «sectoriais» e tantos provedores «menores», no todo nacional, quantas as administrações do Estado o consentissem e a sua organização territorial o permitisse: no bairro, na freguesia, no município e nas Regiões Autónomas (enquanto não forem

concretizadas as regiões administrativas...); na administração fiscal, na da saúde ou da educação, na da segurança social ou na do ambiente; para os imigrantes, para as mulheres, para as crianças e os idosos, ou para as pessoas com deficiência; ou para, ainda, os reclusos, as mães solteiras e os sem-abrigo...

Nada melhor do que o absurdo para se ilustrar certas lógicas.

82.º

Este tipo de solução institucional esquece, simplesmente, que os direitos são **universais** e **iguais para todos os cidadãos** (artigos 1.º e 2.º da Constituição), sejam quais forem as adequações normativas lícitas da sua concreta conformação e a área geográfica da sua aplicação.

Sectorializá-los e regionalizá-los só potencia a sua fragmentação e forja (mesmo que inadvertidamente) o seu condicionamento e a sua menorização, sempre que desprovidos de fundamentação material bastante e de armadura institucional que os coloque ao abrigo de investidas de interesses ou de influências particulares.

83.º

Serão, assim, praticamente inevitáveis os conflitos entre a actuação do Provedor nacional na Região Autónoma dos Açores e a actuação de um ou mais «provedores sectoriais regionais», **sempre que aquele e estes tratarem de forma oposta ou diferente queixas com o mesmo objecto e os mesmos fundamentos perante a mesma entidade regional.**

Nem se responda que esta é uma hipótese académica: foi exactamente a ocorrência concreta de situações de desgastante, inútil e desprestigiante sobreposição parcelar de funções e de contraditórias actuações que conduziu o legislador à extinção da experiência – de algum modo similar – que se tentou instaurar com a criação do «Defensor do Contribuinte» (cf. Decreto-Lei n.º 158/96, de 3 de Setembro, e Decreto-Lei n.º 320-A/2002, de 30 de Dezembro).

Infelizmente, essa experiência não foi, agora, devidamente tida em conta.

84.º

É antevizível, por outro lado, que o mesmo tipo de ocorrências fragilizará quer o Provedor nacional quer o, ou os «provedores sectoriais regionais», do mesmo passo que as administrações públicas regionais visadas por actuação simultânea, ou sequencialmente diversa, daquele e de estes responderão pela forma sempre burocraticamente mais à mão: ignorando-os olímpicamente e fazendo «orelhas moucas e ouvidos de mercador».

Resulta evidente, pois, que a **eficácia** da actuação do Provedor de Justiça só por milagre não seria atingível, dela resultando **um inevitável enfraquecimento dos direitos dos cidadãos que visa proteger**.

85.º

A solução estatutária abre a porta, além disso, a autenticas **roturas institucionais**: tal aconteceria se, por hipótese, os serviços da administração regional – que se encontram, naturalmente, sob a dependência do Governo Regional (artigo 76.º, n.º 1 do Estatuto) – manifestassem atitude sistemática e deliberada de hostilidade para com as recomendações que lhes fossem dirigidas pelo Provedor de Justiça e postura sistemática de acolhimento ou de favorecimento a recomendações, com o mesmo sentido, dos «provedores sectoriais regionais».

Advirta-se que não se teoriza, aqui, acerca de cenários hipotéticos de «conspiração»: evidencia-se, tão só, o patente desequilíbrio que a solução estatutária desencadeia, em marcante violação dos artigos 17.º, 18.º, n.ºs 2 e 3 e 23.º da Constituição.

E, depois, lá que há bruxas, há...

86.º

Como é, enfim, bem perceptível a confusão que se instaurará **nos cidadãos** açoreanos, ou nos outros portugueses que se queixarem, indiferentemente, ao Provedor nacional ou ao «provedor sectorial regional», através da apresentação, contra determinada entidade pública regional, de

queixa idêntica, daquele recebendo uma resposta e deste resposta de teor inverso.

Eis como se «reforçam» os direitos dos cidadãos **concretos** na versão estatutária impugnada e por isso dela se disse que só na aparência intentava fortalecer a tutela dos direitos dos cidadãos.

87.º

E tudo isto, ao fim e ao cabo, emerge de uma postura político-legislativa ofensiva da nossa Constituição: porque se **ignora** o estatuto constitucional do Provedor de Justiça, porque se intenta **contornar indevidamente** a sua incontroversa inserção na estrutura institucional do Estado unitário, porque se **pretende** trilhar caminhos autonómicos por via de «excesso de Estatuto».

88.º

No final, a consequência de tudo isto é que **perde-se a visão sistémica** da defesa (não jurisdicional) dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; **subverte-se a função preventiva global** de ocorrência de injustiças e ilegalidades nas diversas administrações; **deturpa-se o papel unitário** de guardião dos direitos e interesses legítimos de todos e de cada um dos portugueses por parte do Provedor de Justiça.

89.º

No balanço – que haveria de ter sido feito e **não foi** – entre os bens jurídicos alcançáveis através das soluções estatutárias ratificadas pelo parlamento nacional, por um lado, e os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, por outro, não é antevizível o mínimo ganho para a defesa (não jurisdicional) dos direitos dos cidadãos e é bem perceptível que se enfraquece a efectividade destes direitos.

Em contrapartida, é manifesta a consecução de um mero ganho **de poder** da Região face ao Estado unitário.

E não por acaso decerto, também ninguém interrogou ninguém quanto aos **custos** das novidades estatutárias introduzidas. Elucidativo...

Nestes termos, pelos fundamentos expostos, requer-se, ao Tribunal Constitucional, que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes dos seguintes artigos, todos do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, na redacção que, por último, lhe foi conferida pela Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro, que igualmente procedeu à respectiva republicação:

- Artigos 7.º, n.º 1, alínea o), 47.º, n.º 4, alínea c), 67.º, alínea d), 101.º, n.º 1, alínea n) e 130.º, por violação dos artigos 17.º e 18.º, n.ºs 2 e 3, e 23.º, bem como dos artigos 112.º, n.º 4, 164.º, alínea m), 165.º, n.º 1, alínea b), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas a) e b) e 228.º, n.º 1 da Constituição.***

O Provedor de Justiça,
H. Nascimento Rodrigues