

Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

P-9/09 (A6)

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 do artigo 34.º, n.º 1, da Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de Julho, que aprova a Lei de Defesa Nacional, e dos artigos 1.º, 2.º, n.ºs 1, 2 e 3, 4.º, n.ºs 1 e 2, e 5.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, diploma que estabelece o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas.

Entende o Provedor de Justiça que tais normas, **nos segmentos em que por um lado fazem depender a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça da exaustão dos recursos administrativos previstos na lei e, por outro, circunscrevem a possibilidade de apresentação de queixa ao Provedor de Justiça às situações que envolvam a violação de direitos, liberdades e garantias dos próprios militares queixosos ou prejuízo para estes**, contrariam as normas por sua vez contidas nos artigos 23.º, n.ºs 1 e 2, e 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, pelas razões e fundamentação que a seguir se enunciam.

I) Da inconstitucionalidade da solução legal que impõe a prévia exaustão das vias hierárquicas previstas na lei para a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça por parte dos militares ou agentes militarizados das Forças Armadas na efectividade de serviço:

1.º

A Lei de Defesa Nacional, actualmente aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de Julho, rectificada e publicada em anexo à Declaração de Rectificação n.º 52/2009, de 20 de Julho, determina, no respectivo art.º 34.º, n.º 1, que “os militares na efectividade de serviço podem, depois de esgotados os recursos administrativos legalmente previstos, apresentar queixas ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas de que resulte violação dos seus direitos, liberdades e garantias (...)”.

2.º

Em concretização do disposto actualmente no n.º 2 do art.º 34.º da Lei de Defesa Nacional, a Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, regula, ainda hoje, o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas.

3.º

A Lei n.º 19/95, após enunciar, no art.º 1.º, o princípio geral de que todos os cidadãos podem apresentar queixa ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas, esclarece, no art.º 2.º, n.º 1, em consonância com o estipulado, conforme referido, na Lei de Defesa Nacional, que, sendo queixosos os militares ou os agentes militarizados das Forças Armadas, a queixa só pode ser apresentada “uma vez esgotadas as vias hierárquicas estabelecidas na lei”.

4.º

O diploma de 1995 concretiza ainda os seguintes aspectos com interesse para a questão em análise:

- a) O regime pelo mesmo aprovado é aplicado, em síntese, aos militares e agentes militarizados das Forças Armadas na situação de activo ou que cumpram serviço efectivo (cf. art.º 5.º, n.º 1). Aos militares na situação de reserva fora do serviço efectivo ou na situação de reforma e aos agentes militarizados das Forças Armadas na situação de reforma aplica-se apenas a solução (que não é objecto do presente requerimento) que impossibilita a apresentação de queixas sobre matéria operacional ou classificada (a que se refere o art.º 3.º);
- b) O recurso hierárquico exigido pela lei considera-se indeferido decorridos 15 dias úteis desde a sua apresentação sem que tenha sido decidido (art.º 2.º, n.º 2);
- c) Quando não haja lugar ao recurso hierárquico ou se estiver já esgotado o prazo para interpor recurso hierárquico da acção ou omissão, a queixa é levada ao conhecimento do Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas ou do chefe do estado-maior do respectivo ramo, que dispõe de 10 dias úteis para se pronunciar, findos os quais, sem que a pretensão individual tenha sido satisfeita, pode ser feita queixa ao Provedor de Justiça (art.º 2.º, n.º 3);
- d) A queixa a apresentar ao Provedor de Justiça deve conter obrigatoriamente os elementos a que se refere o art.º 4.º do diploma, designadamente as referências conducentes à identificação pessoal e profissional do queixoso e a expressa menção de que se encontram esgotadas as vias de recurso hierárquico ou de que foi dado prévio conhecimento da queixa às entidades mencionadas em c) [art.º 4.º, n.º 1];
- e) A queixa a apresentar ao Provedor de Justiça terá necessariamente um registo escrito, devendo ser reduzida a escrito se apresentada oralmente (art.º 4.º, n.º 2).

5.º

As normas da Lei de Defesa Nacional e da Lei n.º 19/95 que estabelecem a obrigatoriedade da prévia exaustão das vias hierárquicas previstas na lei para a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça por parte dos militares violam

frontalmente as normas por sua vez constantes dos n.ºs 1 e 2 do art.º 23.º da Constituição, referente ao órgão Provedor de Justiça e, como se verá adiante, as normas do art.º 18.º, n.ºs 2 e 3, da Lei Fundamental, que estabelecem o regime substantivo das restrições aos direitos, liberdades e garantias.

6.º

Antes de mais, devo esclarecer que não desconheço naturalmente que o Tribunal Constitucional, no âmbito do Acórdão n.º 103/87, apreciou já a questão jurídico-constitucional subjacente – em causa estava norma similar da então em vigor Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas que estendia à Polícia de Segurança Pública a mesma obrigatoriedade de esgotamento das vias hierárquicas como condição para o exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça –, no sentido de não declarar a sua inconstitucionalidade.

7.º

Decorridos alguns anos sobre a referida tomada de posição do Tribunal Constitucional, permito-me colocar de novo a questão, fazendo uso da prerrogativa de iniciativa própria do Provedor de Justiça, por não concordar com os fundamentos da tese que, pese embora os vários votos de vencido, logrou ter vencimento nesse mesmo Acórdão.

8.º

Procurarei demonstrar que, ao contrário do que considerou o Tribunal no Acórdão mencionado, a referida solução impõe uma restrição constitucionalmente inadmissível ao direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça.

Assim,

9.º

O estatuto constitucional do Provedor de Justiça, muito concretamente a colocação sistemática do órgão, previsto no art.º 23.º da Constituição, no capítulo dos direitos e deveres fundamentais, permite sustentar que o direito de queixa ao Provedor de Justiça é

um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos, a par dos restantes elencados na Lei Fundamental.

10.º

Assim sendo, o direito de queixa ao Provedor de Justiça beneficiará do regime constitucional próprio dos direitos, liberdades e garantias, desde logo do regime substantivo previsto nos art.ºs 17.º e 18.º do texto constitucional, no que toca designadamente à aplicabilidade directa e, quanto às restrições, no sentido de estas só poderem ser admitidas desde que previstas na Constituição e se respeitados os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação.

11.º

Fazer depender a possibilidade de apresentação de queixa ao Provedor de Justiça do esgotamento prévio dos meios de impugnação hierárquicos dentro da estrutura militar não constitui uma mera regulamentação do direito em causa, como se pretende no Acórdão mencionado, mas uma verdadeira restrição ao exercício, neste caso por parte dos militares, daquele direito fundamental.

12.º

Na verdade, o legislador constitucional é claro ao conformar o direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça como independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis, como resulta de forma inequívoca do n.º 2 do art.º 23.º da Constituição.

13.º

Conforme referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, em anotação precisamente a este preceito da Lei Fundamental¹, “*a independência dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e na lei implica: a) a não dependência de interesses directos, pessoais e legítimos por parte de quem apresente a queixa; b) a não dependência de*

¹ In “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 219.

prazos ou outros condicionamentos para a sua apresentação; c) a possibilidade de, mesmo estando desencadeado um procedimento ou um processo relativo ao acto objecto de queixa, o Provedor a apreciar; d) a não suspensão, por força da sua intervenção, do decurso de qualquer prazo de recurso hierárquico ou contencioso” (sublinhado meu).

14.º

Também J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira são claros a este propósito²: “*A função do Provedor de Justiça é fundamentalmente caracterizada pela sua natureza informal e não jurisdicional, e pela sua independência em relação aos meios gratuitos e contenciosos de defesa dos administrados (...). O Provedor pode intervir, quer quando o cidadão tenha à sua disposição um meio gratuito ou contencioso (recorrendo ou não simultaneamente a ele), quer quando o não tenha, por terem passado os prazos de reclamação ou recurso, ou por a ele não haver lugar (...); no primeiro caso, porém, o recurso ao Provedor não substitui nem interfere com o recurso administrativo ou judicial”*. (sublinhado meu)

15.º

Deste modo, qualquer concretização do direito que faça depender o seu exercício da utilização obrigatória, prévia ou póstuma, de meios de reclamação gratuitos ou contenciosos previstos na lei, não está naturalmente apenas a proceder à sua regulamentação, antes limita-o num dos seus elementos estruturantes – a que, de resto, o legislador constitucional deu expressão directa no n.º 2 do art.º 23.º da Lei Fundamental –, impondo-lhe uma verdadeira restrição.

² In “CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 442.

16.º

A propósito da distinção entre os conceitos de regulamentação e de restrição de direitos, são esclarecedoras as palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros³:

“Uma coisa é a regulamentação ou preenchimento ou desenvolvimento legislativo (...) do conteúdo do direito; outra coisa a restrição ou diminuição ou compressão desse conteúdo. Uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de clarificação, ou de delimitação de direitos; outra coisa é restringir com vista a certos e determinados objetivos constitucionais. A regulamentação pode conduzir à ampliação dos direitos na base da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1; nunca pode reverter, sob pena de desvio de poder legislativo, em restrição”.

17.º

Por outro lado, não pode também aceitar-se, conforme se pretende no identificado Acórdão n.º 103/87, que a obrigatoriedade de exaustão dos recursos administrativos por parte dos militares queixosos, constitua um limite imanente da garantia constitucional associada ao direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça.

18.º

Ora, parece indiscutível que designadamente a actividade política dos órgãos de soberania ou a actividade judicial constituirão limites imanentes à actividade do Provedor de Justiça (e ao correspondente direito fundamental de queixa de todos os cidadãos), de resto reconhecidos expressamente pelo legislador ordinário⁴.

19.º

O mesmo não poderá dizer-se, no entanto, de limites decorrentes de valores constitucionais associados ao estatuto específico de certos cidadãos pelo facto de

³ Ob. cit., pp. 159 e 160.

⁴ Cf. designadamente art.º 22.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

estarem inseridos numa determinada instituição, neste caso caracterizada por uma estrutura de hierarquia, de comando e de disciplina, como é a das Forças Armadas.

20.º

Se é certo que estes valores constituirão limites ao exercício de determinados direitos por parte dos referidos cidadãos – desde logo os elencados no art.º 270.º da Constituição –, também é verdade que a Constituição é clara ao afirmar que a definição legal de eventuais restrições concretas ao exercício de direitos por parte dos militares tem de ser feita “na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções”.

21.º

Não é manifestamente este o caso do direito individual e privado de queixa ao Provedor de Justiça de que beneficiam todos os cidadãos.

22.º

Precisamente a respeito desta questão concreta são reveladoras as palavras de Vital Moreira constantes do voto de vencido que formulou no âmbito do referido Acórdão n.º 103/87 do Tribunal Constitucional:

“Rejeito obviamente a invocação neste contexto de um “limite imanente” do direito de queixa ao PJ [Provedor de Justiça]. O recurso à invocação dos “limites imanentes” não pode ser banalizado, sob pena de, em manifesta fraude à Constituição (artigo 18.º, n.º 2), se dar por existente uma cláusula geral justificativa de toda e qualquer limitação dos direitos fundamentais. Como limites imanentes só podem considerar-se aqueles que não podem deixar de considerar-se ínsitos na própria configuração constitucional do direito em causa. (...) A meu ver, não é o que se verifica no caso em análise”.

23.º

Assim sendo, não pode deixar de concluir-se que o direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça sofre, face ao teor da norma do art.º 23.º, n.º 2, da Constituição, uma verdadeira restrição – e não uma mera regulamentação ou uma definição através de

limites não expressamente constantes do texto constitucional – com a imposição da exaustão prévia dos recursos hierárquicos para a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça por parte dos militares, decorrente das normas da Lei de Defesa Nacional e da Lei n.º 19/95 acima identificadas.

24.º

Resta saber se tal restrição – que terá, assim, de submeter-se aos apertados requisitos de admissibilidade a que se refere o art.º 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição – se mostrará legítima aos olhos da Lei Fundamental designadamente quando confrontada com outros bens susceptíveis de tutela, como a preservação da estrutura hierarquizada de comando e disciplina que caracteriza a instituição Forças Armadas.

25.º

Não creio ser este o caso, pelas razões que procurarei expor de seguida.

26.º

Assim, e antes de mais, a referida restrição não encontra arrimo no art.º 270.º da Constituição, que consagra, conforme referido, um elenco taxativo de direitos cujo exercício por parte designadamente dos militares é susceptível de ser objecto de eventuais restrições, a regular por lei, e que não abarca o direito de queixa ao Provedor de Justiça.

27.º

Conforme se escreveu⁵, *“as restrições elencadas no mencionado preceito constitucional em maior ou menor medida tentam obviar à exposição pública dos militares. Ora, o direito de queixa ao Provedor de Justiça é, por natureza, um direito individual, que o cidadão pode exercer – basta que assim o pretenda – sem que esteja associada a esse exercício a sua divulgação ou publicitação. Recorda-se que, nos termos do artigo 12.º da Lei n.º 9/91 [que aprova o Estatuto do Provedor de Justiça], o Provedor de Justiça é*

obrigado a guardar sigilo relativamente aos factos de que tome conhecimento no exercício das suas funções, incluindo naturalmente a identificação do reclamante e o conteúdo das queixas”.

28.º

E acrescenta-se⁶:

“Assim sendo, se se compreenderia, à luz das razões que implicitamente justificam o teor do artigo 270.º da Constituição, que, por exemplo, não fosse permitido ao militar tornar público o teor da sua queixa ao Provedor de Justiça, ou se se alcança que, por razões associadas à salvaguarda de interesses relativos à segurança do Estado, algumas matérias, como as referidas no artigo 3.º da Lei n.º 19/95 – matéria operacional ou classificada – estejam fora do objecto das queixas dos militares ao Provedor de Justiça, já não se pode aceitar, no entanto, que o direito de queixa ao Provedor de Justiça por parte dos militares ou agentes militarizados sofra uma reconfiguração feita pelo legislador ordinário, no sentido de o funcionalizar aos interesses próprios de um determinado sistema, qualquer que ele seja, mesmo quando estão em causa interesses associados à hierarquia e disciplina militares”.

29.º

A primeira conclusão a alcançar é, assim, a de que a restrição decorrente da imposição do esgotamento dos recursos hierárquicos para a apresentação de queixas ao Provedor de Justiça por parte dos militares não é expressamente autorizada pela Lei Fundamental.

30.º

Deste modo, a análise da sua eventual admissibilidade passará pela verificação da necessidade de conjugação do direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça

⁵ Maria Eduarda Ferraz, in “O Provedor de Justiça na Defesa da Constituição”, Provedoria de Justiça, 2008, pp. 29 e 30.

⁶ Ob. cit., pp. cit.

com eventuais princípios, objectivos ou valores constitucionais que com aquele possam contender, com vista à sua harmonização.

31.º

Partindo do pressuposto de que a restrição em causa foi estabelecida pelo legislador ordinário para permitir a compatibilização de diferentes bens com relevância constitucional – por um lado, o direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça, por outro o princípio constitucional relacionado com o especial estatuto dos militares, inseridos que estão no âmbito de uma instituição marcada por uma estrutura hierarquizada de comando, direcção e disciplina (princípio que justificará igualmente o tipo de restrições a que alude o art.º 270.º da Constituição) –, ainda assim não passará tal restrição o crivo dos critérios constitucionais para a sua legítima admissão impostos pelo art.º 18.º da Lei Fundamental.

32.º

Desde logo não se revelará tal restrição necessária a garantir o referido desiderato.

33.º

Na verdade, em nenhum momento o exercício do direito individual de queixa ao Provedor de Justiça contende com o objectivo de manutenção de uma estrutura sólida de hierarquização das Forças Armadas, desde logo na medida em que por princípio e, mais do que isso, por imperativo legal, o Provedor de Justiça ouve sempre as entidades visadas – no caso, as entidades responsáveis pelas Forças Armadas –, antes de tomar qualquer iniciativa por motivo de acção ou omissão praticadas pelos referidos poderes públicos, ou por quaisquer outros.

34.º

Assim sendo, a legítima preocupação de que qualquer assunto que esteja a ser apreciado, discutido ou tratado referente à instituição Forças Armadas seja do conhecimento desta – desde logo tendo em vista a sua célere resolução, de preferência

através de soluções encontradas dentro e pela própria Instituição⁷ –, alcança-se com esta simples regra geral de actuação do Provedor de Justiça.

35.º

O dever de audição prévia das entidades visadas é, aliás, uma exigência expressamente estabelecida pelo legislador ordinário em sede de regulamentação do órgão, conforme decorre do art.º 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

36.º

Tão pouco a medida legal contestada no presente requerimento passa o teste da proporcionalidade.

37.º

Na verdade, para se alcançarem os objectivos implícitos na legislação aqui contestada bastaria tão só, por exemplo, que ao militar queixoso fosse imputado o ónus de dar conhecimento da queixa apresentada ao Provedor de Justiça – e do respectivo teor – simultaneamente aos órgãos competentes das Forças Armadas.

38.º

Uma solução do tipo da enunciada – ajudada, para retomar uma ideia anterior, pela imposição de um limite de não divulgação pública do conteúdo da queixa e do próprio acto de apresentação de queixa⁸ – seria igualmente eficaz na concretização do objectivo de preservação da hierarquia de comando e disciplina das Forças Armadas, ao mesmo tempo tendo a virtude de não limitar o exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça à verificação de uma condição directamente relacionada com a necessidade de utilização prévia de meios de impugnação, neste caso gratuitos, que é precisamente o que a Constituição pretende evitar com o teor da norma do seu art.º 23.º, n.º 2.

⁷ É este, em síntese, o objectivo de ordem prática subjacente à regulamentação feita pela Lei n.º 19/95.

⁸ Este sim, poderia entender-se como um limite originário ao direito de queixa ao Provedor de Justiça por parte de militares contra actos das entidades responsáveis pelas Forças Armadas.

39.º

Finalmente, não é a referida legislação adequada a garantir o fim pela mesma visado.

40.º

E isto não só na medida em que o Provedor de Justiça pode utilizar a prerrogativa da iniciativa própria para o tratamento de situações decorrentes de actuações dos poderes públicos – nos quais se incluem naturalmente os poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas – de que tome conhecimento por qualquer meio, formal ou informal, como pode o Provedor de Justiça – e fá-lo na prática – tratar situações que caem no âmbito de aplicação da Lei n.º 19/95 motivadas por queixas subscritas por familiares ou amigos do militar que pretende queixar-se, mas que, por motivo da legislação em vigor, não assume ele próprio a autoria da queixa, antes é representado para esse efeito por cidadãos civis.

41.º

Não obstante não se verificarem, conforme explanado, os mencionados pressupostos materiais de legitimidade das leis restritivas de direitos fundamentais, diga-se que mesmo que se entendesse que aqueles se encontrariam cumpridos, nunca se daria como assente o último desses pressupostos, que impõe que as restrições não possam diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os estabelecem.

42.º

É um facto, conforme acima mencionado, que a exigência de esgotamento prévio dos recursos hierárquicos previstos na lei diminui a extensão e o alcance do direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça, direito este que se encontra conformado, desde logo pela Constituição, no respectivo art.º 23.º, n.º 2, no sentido de ser o seu exercício independente de quaisquer meios gratuitos ou contenciosos previstos na lei.

43.º

Como se escreveu ainda⁹, *“a institucionalização do Provedor de Justiça, com a configuração resultante do nosso sistema jurídico-constitucional, como órgão sem poder decisório, tem essencialmente por objectivo garantir aos cidadãos um meio alternativo aos meios de impugnação, graciosa ou contenciosa, consagrados na Constituição e na lei. (...) As garantias para os cidadãos que decorrem da natureza do Provedor de Justiça prendem-se, aliás, em grande parte, com a circunstância de ser aquele um órgão que actua, na referida perspectiva, “fora do sistema”.*

44.º

A mencionada utilidade do direito de queixa ao Provedor de Justiça é, no caso dos militares que pretendam apresentar reclamações relativamente a acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas, praticamente aniquilada com a previsão da restrição de que falamos.

45.º

A este propósito será ainda útil lembrar o que, a propósito da obrigatoriedade de exaustão das vias hierárquicas estabelecidas na lei (imposição reportada, no caso, à PSP) disse Vital Moreira no voto de vencido apostado no Acórdão n.º 103/87, já citado:

“Trata-se de uma forma manifesta de inutilização efectiva do direito de queixa ao PJ, visto que impossibilita os agentes da PSP de se queixarem directamente, obrigando-os a percorrer todos os níveis da hierarquia da PSP, 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 aos 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”.

⁹ Maria Eduarda Ferraz, ob. cit., p. 31.

46.º

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰, “*o grau e a intensidade de vinculação constitucional da lei não são idênticos [em todos os casos de delimitação constitucional do conteúdo de um direito], sendo tanto maior quanto mais especificada for a norma constitucional*”. Acrescentam que mesmo nos casos em que a Constituição remete para a lei a delimitação geral do âmbito do direito “*a liberdade de conformação tem como limite a garantia de um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante do direito legalmente delimitado*”.

47.º

No caso de que nos ocupamos, o conteúdo do direito de queixa ao Provedor de Justiça, na parte que é posta em causa pelas normas objecto desta iniciativa de fiscalização da constitucionalidade, não é sequer deixado para delimitação pela lei ordinária, resultando directa e inequivocamente da norma consignada no n.º 2 do art.º 23.º da Constituição, sem margem para conformação legislativa em sentido não coincidente.

48.º

Na verdade, o que resulta das normas legais ora contestadas é que a actividade do Provedor de Justiça quando reportada a queixas apresentadas por militares contra a actuações dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas não é independente dos meios gratuitos previstos na lei, em evidente violação da Constituição, concretamente da norma do respectivo art.º 23.º, n.º 2.

49.º

Nesta perspectiva, a restrição em causa é violadora não só da garantia associada ao direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça, como da garantia que se traduz na actividade institucional do Provedor de Justiça, tal como configurada desde logo pela Constituição.

¹⁰ Ob. cit., p. 389.

50.º

A propósito do significado da expressão “conteúdo essencial” de um direito utilizada no art.º 18.º, n.º 3, do texto constitucional, referem Jorge Miranda e Rui Medeiros¹¹:

“Pode, acaso, a lei não retirar toda a utilidade ao direito e, não obstante, afectar o seu conteúdo essencial, por subverter ou inverter o valor constitucional.

O conteúdo essencial tem de se radicar na Constituição e não na lei – porque (nunca é de mais lembrar) é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não a Constituição de acordo com a lei. Só assim pode funcionar como limite à variação conjuntural dos interesses assumidos pelo legislador”.

51.º

No caso de que nos ocupamos, se é certo que os militares não deixam de poder queixar-se ao Provedor de Justiça, a verdade é que a restrição a que estão sujeitos quanto ao exercício desse direito retira, na prática, a verdadeira mais-valia que representa, na arquitectura global da Constituição da República Portuguesa, a actividade do Provedor de Justiça, independente dos meios de impugnação administrativos e judiciais por determinação do legislador constituinte e, nessa medida, caracterizada pela informalidade e a celeridade.

52.º

Numa alusão directa à desconformidade à Constituição da solução objecto do presente requerimento referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹², em anotação ao art.º 23.º da Constituição, referente ao Provedor de Justiça, que *“quanto à Administração, que é o terreno privilegiado da sua [do Provedor de Justiça] actuação, nenhum sector da administração estadual, regional ou local, directa ou indirecta, civil ou militar, está fora da sua esfera de acção. Nem o acesso ao Provedor ou à sua acção podem ficar dependentes de condições especiais ou de restrições particulares (ao contrário do que decorre do art. 2º-1 da L n.º 19/95)”* (sublinhado meu).

¹¹ Ob. cit., p. 163.

¹² Ob. cit., p. 441.

II) Da inconstitucionalidade da solução legal que limita a possibilidade de apresentação de queixas ao Provedor de Justiça por motivo de acções ou omissões das Forças Armadas de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias dos próprios militares queixosos ou prejuízo para estes:

53.º

A segunda dimensão de inconstitucionalidade que se invoca no presente requerimento relativamente ao conteúdo das normas acima identificadas da Lei de Defesa Nacional e da Lei n.º 19/95 prende-se com a circunstância de as mesmas aparentemente apenas permitirem a apresentação de queixas por parte dos militares relativamente a acções ou omissões dos poderes públicos de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias dos próprios militares queixosos ou prejuízo para estes.

54.º

No fundo e em síntese, as normas em causa parecem exigir que o militar que apresenta queixa tenha um interesse pessoal e directo na resolução da questão que a motiva.

55.º

Pelo menos foi esta a interpretação que foi dada às normas em causa pelo já várias vezes citado Acórdão n.º 103/87, no âmbito do qual se decidiu, aliás, no sentido da inconstitucionalidade de norma da então em vigor Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas que precisamente mandava aplicar esta solução legal à PSP.

56.º

Entendeu o Tribunal Constitucional, no mencionado Acórdão, que não era constitucionalmente admissível a exclusão da possibilidade de apresentação, no caso pelo pessoal da PSP, de queixas ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos

poderes públicos (responsáveis pela PSP) violadoras de direitos de terceiros ou causadoras de prejuízos a estes, bem como ofensivas, em termos objectivos, da ordem constitucional e da legalidade democrática.

57.º

Considerou o Tribunal que *“a garantia de queixa ao PJ assume já, ao nível constitucional, um alcance, não apenas subjectivo, mas também justamente objectivo, que se não compagina com a sua limitação à única finalidade da defesa dos direitos ou da reparação de prejuízos do queixoso. De facto, o artigo 23.º, n.º 1, da CRP reporta-se genericamente, por um lado, a queixas “por acções ou omissões dos poderes públicos”, sem mais, e, por outro lado, às recomendações do PJ “necessárias para prevenir e reparar injustiças”, também sem mais. Mas a isso acresce que o direito de queixa em apreço mais não é do que uma manifestação qualificada do direito de petição, o qual a Constituição genericamente reconhece – no seu artigo 52.º, n.º 1 – como o direito de os cidadãos apresentarem, aos órgãos de soberania ou “quaisquer autoridades”, “petições, representações, reclamações ou queixas”, não só para “defesa dos seus direitos”, mas igualmente “da Constituição, das leis ou do interesse geral”.*

58.º

Acrescenta o Tribunal que *“um tal entendimento da garantia de queixa ao PJ é a que está na linha da concepção logo de início reconhecida entre nós à Provedoria (...)”.*

59.º

Ligando esta questão com a anteriormente tratada no âmbito do presente requerimento, sublinha-se que precisamente uma das dimensões do princípio constitucional da independência da actividade do Provedor de Justiça dos meios de recurso administrativos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis, tal como resulta do art.º 23.º, n.º 2, do texto constitucional, é a independência da existência de um interesse directo, pessoal e legítimo da parte de quem apresenta a queixa.

60.º

Na verdade, exigir ao queixoso a existência de um interesse directo, pessoal e legítimo na resolução da questão objecto de queixa ao Provedor de Justiça (como efectivamente parece decorrer do regime legal de queixa ao Provedor de Justiça por parte dos militares), nos mesmos termos em que tal interesse é exigido para efeitos de apresentação dos recursos administrativos e contenciosos previstos na lei, constitui um desvirtuamento grosseiro do referido comando constitucional, que em circunstância alguma se pode ter por admissível.

61.º

Em síntese, e sem necessidade de maiores desenvolvimentos, há que concluir no sentido de que a imposição, ao particular (pessoa singular ou pessoa colectiva) que apresenta queixa ao Provedor de Justiça, de critérios, quaisquer que eles sejam, de legitimidade para a apresentação dessa queixa, conduz à descaracterização não só do próprio direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça, como, na perspectiva da actividade do órgão, da garantia institucional do Provedor de Justiça, feridos que ficam nos seus elementos essenciais, consagrados na Constituição, concretamente nos n.ºs 1 e 2 do respectivo art.º 23.º.

Nestes termos, pelos fundamentos expostos, requer-se, ao Tribunal Constitucional, que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 34.º, n.º 1, da Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de Julho, e dos artigos 1.º, 2.º, n.ºs 1, 2 e 3, 4.º, n.ºs 1 e 2, e 5.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, **nos segmentos em que por um lado fazem depender a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça da exaustão dos recursos administrativos previstos na lei e, por outro, circunscrevem a possibilidade de apresentação de queixa ao Provedor de Justiça às situações que envolvam a violação de direitos, liberdades e garantias**

dos próprios militares queixosos ou prejuízo para estes, por violação das normas por sua vez contidas nos artigos 23.º, n.ºs 1 e 2, e 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição.

O Provedor de Justiça,

Alfredo José de Sousa