Maria Eduarda Ferraz
Assessora do Provedor de Justiça

O Provedor de Justiça
na defesa da
CONSTITUIÇÃO

Provedoria de Justiça
2008

Ficha técnica

Título – O Provedor de Justiça na defesa da Constituição

Autora – Maria Eduarda Ferraz

Edição – Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação

Design gráfico da capa – Vasco Ferreira – VLRD Design, Lda.

Composição, paginação, impressão e acabamento – Gráfica Maiadouro, S. A.

Tiragem – 500 exemplares

Depósito legal – 273387/08

ISBN – 978-972-8879-04-4

Nota de apresentação

1. O estudo que ora se publica tem o mérito de consubstanciar o primeiro acervo sistemático – do meu ponto de vista, alcançado com sucesso – das mais significativas iniciativas do Provedor de Justiça tomadas ao abrigo dos artigos 281.º, n.º 2 e 283.º, n.º 1 da Constituição da República.

Trata-se, pois, de um trabalho de reconstituição, feito essencialmente a partir dos Relatórios anuais apresentados à Assembleia da República, do exercício do poder funcional que aquelas normas constitucionais atribuem ao Provedor de Justiça, seriando-o e sistematizando-o em função da tipologia dos direitos fundamentais que foram sendo considerados violados à luz dos valores e das disposições da nossa lei fundamental.

Corporiza, eminentemente, um trabalho prático e ilustrativo do modo como o Provedor veio exercendo, ao longo dos mais de trinta anos da sua existência, esse poder muito particular.

2. Exerceu-o quase sempre, demonstra este estudo e revelam-no também os sucessivos Relatórios anuais ao Parlamento, de uma forma muito contida; e, em regra, despoletada por reclamações de cidadãos (quer dizer, por pessoas individuais ou colectivas) na defesa dos seus direitos e, ocasionalmente, para salvaguarda de valores constitucionais *a se*.

De uma forma muito contida: em primeiro lugar, porque a iniciativa em causa deve ser cuidadosamente enroupada por parâmetros de prudência e preservação da estabilidade do quadro normativo infra-constitucional, bem como estribada em critérios do maior rigor jurídico na sua utilização; em segundo lugar, porque o Provedor de Justiça só deve, em princípio, avançar para o exercício efectivo deste poder funcional se não antevir abertas outras vias práticas de solução, *maxime* a alteração ou revogação pelo legislador de norma que com nitidez considere inconstitucional (critério este que, nos meus mandatos, persistentemente utilizei).

Em segundo lugar, como disse, o exercício das iniciativas em causa tem lugar, em regra, no rescaldo da apreciação de reclamações dos cidadãos, uma vez que estes não têm acesso directo à fiscalização abstracta. O estudo espelha variadas situações em que o Provedor agiu desse modo; e descreve algumas, consideradas mais significativas de entre as mais recentes, em que o Provedor entendeu não accionar os poderes que lhe são conferidos pelos artigos 281.º, n.º 2 e 283.º, n.º 1 da Constituição. Devo assinalar, aliás, por ser correcto, que são em muito maior número, ao menos nos anos dos meus mandatos, os casos em que o Provedor de Justiça resolveu denegar o pedido de iniciativa que lhe é formulado no sentido de requerer a apreciação de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de normas do que os casos em que, apreciando-os, resolveu tomar posição própria e dirigir-se ao

Tribunal Constitucional*. Sempre entendi, porém, que esta postura (de não accionamento de infundados pedidos de declaração de inconstitucionalidade) também espelha um exercício concreto de defesa dos direitos emanados da Constituição e não transmuda o Provedor em mera «correia de transmissão» de facilitismos de acesso ao Tribunal Constitucional.

3. A dimensão muito relevante que é emprestada ao Provedor de Justiça pelo poder de iniciativa de fiscalização de inconstitucionalidade e ilegalidade de normas reflecte bem a «marca de água» da sua história pré-constitucional e constitucional: um guardião dos direitos fundamentais do cidadão.

Estou convicto de que o balanço, também sob este aspecto, será, seguramente, positivo, mormente quando se perspectivam as situações em que foi declarada a inconstitucionalidade por omissão, não obstante, ou até devido à exiguidade do recurso a esta via. O estudo que ora se publica ajudará, decerto, a contextualizar melhor e a compreender com mais clareza a actuação do Provedor de Justiça ao longo destes anos no que concerne ao exercício destes poderes específicos mas tão relevantes na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos valores democráticos ínsitos na nossa Constituição.

H. Nascimento Rodrigues

* É sobretudo a partir do Relatório de 2001 à Assembleia da República que passam a inscrever-se, sistematicamente, os casos mais significativos de rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade e ilegalidade de normas decididos pelo Provedor de Justiça no ano a que o Relatório se reporta. A leitura desse capítulo dos Relatórios ilustra bem a afirmação que faço.

A criação de um Ombudsman, no nosso país, constitui uma das mais nobres «conquistas históricas» dos particulares na sua luta contra os abusos e ilegalidades praticados pela Administração Pública.

Fernando Alves Correia

O Provedor de Justiça é, de algum modo, o braço armado do Parlamento – armado com as armas da Liberdade e da Razão, para dar, a todos disso carecidos, aquilo que é seu.

João Bosco Mota Amaral

A figura do Provedor de Justiça é, como a imagem do próprio povo, a imagem do poder não exercido mas real. E é aí que reside a sua grandeza: uma grandeza feita da fragilidade saudável da própria democracia.

José Menéres Pimentel

Preâmbulo

Passados mais de trinta anos sobre a data da aprovação e da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa, será interessante analisar de que forma o Provedor de Justiça se relacionou, ao longo de todo este tempo, com a Lei Fundamental do país: de que forma interpretou o Provedor de Justiça o estatuto constitucional de que é titular desde a versão originária da Constituição e os poderes que lhe estão atribuídos directamente pelo texto constitucional; que uso fez, na prática, destes mesmos poderes; qual foi a influência concreta, na ordem jurídica portuguesa e na vida das pessoas e das instituições, do exercício destes poderes; que interpretação evolutiva foi o Provedor de Justiça fazendo dos conceitos da Constituição; como se foi posicionando, ao longo do tempo, relativamente à matéria dos direitos, liberdades e garantias, à constituição social, à educação, à constituição económica, à constituição política, à justiça e, mais recentemente, às matérias da integração europeia, por exemplo.

Pretende-se, em síntese, através da sistematização de iniciativas concretas do Provedor de Justiça, designadamente no âmbito das suas competências associadas à fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas, proporcionar uma reflexão sobre o balanço de um projecto assumido pelo legislador constituinte originário: a institucionalização de um órgão, informal e de acesso gratuito, de defesa dos direitos e garantias dos cidadãos contra actuações ilegais ou injustas dos poderes públicos.

As opiniões expressas neste estudo são estritamente pessoais, não vinculando o Provedor de Justiça.

O estatuto constitucional do Provedor de Justiça, consagrado desde 1976, é indiciador da inegável relevância que, desde logo o legislador constituinte originário, atribuiu à sua futura actividade na concretização progressiva de um Estado democrático, explicitado como Estado de direito democrático a partir de 1982, data da primeira revisão constitucional.

A interpretação que os particulares e os poderes públicos farão do papel do Provedor de Justiça, ao longo de mais de trinta anos de actividade, na defesa dos direitos e interesses dos cidadãos consagrados na Constituição do país, não será naturalmente uniforme.

Independentemente da opinião que se tiver sobre esse papel e sobre as vicissitudes que o mesmo poderá ter sofrido – por razões de diversa ordem, mais ou menos conjunturais, associadas ao maior ou menor nível de recursos para a actuação do órgão, à forma como os seus diferentes titulares interpretaram os poderes de que estavam investidos, e ao próprio perfil dos sucessivos titulares da instituição –, não é possível deixar de concluir-se que o Provedor de Justiça constitui, hoje em dia, um elemento de identificação da democracia portuguesa e, mais do que isso, um factor adquirido de consolidação do nosso Estado de direito democrático.

Neste sentido, o Provedor de Justiça terá sido, sem dúvida, uma aposta ganha pelo legislador constituinte de 1976.

O estatuto constitucional

O cargo de Provedor de Justiça¹ foi criado, antes da Constituição de 1976, pelo Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril, visando-se, com a instituição do mesmo, «fundamentalmente assegurar a justiça e a legalidade da administração pública através de meios informais, investigando as queixas dos cidadãos contra a mesma administração e procurando para elas as soluções adequadas»². O Provedor de Justiça era, então, nos termos do diploma, nomeado pelo Presidente da República, a partir de uma lista com três nomes apresentada pelo Primeiro-Ministro e pelo Ministro da Justiça³, podendo o Presidente da República fazer cessar as respectivas funções em qualquer momento⁴. De acordo com o preâmbulo do diploma, que transcrevia o Plano de Acção do Ministério da Justiça, aprovado em Conselho de Ministros de 20 de Setembro de 1974, onde se previa a instituição do Provedor de Justiça, «a sua designação competirá à Assembleia Legislativa. Até lá, pa-

¹ Para uma análise dos antecedentes da criação do Provedor de Justiça, v., por todos, Luís Lingnau da Silveira, «O Provedor de Justiça», in Portugal, O Sistema Político e Constitucional, 1974/87, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989. Para uma análise, por sua vez, da criação, em 1809, na Suécia, e evolução histórica do Ombudsman – figura que inspirou a criação, em Portugal, do Provedor de Justiça –, v. Fernando Alves Correia, «Do Ombudsman ao Provedor de Justiça», in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro», 1979, em especial pp. 28 e segs. V., também, Catarina Sampaio Ventura, Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular, Provedoria de Justiça, 2007, designadamente pp. 42 e segs. A figura do Ombudsman viria a ser adoptada pela esmagadora maioria dos países da União Europeia. A própria União Europeia viria a consagrar o Provedor de Justiça Europeu (v. artigo 195.º do Tratado que institui a União, conhecido por Tratado de Maastricht, assinado em 1992), cuja acção incide apenas sobre casos de má administração na actuação das instituições ou organismos da União Europeia.

² Artigo 1.º, n.º 1, do diploma.

³ Artigo 2.º, n.ºs 1 e 2.

⁴ Artigo 18.º, 2.ª parte.

rece que a sua independência poderá ser assegurada por um mecanismo de escolha adequado (proposta do Governo e escolha da Presidência da República)».

A actuação do Provedor de Justiça, no âmbito do referido diploma de 1975, cobria todos os sectores da actividade administrativa, incluindo as autarquias locais, e todos os servidores civis do Estado, serviços e empresas públicas, e demais pessoas colectivas de direito público⁵. Ficavam excluídos do controlo do Provedor de Justiça os órgãos de soberania em exercício de funções até ao início de funções dos órgãos a instituir pela Constituição Política, isto é, a Assembleia Constituinte, o Presidente da República, a Junta de Salvação Nacional, o Conselho de Estado, o Governo Provisório, com excepção dos actos praticados na superintendência da administração pública, os tribunais e as forças armadas⁶.

Mas o serviço do Provedor de Justiça só teve instalações a funcionar em Junho de 1976, e apenas a partir de Fevereiro de 1977 é que o respectivo quadro de assessores ficaria completo⁷.

⁵ Artigo 5.º, n.º 1.

⁶ Artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 212/75, e artigo 2.º da Lei n.º 3/74, de 14 de Maio.

⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República, 1977*, Secretaria de Estado da Comunicação Social, p. 61.

1. O artigo 23.º da Constituição

O artigo 23.º da Constituição⁸, sob a epígrafe «Provedor de Justiça», dispõe actualmente da seguinte forma:

- «1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.
2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.
3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República pelo tempo que a lei determinar.
4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.»

A norma relativa ao Provedor de Justiça viria a sofrer alterações com as sucessivas revisões constitucionais. Assim, a primeira parte do seu n.º 3, onde se pode ler que o Provedor de Justiça é um órgão independente, e o respectivo n.º 4, foram aditados na revisão constitucional de 1989, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho. A parte final do n.º 3, relativa à duração do mandato, foi acrescentada na revisão constitucional de 1997, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

⁸ Na versão originária da Constituição, a norma era a do artigo 24.º. Passou o Provedor de Justiça a estar consagrado no artigo 23.º a partir da primeira revisão constitucional, em 1982, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

Não deixa de ser interessante referir que os três primeiros números da norma constitucional que institui o órgão, na sua versão originária (então artigo 24.º), foram aprovados, pela Assembleia Constituinte, com vinte e duas abstenções, do PCP e do MDP/CDE. O PCP justificou o seu sentido de voto, através do Deputado Lopes de Almeida, desta forma:

«Entendemos que este meio específico de tutela dos direitos e liberdades fundamentais não é essencial à sua consagração a nível de texto constitucional. Tanto mais quanto é certo que se trata de uma figura sem tradição entre nós e, portanto, entendemos que deveria simplesmente ficar relegada para a lei ordinária e, digamos, a título experimental a existência jurídica desta figura».

Já o MDP/CDE, pelo Deputado Luís Catarino, fundamentou a sua abstenção nos seguintes moldes:

«Quando demos conta das nossas preocupações de defesa do Estado, ao pôr o problema dos limites e dos objectivos dos direitos e das liberdades conferidas ao cidadão foi consenso unânime (...) que os mecanismos resultantes dos normativos legais e da aparelhagem judicial já fixada, eram suficientes para defender o Estado (...). (...) O MDP/CDE não nega, de maneira nenhuma (...), a criação da figura do Provedor de Justiça. Simplesmente, salienta o desequilíbrio e a assimetria que se está a criar entre as duas entidades políticas, que têm de ser confrontadas no texto constitucional. O Estado, com funções ingentes e revolucionárias de criação de uma sociedade socialista e o indivíduo, que aparece aqui sublimado, em detrimento, talvez, do Estado, talvez atrofiado, de tal ordem, que poderá não dar conta da missão que lhe é atribuída, pelos princípios fundamentais desta Constituição».

De alguma forma em resposta a esta linha de argumentação, adiantaria, na mesma sessão, o Deputado Freitas do Amaral, do CDS, que

«o sistema existente no nosso país, de protecção aos particulares contra os comportamentos da administração pública, cobria apenas os comportamentos ilegais, e é necessário instituir um sistema que possa defender os cidadãos contra comportamentos que, não sendo necessariamente ilegais da administração pública, são, todavia, fonte de injustiça, de arbítrio ou de imoralidade»⁹.

A colocação sistemática do Provedor de Justiça, desde a versão originária da Constituição, na área dos princípios gerais dos direitos e deveres fundamentais, terá tido cinco objectivos essenciais, que de resto se mantêm actuais.

Em primeiro lugar, o de associar, de forma mais imediata, a instituição à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, desde logo dos direitos, liberdades e garantias^{10 11}.

⁹ In *Diário da Assembleia Constituinte* n.º 37, de 27 de Agosto de 1975, pp. 1005 e segs.

¹⁰ «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»: J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 440.

¹¹ «O Provedor de Justiça configura-se primordialmente como órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídicas subjectivas dos cidadãos. Não é por acaso que aparece, no texto constitucional, em sede de princípios gerais de direitos fundamentais e que é eleito pela Assembleia da República, o Parlamento dotado de reserva de competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias; e a sua presença no Conselho de Estado justifica-se em virtude dessa sua razão de ser, não em virtude de qualquer autónoma ou diferente função política»: Jorge Miranda, em intervenção

Em segundo lugar, o de sublinhar a natureza independente do órgão, colocando-o deliberadamente fora dos capítulos sistemáticos da Constituição relativos às organizações económica e do poder político.

Em terceiro lugar, o de destacar a natureza transversal das matérias da competência do Provedor de Justiça¹².

Em quarto lugar, o de determinar a inexistência de limitações ou restrições no acesso dos cidadãos ao órgão, isto é, a legitimidade de todo e qualquer cidadão de recurso ao Provedor de Justiça¹³.

Em quinto lugar, o de dar relevância à tarefa fundamental que incumbe ao Estado de criar as condições necessárias à viabilização do exercício do direito de queixa dos cidadãos ao Provedor de Justiça.

na sessão comemorativa, na Assembleia da República, em 30 de Novembro de 1995, *Provedor de Justiça – 20.º aniversário 1975-1995*, Provedoria de Justiça, 1996, p. 49.

¹² «Constitucionalmente nenhum limite expresso é estabelecido ao âmbito de competência do Provedor: abrange todos os “poderes públicos” e todos os tipos de actos públicos (havendo, todavia, que ressaltar, pela sua própria natureza, os actos jurisdicionais (...)). Não está, portanto, limitado à Administração e aos actos (ou omissões) administrativos, podendo muito bem abarcar a actividade política e legislativa do Estado e os respectivos órgãos (...): J. J. Gomes Canotilho e Vítor Moreira, ob. cit., p. 441.

¹³ «Têm direito de queixa perante o Provedor de Justiça os cidadãos (mas também cidadãos estrangeiros) individual ou colectivamente, e por extensão as entidades colectivas (...). (...) De rejeitar é a possibilidade de queixas por parte de órgãos ou entidades públicos contra outros. Por um lado, isso intrumeteria o Provedor em conflitos institucionais; por outro lado, ele é essencialmente um órgão de defesa dos cidadãos e das suas organizações contra os poderes públicos e não de adjudicação de conflitos institucionais entre poderes públicos»: J. J. Gomes Canotilho e Vítor Moreira, ob. cit., p. cit.

2. Os poderes de iniciativa da fiscalização

Os poderes do Provedor de Justiça associados à fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas decorrem directamente do texto constitucional, designadamente dos seus artigos 281.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), e 283.º, n.º 1.

Em síntese, tem competência o Provedor de Justiça¹⁴ ¹⁵ para requerer ao Tribunal Constitucional, ao abrigo do actual artigo 281.º da Constituição, referente à fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade, a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de quaisquer normas, da ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado, da ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma, e da ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no respectivo estatuto¹⁶.

¹⁴ Desde a versão originária da Constituição, no caso reportando ao Conselho da Revolução (v. artigo 281.º, n.º 1, na versão de 1976).

¹⁵ A par do Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados à Assembleia da República, Representantes da República, Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, Presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos Deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas, ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto (artigo 281.º, n.º 2, da Constituição).

¹⁶ A eventual declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, decidida pelo Tribunal Constitucional ao abrigo do preceito constitucional mencionado, produzirá, em princípio, efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, determinando a repristinação das

De outra banda, pode ainda o Provedor de Justiça¹⁷ – neste caso acompanhado apenas, em termos de legitimidade processual, pelo Presidente da República e pelos Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, nos casos de violação de direitos das regiões autónomas – requerer, ao Tribunal Constitucional, que aprecie e verifique o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais¹⁸.

Os poderes do Provedor de Justiça associados à fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas acrescentam naturalmente ao seu estatuto constitucional uma dimensão muito relevante^{19 20}.

normas que a mesma tenha eventualmente revogado (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição). Com as seguintes ressalvas, estabelecidas neste mesmo dispositivo constitucional: tratando-se de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por violação de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última (n.º 2); ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do próprio Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e for de conteúdo menos favorável ao arguido (n.º 3); o Tribunal pode ainda fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com um alcance mais restrito do que aquele que resultaria, sem mais, dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo 281.º, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem (n.º 4), em decisão fundamentada. Sobre os efeitos típicos e atípicos da declaração de inconstitucionalidade, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, 2004, pp. 1009 e segs., e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, pp. 252 e segs.

¹⁷ A partir da primeira revisão constitucional, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/82.

¹⁸ No caso de o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, essa decisão será transmitida ao órgão legislativo competente, para que este diligencie no sentido de a referida omissão ser ultrapassada (artigo 283.º, n.º 2, da Constituição).

¹⁹ Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, as funções do Provedor de Justiça «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» (ob. cit., pp. 440 e 441).

²⁰ «A faculdade de iniciativa da fiscalização da inconstitucionalidade tanto por acção como por omis-

Se tomarmos em linha de conta que, de entre todas as entidades que têm legitimidade para requerer a inconstitucionalidade por acção ou por omissão, o Provedor de Justiça se viria a revelar (pela amplitude das suas atribuições, pelo facto de constituir um meio de reclamação informal e gratuito, pela própria confiança que viria a gerar nos cidadãos) como «o órgão institucional» das queixas dos cidadãos contra os actos dos poderes públicos – não significa isto que os cidadãos não tenham acesso, directo ou indirecto, às restantes entidades elencadas nos artigos 281.º e 283.º da Constituição²¹, mas apenas que o acesso dos cidadãos ao Provedor de Justiça é um direito individual de que aqueles são, nos termos da própria Lei Fundamental, titulares²² –, desde logo se conclui que o Provedor de Justiça se transformou, na prática, ao longo de mais de trinta anos de vigência da Constituição, naturalmente no âmbito específico da fiscalização abstracta da constitucionalidade, no meio privilegiado de acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, sem necessidade de serem partes em processo judicial.

são que lhe conferem os Arts. 281º e 283º prende-se, sem dúvida, ao Art. 23º (primitivo Art. 24º), que fala em “acções ou omissões dos poderes públicos” – seja essa faculdade concretizada na sequência de queixa de um cidadão ou dirigida à garantia objectiva da ordem constitucional de direitos fundamentais. E ela torna-se ainda mais necessária, por não haver no Direito português algo de comparável ao recurso de amparo (...). (...) Contudo, aquando dos debates da revisão de 1982, surgiu, a esse propósito, uma divisão de opiniões (...). Felizmente, prevaleceria um consenso favorável. De resto, se não fosse o Provedor de Justiça, desde esse ano, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão teria ficado paralisada ou feita letra morta, porque nunca os outros órgãos de iniciativa a puseram em prática até agora (o Presidente da República talvez por receio de interferir, no poder legislativo; e os presidentes das assembleias legislativas regionais, por menor atenção às virtualidades do instituto)»: Jorge Miranda, na intervenção acima mencionada, pp. 49 e 50. Esta observação, mais de uma década depois, mantém-se actual (v. infra p. 191).

²¹ Designadamente através do direito de petição, consagrado no artigo 52.º da Lei Fundamental.

²² «A obrigatoriedade de exame da queixa do particular decorre do art.º 23.º, n.º 1, da CRP e a obrigatoriedade de resposta consta do art.º 38.º, n.º 6, do EPJ [Estatuto do Provedor de Justiça]»: Filipe Boa Baptista, in *O Provedor de Justiça. A actividade e o seu fundamento* (ainda inédita).

3. *A evolução do estatuto constitucional*

Conservando o Provedor de Justiça as características essenciais – que resultam conjugadamente do teor da norma constitucional que institui o órgão, da sua colocação sistemática no âmbito da Lei Fundamental, e dos poderes, genericamente associados à fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas, que decorrem directamente do texto constitucional –, que estiveram também na génese da sua institucionalização, em 1976, na versão originária da Constituição, não pode, no entanto, deixar de concluir-se que o respectivo estatuto constitucional foi sendo, ao longo destes trinta anos, substancialmente reforçado²³, desde logo através da Lei Constitucional n.º 1/89, que aprovou a segunda revisão da Constituição e que, como se disse já²⁴, aditou a primeira parte do n.º 3 do artigo 23.º, e também o seu n.º 4.

²³ Jorge Miranda e Rui Medeiros sintetizam o actual estatuto constitucional do Provedor de Justiça da seguinte forma: «A Constituição não se limita a uma garantia institucional, impedindo a lei ordinária de suprimir a figura. Recorta, desde logo, o seu lugar no sistema, a par de outros órgãos. (...) O Provedor é um órgão independente (artigo 23.º, n.º 3, 1.ª parte, após 1989), com o titular eleito pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções [artigo 23.º, n.º 3, 2.ª parte, e artigo 163.º, alínea i)]. É uma das “entidades administrativas independentes” a que se refere em geral a Constituição (após 1997) [Em sentido contrário, v. Vital Moreira, num artigo intitulado «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, 2002, pp. 91 e segs.] (...) «Por outro lado, ele é um dos órgãos com poder de iniciativa de fiscalização (abstracta) da constitucionalidade, seja por acção [artigo 281.º, n.º 2, alínea d)], seja por omissão (artigo 283.º, n.º 1). E na medida em que o exerça na sequência de queixa, essa iniciativa equivale a um sucedâneo do recurso de amparo ou da acção constitucional de defesa existente em alguns países. (...) O seu titular integra, por inerência, o Conselho de Estado [artigo 142.º, alínea d)]»: in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 218.

²⁴ V. supra p. 13.

A primeira parte do n.º 3 do artigo 23.º proclama de forma explícita a independência da instituição. Por outro lado, o legislador constituinte, na mesma revisão constitucional, consagraria, no n.º 4 do artigo 23.º, o dever de os órgãos e agentes da Administração Pública cooperarem com o Provedor de Justiça na realização da sua missão²⁵. A elevação a dever de natureza constitucional desta obrigação de cooperação com o Provedor de Justiça na prossecução das suas tarefas é inegavelmente um passo qualitativo na afirmação do órgão desde a sua consagração na Constituição.

São sugestivas, a este propósito, algumas das intervenções dos Deputados à Assembleia da República por ocasião da revisão constitucional de 1989:

Deputado Almeida Santos (PS):

«A norma do n.º 4, qual seja a do dever geral de cooperação dos órgãos e agentes da Administração Pública (...) também me parece ser algo que já deve entender-se como existente, mas não há dúvida nenhuma de que a sua afirmação constitucional poderia também ter algum efeito prático. Pareceria mal que amanhã o Provedor de Justiça se dirigisse a um órgão ou agente da Administração Pública e recebesse, por exemplo, a resposta do silêncio, o que com esta norma não seria possível. (...) Pensamos, portanto, que, sem

²⁵ «O dever de cooperação (n.º 4) dos órgãos e agentes da administração com o Provedor implicará o dever de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhe forem solicitados pelo Provedor de Justiça (facultando documentos e processos para exame, efectuando inspecções, dando seguimento expedito ao pedido de comparência de funcionários ou agentes). Tratando-se de um verdadeiro dever jurídico, o incumprimento do dever de cooperação constitui crime de desobediência (Lei n.º 9/91, art. 29.º-6) e é passível de procedimento disciplinar»: J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 443.

grande margem de inovação, esta proposta poderia ajudar a enriquecer a figura do órgão Provedor de Justiça que hoje existe e, a meu ver, tem dado boa conta de si, apesar da inexperiência neste domínio e de todas as limitações com que se defronta»;

Deputado José Magalhães (PCP):

«A preocupação que nos levou a apresentar estas propostas é, provavelmente, convergente ou comum com as que presidiram às dos demais partidos e forças que sobre esta matéria têm iniciativas. Devo dizer, aliás, que entendemos que elas se completam e que procurámos todos acorrer a facetas diferentes, mas convergindo para aquilo que é um reforço ou aperfeiçoamento do estatuto constitucional do Provedor de Justiça (...»;

Deputado Raúl de Castro (ID):

«Penso que as propostas apresentadas traduzem um objectivo e um reconhecimento comum, patenteado aquando da apreciação do último relatório do Sr. Provedor de Justiça, no qual se reconhece o papel importante que tem assumido a actuação do mesmo. Em função desse reconhecimento, as propostas procuram atribuir maior eficiência à actuação do Provedor de Justiça (...»²⁶.

Também através da quarta revisão constitucional, operada pela Lei n.º 1/97, o legislador constituinte acrescentou a parte final do actual n.º 3 da norma,

²⁶ In *Diário da Assembleia da República*, II Série, número 8-RC, de 22 de Abril de 1988, pp. 174, 175 e 177.

relativa à duração do mandato. Referindo-se que o titular do órgão Provedor de Justiça é eleito «pelo tempo que a lei determinar» (parte final), sublinhou o legislador constituinte a sua inamovibilidade, não podendo as respectivas funções cessar antes do termo do período por que foi designado²⁷, salvo nas situações expressamente previstas e delimitadas na lei²⁸.

Igualmente na primeira revisão da Constituição, em 1982, o Provedor de Justiça adquiriu legitimidade processual, que mantém até hoje, para requerer a inconstitucionalidade por omissão, nos termos actualmente consignados no artigo 283.º da Lei Fundamental.

Olhando agora para a actual posição do Provedor de Justiça na estrutura constitucional dos órgãos do Estado, não deixa de ser interessante notar o seguinte:

O Provedor de Justiça é actualmente o único órgão constitucional²⁹ com identificação e caracterização não relegadas para a lei, colocado na parte da Lei Fundamental referente aos princípios gerais dos direitos e deveres

²⁷ Artigo 7.º do Estatuto do Provedor de Justiça, actualmente aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril. O Provedor de Justiça é eleito por quatro anos, podendo ser reeleito uma vez, por período igual (artigo 6.º, n.º 1, do Estatuto).

²⁸ Por morte ou impossibilidade física permanente, perda dos requisitos de elegibilidade para a Assembleia da República, incompatibilidade superveniente, e renúncia (artigo 15.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça).

²⁹ Diogo Freitas do Amaral afirma que o Provedor de Justiça deverá ser qualificado como «autoridade constitucional independente – a qual integra o sistema de “checks and balances” previsto na Constituição, a fim de defender o cidadão, por meios informais e de natureza persuasória, contra as ilegalidades e injustiças cometidas, por acção ou omissão, no exercício da actividade administrativa dos poderes públicos»: “Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do ‘Ombudsman’», in *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI*, Provedoria de Justiça, 2003, pp. 23 e segs.

fundamentais – não inserido, assim, no âmbito de um direito fundamental específico³⁰ – e, portanto, fora das áreas sistemáticas da Constituição relativas à organização do poder político e à organização económica.

O Provedor de Justiça é igualmente o único órgão constitucional, de acesso livre – no sentido de informal, e gratuito (ao contrário dos Tribunais³¹) – por parte dos cidadãos, com competência generalizada relativamente aos actos dos poderes públicos.

O Provedor de Justiça é, finalmente, o único órgão constitucional, de acesso institucionalizado por parte dos cidadãos, com competência generalizada

³⁰ Ao contrário do que acontece, pelo menos actualmente, com a entidade administrativa independente de regulação da comunicação social, prevista no capítulo específico dos direitos, liberdades e garantias pessoais (artigo 39.º da Constituição), cuja designação específica é remetida para a lei. Aqui, o legislador constituinte não cria a entidade concreta que vai regular o sector, apenas vincula o legislador ordinário ao cumprimento das condições que assegurem, através da criação da referida entidade reguladora, designadamente o direito à informação e a liberdade de imprensa, a independência dos meios de comunicação social perante o poder político e o poder económico, e o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais. O mesmo método é utilizado, pelo legislador constituinte, relativamente à entidade administrativa independente prevista no artigo 35.º, n.º 2, parte final, da Lei Fundamental, para a protecção dos dados pessoais.

³¹ «Quando, há mais de duzentos anos, o parlamento da Suécia criou a figura do ombudsman, estava longe de adivinhar a popularidade que a instituição iria conquistar: com o nome de parliamentary commissioner, de médiateur, de diffensore civico, ou de defensor del pueblo, o ombudsman alastrou pelo mundo, evidenciando a ideia que lhe estava subjacente – a de um meio de defesa dos cidadãos contra os abusos do poder caracterizado pela acessibilidade, pela informalidade e pela gratuitidade. (...) Estas características do ombudsman distinguem-no dos órgãos tradicionalmente dedicados à composição de litígios, os tribunais. Na verdade, estes não são acessíveis aos cidadãos comuns – que carecem, para lhes chegar, da intermediação de um advogado –, regem-se por um formalismo rígido, consubstanciado numa parafernália de prazos, duplicados legais, recursos, etc., e são caros, exigindo pagamentos, por vezes avultados, ainda antes de o tribunal julgar o conflito. As características do ombudsman faziam dele, indiscutivelmente, uma boa ideia»: João Caupers, in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, já citada, p. 83.

relativamente aos actos dos poderes públicos, independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e na lei³².

Não deixa de ser curioso notar, a este nível, alguma confusão, logo nos primeiros anos de vigência da Constituição actual. No Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1977 pode ler-se, num ofício enviado ao Provedor pelo juiz auditor do 1.º Tribunal Militar Territorial, o seguinte:

«O simples facto de a questão da inconstitucionalidade da Lei n.º 8/75 se encontrar em apreciação nessa Provedoria, que ainda não informou que não usaria dos poderes de petição junto do Conselho da Revolução, por si só impede que o Tribunal exerça os seus poderes de fiscalização da constitucionalidade própria e independente. (...) É que, se porventura houvesse entendimentos divergentes, daí resultaria benefício ou prejuízo para os arguidos cujos processos entretanto tivessem sido apreciados. (...) Sendo assim, solicito a V. Ex.^a uma resposta sobre o comportamento que vai seguir, continuando entretanto o Tribunal a aguardar uma decisão e só usará dos seus poderes próprios depois de recusados os poderes de petição dessa Provedoria».

³² O que implica, segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros: «a) a não dependência de interesses directos, pessoais e legítimos por parte de quem apresente a queixa; b) a não dependência de 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»: ob. cit., p. 219.

A resposta do Provedor de Justiça não poderia naturalmente ter sido outra:

«O Provedor de Justiça (...) foi bem claro ao fazer saber a V. Ex.^a que o facto de existir no seu Serviço um “estudo” sobre a constitucionalidade da Lei n.º 8/75 não significava que o processo pendente no Tribunal em que V. Ex.^a é juiz auditor se mantivesse sem andamento, uma vez que o preceituado no artigo 282.º da Constituição, quanto à fiscalização judicial da constitucionalidade, define uma movimentação própria e independente. (...) Quis-se, assim, por forma que não pudesse pensar-se envolver intervenção do Provedor na função jurisdicional de V. Ex.^a, mostrar que não é legalmente possível suspender o andamento de um processo com base no facto de o Provedor de Justiça ter, nessa data, em apreciação no seu Serviço a questão da constitucionalidade daquela lei»³³.

Feito o cômputo geral da evolução que o estatuto constitucional do Provedor de Justiça sofreu ao longo de mais de trinta anos de vigência da Constituição, não será demais afirmar-se que o direito de queixa ao Provedor de Justiça, estabelecido actualmente no artigo 23.º da Constituição, se foi consagrando, ao longo deste tempo, como um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos, a par de todos os outros elencados pelo texto constitucional³⁴.

³³ Pp. 101 e 102 do Relatório.

³⁴ «O Ombudsman oferece aos particulares uma garantia rápida, flexível e desformalizada. A acção do Ombudsman está despida de obstáculos jurídicos ou burocráticos, está sujeita às formalidades mais simples e utiliza os mais variados meios de indagação – tudo predicados que têm tornado este instituto especialmente querido dos cidadãos. Depois, a completa gratuidade de qualquer recurso perante o Ombudsman constitui uma das características mais democráticas da instituição, tornando efectivo e operante o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei (...): Fernando Alves Correia, ob. cit., p. 88.

De acordo com José Menéres Pimentel,

«o facto de se encontrar consagrado no art. 23.º da Constituição (Título I) confere-lhe uma protecção acrescida, porquanto beneficia assim, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, quer no tocante às restrições a este direito (sujeitas ao crivo estreito do art. 18.º, n.ºs 2 e 3), quer no respeitante aos limites materiais de revisão constitucional [(art. 288.º, alínea d)]»³⁵

E acrescenta:

«em Portugal, a consagração sistemática na Constituição confere à instituição uma protecção acrescida, beneficiando de um regime de garantia mais apertado, o dos chamados direitos, liberdades e garantias, sendo mesmo um dos limites materiais de revisão constitucional, isto é, o nível máximo de protecção que a Constituição pode fornecer a uma das suas normas»³⁶.

Caso paradigmático que levanta dúvidas ao nível da sua compatibilidade com a referida natureza do direito de queixa ao Provedor de Justiça é a solução estabelecida pelo legislador na Lei n.º 19/95, de 13 de Julho, que aprova o regime de queixa ao Provedor de Justiça em matéria de defesa nacional e Forças Armadas³⁷.

³⁵ In *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, 1994, pp. 653 e segs.

³⁶ “O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)”, intervenção no ciclo de conferências promovido pela Ordem dos Advogados em 26 de Maio de 1999, in *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, Provedoria de Justiça, pp. 687 e segs.

³⁷ Em concretização do artigo 33.º da Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas (Lei n.º 29/82, de 11 de Dezembro).

Nos termos desta legislação – que começa por esclarecer que todos os cidadãos podem apresentar queixa ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas de que tenha resultado a violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte³⁸ –, «sendo queixosos os militares ou os agentes militarizados das Forças Armadas, a queixa (...) só pode ser apresentada ao provedor de Justiça uma vez esgotadas as vias hierárquicas estabelecidas na lei»^{39 40}.

Sendo objectivo declarado da referida Lei n.º 19/95 regular o exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça por parte de militares e agentes militarizados das Forças Armadas, a verdade é que, ao fazer depender o exercício do referido direito do esgotamento das vias hierárquicas estabelecidas na lei, a mesma legislação introduz inevitavelmente uma restrição ao exercício desse direito, que não parece colher fundamento no texto constitucional.

Antes de mais, a restrição em causa não parece encontrar base constitucional no rol de restrições ao exercício de direitos – de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva – por militares e agentes militarizados, a que de forma taxativa se refere o artigo 270.º da Constituição⁴¹.

³⁸ Artigo 1.º.

³⁹ Artigo 2.º, n.º 1.

⁴⁰ O artigo 2.º, n.º 4, esclarece que o regime de exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça constante da Lei n.º 19/95, não prejudica o seu direito de iniciativa própria, determinando-se, ainda, no respectivo artigo 6.º, que «em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas, o Ministro da Defesa Nacional assegura todas as condições necessárias ao pleno exercício das competências e poderes do provedor de Justiça, podendo acordar com este os procedimentos que facilitem a recolha de elementos e informações referentes a forças, unidades, estabelecimentos, órgãos ou unidades militares». Esta possibilidade nunca viria a ser concretizada.

⁴¹ Onde se lê que «a lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas

De facto, 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, 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.

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 Justiça⁴², 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

funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical».

⁴² O próprio Estatuto do Provedor de Justiça determina que o dever de cooperação dos órgãos e agentes das entidades públicas, civis ou militares, «não prejudica as restrições legais respeitantes ao segredo de justiça nem a invocação de interesse superior do Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes, em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais» (artigo 29.º, n.º 3).

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^{43 44}. Na prática, aliás, os poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas serão sempre ouvidos pelo Provedor de Justiça antes de este tomar uma eventual iniciativa sobre qualquer assunto que lhe seja apresentado⁴⁵.

Acresce que, nos termos do próprio artigo 23.º, n.º 2, da Constituição, a actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis. E que pode o Provedor de Justiça exercer as suas funções por iniciativa própria, também no âmbito das matérias em análise⁴⁶.

⁴³ «Quanto à Administração, que é o terreno privilegiado da sua 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 de Justiça 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 nº 19/95)»: J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 441.

⁴⁴ «Assim, entendemos que qualquer militar ou particular que se sentir lesado nos seus direitos por uma acção ou omissão da instituição militar pode apresentar uma queixa ao Provedor de Justiça. (...) Questão totalmente distinta desta é a que se refere à limitação dos poderes de investigação do Provedor de Justiça em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais (...). Essa limitação traduz-se na recusa de análise de documentos e processos por parte do Provedor de Justiça, ou até na negação do poder de efectuar inspecções. Todavia, este cerceamento aos poderes de investigação do Provedor de Justiça não pode ser arbitrário: esses obstáculos só podem ser levantados, quando o Governo o decidir, atitude que tem de ser expressamente justificada perante o próprio Provedor de Justiça»: Fernando Alves Correia, ob. cit., p. 58.

⁴⁵ Nos termos do artigo 34.º do Estatuto do Provedor, este deve sempre ouvir os órgãos ou agentes postos em causa na queixa, permitindo-lhes que prestem todos os esclarecimentos necessários antes da formulação de quaisquer conclusões.

⁴⁶ V. supra nota 40.

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»^{47 48}.

Diga-se, por fim, que, na prática, a disposição legal comentada não oferece problemas, na medida em que sempre pode a queixa ser subscrita por terceiros.

⁴⁷ Relaciona Fernando Alves Correia a insuficiência dos meios de controlo da acção administrativa, «dada a crescente intervenção da Administração Pública em todos os sectores da vida pública», com a “necessidade sentida, em vários países, de se recorrer a um meio de controle que, de uma maneira fácil e directa e com a rapidez e imparcialidade necessárias, conheça das ilegalidades e injustiças da Administração Pública. É esta exigência que fez com que muitos países, entre os quais o nosso, tenham recorrido à personagem do Ombudsman nórdico, considerado como um magistrado imparcial e incorruptível, como o socorrista dos indefesos e dos oprimidos, cognominado de “tribuno da plebe” e de “moderno Robin Hood”, adaptando-o ao seu ambiente político-administrativo»: ob. cit., p. 28.

⁴⁸ «Enquanto órgão tendente à realização da Justiça, ele aparece apto a suprir, a esse propósito, algumas das limitações estruturais ou conjunturais das instituições judiciais tradicionais. E pode mesmo complementar e ultrapassar a acção destas, graças à informalidade dos meios ao seu dispor, e, sobretudo, ao facto de lhe caber a activa promoção do valor Justiça, para além do da mera legalidade»: Luís Lingnau da Silveira, ob. cit., p. 736.

A concretização legal

Chegados a este ponto, será importante agora analisar de que forma concretizou o legislador ordinário o estatuto constitucional do Provedor de Justiça, com as características acima assinaladas.

O Estatuto do Provedor de Justiça, actualmente⁴⁹ aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril⁵⁰, inegavelmente concretiza a amplitude de poderes subjacente ao teor das normas constitucionais que se relacionam com as atribuições e faculdades do órgão⁵¹.

Em síntese, e naturalmente limitado por dois factos objectivos, o de não terem as suas iniciativas poder decisório ou vinculativo, e o de estarem

⁴⁹ O primeiro Estatuto do Provedor de Justiça no domínio da Constituição de 1976 foi aprovado pela Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro, que adequou o regime anteriormente estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 212/75 (v. supra p. 11) precisamente ao disposto na Constituição.

⁵⁰ Entretanto alterada pelas Leis n.ºs 30/96, de 14 de Agosto, e 52-A/2005, de 10 de Outubro.

⁵¹ José Menéres Pimentel refere, no entanto, que «promulgada a Constituição da República Portuguesa em 1976, o Provedor de Justiça foi nela consagrado e por forma tão abrangente que nenhum dos dois diplomas estatutários (o de 1977 e o de 1991) (...) conseguiram esgotar todas as suas virtualidades»: in *20 Anos do Provedor de Justiça*, Provedoria de Justiça, 1996, p. 7.

fora do seu âmbito de actuação os actos jurisdicionais^{52 53 54}, ao Provedor de Justiça não está vedada, na prática, a utilização de quaisquer meios ou mecanismos para o exercício das competências que lhe são conferidas pela Constituição e pela lei.

⁵² Quanto à relação entre a actividade do Provedor de Justiça e a actividade dos tribunais, refere Filipe Baptista um conjunto de razões que levam a concluir que «o órgão reúne todas as qualidades necessárias à sua intervenção na actividade dos tribunais, desde que esta se compatibilize com o princípio da independência judicial (...). Em primeiro lugar, o Provedor de Justiça não é um órgão do poder executivo, onde tradicionalmente se coloca o debate da independência judicial, nas relações entre os tribunais e o poder executivo. (...) Em segundo lugar, o Provedor de Justiça é um órgão sem poder decisório, o que, podendo envolver poderes de condicionamento, não envolve uma inversão do princípio da separação de poderes. (...) Em terceiro lugar é um órgão independente e autónomo, a quem os cidadãos naturalmente se dirigem para colocar os seus problemas e em quem confiam para, em cooperação com os órgãos competentes, tentar solucionar os respectivos problemas. Chama-se aqui a atenção para o facto desta intervenção do Provedor de Justiça poder assumir uma dimensão racionalizadora, elegendo, no âmbito das suas funções, os problemas que se assumem como mais preocupantes e que devem ter uma solução prioritária. (...) Em quarto lugar, é um órgão constitucionalmente vocacionado para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e como tal tem uma qualificação especial para interferir na cessação, prevenção e reparação das situações violadoras dos mesmos. Considerando que a actividade judicial é ela própria susceptível de violar estes direitos, então justifica-se a sua intervenção qualificada. (...) Em quinto lugar, e dada a dimensão participativa assumida pelo órgão, se os cidadãos podem fazer participações, o Provedor de Justiça também pode; se os cidadãos podem pedir informações sobre os respectivos processos, o Provedor de Justiça também deve poder» (ob. cit., ainda inédita).

⁵³ A intervenção do Provedor de Justiça quanto a queixas sobre a actividade judicial está enquadrada pelo artigo 22.º, n.º 3, do respectivo Estatuto.

⁵⁴ «Tal “impermeabilidade” [da função jurisdicional] não significa que o Provedor não possa actuar no sentido de promover uma maior uniformidade de julgados, sobretudo em matérias em que estejam em causa direitos e liberdades fundamentais das pessoas; ou no sentido de promover uma maior coordenação de diversos tribunais quanto a processos, neles pendentes, e relativos às mesmas pessoas ou factos. No primeiro caso – e sempre que se tratar de matéria penal – a actuação deve pressupor evidentemente uma exposição à Procuradoria-Geral da República; mas ela é naturalmente suportada pelo facto de o Ombudsman existir, afinal de contas, para dispensar uma protecção informal aos direitos e liberdades fundamentais. É que, entre eles, não nos esqueçamos, encontra-se também o direito a uma tutela judicial efectiva»: Maria Lúcia Amaral, «O Provedor de Justiça e o poder judicial», in *O Provedor de Justiça, Estudos*, Provedoria de Justiça, 2006, pp. 43 e segs.

Quanto à não vinculatividade das iniciativas do Provedor, adianta José Menéres Pimentel que

«longe de se revelar como um ponto fraco, vulnerabilizador da sua actuação, considero ser este o traço diferenciador da actuação do “Ombudsman” no quadro dos órgãos do Estado. Ao Provedor assiste o poder de influenciar o comportamento dos restantes poderes públicos, não pela razão da autoridade, não por qualquer privilégio de execução prévia, mas pela autoridade da razão, pelo privilégio do distanciamento em relação aos diversos interesses públicos que movem a actuação dos outros órgãos e serviços do Poder»^{55 56}.

Através de instrumentos dotados de uma maior ou menor formalidade – a recomendação será o tipo de iniciativa mais formal, inclusivamente beneficiando de um prazo estabelecido na lei⁵⁷ para a resposta das entidades visadas destinatárias das mesmas –, o Provedor de Justiça tem à sua disposição um manancial de possibilidades quanto aos modos e mecanismos de actuação e intervenção junto dos órgãos e agentes dos poderes públicos⁵⁸.

⁵⁵ In *Dicionário Jurídico da Administração Pública* citado, p. 658.

⁵⁶ «A expressão que melhor simboliza esta característica é a expressão “magistratura de influência”»: João Caupers, ob. cit., p. 86.

⁵⁷ De sessenta dias, a contar da sua recepção pelo órgão destinatário (cf. artigo 38.º, n.º 2, do Estatuto).

⁵⁸ «Como limites de instrução encontram-se, naturalmente, os direitos fundamentais (a começar pela reserva de intimidade) e o sigilo protegido especialmente pela lei, ou seja, o segredo de Estado, o segredo de justiça e o segredo profissional por razões estritamente deontológicas»: José Menéres Pimentel, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública* citado, p. 658.

Deste modo, o Provedor de Justiça pode, seja no domínio administrativo, seja no domínio legislativo⁵⁹, recomendar, propor, sugerir, chamar a atenção, fazer reparos, emitir pareceres, mediar, promover inspecções, elaborar relatórios, entre outras competências muito diversas, orientando as suas escolhas sobre os meios a utilizar apenas em função da respectiva adequação, oportunidade e conveniência relativamente ao caso concreto⁶⁰.

No que respeita às iniciativas no domínio legislativo, veja-se, a título ilustrativo, o caso da Lei n.º 59/2005, de 29 de Dezembro, aprovada na sequência da Recomendação n.º 7/B/2003 do Provedor dirigida à Assembleia da República, que veio permitir a contagem, para efeitos de progressão na carreira, aos educadores de infância habilitados com determinados cursos, do tempo de serviço durante o qual, enquanto detentores de categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas, exerceram, de forma efectiva e

⁵⁹ No domínio legislativo surgem provavelmente mais limitados os meios e instrumentos ao dispor do Provedor de Justiça, não só pela natureza da função legislativa, como pelo facto de não dever o Provedor converter-se num «elemento perturbador do equilíbrio de poderes acolhido no nosso sistema de governo», para utilizar as palavras de Marcelo Rebelo de Sousa, na sua intervenção na sessão comemorativa, na Assembleia da República, do 20.º Aniversário do Provedor de Justiça, já citada (p. 95).

⁶⁰ «O Provedor de Justiça é um órgão de controlo, na medida em que promove sempre um juízo entre uma decisão tomada e uma decisão tomada. A possibilidade de exibir a comparação entre dois sentidos de uma ideia de Justiça, ou de concretização da Constituição ou de boa administração e a possibilidade de participar na correcção ou prevenção/conformação dos sentidos efectivos futuros permitem ao Provedor de Justiça assumir um papel criativo, para além de uma mera função garantística»: Filipe Boa Baptista, in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes* citada, p. 20. Ainda o mesmo autor: «Em suma, o juízo equitativo envolve um poder de formulação de juízos próprios face ao caso concreto e acciona critérios que, fundados em maior ou menor consenso, estão dependentes do titular do órgão, pelo que podemos considerar estar perante um órgão com função de orientação. Não é uma orientação sobre o sentido da lei, é uma orientação sobre o sentido da justiça do caso concreto, é uma orientação sobre a forma do exercício do poder» [(in *O Provedor de Justiça. A actividade e o seu fundamento*, acima citada (ainda inédita)].

com carácter de regularidade, as funções inerentes à categoria de educador de infância⁶¹.

A actividade de mediação foi, por seu lado, particularmente eficaz em vários momentos da actividade do órgão:

«No ano de 1997 há a salientar a particular importância assumida pela actividade de mediação, particularmente notória no caso da TAP e no designado caso das portagens do Oeste. No primeiro, estava em causa um conflito laboral motivado por divergências quanto às condições de trabalho dos pilotos da TAP, SA e no segundo era posta em causa, pelos reclamantes, a bondade da decisão do Governo em criar portagens nos troços do IP6 e IC1, transformando estes itinerários em auto-estradas quando inexistiam vias ferroviárias ou rodoviárias alternativas. Em ambos os processos foram formuladas recomendações e em ambos os casos a situação objecto de queixa sofreu considerável evolução em sentido favorável às pretensões dos reclamantes. No caso da TAP acabou por ser celebrado um acordo entre o sindicato reclamante e o conselho de administração da empresa, enquanto que no segundo caso veio a ser aprovada Lei da Assembleia da República suspendendo o pagamento das portagens e, simultaneamente, o Governo decidiu ordenar a realização de obras na estrada nacional alternativa à futura auto-estrada»⁶².

⁶¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, Provedoria de Justiça, pp. 809 a 820.

⁶² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, Provedoria de Justiça, pp. 13 e 14.

Ilustrativo de outras competências da instituição é o que se prevê no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, de acordo com o qual o Provedor de Justiça pode fazer desencadear acções destinadas a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais⁶³, na Lei n.º 64/78, de 6 de Outubro, nos termos da qual o Provedor de Justiça tem legitimidade, a par de outras entidades, para requerer, ao Tribunal Constitucional⁶⁴, a declaração de que uma organização perfilha a ideologia fascista, e a consequente extinção da mesma, e na Lei n.º 7/92, de 12 de Maio, Lei sobre Objecção de Consciência, em que um dos membros da Comissão Nacional de Objecção de Consciência, à qual compete o reconhecimento do estatuto de objector de consciência, é um cidadão de reconhecido mérito designado pelo Provedor de Justiça⁶⁵. O mesmo sucede com a Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco⁶⁶.

A versatilidade que de alguma forma caracteriza a actuação do Provedor de Justiça possibilitou que, ao longo de mais de trinta anos da sua existência na ordem jurídico-constitucional portuguesa, se tenha intervindo em iniciativas tão diversificadas como, a título meramente ilustrativo, a participação, a pedido do Governo, em 1977, no Comité de Peritos em Direito Administrativo do Conselho da Europa – que tinha por objectivo a adopção de eventuais providências relativas ao exercício dos poderes discricionários, e à responsabilidade das autoridades administrativas por prejuízos causados a

⁶³ Artigo 25.º, n.º 1, alínea c), do diploma.

⁶⁴ Artigo 10.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

⁶⁵ Artigo 28.º, n.º 2, alínea b), do diploma.

⁶⁶ Artigo 2.º, n.º 1, alínea h), do Decreto-Lei n.º 98/98, de 18 de Abril.

particulares⁶⁷, e a integração, pelo representante do Provedor de Justiça, em 2001, da Comissão que determinou os critérios das indemnizações a pagar pelo Estado aos herdeiros e familiares das vítimas da queda da ponte que ligava as margens do rio Douro, em Entre os Rios e Castelo de Paiva, na sequência da tarefa, atribuída especificamente ao Provedor de Justiça pelo Conselho de Ministros, de fixação dos critérios a utilizar no cálculo daquelas indemnizações⁶⁸.

Este tipo de apelo, dirigido ao Provedor de Justiça pelos próprios poderes públicos, não foi único. Assim sucedeu também, por exemplo, num inquérito promovido, em 1986, pelo Governo, em relação a actos indiciadores de violência e abuso de autoridade por parte de agentes da Polícia de Segurança Pública, em que um representante do Provedor de Justiça integrou a comissão de inquérito constituída para o efeito⁶⁹ou, em 1996, no caso da bola zero do concurso do totoloto, cuja utilização numa extracção conduziu a diversos protestos por parte dos apostadores, por não ser admitida nos termos do regulamento⁷⁰.

⁶⁷ V. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1977*, pp. 229 e segs.

⁶⁸ V. Resolução do Conselho de Ministros n.º 29-A/2001, de 9 de Março, n.ºs 3 e 5, e *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, Provedoria de Justiça, pp. 518 e segs.

⁶⁹ Cf. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 10 a 23.

⁷⁰ A intervenção do Provedor levou, por um lado, à realização de um segundo sorteio do concurso do totoloto em causa, em que foram apostadores todos os que o foram no primeiro sorteio e, por outro, ao pagamento, aos apostadores com matrizes premiadas no primeiro sorteio, de montante igual àquele a que teriam direito se o mesmo tivesse decorrido conforme as regras do regulamento do concurso, revestindo aquele pagamento a natureza de indemnização pela actuação ilícita do júri do concurso (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, Provedoria de Justiça, pp. 471 a 480).

Posteriormente, e após o Provedor ter sugerido ao Governo o pagamento de uma indemnização aos herdeiros da vítima de um homicídio alegadamente praticado por um elemento das forças de segurança⁷¹, o Governo viria a propor à instituição que fixasse os termos das indemnizações aos herdeiros por danos resultantes da morte de um emigrante português enquanto colaborava, a título gratuito, com o consulado português em Bordéus na organização de uma festa⁷², e da morte de um guarda-florestal vítima de homicídio no exercício das suas funções profissionais⁷³.

Ainda a este propósito, recorda-se a intervenção, em 2005, do Provedor, a pedido do Governo, na fixação da interpretação de um conjunto de normas do Decreto-Lei n.º 33/2001, de 8 de Fevereiro, respeitantes às dotações do quadro de Pessoal do Corpo da Guarda Prisional, que permitisse superar as divergências a este respeito então existentes entre o Sindicato e a Administração. A arbitragem levada a efeito pelo Provedor, traduzida na fixação de uma interpretação das normas previamente aceite pelas partes, viria a permitir a resolução do diferendo⁷⁴.

Na perspectiva de que os amplos poderes de actuação do Provedor de Justiça se traduzem, ao fim e ao cabo, num importante meio de reforço da

⁷¹ O conhecido caso ocorrido, em 1996, no posto da GNR de Sacavém. V. Relatório citado na nota anterior, pp. 613 a 621.

⁷² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, pp. 589 a 596.

⁷³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, Provedoria de Justiça, pp. 506 e 507.

⁷⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Volume II, Provedoria de Justiça, pp. 1030 a 1038.

participação política dos cidadãos, escrevem Manuel Meirinho Martins e Jorge de Sá:

«O Provedor de Justiça faz parte do conjunto de instrumentos institucionais que reforçam a capacidade de os cidadãos e de os grupos corrigirem actos do próprio sistema político. No âmbito da perspectiva funcionalista, o Provedor de Justiça constitui assim um canal legitimado ou institucionalizado de acesso dos cidadãos ao sistema político. (...) O Provedor de Justiça faz chegar ao sistema político a expressão de interesses dos indivíduos e dos grupos, constituindo-se assim como um canal directo de transmissão de fluxos de informação entre a sociedade e, em particular, as entidades objecto de queixa. Assume-se, nestes termos, como rede formal de recolha, processamento e transmissão de informação com características bidireccionais (dos cidadãos para o sistema e do sistema para os cidadãos). (...) O Provedor de Justiça contribui para o reforço da dimensão participativa das democracias representativas, na medida em que possibilita aos cidadãos uma intervenção mais ampla e mais eficaz no sistema político em que se inserem. Ao possibilitar experiências de intervenção junto de alguns aparelhos governamentais, acaba por promover uma cultura de participação, por oposição a uma cultura de sujeição ou de desinteresse e, quando assim é, funciona como instituição integradora dos cidadãos na sociedade»⁷⁵.

Não deixa de ser importante aqui sublinhar que a lei ordinária acrescenta, ao estatuto constitucional do Provedor de Justiça, três elementos concretos importantes.

⁷⁵ In *O Exercício do Direito de Queixa como Forma de Participação Política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Provedoria de Justiça, 2005, pp. 51, 54 e 55.

O primeiro refere-se ao poder de iniciativa própria do Provedor de Justiça, que embora possa decorrer de alguma forma implícito do artigo 23.º da Constituição, se encontra explicitamente estabelecido nos artigos 4.º, 1.ª parte, e 24.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91.

O poder de iniciativa própria, que também não decorria explicitamente da Lei n.º 81/77, revogada pela actual Lei n.º 9/91, tem sido um importante instrumento de actuação do Provedor de Justiça. Ao contrário do que sucede, por exemplo, com os tribunais, o Provedor de Justiça não só não necessita da apresentação de uma queixa para tomar iniciativas no âmbito (vasto⁷⁶) das suas competências, como não está vinculado ao princípio do pedido, isto é, à apreciação apenas das questões concretas colocadas pelos reclamantes relativamente a determinado assunto ou matéria.

Pode o Provedor de Justiça decidir actuar, no momento que entender oportuno, independentemente da apresentação de uma queixa, sobre qualquer assunto que naturalmente se situe dentro do seu âmbito de competências, definido pela Constituição e pela lei. O poder de iniciativa própria do Provedor de Justiça é uma prerrogativa do órgão que, utilizada de forma adequada, pode representar um importante instrumento de intervenção permanente nos assuntos de natureza pública do país⁷⁷.

⁷⁶ «O Provedor de Justiça, face a uma Constituição como a nossa, jamais corre o risco de pecar por incompetência em razão da matéria»: António Correia de Campos, «O Provedor de Justiça e o Acompanhamento e Avaliação das Políticas Públicas», in *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI* citada, pp. 53 e segs.

⁷⁷ Designadamente quando conjugada com a possibilidade de utilização dos meios de comunicação social para divulgação das respectivas tomadas de posição.

Nas palavras de Henrique Nascimento Rodrigues,

«Este tipo de intervenção tem um cariz muito mais pró-activo do que re-activo; visa um objectivo normalmente mais vasto do que aquele que se alcança com a análise e instrução da mera reclamação individual; e persegue finalidades que, não deixando de ser rectificativas das situações inquiridas, ou das realidades investigadas, colocam o acento tónico na prevenção futura das anomalias detectadas, na melhoria dos sistemas e procedimentos administrativos, ou até, na sugestão e propostas para o estudo e implementação de novas normas legais»⁷⁸.

Em segundo lugar, cabe à lei ordinária, em concretização de uma das características nucleares do órgão definidas na Constituição – a da sua inamovibilidade – a tarefa de determinação, não só da duração do mandato do Provedor de Justiça⁷⁹, como das razões, muito circunstanciadas, que podem levar à cessação das funções do seu titular antes do termo daquele período⁸⁰.

Finalmente, importará ainda nesta sede destacar que, através de uma alteração ao Estatuto do Provedor levada a efeito pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, que se propõe, na epígrafe, reforçar as competências do Provedor

⁷⁸ «A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça», in *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI* citada, pp. 69 e segs.

⁷⁹ De quatro anos (artigo 6.º, n.º 1, do Estatuto).

⁸⁰ Conforme já acima referido (v. supra nota 28), são essas causas a morte ou impossibilidade física permanente, a perda dos requisitos de elegibilidade para a Assembleia da República, a incompatibilidade superveniente, e a renúncia (artigo 15.º, n.º 1, do Estatuto). A lei que anteriormente regulava o órgão, revogada pela Lei n.º 9/91, acrescentava às referidas causas, a «destituição pela Assembleia da República» (artigo 12.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 81/77).

de Justiça, o âmbito de actuação da instituição passou ainda a abranger as relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias (artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto)⁸¹.

A questão da extensão do exercício das competências do Provedor de Justiça às relações jurídico-privadas, quando está em causa a protecção de direitos, liberdades e garantias e a respectiva garantia na ordem jurídica privada decorra expressamente de normas constitucionais, é uma questão de alguma forma ainda em aberto, embora a lei, através do mencionado artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto, dê já uma primeira resposta à mesma⁸².

Henrique Nascimento Rodrigues adianta ainda, a propósito, que

«a defesa dos direitos de um menor infringidos por familiares ou vizinhos, a defesa dos direitos dos imigrantes face a empregadores sem escrúpulos, ou a luta contra situações de discriminação racial, podem exigir a intervenção

⁸¹ Com importância, a nível prático, na protecção de crianças e idosos contra entidades que não integrarão a noção de poderes públicos, e na protecção dos consumidores relativamente a entidades privadas prestadoras de serviços públicos essenciais.

⁸² Aflorando esta questão, leia-se, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho: «Parece seguro que o Provedor de Justiça não se pode substituir aos tribunais na apreciação de casos litigiosos privados onde se invoca a violação de direitos, liberdades e garantias. No entanto, haverá também hipóteses em que, para além da possibilidade da via jurisdicional – sempre aberta aos cidadãos – não está excluída a possibilidade de recomendações dirigidas a “entidades privadas” cuja vinculação pelos direitos, liberdades e garantias está expressamente consagrada na Constituição» (intervenção na sessão comemorativa, na Assembleia da República, do 20.º Aniversário do Provedor de Justiça, já citada, pp. 66 e 67).

do Ombudsman na protecção do cidadão nacional ou do estrangeiro face a outros cidadãos»⁸³.

Da análise da concretização legal do estatuto constitucional do Provedor de Justiça resulta desde logo claro que o legislador ordinário não só correspondeu de forma adequada aos objectivos do legislador constituinte associados à configuração e conformação concreta do órgão, como foi ele próprio, dentro dos limites constitucionais a que naturalmente está obrigado, reforçando as suas competências, de alguma forma adaptando-as à própria evolução e dinâmica da sociedade e do Estado.

Em jeito de conclusão, dir-se-á apenas que eventuais limitações à utilização dos poderes conferidos pela Constituição e pela lei ao Provedor de Justiça resultarão, na prática, de dois tipos de factores, muito dependentes do tipo de actuação dos titulares, seja do próprio órgão Provedor de Justiça, seja dos órgãos que integram os poderes públicos relativamente aos quais aquele exerce as suas competências.

Em primeiro lugar, não é de excluir que, em maior ou menor medida, e em correlação com a interpretação pessoal que cada um dos titulares do órgão faz (ou tenha feito) das respectivas competências, o Provedor de Justiça possa autolimitar-se no exercício das competências que lhe são atribuídas pela Constituição e pela lei. A título meramente ilustrativo, diga-se que, pelo menos nos últimos anos, o Provedor de Justiça de alguma forma circunscreveu a sua actuação, junto do Ministério Público, ao encaminhamento de queixas

⁸³ In *Ombudsman, Novas Competências, Novas Funções*, VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman, Provedoria de Justiça, 2004, pp. 18 e 19.

para aquela entidade^{84 85}. Se é certo que a actividade do Ministério Público estará muito próxima da actividade dos tribunais, no que toca aos actos de natureza jurisdicional, também é certo que Ministério Público e tribunais não são a mesma realidade, e que existirá ainda um espaço de actuação do Provedor de Justiça, relativamente ao Ministério Público, que não terá sido, até ao momento, suficientemente aproveitado, ou sequer esclarecido.

A limitação dos poderes do Provedor de Justiça ocorre – ou poderá ocorrer, na prática – também pela falta de receptividade dos poderes públicos às suas iniciativas. Não obstante estarem os poderes públicos vinculados constitucionalmente a responderem ao Provedor de Justiça – e a lei prevê mecanismos, que têm vindo a ser reforçados, para sancionamento da even-

⁸⁴ Para além, naturalmente, da participação obrigatória, ao Ministério Público, de infracções criminais, disciplinares ou do domínio do ilícito de mera ordenação social (artigo 35.º, n.º 1, do Estatuto). O Provedor de Justiça pode também receber queixas através do Ministério Público, conforme preceitua o artigo 25.º, n.º 3, do Estatuto, e desenvolver, através do mesmo, diligências instrutórias (artigo 28.º, n.º 2, do mesmo Estatuto).

⁸⁵ Em anos mais remotos, as formas de interacção do Provedor de Justiça com o Ministério Público eram, ainda assim, mais diversificadas, conforme decorre dos exemplos a este propósito sintetizados por Luís Lingnau da Silveira (ob. cit., p. 735): «A solicitação, aos agentes do MP [Ministério Público] junto dos tribunais administrativos, para que interponham recurso oficioso contra actos ilegais da Administração que esta se tenha recusado a revogar, apesar de o PJ o haver recomendado (Rel. [do Provedor de Justiça] 1980, p. 209); (...) a exposição à Procuradoria-Geral da República, órgão superior do MP, de situações de divergência de decisões judiciais em matéria penal, sugerindo-lhe a emanação de instruções aos respectivos agentes junto dos tribunais, para que passem a fazer as suas promoções segundo critério uniforme e correspondente à melhor interpretação da lei; (...) a exposição, também à mesma entidade, acerca de tomadas de posição de agentes do MP, no exercício das suas funções específicas, mas que o PJ considerou legalmente incorrectas e violadoras do direito de defesa (Rel. 1981, p. 61)». Luís Lingnau da Silveira desenvolve ainda o tema num artigo intitulado «O Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, pp. 819 e segs.

tual falta de resposta das entidades visadas a uma iniciativa do Provedor⁸⁶ –, não deixa de ser verdade que, na prática, a ausência de resposta atempada a determinada questão colocada pelo Provedor de Justiça, poderá representar um forte condicionamento à eficácia do órgão.

Logo em Dezembro de 1976, o Provedor de Justiça viria a difundir, nos órgãos de comunicação social, uma nota oficiosa, através da qual recordava às entidades públicas o dever de colaboração com a instituição, podendo ler-se, na mesma, o seguinte:

«Alguns serviços, talvez por não se terem apercebido da vantagem para eles próprios da acção do Provedor de Justiça, demoram, para além do que é admissível, a prestação dessa colaboração, remetendo-se a um condenável silêncio. (...) O Provedor de Justiça entende de seu dever dar publicidade a estes factos e espera, confiadamente, não ter de ser forçado a vir dar a conhecer publicamente quais os serviços que se têm mostrado relapsos no cumprimento do seu dever de colaboração. (...) Não tendo poderes decisórios, o Provedor de Justiça tem como armas, além da persuasão, a opinião

⁸⁶ Cf. designadamente artigo 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça. Em concretização do dever geral de colaboração de todos os órgãos e agentes administrativos com o Provedor de Justiça, o respectivo Estatuto prevê designadamente que o Provedor de Justiça possa determinar a presença, na Provedoria de Justiça, ou noutra local, de qualquer funcionário ou agente de entidade pública, mediante requisição à entidade hierarquicamente competente, ou de qualquer titular de órgão sujeito ao seu controlo (n.º 5), estabelecendo ainda que o incumprimento não justificado do dever de cooperação constitui crime de desobediência, sem prejuízo do competente procedimento disciplinar (n.º 6). O Estatuto estabelece a possibilidade de o Provedor de Justiça fixar um prazo para satisfação dos seus pedidos urgentes (actual n.º 4 do artigo 29.º do Estatuto). As recomendações têm um regime próprio, constante do artigo 38.º do Estatuto. O artigo 30.º do diploma permite, ainda, a convocatória para prestação de depoimento de qualquer cidadão sob cominação penal.

pública e a publicidade e não hesitará em usar estas sempre que conclua pela ineficácia daquela»⁸⁷.

Esta queixa viria a constituir uma tónica comum ao discurso dos sucessivos titulares da instituição.

⁸⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1976*, Secretaria de Estado da Comunicação Social, p. 13.

As iniciativas de fiscalização

«Considera o Provedor de Justiça como altamente relevante que o cidadão comum, mesmo sem preparação ou qualificação jurídicas, tenha a consciência cívica suficiente para se dirigir ao Provedor a solicitar que ele intervenha junto do Tribunal Constitucional para fazer declarar a inconstitucionalidade de numerosas disposições legais, inclusivamente por omissão. Isso significa que os Portugueses se apercebem do valor do diploma fundamental, que estão consciencializados dos seus direitos e se mostram dispostos a exigir do Estado e da Administração Pública o cumprimento das suas respectivas obrigações.»

(Ângelo de Almeida Ribeiro, Introdução ao Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1986)

1. Critérios de apreciação das queixas

Pode afirmar-se, sem grandes hesitações, que a Constituição Portuguesa é, em grande número de casos, invocada pelos cidadãos que reclamam junto do Provedor de Justiça, tendo em vista fundamentarem as suas pretensões. Com maior ou menor grau de adequação ao caso concreto, utilizando uma linguagem dotada de um maior ou menor rigor jurídico, a Lei Fundamental do país viria a transformar-se, ao longo destes trinta anos, num dos principais instrumentos de fundamentação das queixas dos cidadãos ao Provedor de Justiça, assim assumindo, pelo menos do ponto de vista simbólico, um elevado grau de legitimação das mesmas e do discurso empregue.

Não é de forma alguma surpreendente que assim aconteça. O carácter eminentemente extensivo da Constituição Portuguesa, a consagração de princípios gerais susceptíveis de abarcarem sentidos e perspectivas com um conteúdo relativamente amplo, e a possibilidade de utilização das denominadas cláusulas abertas que o texto da Lei Fundamental encerra⁸⁸ – quantas vezes utilizadas, pelo Tribunal Constitucional, para apoiar as suas próprias decisões –, colocam a Constituição numa posição de «parceiro» privilegiado dos cidadãos na luta pela protecção do que consideram ser os seus direitos, interesses e expectativas legítimas.

Com grande probabilidade, os princípios da igualdade e da protecção da confiança, o primeiro constante do artigo 13.º da Lei Fundamental, o segundo podendo extrair-se, designadamente, do princípio do Estado de direito

⁸⁸ V. artigo 16.º da Constituição.

democrático, estabelecido no artigo 2.º da Constituição, serão os dois princípios mais frequentemente invocados pelos reclamantes nas suas queixas à instituição.

Naturalmente que não é pelo facto de os cidadãos – legitimamente, entenda-se – invocarem a Constituição para fundamentarem as suas pretensões, que as queixas apresentadas serão necessariamente analisadas naquela perspectiva. Da mesma forma, também não é pela circunstância de não ser invocada a desconformidade de uma norma ou normas à Constituição, no âmbito de uma determinada reclamação, que esta deixa de ser apreciada nessa perspectiva. A não vinculação do Provedor de Justiça ao princípio do pedido, a prerrogativa de iniciativa própria, e a possibilidade de utilização simultânea ou sucedânea dos mais variados instrumentos de iniciativa junto dos poderes públicos e do próprio Tribunal Constitucional, conferem-lhe, conforme já acima dito, uma flexibilidade de actuação ímpar no quadro jurídico-constitucional dos órgãos do Estado.

Assim sendo, fácil se mostra concluir pela necessidade de definição, pelo próprio Provedor de Justiça, de critérios que permitam a tomada de decisões, num primeiro momento sobre as matérias que deverão ser analisadas com o objectivo de ser apurada a viabilidade jurídica de um eventual pedido de fiscalização abstracta da constitucionalidade ou da legalidade, num segundo momento sobre a adequação, conveniência e oportunidade da concretização efectiva de uma iniciativa daquele tipo⁸⁹.

⁸⁹ Em 9 de Fevereiro de 1998, foi criada, na Provedoria de Justiça, um sector de assessoria específico para tratamento das queixas cuja instrução seja especificamente direccionada para a análise da conformidade de normas à Lei Fundamental: «Criou-se uma sexta área, distinta das demais cinco por se definir em função de um critério formal em vez de material. Assim, à nova área competiu o tratamen-

Na prática, quer tudo isto dizer, por um lado, que nem toda a queixa em que se invoca a violação da Constituição dará origem a uma análise feita nessa perspectiva e, por outro, que nem sempre tal análise que conclua pela viabilidade jurídica de um pedido de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade dará origem a um requerimento apresentado, pelo Provedor de Justiça, ao Tribunal Constitucional, para o efeito.

São, a este propósito, elucidativas as palavras, constantes do Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1993, do então titular do órgão:

«O Provedor de Justiça, no quadro constitucional e legal que conforma a sua actividade, é um órgão que tem como particular atribuição “a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos (...)”. (...) Não lhe cabe, no entanto, uma tarefa de cego patrocínio dos cidadãos que a ele recorrem, podendo rejeitar queixas que, objectivamente, considere infundadas (...). No quadro das suas competências deve ser um conciliador do poder e do cidadão (...), não introduzindo, desnecessariamente, factores de perturbação na vida das instituições mas só quando creia em consciência que é aconselhável ou imperiosa a sua intervenção.

Essa ponderação do mérito de intervenção deve ser especialmente cuidada em sede de iniciativa de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade (talvez não tanto em sede de inconstitucionalidade por omissão), dados

to de todos os processos em que se encarasse como possível a utilização dos poderes de iniciativa em matéria de fiscalização da constitucionalidade, quer por acção, quer por omissão (...). (...) A criação desta área permitiu não só aumentar de modo significativo o número de pedidos formulados ao Tribunal Constitucional, como principalmente responder a várias pretensões injustificadas» (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, p. 9).

os efeitos que um tal pedido, quando provido pelo Tribunal Constitucional, pode ter.

Não há, pois, que transformar o Provedor de Justiça (e demais órgãos de iniciativa) em meras delegações da secretaria do Tribunal Constitucional ou, mesmo, em comissões de julgamento da admissibilidade dos pedidos de inconstitucionalidade, não lhes cabendo um mero exame, dessas condições (ou, mesmo, das de sucesso de iniciativa), quando lhes seja dirigida petição pelos cidadãos.

Nem se diga que os particulares ficam desprotegidos com a utilização de critérios de oportunidade pelos órgãos de iniciativa. Está-lhes sempre aberta, quando haja condições de legitimidade segundo o tipo de processo em causa, a via do recurso aos tribunais, com a fiscalização difusa concreta da constitucionalidade com possível recurso ao Tribunal Constitucional. E, se a jurisprudência do Tribunal Constitucional for uniforme, pelo menos em 3 casos, está sempre aberta a via do art.º 281.º, 3, da Constituição, por iniciativa de um dos Juízes do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público (...), propiciando uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Além disto, poderá sempre haver recurso a outro tipo de garantias, não contenciosas, como é o caso do, quando aplicável, exercício do poder de recomendação legislativa do Provedor de Justiça»⁹⁰.

Há, à partida, um conjunto de requisitos que deverão estar reunidos para que uma determinada questão colocada ao Provedor de Justiça seja analisada na perspectiva da conformidade de normas à Constituição ou à lei, para

⁹⁰ Provedoria de Justiça, pp. 128 e 129.

efeitos de uma eventual utilização dos poderes do órgão estabelecidos nos artigos 281.º e 283.º do texto constitucional.

Em primeiro lugar, deverá a queixa ser admissível nos termos legais, isto é, deverá a queixa situar-se dentro do âmbito de actuação do Provedor de Justiça, a menos que seja, directa e imediatamente, colocada em causa determinada norma ou a sua ausência, sendo certo que uma norma inconstitucional ou ilegal, ou a ausência de norma de existência vinculada, configurarão sempre uma «acção ou omissão dos poderes públicos».

Em segundo lugar, deverá a alegada violação da Constituição invocada pelo queixoso – ou outra que vier a apurar-se oficiosamente quanto à matéria apresentada pelo reclamante – ser nuclear para o tratamento da questão colocada na queixa.

Em terceiro lugar, é sempre inicialmente avaliada a possibilidade de resolução do caso concreto por meios informais e expeditos, designadamente no quadro jurídico existente e, no limite, com recurso ao princípio da interpretação conforme à Constituição.

Importa notar que o referido regime-regra, se assim se lhe pode chamar – que não se aplicará necessariamente da mesma forma quando a análise tem por base uma iniciativa própria do Provedor de Justiça –, não impede que qualquer um dos referidos pressupostos venha a ser eventualmente dispensado: se se considerar que, não obstante o caso concreto ter por entidade visada um particular, a questão poderá e deverá ser tratada também de forma abstracta; se se entender relevante a análise, na perspectiva referida,

de uma questão que surge apenas como acessória para o tratamento do caso concreto apresentado; finalmente, se se considerar importante acrescentar à resolução do caso concreto uma iniciativa junto do Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização da constitucionalidade por acção ou omissão.

Importará agora saber quais os pressupostos que normalmente enquadram a decisão, tomada num segundo momento, no sentido de apresentar, ao Tribunal Constitucional, um pedido de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade de normas, ou por omissão.

Antes de mais, um eventual pedido daquele tipo deverá naturalmente ser viável do ponto de vista jurídico. O Provedor de Justiça não é advogado do cidadão reclamante, pelo que a análise da viabilidade jurídica da questão, para o efeito em causa, terá de ser uma análise objectivamente direccionada para o cumprimento de uma função de garantia da Constituição – o que não impede que esta análise seja feita a partir dos elementos do caso concreto –, não estando nunca o Provedor de Justiça colocado numa posição de defesa de uma das partes ou, melhor dizendo, de defesa de uma determinada perspectiva jurídica que visa defender exclusivamente os interesses de uma das partes.

Por outro lado, deverá haver certeza quanto à interpretação que os poderes públicos fazem da referida norma – ou fizeram, na sua aplicação ao caso concreto. Com alguma relação com esta questão, estará também o Provedor de Justiça de certa forma vinculado a fazer uma interpretação das normas conforme à Constituição⁹¹, desde que naturalmente tal perspectiva se revele

⁹¹ Mesmo que o Tribunal Constitucional não declare a inconstitucionalidade por via da interpretação conforme, esta decisão de não provimento pode contribuir decisivamente para a boa resolução do

possível, isto é, desde que, por exemplo, não resulte do caso em apreciação que não é essa a interpretação que é dada, ou que foi dada, na prática, pelos poderes públicos, a determinada norma legal, na sua aplicação às situações concretas.

A ponderação da formulação de um pedido de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade com força obrigatória geral, aparece também inevitavelmente enquadrada por considerações associadas a critérios de adequação, oportunidade e conveniência.

Tradicionalmente – embora, como se disse, cada caso concreto seja analisado a partir dos seus contornos específicos –, a utilização dos poderes do Provedor de Justiça associados à fiscalização da constitucionalidade ou legalidade das normas (especialmente no domínio da fiscalização por acção), tem vindo a constituir uma espécie de último recurso de actuação do órgão. Isto é, tradicionalmente tem havido alguma contenção do Provedor de Justiça na utilização do recurso ao Tribunal Constitucional, que surge normalmente como adequado após se terem frustrado outras eventuais iniciativas, designadamente junto do legislador, tendo em vista a alteração da legislação ordinária com o objectivo de a adequar à Lei Fundamental⁹².

caso concreto, e outros, em função do valor persuasório dessa tomada de posição.

⁹² Também já sucedeu o Provedor de Justiça ter tomado uma iniciativa junto do legislador na sequência de uma decisão do Tribunal Constitucional que não declarou inconstitucionais as normas objecto do requerimento que lhe havia sido dirigido pelo órgão: v., por exemplo, recomendação legislativa sobre transplantes de tecidos e órgãos, constante do *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1990*, Provedoria de Justiça, pp. 25 a 33.

Pode acontecer, no entanto, que o recurso ao Tribunal Constitucional, na medida em que poderá levar à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma, se mostre desde logo a solução mais adequada ao caso concreto. Basta recordar que, em princípio, a referida declaração produz efeitos desde a data da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição), o que, em concreto, poderá revelar-se vantajoso face a uma eventual alteração da legislação que, em princípio, só projectará os seus efeitos para o futuro.

Veja-se, com alguma relação, o pedido relativo a normas designadamente do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, que possibilitavam a expulsão de cidadãos estrangeiros que tivessem a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, por se entender que a expulsão do cidadão estrangeiro teria como consequência necessária, naquela situação, a expulsão simultânea do menor, redundando numa violação do artigo 33.º, n.º 1, da Constituição, que não admite a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional⁹³.

Neste caso, o Provedor optaria por dirigir simultaneamente um pedido ao Tribunal Constitucional e uma recomendação legislativa ao Governo, para alteração da lei⁹⁴. O Governo viria a acatar a recomendação, impossibilitando a expulsão de cidadãos estrangeiros colocados naquela situação⁹⁵, ainda

⁹³ V. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Volume II, pp. 225 a 232.

⁹⁴ Cf. Relatório citado, pp. 113 e 114.

⁹⁵ Através do Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, indo-se, aliás, mais além do que o recomendado, abrangendo-se a situação dos menores estrangeiros residentes em Portugal a cargo de um cidadão estrangeiro alvo de expulsão.

antes da decisão do Tribunal Constitucional⁹⁶. Embora a norma em causa estivesse, à data desta decisão, já revogada, o Tribunal declararia a sua inconstitucionalidade, fixando os respectivos efeitos de modo a não ficarem ressalvados os casos julgados relativamente a penas acessórias de expulsão ainda não executadas aquando da publicação da decisão.

Uma iniciativa junto do Tribunal Constitucional poderá também constituir, em concreto, uma eficaz forma de pressão sobre o legislador, levando-o a adiantar-se a uma eventual decisão daquele Tribunal, no sentido da adequação da legislação ordinária à Lei Fundamental.

A título ilustrativo, refira-se que, em 2002, suscitou o Provedor de Justiça, junto do Tribunal Constitucional, a fiscalização sucessiva abstracta das normas constantes do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção que lhe tinha sido dada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro (legislação em vigor à data, referente ao Regulamento de Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário reportado à Região Autónoma dos Açores), por violação tanto de regras decorrentes da Lei Fundamental – inconstitucionalidade orgânica, no caso, já que o órgão competente para a emissão do diploma seria a Assembleia Legislativa Regional e não o Governo Regional –, como de princípios materiais que enformam o texto constitucional, quanto às soluções reportadas, no diploma, às condições de acesso, nos concursos externos (com reflexos no regime de ordenação dos candidatos à contratação administrativa), à candidatura a provimento por

⁹⁶ Concretizada pelo Acórdão n.º 232/2004.

período não inferior a três anos, candidatura essa que conferia prioridade na colocação⁹⁷.

O Tribunal Constitucional decidiu, no âmbito do Acórdão n.º 81/2003, pela inconstitucionalidade orgânica do diploma – o que obrigou à aprovação, desta feita pela Assembleia Legislativa Regional, de um novo Regulamento de Concurso –, não se tendo pronunciado, por razões de economia processual, quanto à inconstitucionalidade material invocada no referido requerimento. A verdade é que o legislador viria a corrigir, por sua iniciativa, no novo diploma aprovado nos termos constitucionais, as questões associadas à inconstitucionalidade material invocada pelo Provedor de Justiça no requerimento apresentado ao Tribunal Constitucional, e relativamente às quais, como se disse, este Tribunal, por razões de economia processual, não se havia pronunciado.

E o contrário já se verificou igualmente: face a uma decisão do Tribunal Constitucional, tomada em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, de normas, no caso relacionadas com a data de início do pagamento das pensões de sobrevivência no âmbito da função pública, no sentido da sua inconstitucionalidade, o Provedor de Justiça, baseando-se no referido Acórdão, tomaria a iniciativa de, junto do Governo, pedir a alteração da lei, tornando-a conforme à Lei Fundamental⁹⁸.

⁹⁷ Cf. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, Provedoria de Justiça, pp. 977 a 996.

⁹⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 2006*, Volume I, Provedoria de Justiça, pp. 536 a 543.

Também os pedidos de declaração de inconstitucionalidade por omissão exercem, a maior parte das vezes, um efeito de pressão sobre o legislador, levando-o a produzir as normas em falta antes de uma decisão do Tribunal Constitucional no sentido da verificação da sua omissão. Foi o que aconteceu com os pedidos do Provedor de Justiça⁹⁹ relativos às matérias da responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos, ao regime dos referendos locais, ao direito de acção popular, e à possibilidade de iniciativa não partidária de apresentação de candidaturas a todos os órgãos autárquicos¹⁰⁰.

São de diversa natureza as razões – que poderão concorrer separada ou cumulativamente para a tomada de uma decisão – que levam a que tradicionalmente o Provedor de Justiça encare a utilização dos poderes que lhe são conferidos pelos artigos 281.º e 283.º da Constituição com alguma contenção.

Em primeiro lugar, razões genericamente associadas à segurança jurídica. O caso paradigmático é o da inconstitucionalidade formal quando decorrente da não audição das estruturas representativas dos trabalhadores nas situações em que cumulativamente a mesma deveria ter ocorrido e não ocorreu, o diploma já se encontra publicado e até em vigor, e não enferma de outro vício de inconstitucionalidade, designadamente orgânica ou material¹⁰¹.

⁹⁹ Quatro dos sete apresentados (v. infra pp. 151 e segs.).

¹⁰⁰ Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República respectivamente de 1987, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 48 a 53, de 1990, p. 138, de 1993, pp. 30 a 34, e de 1999, Vol. II, pp. 254 a 257.

¹⁰¹ Como excepção, foi apresentado, em 1998, ao Tribunal Constitucional, um pedido de declaração de inconstitucionalidade com base na preterição daquela formalidade prevista no texto constitucional (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1998*, pp. 359 a 363). O Tribunal

São os seguintes os motivos que tradicionalmente têm vindo a ser transmitidos, pelo Provedor de Justiça, aos reclamantes, para fundamentar, na situação específica identificada, o não recurso ao Tribunal Constitucional:

Antes de mais, tratando-se da fiscalização de diplomas que já estão em vigor e ocorrendo a decisão do Tribunal Constitucional num horizonte temporal difícil de limitar, é sempre de ponderar a incerteza que tal iniciativa teria nos destinatários da norma, bem como, mesmo admitindo a eventual limitação de efeitos ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, as distorções que a decisão de provimento introduziria na situação dessas pessoas.

Por outro lado, trata-se da omissão de uma participação não vinculativa, não sendo possível afirmar que o conteúdo da norma não teria resultado o mesmo, ainda que com audição nos termos constitucionais e legais.

A argumentação utilizada apenas se aplica, como se disse, a situações em que se considere inexistir vício de inconstitucionalidade material ou orgânica, ou razão de justiça suficientemente grave que permita considerar a norma como nociva aos trabalhadores.

Constitucional não tomou conhecimento do pedido – Acórdão n.º 139/00 – por inutilidade superveniente, já que a norma teria, à data da decisão, esgotado já os seus efeitos. No referido requerimento do Provedor de Justiça pode ler-se: «O direito de participar na elaboração de legislação do trabalho assiste a todas as associações sindicais, incluindo aquelas que representam trabalhadores da Administração Pública. (...) Este direito de participação na elaboração de legislação do trabalho implica a possibilidade de intervir directa e efectivamente no procedimento legislativo quando este verse sobre matérias laborais, cabendo ao órgão legislativo em cada caso desencadear o procedimento de consulta, dando conhecimento às associações sindicais do projecto de diploma legal e tomando nota da posição que estas venham a assumir em face das soluções que lhes sejam apresentadas».

Finalmente, os trabalhadores que hipoteticamente sejam lesados, de forma directa, pela norma ou normas, poderão sempre suscitar judicialmente a fiscalização concreta da constitucionalidade¹⁰².

A moderação na utilização dos poderes de iniciativa no domínio da fiscalização da constitucionalidade ocorre, em segundo lugar, pelo facto de, também tradicionalmente, estarem associados aos processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade tempos médios de espera, por uma decisão, relativamente demorados¹⁰³ – embora seja de toda a justiça aqui sublinhar o aumento progressivo, que se tem vindo a registar nos últimos anos, da capacidade de resposta do Tribunal Constitucional a este tipo de processos.

Em terceiro lugar, o facto de, não raras vezes, se revelar necessária uma intervenção do legislador posterior à declaração de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional. Acontece assim sempre que está em causa uma inconstitucionalidade por omissão, mas também em situações de fiscalização por acção¹⁰⁴.

¹⁰² De qualquer forma, foi sempre o Provedor de Justiça emitindo, a este propósito, recomendações ao legislador, alertando para a necessidade de ser respeitada a participação sindical, muito especialmente na situação em que haja uma alteração substancial do projecto no decurso do procedimento legislativo, no sentido de se promover sempre uma nova audição das associações representativas dos trabalhadores, mesmo que estas já tenham sido ouvidas sobre uma anterior versão do mesmo (v. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, Provedoria de Justiça, p. 43).

¹⁰³ Tal afirmação de todo não significa uma crítica ao Tribunal Constitucional à prioridade que naturalmente é dada à fiscalização concreta, a que acrescem os próprios prazos previstos na lei processual constitucional.

¹⁰⁴ No âmbito de um processo relatado no *Relatório à Assembleia da República 1977*, o Provedor de Justiça optou por dirigir um ofício ao então Conselho da Revolução, sugerindo a revogação de uma norma do Código de Justiça Militar contrária à Constituição, em vez de formalizar um pedido de declaração de inconstitucionalidade. A norma em causa permitia que se estabelecesse, em função

Sobre o que acaba de referir-se, note-se que o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 474/2002 proferido na sequência de um pedido formulado pelo Provedor de Justiça em 1994, deu por verificado o não cumprimento da Constituição, por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o direito previsto na alínea e) do n.º 1 do respectivo artigo 59.º – que consubstancia o direito à assistência material dos trabalhadores, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego –, relativamente aos trabalhadores da Administração Pública.

Em inícios de 2003, o Provedor de Justiça viria a apelar ao Governo para que este preparasse as medidas aptas a darem resposta célere à necessidade de colmatação do incumprimento em que se encontravam, naquele momento, os órgãos legislativos, no sentido da emissão de normas que permitissem a exequibilidade plena da regra consignada no artigo 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição, isto é, que possibilitassem a extensão, a todos os trabalhadores da Administração Pública que viessem involuntariamente a encontrar-se em situação de desemprego, da protecção social a que se reporta o mencionado dispositivo da Lei Fundamental¹⁰⁵. Em 2007, o Governo viria, finalmente, a

de um momento temporal, concretamente o de a condenação ocorrer antes ou depois da publicação de uma lei, molduras penais distintas para o mesmo crime. Aí pode ler-se: «Uma vez que o Conselho da Revolução é o órgão de competência reservada para legislar nesta matéria, permito-me anotar que uma outra solução é possível, sem necessidade da declaração de inconstitucionalidade: a de revogar o artigo 2.º, substituindo-o por outro (...). (...) Não veja V. Ex.ª no que acabo de escrever qualquer recomendação (...) mas apenas, dentro de um espírito colaborante, a indicação de uma via menos solene e mais rápida, uma vez que, se fosse declarada a inconstitucionalidade, haveria, do mesmo modo, que revogar-se o actual artigo 2.º e substituí-lo em conformidade com essa declaração». O Conselho da Revolução não atendeu, no entanto, a essa sugestão: pp. 150 e 151.

¹⁰⁵ V. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, pp. 958 e 959.

dar início aos procedimentos legislativos tendentes à superação da referida omissão.

Em quarto lugar, a probabilidade de, em concreto, uma decisão do Tribunal Constitucional vir a restringir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade^{106 107}, especialmente se conjugada com uma quinta razão, a circunstância de poder estar em curso um procedimento legislativo tendente à revogação ou alteração da norma em causa, com a pro-

¹⁰⁶ Probabilidade que nem sempre inibiu o Provedor de Justiça de se dirigir ao Tribunal Constitucional. Num requerimento enviado, em 1993, a este Tribunal, pedindo a fiscalização abstracta sucessiva de um conjunto de normas que previam a cobrança, aos consumidores de energia eléctrica, de um adicional especificamente criado e destinado a assegurar o equilíbrio financeiro do denominado Fundo de Apoio Térmico, pode ler-se o seguinte: «Não deixará, certamente, o Tribunal Constitucional de examinar o interesse público na conservação da vigência passada destas normas, a fim de observar e qualificar o relevo que possa assumir. A declaração de inconstitucionalidade, reportando-se à entrada de tais normas em vigor, implicaria, por certo, onerosas indemnizações a cargo de entidades públicas (...). (...) Caso assim venha a ser sufragado, sempre manterá interesse a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do rol das normas citadas, de modo a produzir efeitos *ex-nunc* e a prevenir novas criações e cobranças de encargos semelhantes, em idênticas condições» (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, p. 71). O Tribunal Constitucional não tomou no entanto conhecimento do pedido, por razão da inutilidade superveniente do mesmo.

¹⁰⁷ O Provedor de Justiça já chegou a apelar à não restrição de efeitos. Num requerimento dirigido, em 2000, ao Tribunal Constitucional, pode ler-se o seguinte: «Embora se possa considerar fora da competência que me é atribuída pela Constituição, atendendo à manifesta inconstitucionalidade que afecta as normas em causa, exorto o Tribunal Constitucional a não fazer uso do poder previsto no art.º 282.º, n.º 4, sob pena de se criar um sentimento de impunidade face a uma evidente violação da Constituição, gerando-se um privilégio inaceitável. (...) Acresce, no caso, que se trata de uma norma inconstitucional cuja aplicação, em regra, não suscita em nenhuma esfera jurídica lesão que permita ao seu titular manifestar interesse pessoal, directo e legítimo para recurso à via judicial, assim não sendo previsível a efectivação da fiscalização concreta da constitucionalidade» (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, Provedoria de Justiça, p. 526). O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 208/02, viria efectivamente a declarar inconstitucionais as referidas normas, limitando apenas parcialmente os efeitos dessa declaração.

babilidade de o Tribunal Constitucional não conhecer do pedido, caso a sua decisão venha a ser posterior à revogação ou alteração da norma.

Finalmente, circunstâncias várias, reportadas ao caso concreto¹⁰⁸, como, a título meramente ilustrativo, o facto de um eventual pedido de declaração de inconstitucionalidade poder criar uma situação de vazio legislativo. Disto mesmo é ilustrativo um caso relatado no Relatório de 1984 do Provedor de Justiça à Assembleia da República:

«A questão da constitucionalidade do regime do Decreto-Lei n.º 29 931, na medida em que atribui aos sindicatos a faculdade de concessão de carteiras profissionais, mesmo aos que não sejam seus sócios, já fora objecto de apreciação neste serviço. (...) O Provedor considerou tal regime – característico do sistema corporativo existente na data da publicação do diploma em causa – incompatível com a liberdade de associação garantida pela Constituição de 1976. (...) Pretendendo, porém, evitar que eventual declaração de inconstitucionalidade das normas em questão originasse uma situação de vazio legislativo, passando a não existir qualquer entidade com a competência jurídica e meios institucionais apropriados à passagem das carteiras profissionais, o Provedor optou por recomendar ao Governo a emanação de nova

¹⁰⁸ Em 1980, foi requerido, pelo Provedor de Justiça, ao Conselho da Revolução, que este órgão se pronunciasse sobre a inconstitucionalidade da norma de um diploma – artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, relativa às eleições para a Assembleia da República, na parte em que fazia depender a possibilidade de os partidos apresentarem candidaturas, do registo desses mesmos partidos até ao início do prazo estabelecido para a apresentação de tais candidaturas –, que o Provedor de Justiça entendia não ser inconstitucional, mas por mera «descarga de consciência», já que tinha havido várias decisões judiciais contraditórias relativamente à norma. O Conselho da Revolução não se pronunciaria pela inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República* 1980, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 76 a 79).

legislação sobre a matéria, revogatória do aludido regime (...) (relatório do Provedor de Justiça de 1978, pp. 48-49)»¹⁰⁹.

É curioso notar que já houve necessidade de intervenção do Provedor de Justiça em momento posterior ao da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, junto dos serviços da administração competentes para aplicarem a decisão do Tribunal Constitucional que a declarou inconstitucional, designadamente pelo facto de estes serviços estarem a fazer uma interpretação errada da decisão, muito em particular na parte respeitante à restrição dos respectivos efeitos. Assim, recentemente o Provedor de Justiça interveio junto de um serviço da administração pública que não estava a fazer uma interpretação correcta da decisão constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 323/2005 – que havia declarado a inconstitucionalidade de uma norma de um diploma, restringindo os seus efeitos à data da publicação do Acórdão –, exortando a que procedesse ao reposicionamento dos respectivos funcionários que fossem já, à data da publicação do Acórdão (ao contrário do entendimento do serviço em causa), titulares de situações de inversão de posições remuneratórias abrangidas pela decisão, e ao pagamento das diferenças remuneratórias, essas sim devidas a partir da data da publicação da decisão, conforme determinava o Acórdão. A posição do Provedor veio a ser acatada pela Administração.

¹⁰⁹ Serviço do Provedor de Justiça, p. 41. O Provedor viria, nesse mesmo ano, a requerer ao Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade da norma do diploma em causa, face à inércia do legislador. No entanto, logo depois, e antes de uma decisão daquele Tribunal, o Governo resolveu a situação, atribuindo ao Estado aquela competência (Relatório citado, pp. 41 a 44).

Diga-se, também, que sempre entendeu o Provedor de Justiça possível a formulação, num mesmo requerimento, de pedidos cumulativos e de pedidos subsidiários ao Tribunal Constitucional. A título ilustrativo, num requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional em que se utilizaram os referidos métodos, pode ler-se:

«À primeira vista, o instituto da formulação de pedidos cumulativos e de pedidos subsidiários (...) parece adequado ao processo constitucional. (...) A dúvida pode colocar-se pelo facto que ao pedir-se a inconstitucionalidade total de uma norma, a título principal, e a sua inconstitucionalidade parcial, a título subsidiário, não se está mais do que a abranger a latitude possível das decisões face ao primeiro pedido. (...) Julga-se, no entanto, que tal não desmerece a bondade da formulação e fundamentação de um pedido subsidiário já que, (...) como diz o Professor Castro Mendes, mesmos nos casos em que os poderes do juiz dispensam a formulação de pedidos subsidiários, por já os abrangerem (...), nada impede a sua admissibilidade, querendo o autor, *mutatis mutandis*, o órgão de iniciativa. (...) *Quod abundat non nocet*»¹¹⁰.

Por outro lado, a circunstância de uma questão ter sido decidida pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, no sentido da não inconstitucionalidade das normas em discussão, não inibiu o Provedor de Justiça de formular pedidos, sobre as mesmas normas, em sede de fiscalização sucessiva, logo após a sua publicação. Aconteceu isto, por exemplo, num caso relatado no Relatório à Assembleia da Repú-

¹¹⁰ Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993, pp. 62 e 63.

blica de 1984, a propósito de um imposto extraordinário criado por uma lei com efeitos retroactivos¹¹¹:

«O facto de o Tribunal Constitucional já se haver pronunciado, preventivamente, acerca da constitucionalidade de um decreto enviado ao Presidente da República para promulgação não obsta a que, uma vez publicada a lei (...), de novo possa ser solicitado o Tribunal a tomar posição sobre essa questão, agora em sede de fiscalização sucessiva ou superveniente da constitucionalidade»¹¹².

A concepção de critérios orientadores da tomada de decisões genericamente associadas à utilização dos poderes conferidos ao Provedor de Justiça pelos artigos 281.º e 283.º da Constituição – em determinados momentos fortemente marcados pelo contexto histórico e político vivido – viria a revelar-se uma necessidade constante desde o início do funcionamento da instituição.

É interessante o que, a este propósito, sob o título «pedidos de apreciação de inconstitucionalidade – critério orientador» foi escrito, num momento com uma localização histórica muito particular, no Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1977, pelo então titular do órgão:

«Quis-se, com o preceito constitucional [do então artigo 281.º da Constituição, à data ainda reportado ao Conselho da Revolução], rodear o uso de tão

¹¹¹ O mesmo aconteceu relativamente a um pedido dirigido ao Tribunal Constitucional, a propósito das normas do Código Penal que previam, à data, as causas de exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez (v. Relatório citado, pp. 56 a 58).

¹¹² Pp. 48 a 50 do Relatório. O Tribunal Constitucional não viria, no entanto, a declarar a inconstitucionalidade da norma.

importante prerrogativa da cautela bastante para garantir a não solicitação de desestabilização legislativa que uma utilização imoderada, irreflectida, não seriamente fundamentada, bem poderia provocar.

Se assim não fosse, então ter-se-ia concedido a todo e qualquer cidadão, ou a determinadas associações, até mesmo aos partidos políticos e organizações sindicais, o direito de suscitar a apreciação e declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas, o que traria para o campo da luta política partidária o que deve ser apenas a defesa da legalidade, o respeito da Constituição, a não transformação de uma análise que deve ser eminentemente jurídica, ainda que dentro de um determinado contexto político, numa que-rela apaixonada, sem grandeza nem rigor científico, incapaz de avaliar o que deve ser a aplicação do direito constitucional num Estado em transição para o socialismo.

(...)

Em face da nossa Constituição, o nosso direito constitucional é um direito de transição, [sendo] que só deverá decretar-se a inconstitucionalidade de um diploma legal quando este contrarie frontalmente:

- 1) A destruição do totalitarismo, pois este impede o exercício das liberdades e garantias fundamentais, não admite o pluralismo, ofende, pelos seus métodos, a dignidade humana e, como sistema capitalista que é, opõe-se a um autêntico processo de transição para o socialismo;
- 2) O princípio da legitimação da soberania pela vontade popular (...);
- 3) Quando elimine um direito ou liberdade ou retire a garantia do seu exercício ou ainda quando de todo não permite o exercício de um direito. Não se deve considerar inconstitucional um diploma legislativo que não leve às consequências máximas o exercício de um direito ou de uma liberdade não especificamente disciplinados na Constituição quando esse mesmo diploma

reconheça esse direito ou liberdade, dê expressão ao seu exercício, num espírito de respeito pelo direito constitucional de transição e de acordo com o princípio do processo histórico de evolução, e dentro do conceito de que se não pode julgar o presente segundo os critérios da etapa só a atingir no futuro;

4) Tratando-se de diploma regulador de exercício de norma programática da Constituição, quando o mesmo seja manifestamente contrário ao princípio programático da norma constitucional.

Em caso de dúvida sobre a inconstitucionalidade de uma norma, não deve o Provedor de Justiça usar da prerrogativa de solicitar ao Conselho da Revolução a declaração de inconstitucionalidade.

Este o critério à luz do qual o Provedor norteou a sua conduta neste aspecto da sua competência»¹¹³.

É também relevante aqui notar que, ao longo de todos estes anos de actividade, e por razões diversas, mas genericamente associadas à ponderação sobre a capacidade ou incapacidade financeira do Estado para, num determinado momento histórico, poder fazer face a determinadas despesas públicas, o Provedor de Justiça não deixou nunca de procurar conjugar, nas suas decisões em geral, incluindo as que se prendem com os poderes de fiscalização da constitucionalidade, critérios jurídicos – de legalidade, constitucionalidade ou justiça – com critérios marcadamente de índole política, naturalmente na perspectiva da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, e não na do confronto político entre órgãos com funções políticas.

¹¹³ Pp. 95 e segs. do Relatório.

Fê-lo, por exemplo, no âmbito da decisão de não recorrer ao Conselho da Revolução numa questão relacionada com o aumento, pelo Governo, do preço da gasolina, e relatada no mesmo Relatório de 1977:

«Não tenho, pois, qualquer dúvida de que se não está em face de criação de um imposto nem de um sistema fiscal e que, portanto, não é a fixação do preço da gasolina matéria da competência reservada da Assembleia da República, e, ainda que dúvida alguma subsistisse no meu espírito, não usaria da prerrogativa que me é conferida pelo n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, pois continuo a entender não dever usar dela em caso de dúvida, já que não concebo, mormente num período de transição como este o é, e assim o define a nossa Constituição, em que importa não só possibilitar os meios financeiros para o Estado poder indo melhorar as condições de vida das classes mais desfavorecidas e consolidar, pela recuperação económica, a nossa vivência democrática, que se criem ambientes de dúvida sobre o respeito dos princípios constitucionais e se estabeleça – como parece já ir sendo condenável tendência – uma constante acusação de inconstitucionalidade a todas as medidas que se vão tomando a nível legislativo, quase que pretendendo manietar o Estado na sua missão e obrigação governativa»¹¹⁴.

Numa outra situação, em que se considerou ser inconstitucional uma norma entretanto revogada, foi dito que:

«Nada obsta à declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de normas já revogadas. Por terem sido objecto de revogação, em

¹¹⁴ P. 147 do Relatório.

nada viram afectada a sua validade nem os efeitos produzidos durante a sua vigência.

(...)

Não deverá, contudo, ser requerida a fiscalização da constitucionalidade da norma em causa.

No momento em que nos situamos, decorridos que são quase seis anos após a revogação do imposto tido por inconstitucional, causaria graves perturbações à administração financeira do Estado proceder à reparação dos prejuízos.

De acordo com princípios de proporcionalidade e de razoabilidade que não podem deixar de servir como parâmetro à acção do Provedor de Justiça, entende-se que os benefícios retirados pelos lesados ficariam muito aquém das dificuldades que adviriam à Fazenda Pública»¹¹⁵.

Houve, naturalmente, evolução, ao longo de todos estes anos de actividade do Provedor de Justiça, na formulação deste tipo de critérios. Conforme resulta dos Relatórios do Provedor à Assembleia da República de 1976 e 1977, as queixas relativas a matéria incluída em cláusulas de convenções colectivas de trabalho eram então pura e simplesmente rejeitadas liminarmente, por se considerar que as mesmas integravam normas de natureza privada, situando-se, por isso, fora do âmbito de actuação da instituição. Todavia, mais recentemente, o Provedor de Justiça exortou as partes outorgantes de uma convenção colectiva de trabalho a alterarem duas cláusulas do acordo, tendo em vista a sua adequação à Lei Fundamental – por consubstanciarem uma violação ao princípio da liberdade sindical –, numa tentativa de obviar

¹¹⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1992*, Provedoria de Justiça, p. 122.

ao recurso ao Tribunal Constitucional¹¹⁶. As partes acederam a iniciar conversações tendo em vista expurgar do texto as referidas cláusulas.

Perante tudo o que fica descrito, fácil se torna concluir que a concepção e a aplicação de critérios na apreciação das queixas que invocam a inconstitucionalidade de normas – que reflectiram, naturalmente também, a forma como os sucessivos titulares da instituição foram encarando os poderes do órgão –, ditaram, sem margem para dúvidas, o rumo da respectiva actividade no domínio dos poderes de iniciativa a que aludem os artigos 281.º e 283.º da Lei Fundamental.

2. Fiscalização da constitucionalidade por acção

2.1. Direitos, liberdades e garantias

Os direitos, liberdades e garantias são o domínio nuclear de actuação do Provedor de Justiça¹¹⁷. Assim sendo, não surpreende que o próprio regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias, essencialmente definido nos artigos 17.º e 18.º da Constituição, tenha constituído, ao longo de três décadas, particularmente no âmbito dos respectivos poderes associados à fiscalização da constitucionalidade das normas, o parâmetro constitucional

¹¹⁶ Esta possibilidade foi sempre controvertida. No Acórdão n.º 224/2005, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 19 de Julho de 2006, o Tribunal Constitucional reiterou, por uma maioria tangencial, o entendimento de que as cláusulas das convenções colectivas de trabalho não estão sujeitas à fiscalização concreta da constitucionalidade.

¹¹⁷ V. supra p. 15.

predominantemente tratado nos requerimentos dirigidos, primeiro, ao Conselho da Revolução, e depois, ao Tribunal Constitucional.

De facto, o regime substantivo dos direitos, liberdades e garantias – consagrando a aplicabilidade directa e, no caso das restrições, o respeito pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, a sua natureza excepcional, a sua irretroactividade, e a intocabilidade do núcleo essencial de cada um dos direitos –, terá sido, ao longo dos anos considerados, a principal fundamentação das iniciativas do Provedor de Justiça junto do Conselho da Revolução e do Tribunal Constitucional.

Num requerimento dirigido ao Conselho da Revolução, em 1979, a propósito de algumas normas do Decreto-Lei n.º 35 983, de 23 de Novembro de 1946, que estabeleciam um regime de autorização prévia para a deslocação ao estrangeiro de militares de carreira no activo, e em que se considerou que, não sendo inconstitucional a existência de um regime de autorização prévia para o efeito, aquele regime em particular permitia, discricionariamente, sem limitações, e sem necessidade de fundamentação, a negação dessa autorização, violando a restrição em causa o conteúdo essencial do direito de livre deslocação previsto no então artigo 44.º da Constituição, pode ler-se o seguinte:

«De nada serviria a concessão constitucional de direitos e liberdades sem a garantia de que as leis posteriores os não pudessem suprimir, impedir o seu exercício, ou transformá-los em mero favor, ou se pudessem continuar a ser invocadas, para os limitar ou negar, leis anteriores. (...) Foi para evitar esses atropelos “legais” que a nova Constituição inseriu o artigo 18.º, que é uma

disposição base, uma disposição chave do sistema constitucional, após o 25 de Abril, de garantia de que as liberdades e direitos consagrados na Constituição não são, não podem ser, um mero enunciado teórico ou programático, esvaziado de sentido e conteúdo»¹¹⁸.

O mesmo aconteceu, durante estas três décadas de actividade do órgão, com o regime orgânico-formal que a Constituição consagra para os direitos, liberdades e garantias, exigindo, para as restrições, lei em sentido formal (artigo 18.º, n.º 2), e para a regulação, por via legislativa, dos direitos, liberdades e garantias, diploma oriundo da Assembleia da República ou por esta autorizado [(artigo 165.º, n.º 1, alínea b)].

Este regime foi objecto, por exemplo, de um requerimento enviado ao Tribunal Constitucional em 1998, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de uma norma do Decreto Regulamentar n.º 40/86, de 12 de Setembro, que prescrevia a impossibilidade de acumulação, pelos pescadores reformados, da pensão de reforma com rendimentos do trabalho:

«As restrições a direitos, liberdades e garantias devem obrigatoriamente constar de acto legislativo, isto remetendo, a priori, para a definição constante do art.º 112.º, n.º 1, e só ela (cfr. art.º 112.º, n.º 6). (...) Mais ainda: por força do art.º 165.º, n.º 1, b), o acto legislativo em causa só pode ser uma lei

¹¹⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1979*, Secretaria de Estado da Comunicação Social, pp. 59 a 65. O Conselho da Revolução não declarou inconstitucionais as normas em causa, mas aprovou nova legislação (Decreto-Lei n.º 301/82, de 30 de Julho), remodelando de modo profundo o regime de saída dos militares, com o objectivo, precisamente, de o adequar ao direito constitucional de livre circulação (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1982*, Serviço do Provedor de Justiça, p. 72).

da Assembleia da República ou decreto-lei do Governo devidamente precedido da necessária autorização legislativa. (...) Nunca um mero decreto regulamentar, acto manifestamente emanado pelo Governo no uso da sua competência administrativa (cfr. art.º 112.º, n.º 7, e 199.º, c), e não passível de possuir força de lei (art.º 112.º, n.º 6)»¹¹⁹.

Aliás, em muitos outros requerimentos dirigidos ao Conselho da Revolução e ao Tribunal Constitucional, o vício da inconstitucionalidade orgânica, neste aspecto particular, isto é, por violação da prescrição constitucional (actual artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição) que impõe a reserva legislativa da Assembleia da República para a regulação dos direitos, liberdades e garantias, aparece invocado, seja a título principal, seja a título subsidiário, face a outros vícios, designadamente de natureza material.

É o caso do pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas do Decreto-Lei n.º 86/98, de 3 de Abril, que regulava a actividade do ensino da condução, onde se pode ler que

«estando o Governo a legislar em matéria da competência exclusiva da Assembleia da República, sem a respectiva autorização legislativa, há que considerar as normas deste decreto-lei que incidam sobre essa matéria como organicamente inconstitucionais. (...) Declarada a inconstitucionalidade das

¹¹⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, pp. 613 a 618. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, pelo facto de aquelas normas terem sido entretanto revogadas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

normas em apreço, não-de ter-se por conseqüentemente inconstitucionais todas as normas que apenas devem a sua subsistência àquelas (...)»¹²⁰.

É também o caso de um outro requerimento que teve por objecto normas do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, que regulava, por sua vez, o exercício da actividade de segurança privada, no qual se afirma que «a reserva de competência legislativa do Parlamento em matéria de direitos, liberdades e garantias abrange (...) não apenas as restrições, mas toda a intervenção legislativa no âmbito daquela matéria»¹²¹.

Ainda a este propósito, transcreve-se a fundamentação de um dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de 1986, relativo a normas do Decreto-Lei n.º 465/85, de 5 de Novembro, reguladoras do regime de utilização dos alarmes sonoros:

«Há que usar do maior cuidado quando se legisla em matérias tão delicadas como esta para evitar que, à sombra das leis, se perpetrem (ou se possibilitem perpetrar) atentados contra a liberdade pessoal dos cidadãos, designadamente quando tais leis se arvoram como prosseguidoras de interesses públicos nem sempre – como será o caso – devidamente fundamentadas. (...) Sendo embora evidente que a aplicabilidade directa dos direitos, liberdades

¹²⁰ A que se refere o *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, pp. 619 a 622. O Tribunal Constitucional não viria a tomar conhecimento de parte do pedido, por inutilidade superveniente, mas declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da parte restante do mesmo pedido (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, Provedoria de Justiça, p. 1049).

¹²¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 145 a 156. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1060).

e garantias não envolve a proibição da regulamentação legal do exercício desses direitos ou do modo de actuação daquelas liberdades e garantias, importa, porém, que tal regulamentação não signifique (ou não venha a significar), quer por deficiência de que padeça, quer por mediocridade de que sofra, quer por objectivo a que se proponha, uma qualquer forma de restrição dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. (...) Assim, se ao legislador ordinário ficam atribuídas margens de actuação que lhe permitem fazer variar, conforme interesses públicos em jogo, o espaço de liberdade dos indivíduos, é mister que não atinja com aquela actuação o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias (o que seria muito grave), nem destrua a autonomia individual do cidadão (o que seria francamente intolerável)»¹²².

Dentro do domínio dos direitos, liberdades e garantias, naturalmente que se verifica grande expressividade da actividade do Provedor de Justiça na defesa do princípio da igualdade e do concomitante princípio da não discriminação.

Há, a este propósito, iniciativas muito interessantes desde 1976: é o caso de um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma de uma lei de 1959 que impedia que os cidadãos portugueses naturalizados, ou tendo adquirido a nacionalidade por casamento há menos de dez anos, exercessem a sua actividade como funcionários públicos, e se inscrevessem na Caixa Geral de Aposentações¹²³; é também o caso de um pedido referente a uma

¹²² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, pp. 58 a 67. Através do Acórdão n.º 221/89, o Tribunal Constitucional declararia a inconstitucionalidade das normas.

¹²³ Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959. O Conselho da Revolução viria a declarar a inconstitucio-

norma da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968 (Lei do Serviço Militar), que estabelecia uma preferência, em matéria de concursos, a favor dos que tivessem cumprido serviço efectivo nas Forças Armadas, criando uma desigualdade de tratamento face aos que não prestaram efectivamente serviço militar por razões de saúde ou outras independentes da sua vontade, face às mulheres, para quem a prestação de serviço militar era voluntária, e face aos que prestaram serviço cívico em vez do serviço militar¹²⁴. Foi também pedida a inconstitucionalidade de normas relativas ao Estatuto dos Sargentos e Praças da Armada, que restringiam, aos candidatos solteiros, o acesso ao serviço militar na Armada, violando, neste caso, também o princípio da livre constituição de família, constante do artigo 36.º, n.º 1, do texto constitucional¹²⁵, e a inconstitucionalidade de normas do Decreto-Lei n.º 384/84, de 5 de Dezembro, que «concedem aos ex-conselheiros da Revolução o injustificado privilégio da contagem de tempo de serviço não prestado, de forma a poderem passar à reserva com a respectiva pensão por inteiro, isto é, referenciada a 36 anos de serviço»¹²⁶.

nalidade, com força obrigatória geral, da referida norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1979*, p. 65).

¹²⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, pp. 74 e 75. O Conselho da Revolução viria a declarar a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, Serviço do Provedor de Justiça, p. 36).

¹²⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 41 a 43. O Tribunal Constitucional viria a declarar a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, p. 77).

¹²⁶ V. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, p. 49. O Tribunal Constitucional não declararia, no entanto, inconstitucionais estas normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1988*, *Diário da Assembleia da República*, II Série-C, número 9, de 11 de Dezembro de 1992, p. 16).

Mais recentemente, relevem-se as iniciativas reportadas às normas do Decreto-Lei n.º 296/84, de 31 de Agosto, que disciplinava de forma unitária o Quadro Especial de Oficiais e reformulava as respectivas carreiras, particularmente quanto às promoções –, onde se afirma que

«discriminar é, em sentido jurídico-constitucional, conferir tratamento diferente ao que é igual sem que, para tanto, haja fundamento seguro na constelação dos princípios constitucionais. (...) Discriminar é, também no mesmo sentido, ultrapassar naquilo que é apenas semelhante a proporção da diversidade. (...) Parte-se, naturalmente, do pressuposto de que o intérprete não pode ficar preso à tipologia de critérios discriminatórios que o art.º 13.º, n.º 2, da Constituição contém. (...) Os sobreditos critérios estão enunciados a título exemplificativo»¹²⁷

–, e do Decreto Regulamentar Regional n.º 2/96/M, de 24 de Fevereiro, relativas à orgânica da Inspeção Regional das Actividades Económicas da Madeira, de acordo com a qual

«plasmado no art.º 13.º da Lei Fundamental, como princípio estruturante do sistema constitucional, o princípio da igualdade traduz, na sua dimensão de proibição do arbítrio que aqui se invoca, a obrigação de conceder igual tratamento a situações de facto iguais e tratamento diverso de situações não idênticas. (...) Tão-pouco tal princípio retira ao legislador a livre conformação legislativa para, no quadro constitucional, qualificar situações de facto que “hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desi-

¹²⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 105 a 110. O Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 335/94, não declararia inconstitucionais as normas.

gualmente” [citam-se Gomes Canotilho e Vital Moreira], o que a proibição do arbítrio não permite é que a medida legislativa não seja sustentada por um adequado suporte material»¹²⁸.

Atente-se, também, na fundamentação acolhida no requerimento que teve por objecto normas do Decreto-Lei n.º 103-A/90, de 22 de Março, que reformulou o regime de benefícios fiscais em matéria de aquisição de veículos automóveis. O preceito em causa foi considerado, pelo Provedor, inconstitucional na parte em que definia como deficiente motor para efeitos do mesmo diploma apenas «os cidadãos que [fossem] portadores de deficiência motora ao nível dos membros superiores ou inferiores (...), excluindo os demais que, obedecendo aos demais requisitos, [padecessem] dos mesmos efeitos (...)»:

«Historicamente, uma das bases do constitucionalismo é a repulsa aos privilégios de índole fiscal, que isentem desse dever de cidadania, na busca de uma igualdade formal de todos perante a lei, neste caso a tributária. (...) O constitucionalismo novecentista, não rejeitando a herança liberal, completa-a ao procurar soluções que consagrem a igualdade real, admitindo, no que aqui interessa, a exceptuação de situações diversas da incidência de tributos, tão logo tal se mostre necessário, adequado e proporcionado à eliminação de desigualdades de base. (...) A própria Constituição, no seu art.º 71.º, n.º 2, prevê um apoio específico à situação de pessoas portadoras de deficiência, que passa também pela via da isenção fiscal, que constitui de igual modo

¹²⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 518 a 523. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade daquelas normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 671).

uma forma de apoio financeiro. (...) É manifesto que a concretização desses apoios está sujeita à reserva do possível, cabendo no quadro programático constitucionalmente fixado das tarefas que o Estado deve prosseguir. (...) No entanto, uma vez que se queiram conceder esses apoios, precisamente por se entender como verificados os condicionalismos de ordem económica e social que o permitam, está o Estado vinculado a conformá-los de modo a não violar o princípio da igualdade, ou seja, a não estabelecer requisitos inclusivos ou exclusivos que não possuam relevo material bastante para que se possa considerar como constitucionalmente aceite uma diferenciação entre sujeitos. (...) Pode o Estado considerar como prioritário o apoio a certas categorias de deficiências face a outras, mas não é livre de categorizar os deficientes em função de elementos classificatórios constitucionalmente inábeis»¹²⁹.

O Provedor de Justiça foi reagindo, igualmente, ao nível dos seus poderes associados à fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, designadamente contra legislação que aludia a «filhos legítimos ou perfilhados», por ofensa ao artigo 36.º, n.º 4, da Constituição¹³⁰; contra a que instituiu um regime especial para ciganos¹³¹; contra a que estabelecia critérios de

¹²⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 534 a 537. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas, porque a Administração tinha entretanto assumido posição conforme à Constituição e ao propugnado pelo Provedor de Justiça (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 2003*, pp. 1240 e 1241).

¹³⁰ Como a Portaria n.º 513/79, de 22 de Setembro, que dava nova redacção a norma do Regulamento (referente ao regime de abono de família de militares) aprovado pela Portaria n.º 681/70, de 31 de Dezembro (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, p. 74). O Conselho da Revolução não viria a pronunciar-se, já que a Portaria fora entretanto revogada (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, p. 36).

¹³¹ Artigos 182.º a 185.º do Decreto n.º 6950, de 26 de Setembro de 1920, que aprovava o Regulamen-

provimento em funções públicas baseados no sexo e na idade¹³²; contra a que previa que algumas funções (de directora, subdirectora e vigilante, num determinado Instituto) só pudessem ser exercidas por solteiras ou viúvas sem filhos, por violação também do artigo 36.º da Lei Fundamental¹³³; ou ainda contra um Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 1987, relativo à interpretação de normas do Código Civil, que promovia a discriminação das uniões de facto¹³⁴.

to para o Serviço Rural da Guarda Nacional Republicana. O Conselho da Revolução decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das referidas normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, p. 75).

¹³² Normas do Decreto Regulamentar Regional da Região Autónoma dos Açores n.º 18/80/A, de 17 de Abril (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, p. 83). O Conselho da Revolução daria provimento parcial ao pedido (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, p. 37). Também as normas do Decreto-Lei n.º 57/80, de 26 de Março, e do Decreto Regulamentar Regional da Região Autónoma dos Açores n.º 21/80/A, de 14 de Maio (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, p. 84). O Conselho da Revolução daria igualmente provimento parcial ao pedido (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, p. 37). Ainda as normas do Despacho Normativo n.º 345/80 do Ministério da Educação Nacional (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, p. 85). E a do Decreto-Lei n.º 525/77, de 29 de Dezembro, que permitia a discriminação, em função da idade, na admissão a concurso para lugares do quadro civil das Forças Armadas. O Conselho da Revolução decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade desta norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, p. 30).

¹³³ Normas do Decreto n.º 32 615, de 31 de Dezembro de 1942 (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1980*, pp. 83 e 84). O Conselho da Revolução decidiu declarar a inconstitucionalidade das normas, com excepção de uma, que tinha entretanto sido revogada (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, p. 37).

¹³⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1990*, pp. 22 e 23, onde se pode ler que «tal disposição [a do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição], que consagra o princípio da não discriminação dos filhos em função de os seus progenitores serem ou não casados, insere-se no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias, pelo que, por força do artigo 18.º também da lei fundamental, é directamente aplicável, vinculando entidades públicas e privadas, inclusivamente os tribunais». O Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 359/91, veio declarar a inconstitucionalidade deste Assento.

É curiosa a fundamentação de um pedido, dirigido ao Tribunal Constitucional em Abril de 1993, a propósito de uma norma, já revogada à data do pedido, que impunha aos indivíduos do sexo masculino um tratamento mais desfavorável do que aos do sexo feminino, em matéria respeitante ao direito à pensão de sobrevivência por morte do respectivo cônjuge:

«É sobejamente reconhecido ter a mulher, hoje, quer no plano social, quer no mercado de trabalho, um posicionamento diferente do existente na época [1971] em que foi regulamentado o regime das pensões de sobrevivência da segurança social. (...) Se é certo que no passado a desigualdade de facto entre mulheres e homens permitia compreender um tratamento normativo de privilégio, nada justificaria à luz da actual Constituição, mesmo na versão originária, uma discriminação dos cônjuges sobreviventes masculinos, ainda que menos afortunados do que as suas consortes. (...) A contribuição do legislador para a correcção de desigualdades sociais não pode passar pela redução do estatuto dos homens em tudo quanto não signifique um privilégio sem fundamento objectivo. Passará, sim, pelo enriquecimento do estatuto das mulheres. (...) Apenas a carência económica, surgida ou agravada pela morte do outro cônjuge permite garantir suporte objectivo e adequado à atribuição de pensão de sobrevivência – não à diferença de sexo»¹³⁵.

A matéria relativa ao estatuto jurídico dos estrangeiros foi, também ela, ao longo destes trinta anos, objecto de várias iniciativas do Provedor de Justiça junto do Conselho da Revolução e do Tribunal Constitucional.

¹³⁵ Através do Acórdão n.º 231/94, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da norma, com limitação de efeitos aos casos pendentes sobre os quais não tivesse ainda incidido acto administrativo com efeitos consolidados na ordem jurídica, ou decisões judiciais transitadas em julgado.

Assim, foi requerida a inconstitucionalidade da norma do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que afastava da docência (educadores de infância e docentes dos ensinos básico e secundário) todos os nacionais de países terceiros aos quais nenhum acto de direito internacional, comunitário ou legislativo interno conferisse expressamente a possibilidade de acesso à função pública portuguesa. Pode ler-se no respectivo requerimento o seguinte:

«O n.º 1 do art.º 15.º da Lei Fundamental consagra o princípio da equiparação de direitos dos estrangeiros e dos apátridas que se encontrem ou residam em Portugal relativamente aos cidadãos portugueses, reflexo dos princípios da universalidade e igualdade constitucionalmente consagrados (arts. 12.º e 13.º) e enformadores de todo o regime dos direitos fundamentais. (...) Entre [as] excepções ao princípio da equiparação, releva aqui em primeiro lugar aquela que veda aos estrangeiros o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico. (...) A Constituição visa “excluir o exercício por estrangeiros de funções públicas que incluam o exercício de poderes públicos, quer no âmbito interno da Administração (função de direcção e chefia) quer no respeitante a terceiros (actos de autoridade)” [citam-se Gomes Canotilho e Vital Moreira]. (...) Conclui-se, assim, pela configuração do exercício de funções docentes de infância e de professor dos ensinos básico e secundário como uma função predominantemente técnica, pelo que o seu acesso não se encontra vedado a estrangeiros e apátridas (...). Mas se não está vedado, também não está de todo garantido, já que para além dessa contra-excepção expressamente enunciada, que se integra na regra geral, a Constituição, no mesmo art.º 15.º, n.º 2, *in fine*, admite todavia a intervenção do legislador, reservando outros direitos exclusivamente a favor dos cidadãos nacionais. (...) É incontornável que essas restrições não podem escapar ao quadro geral das restrições aos direitos fundamentais

(...). No caso em apreço, a posição jurídica que está em causa é o direito de acesso à função pública, consagrado pela Constituição no seu art.º 47.º, n.º 2 [que] beneficia do regime específico dos direitos, liberdades e garantias (...). A previsão normativa de uma desigualdade, sem que a mesma se mostre materialmente fundada, importa violação do princípio da igualdade, princípio básico da ordem constitucional vigente, estruturante de todo o quadro de direitos fundamentais e da própria actuação estadual. (...) Para além da verificação destes pressupostos materiais, sempre as restrições de direitos, liberdades e garantias se deverão corporizar através de uma lei, conforme preceitua o art.º 18.º, e mesmo de um acto legislativo da própria Assembleia da República ou por ela autorizado, por imposição da reserva de competência estabelecida no art. 165.º, n.º 1, b), da Constituição»^{136 137}.

Foi igualmente peticionada a inconstitucionalidade de normas do Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de Janeiro, e do Decreto-Lei n.º 319/84, de 1 de Outubro, que reservavam a nacionais portuguesas a qualificação como deficiente das Forças Armadas ou equiparado, reafirmando-se que

¹³⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, pp. 628 a 635. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1060).

¹³⁷ Já em 1979, o Provedor de Justiça tinha pedido a declaração de inconstitucionalidade de norma do Decreto-Lei n.º 97/77, de 17 de Março, que previa que o exercício de funções públicas com carácter predominantemente técnico, por estrangeiros, estivesse dependente de autorização, por violação do artigo 15.º da Constituição, do qual decorre que o exercício de funções públicas com carácter predominantemente técnico não tem de depender de qualquer autorização, por, nesse aspecto, os estrangeiros gozarem dos mesmos direitos que os portugueses. O Conselho da Revolução decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da referida norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1979*, p. 66).

«uma diferenciação de tratamento entre os nacionais portugueses e os não-nacionais como a presente configura uma diferenciação discriminatória por restringir com base na cidadania (...) o acesso à reparação de danos sofridos ao serviço do Estado português. (...) Para além de violar as normas dos art.ºs 13.º e 15.º da Constituição (...), é imoral que o Estado, reconhecendo uma obrigação de reparação, pretenda distinguir entre os que, por uma razão ou por outra, perderam posteriormente a nacionalidade portuguesa, elemento que (...) não apresenta conexão constitucionalmente relevante com o que se pretende reparar com a atribuição da posição jurídica em causa. (...) Deve-se ainda notar que, na larga maioria se não totalidade dos casos, a perda de nacionalidade portuguesa ocorreu *ope legis* e não *ope voluntatis*»^{138 139}.

Também ao nível das normas do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, que prescreviam a extinção da situação de aposentado em caso de perda da nacionalidade portuguesa, quando esta fosse requisito para o exercício do cargo pelo qual tinha sido concedida a aposentação, se referia que

«se um funcionário público, provido num lugar para que se exija a nacionalidade portuguesa, tem necessariamente que a possuir no momento da aposentação, nada permite exigir, não se podendo considerar verificados os re-

¹³⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, p. 199 a 204. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas, com restrição de efeitos à data da publicação oficial do Acórdão (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 671).

¹³⁹ É de notar que na origem deste pedido esteve uma petição dirigida ao Presidente da República, o qual, embora também com a mesma competência de iniciativa, preferiu remeter a decisão sobre o seu exercício para o Provedor de Justiça.

quisitos da necessidade, proporcionalidade e adequação, que o mesmo funcionário mantenha a titularidade da mesma cidadania durante a sua situação de aposentado, cessada que está a razão de ser da limitação constitucional [prevista no artigo 15.º, n.º 2]»¹⁴⁰.

Importantes foram as iniciativas, junto do Tribunal Constitucional, relativas às normas do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, do Código Penal, e do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que possibilitavam a expulsão de cidadãos estrangeiros com filhos menores portugueses a cargo, por violação dos artigos 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição¹⁴¹, e à norma da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, na parte em que permitia a extradição em casos em que fosse aplicável a pena de morte ou outra de que resultasse lesão irreversível da integridade da pessoa segundo o direito do Estado requisitante, mesmo que este, por acto irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena, a tivesse previamente comutado, por violação dos artigos 33.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, do texto constitucional¹⁴².

Nos requerimentos mencionados, pode ler-se respectivamente o seguinte:

¹⁴⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 250 a 254. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1059).

¹⁴¹ Já referido supra, pp. 57.

¹⁴² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 232 a 237. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 670).

«Aplicar uma pena de expulsão a quem tenha consigo a coabitar filhos menores de nacionalidade portuguesa implica, na provável maioria das situações, a saída forçada de território nacional desses cidadãos portugueses. (...) Assumindo que (...), no caso concreto, seria proporcional e adequada a aplicação da pena acessória de expulsão, não sendo ela aplicável no caso de cidadãos portugueses também o não pode ser quando reflexa mas directamente ela conduza à saída forçada dos filhos menores de nacionalidade portuguesa ou à sua separação do progenitor».

«A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seguimento da tradição humanista secular no combate à pena de morte e no espírito de respeito e garantia de direitos humanos, designadamente tal como consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, com total acolhimento no seu art.º 16.º, n.º 2, proibiu, desde a sua versão originária, a extradição quando estivesse em causa, segundo o direito do estado requisitante, a pena de morte (cfr. art.º 23.º, n.º 3, da versão de 1976, apenas alterado na sua numeração nas versões subsequentes até 1997, tendo sido incluído no catálogo dos direitos, liberdades e garantias na revisão de 1982). (...) Antes de 1997 já era entendimento corrente que o teor do art.º 30.º, n.º 1, da Constituição vedava também a extradição que colocasse o extraditando em risco de sofrer a pena de prisão perpétua, admitindo-se, nos termos da Lei, a extradição apenas quando houvesse garantias de que não seria juridicamente possível a sua aplicação (...). Na versão actual da Constituição de 1976 o regime aplicável nesta matéria está bem explicitado, em números separados do art.º 33.º, aplicando-se o seu n.º 4 às situações de pena de morte ou de que resulte lesão irreversível da integridade física, determinando-se em definitivo a proibição

da extradição, e o n.º 5 às situações de prisão perpétua, proibindo-a também mas admitindo uma exceção em determinado condicionalismo».

Por seu turno, a matéria do acesso ao direito e aos tribunais e toda a evolução legislativa que a envolveu ao longo destas três últimas décadas, foi insistentemente acompanhada pelo Provedor de Justiça.

Logo em 1978, o Provedor requereu, ao Conselho da Revolução, a inconstitucionalidade de uma norma do então Código de Processo das Contribuições e Impostos, que condicionava, em termos absolutos, o seguimento do recurso no processo de transgressão à prévia prestação de caução pelo recorrente, em violação do artigo 20.º, n.º 1, da Lei Fundamental¹⁴³. Três anos depois, seriam postas em causa as normas do Código das Custas Judiciais, que condicionavam a interposição de recurso judicial ao prévio pagamento dos impostos, custas e multas em dívida pelo recorrente, quando aplicadas à assistência judiciária, que só compreendia a dispensa de pagamento de custas, por violação do mesmo dispositivo constitucional¹⁴⁴.

Em 1984, foi a vez da norma do Decreto Regulamentar n.º 87/82, de 19 de Novembro, que desenvolvia os princípios gerais do regime jurídico da condução sob influência do álcool, fazendo depender garantias essenciais à defesa dos arguidos de recursos económicos e, além disso, imediatamente

¹⁴³ O Conselho da Revolução decidiria declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da referida norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, Secretaria de Estado da Comunicação Social, pp. 52 a 54).

¹⁴⁴ O Conselho da Revolução, embora com fundamentação diversa da do Provedor, decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das referidas normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, pp. 22 e 23).

disponíveis – já que previa o pagamento prévio de uma certa quantia para contraprova de suspeita de condução sob influência do álcool, contrariando os artigos 20.º, n.º 2, e 32.º, n.º 1, da Constituição. No requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional afirma-se que o princípio constitucional

«que efectivamente se revela atingido é o princípio da necessidade de garantias de defesa a favor de todo aquele contra quem seja movido um processo sancionatório, tenha ele natureza criminal, disciplinar, administrativa ou análoga, princípio esse a que se chega por indução feita a partir dos artigos 20.º, n.º 2, 28.º, n.º 1, e 269.º, n.º 3. (...) O princípio de direito de defesa do arguido é, no caso vertente, violado por uma norma, não de direito penal ou disciplinar, mas de direito de ordenação social, ramo de direito que no artigo 282.º, n.º 3, da Constituição, tem um afloramento em posição de igualdade com qualquer daqueles»¹⁴⁵.

Num pedido relativo à norma da Lei n.º 38/87, de 23 de Dezembro (Lei Orgânica dos Tribunais) reguladora da admissibilidade dos recursos por efeito das alçadas, é dito que

«o direito de acesso aos tribunais ínsito no artigo 20.º, n.º 2, da Constituição inclui o direito de recurso no seu aspecto mais amplo de garantia judiciária. (...) E tratando-se o direito e garantia judiciária previsto no artigo 20.º, n.º 2, da lei fundamental de um direito de natureza análoga à “dos direitos, liberdades e garantias”, consignados no título II da Constituição, é-lhe aplicável

¹⁴⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, pp. 44 a 46. O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 220/89, declarou a norma inconstitucional.

o disposto no artigo 18.º, n.º 3, ex vi do disposto no artigo 17.º, ambos os preceitos da Constituição»¹⁴⁶.

A interpretação, feita pelo Provedor, do direito em causa ficou bem patente na fundamentação de um pedido, formulado em 1988, reportado a determinadas normas do Decreto-Lei n.º 387-D/87, de 29 de Dezembro, que alterou o Código das Custas Judiciais:

«Se o regime das custas judiciais for de tal modo gravoso que impeça de forma genérica os mais débeis economicamente de recorrer aos tribunais, fatalmente que estaremos perante a violação do artigo 20.º, n.º 2, da Constituição. (...) E não se diga que os economicamente mais débeis têm, pelo seu lado, a lei da assistência judiciária. (...) É que nenhum cidadão tem a garantia de obter o benefício da assistência judiciária fora dos casos da presunção legal de insuficiência económica. (...) O que tanto basta para que todo e qualquer cidadão entre em pânico quando vê um seu direito ameaçado e sofre, desde logo, uma restrição ao exercício do seu direito, por não poder contar antecipadamente com o aludido benefício de isenção de preparos e custas. (...) É também sabido quanto divergem, de tribunal para tribunal, os critérios que levam à concessão, ou à denegação, da assistência judiciária. (...) Com a agravante da pesada tributação em custas quando o benefício é negado, ou quando o seu impetrante decai na acção – o que pode significar para o litigante a sua ruína económica. (...) Todo o diploma está eivado de uma preocupação de elevação das receitas judiciais. (...) Visou-se que as receitas se aproximassem dos custos com a justiça e daí a queda para o tenden-

¹⁴⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1988*, p. 10. O Tribunal Constitucional não viria a conhecer do pedido pelo facto de a norma ter sido entretanto revogada.

cial autofinanciamento da justiça. (...) A verdade, porém, é que num Estado que se proclama de direito e justiça é, fundamentalmente, um serviço público que não pode ser financiado como um qualquer produto acabado posto à venda no mercado da oferta e da procura. (...) Há outros valores como o da segurança, o da tranquilidade e o da paz entre os cidadãos, de que o Estado é primordialmente garante. (...) E para tanto, o acesso a tais valores só se consegue com um sistema judicial acessível para todos e menos gravoso para os mais necessitados. (...) O aumento com encargos judiciais visou, indirectamente, por outro lado, resolver os problemas da justiça em Portugal, que são muitos e bem diversificados. (...) Por outras palavras: com a dificuldade de acesso aos tribunais tenta-se resolver a morosidade da resolução dos pleitos, e a falta de meios humanos e técnicos de que enfermam os tribunais, bem como o afluxo de recursos aos tribunais superiores»¹⁴⁷.

Posteriormente, em 1992, o Provedor de Justiça viria a suscitar, junto do Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que fixara jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais relativamente a norma do Código de Processo Penal respeitante a procuração forense com poderes especiais, que o Supremo entendeu deverem ser especificados (indicando-se, por exemplo, se a pessoa pretendia ou não que fosse instaurado procedimento criminal pelo delito concretamente denunciado, com indicação da pessoa ou pessoas contra as quais se visava proceder criminalmente):

¹⁴⁷ Relatório citado, pp. 11 e 12. O Tribunal Constitucional não declarou as normas inconstitucionais (Acórdão n.º 467/91).

«O direito ao patrocínio judiciário não pode, seguramente, deixar de envolver a faculdade de o ofendido confiar a advogado o exercício do direito de queixa. (...) A assistência por mandatário judicial para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos há-de entender-se extensiva a todos os actos processuais ou necessários ao processo. (...) Está o advogado habilitado a fazê-lo melhor que ninguém, quer pelo seu distanciamento pessoal relativamente aos factos e interesses em questão, quer pelos conhecimentos técnicos e científicos que possui. (...) O patrocínio judiciário assenta e depende de uma relação de confiança entre patrono e patrocinado. (...) A formulação de exigências acrescidas para a procuração forense (...) deixa marcas indeléveis em tal relação e cerceia o âmbito técnico e profissional do patrocínio exercido por advogado. (...) O direito de acesso aos meios jurisdicionais funciona como uma garantia de todos os outros direitos fundamentais, pelo menos na sua faceta negativa. Razão pela qual o seu conteúdo e o seu exercício têm uma fronteira indefinida entre si»¹⁴⁸.

Ainda no domínio dos direitos, liberdades e garantias, a matéria da medida das penas e das garantias em processo sancionatório foi amplamente abordada pelo Provedor de Justiça no exercício dos seus poderes designadamente constantes do artigo 281.º do texto da Constituição.

Assim, em 1978 colocaram-se em causa normas do Código de Processo Penal, que impediam que, em determinados casos, os réus presos fossem presentes a julgamento em comarca diversa, não impondo a requisição, mesmo

¹⁴⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1992*, pp. 76 a 92. O Tribunal Constitucional não conheceu do pedido por caducidade da jurisprudência fixada pelo Acórdão (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, p. 845).

em processo de querela, deixando-a portanto ao arbítrio do julgador. Condiçonavam, ainda, as mesmas normas, nos casos aí previstos, a deslocação do preso ao pagamento de certa quantia por este. Nessa medida, impugnou o Provedor de Justiça tais preceitos legais, no que obteve sucesso junto do Conselho da Revolução¹⁴⁹.

Em 1981 foi por sua vez questionada a norma do Código de Processo Penal que permitia a leitura, em audiência de julgamento, de depoimento de testemunhas ouvidas na instrução preparatória, que não comparecessem naquela audiência, não tendo o arguido a possibilidade de as interrogar ou fazer interrogar, considerando-se violado o princípio do contraditório¹⁵⁰.

Destaca-se, ainda, o requerimento, relativo à norma do Decreto-Lei n.º 57/76, de 22 de Janeiro, que exigia, ao proprietário de veículo removido por estacionamento abusivo, o pagamento das despesas de remoção como condição do desbloqueamento e levantamento do veículo. Aí se escreveu que

«a lei (...) condiciona o levantamento do veículo ao pagamento das taxas de remoção e depósito, sob pena de o veículo ser considerado abandonado. (...) Com o sistema do regime jurídico vigente, o infractor não pode contraditar os pressupostos do bloqueamento ou da remoção, não lhe estando assegurada a garantia de defesa e não lhe sendo garantido o direito do contraditório, como princípio fundamental do (...) processo penal»¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, pp. 51 e 52.

¹⁵⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, pp. 23 a 25.

¹⁵¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1988*, pp. 13 e 14. O Tribunal Constitucional não declarou a norma inconstitucional (Acórdão n.º 277/89).

A presunção de inocência estabelecida no artigo 32.º da Constituição, que deverá considerar-se aplicável ao processo disciplinar, permitiu questionar a norma do Regulamento Disciplinar dos Funcionários Cíveis, aprovado pelo Decreto de 22 de Fevereiro de 1913, que possibilitava que em momento anterior ao da eventual condenação em processo disciplinar, o arguido pudesse ser desligado do serviço e ser-lhe retirada parte ou a totalidade do vencimento:

«Tal presunção não deve cingir-se ao processo penal, antes merecendo acolhimento nos demais processos sancionatórios. (...) A presunção de inocência há-de reconhecer-se como fundamental para o arguido em processo disciplinar. Situa-la à margem do art.º 269.º, n.º 3 (CRP) significaria retirar às garantias de defesa ali previstas parte substancial do seu conteúdo útil. (...) A defesa do arguido em processo disciplinar não comporta apenas as manifestações activas de contraditar a argumentação expendida por quem exerce o poder de disciplina. (...) Na sua real extensão, compreende também uma faceta passiva ou negativa que assiste ao arguido de ser tido como não culpado até ao momento da decisão. (...) Em processo disciplinar a posição do arguido exige, pois, o benefício de ser presumido inocente até ao termo daquele»¹⁵².

A propósito do regime jurídico da prestação de depoimento ou de declarações de funcionários ou agentes dos serviços de segurança perante autoridades judiciais sobre factos de que tivessem tomado conhecimento no

¹⁵² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 71 a 74. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido (Acórdão n.º 804/93), por inutilidade superveniente da lide.

exercício das suas funções, constante de requerimento que teve por objecto a norma do Decreto-Lei n.º 223/85, de 4 de Julho (que regulamentava a organização, funcionamento, quadros de pessoal e estatutos dos organismos do Sistema de Informações da República Portuguesa), disse-se que:

«O art. 32.º, n.º 1, da Constituição estabelece que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa. (...) Entre os direitos em que se concretiza esta garantia encontram-se os direitos do arguido de prestar declarações e de apresentar testemunhas, previstos, respectivamente, nos arts. 343.º, n.º 1, e 315.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. (...) De facto, a importância das declarações do arguido e das testemunhas, no conjunto dos meios de prova, é manifesta (...), constituindo, regra geral, a trave-mestra da estratégia de defesa do arguido, ao ser o principal meio de que este dispõe para influir na formação da convicção do julgador quanto aos factos que lhe são imputados. (...) A aplicação da norma prevista no art. 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 223/85 pode ter como consequência que, num qualquer processo criminal, a defesa do arguido não possa ser levada a cabo de forma completa, caso ele próprio ou alguma das testemunhas sejam funcionários ou agentes dos serviços de segurança. (...) Efectivamente, se as declarações do arguido ou das testemunhas forem essenciais para infirmar a prova dos factos imputados ao arguido, este ver-se-á impedido de exercer o seu direito de defesa, consubstanciado – no que agora interessa – na possibilidade de prestar declarações e apresentar testemunhas»¹⁵³.

¹⁵³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, pp. 349 a 356. O Tribunal Constitucional não conheceu do pedido (Acórdão 672/99), por falta de interesse jurídico relevante (a norma já estava revogada, à data da decisão, e não se indicavam razões que justificassem uma eventual declaração de inconstitucionalidade das mesmas).

No caso dos limites das penas, refira-se, a título ilustrativo, o pedido relativo a norma do Estatuto dos Militares da GNR, que condicionava a promoção a certo posto ao requisito da não sujeição a determinada acumulação de penas:

«Esta consequência automática de uma decisão ou conjunto de decisões que não procederam à valoração expressa da sua adequação e proporcionalidade colide frontalmente com a disposição do art.º 30.º, n.º 4 da Constituição, segundo o qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais e políticos”. (...) Como muito bem tem decidido o Tribunal Constitucional em vários acórdãos, os efeitos das penas traduzem-se materialmente numa verdadeira pena, que não pode deixar de estar sujeita, na sua aplicação, às regras próprias do Estado de Direito democrático, designadamente reserva judicial, princípio da culpa, proporcionalidade da pena, etc. (...) Realce-se que a doutrina do art.º 30.º, n.º 4 não se deve restringir de modo algum à matéria criminal, justificando-se a sua aplicação aos demais domínios sancionatórios, e portanto também em sede de ilícito disciplinar»¹⁵⁴.

Mencione-se, igualmente, o requerimento que teve por objecto normas do Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto, e da Portaria n.º 788/98, de 21 de Setembro, relativas às condições de acesso e de exercício da profissão de motorista de veículos ligeiros de passageiros de transporte público de aluguer:

¹⁵⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 156 a 160. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, p. 1048).

«O que a norma em análise faz [ao dizer que se considera não idóneo quem tenha sofrido condenação em pena de prisão efectiva igual ou superior a três anos, por um período de três anos após o termo da sua pena] é precisamente estipular em sentido contrário à Constituição, estabelecendo automaticamente uma consequência acessória à pena resultante da condenação por decisão judicial, atingindo desta feita o gozo de um direito fundamental, qual seja a liberdade de profissão. (...) Será porventura razoável que a administração, habilitada pela lei, pondere no caso concreto a idoneidade moral e cívica de cada candidato que pretende exercer funções no âmbito da actividade de motorista de táxi, mas não é de todo admissível a previsão mecânica que a lei faz do normativo em foco, desencadeando os efeitos precisamente contrários aos que a Constituição pretende salvaguardar com o teor do n.º 4 do seu art.º 30.º»¹⁵⁵.

Num outro pedido, em que mais directamente estava em causa a violação da norma constitucional que consagra a liberdade de escolha da profissão, tendo por objecto um conjunto de normas do Código do Imposto de Transacções e do Código da Contribuição Industrial consagradoras de medidas de suspensão e cancelamento da inscrição como técnico de contas, é dito parecer

«legítimo aplicar, supletivamente, quer ao processo disciplinar, quer a outros processos de tipo punitivo (...), as regras estabelecidas na Constituição

¹⁵⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 514 a 518. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de uma das normas do Decreto-Lei, não tomando conhecimento do restante pedido, pelo facto de terem sido revogadas as normas em causa (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, p. 1048).

para o procedimento criminal, enquanto processos de natureza sancionatória. É que é nas normas jurídicas relativas às penas e ao processo criminal (incluídas aquelas a que foi conferida dignidade constitucional) que se encontram expressamente consagrados os princípios adequados, num Estado de direito, a quaisquer procedimentos sancionatórios ou punitivos – designadamente no que concerne às garantias de defesa e à protecção, em geral, dos arguidos»¹⁵⁶.

É importante sublinhar que as liberdades de expressão, de informação e de imprensa foram, ao longo destes anos, objecto de iniciativas do Provedor de Justiça no âmbito dos seus poderes de fiscalização da constitucionalidade.

Em 1981, o Provedor de Justiça viria a contestar o regime dos Centros Regionais da então ANOP, E.P., por violação da liberdade de informação e expressão, da liberdade de imprensa, e do princípio da independência dos meios de comunicação social estatizados face ao Governo. O Conselho da Revolução decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas daquele regime¹⁵⁷.

Num requerimento elaborado, em 1983, a propósito de uma norma da Postura da Câmara Municipal de Vila do Conde, que regulava a afixação de propaganda política no concelho, por violação do preceito da Constituição consagrador da liberdade de expressão, é dito o seguinte:

¹⁵⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, pp. 34 a 41. O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, p. 76).

¹⁵⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1981*, pp. 30 e 31.

«Ao limitar a certos locais a afixação de propaganda de carácter político-partidário a postura restringe, de forma incompreensível, a liberdade garantida pelo artigo 37.º da Constituição. (...) Ao submeter ao regime de autorização administrativa prévia a afixação de propaganda de carácter político-partidário fora dos locais especialmente destinados para tal, a postura reconheceu às autoridades municipais competência para limitar a liberdade de expressão do pensamento através de actos administrativos»¹⁵⁸.

Ainda a propósito desta matéria, também será de recordar o pedido de declaração de inconstitucionalidade, dirigido ao Tribunal Constitucional em 1997, das normas do Decreto Regional n.º 17/78/M, de 29 de Março, e do Decreto Regional n.º 2/82/M, de 6 de Março, que estabeleciam a obrigatoriedade da inserção, pelos órgãos de comunicação social da Região Autónoma da Madeira, das mensagens e comunicados da Assembleia Regional, e das notas oficiosas do Governo Regional:

«Desse complexo de direitos [que compõem a liberdade de imprensa] sobressai, pela sua integração no núcleo originário da liberdade de imprensa, enquanto “direito de defesa”, o direito de fundação de jornais e quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias (art. 38.º, n.º 2, al. c), da Constituição). (...) A liberdade de fundação de jornais e quaisquer outras publicações periódicas não poderá deixar de ter como consequência a liberdade do exercício da actividade de comunicação social resultante da criação das publicações,

¹⁵⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1983*, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 32 e 33. O Tribunal Constitucional viria a declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, p. 77).

particularmente a liberdade de orientação editorial. (...) Com efeito, a liberdade de criação de publicações, enquanto concretização da liberdade de imprensa, terá de convolar o livre exercício da actividade de comunicação social daí decorrente, sob pena de esvaziar de conteúdo a liberdade de criação de publicações, que se traduziria num acto formal, incapaz de propiciar as liberdades de expressão e de informação. (...) Encontramos, pois, como faculdade essencial da liberdade de imprensa, a liberdade de gestão das publicações criadas, a qual se traduzirá, fundamentalmente, na liberdade de definição do seu conteúdo e da sua orientação: é a autonomia editorial de que fala Vital Moreira, ao considerar o núcleo essencial da liberdade de imprensa. (...) Verifica-se, portanto, que a autonomia editorial, embora não seja directamente explicitada pelo art. 38.º da Constituição, não deixa de poder ser reconduzida ao conteúdo da liberdade de imprensa, através da articulação sistemática da liberdade de fundação de publicações, prevista no art. 38.º, n.º 2, al. c), com as liberdades de expressão e de informação, consagradas no art. 37.º da Constituição. (...) Além disso, deve também inferir-se do princípio contido no art. 38.º, n.º 4, da Constituição, que a liberdade editorial não lhe é indiferente: ao cometer ao Estado a salvaguarda da liberdade e da independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, a Constituição estabelece uma obrigação de não-interferência na gestão das publicações, salvaguardada a sua liberdade editorial. (...) A liberdade editorial, além de uma vertente positiva, que abrangerá a liberdade de cada órgão de comunicação social publicar o que quiser, compreende uma vertente negativa, em cujo âmbito cabe a liberdade de não publicar aquilo que não quiser, por não corresponder à sua linha editorial, ou por qualquer outra razão. (...) Deve entender-se que a liberdade editorial de que gozam os jornais e as demais publicações permite aos órgãos encar-

regues da sua gestão (com a participação dos trabalhadores, nos termos do art. 38.º, n.º 2, al. a), da Constituição) definir e conformar o que será objecto de publicação, rejeitando tudo aquilo que considerem não se conter nos parâmetros que para o efeito tenham definido. (...) Integrando a liberdade de imprensa o elenco dos direitos, liberdades e garantias, constante do título II da Constituição, goza do específico regime definido pelo art. 18.º da Constituição para esses direitos, nomeadamente no que se refere aos requisitos para a sua limitação, contidos nos n.ºs 2 e 3 daquele preceito»¹⁵⁹.

No campo da liberdade de associação, de realçar o requerimento, datado de 1999, relativo a uma norma do Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, regulador da liberdade de associação, que fazia depender a promoção e constituição de associações internacionais em Portugal, de uma autorização prévia do Governo:

«A necessidade de autorização governamental para a constituição e promoção de associações internacionais em Portugal constitui indubitavelmente uma restrição à liberdade de associação, na sua vertente de direito positivo de associação. (...) Integrando a liberdade de associação o elenco dos direitos, liberdades e garantias, as restrições de que seja alvo têm de respeitar os pressupostos contidos no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição. (...) Ora, a Constituição é clara ao determinar, no seu artigo 46.º, n.º 1, que os cidadãos podem constituir associações sem dependência de qualquer autorização, desde que aquelas não se destinem a promover a violência e os respectivos

¹⁵⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, pp. 391 a 401. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1060).

fins não sejam contrários à Lei penal. (...) São esses os únicos limites que a Constituição admite à liberdade de formação de associações, mostrando-se quaisquer outros, previstos por Lei, inconstitucionais»¹⁶⁰.

Por seu turno, no que à liberdade de escolha da profissão – e de acesso à função pública – diz respeito, refira-se, a título ilustrativo, a fundamentação de um requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional em 2000, em que estavam em causa normas do Decreto-Lei n.º 184/98, de 6 de Julho, que reformulou o estatuto jurídico do Centro de Gestão da Rede Informática do Governo, quanto às suas atribuições, orgânica e regime de pessoal:

«O art.º 47.º, n.º 2, da Constituição, estabelece a regra do concurso para o acesso à função pública. (...) Como tal, são de admitir excepções a esta regra, já que outra via não é terminantemente negada pela norma constitucional. (...) Em qualquer caso, essas excepções têm que ser materialmente fundadas, podendo ainda subsumir-se às “condições de igualdade e liberdade” mencionadas na mesma norma. (...) O ingresso por via não concursal necessariamente obriga a uma particular justificação em termos de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente fundados, já que estará sempre em causa o respeito pelo princípio da igualdade e que será de aplicar aqui a doutrina do art.º 18.º, n.º 2 e 3, considerando que a previsão da via não concursal acarreta uma restrição ao direito fundamental dos terceiros em acederem à função pública pela via do concurso»¹⁶¹.

¹⁶⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 204 a 212. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (Acórdão n.º 589/04).

¹⁶¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 523 a 526. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Re-*

No domínio dos direitos de personalidade em geral, destaca-se, pela importância do tema, um requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional em 1986, relativo à norma do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, que regulava o regime do transplante de órgãos de pessoas falecidas:

«O artigo 5.º do citado diploma, ao omitir a notificação do óbito ao círculo de pessoas capazes de noticiar aos médicos a eventual oposição do falecido à colheita, compromete o exercício do direito de personalidade à disposição do respectivo corpo e o do direito das pessoas com legitimidade para transmitir a vontade expressa ou tácita do defunto a respeito da colheita, violando, desta maneira, o n.º 1 do artigo 25.º da Constituição (direito à integridade), o n.º 1 do seu artigo 26.º (outros direitos pessoais) e os n.ºs 1 e 2 do seu artigo 37.º (liberdade de expressão e informação)»¹⁶².

Também o direito de petição, estabelecido actualmente no artigo 52.º da Constituição, foi causa de algumas iniciativas do Provedor de Justiça junto do Tribunal Constitucional. Por exemplo, em 1999, foi questionada a constitucionalidade de algumas normas dos Códigos do IRS e IRC, respectivamente aprovados pelos Decretos-Lei n.ºs 442-A/88 e 442-B/88, de 30 de Novembro, que faziam depender a apresentação de petições relativas a rendimentos de IRS e de IRC, da prova da apresentação da última declaração de rendimentos a que o sujeito passivo estivesse obrigado, ou da prova

latório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002, p. 1060).

¹⁶² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, pp. 67 a 71. O Tribunal Constitucional não declarou, no entanto, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1988*, p. 16).

de que não estava o sujeito passivo obrigado a essa apresentação, nestes termos:

«O direito de petição encontra-se enunciado no capítulo constitucional dos direitos, liberdades e garantias, no caso de participação política, beneficiando, assim, do regime específico que lhes é conferido pela Lei Fundamental. (...) Com a orientação (...) em vigor na legislação tributária em apreço fica inevitavelmente atingido o conteúdo essencial do preceito constitucional que consagra o direito de petição, já que o mesmo revelar-se-á irremediavelmente comprometido e esvaziado de sentido útil com a circunstância de o cidadão não poder, no momento em que se dirige a um órgão do Estado ou a uma qualquer entidade pública, fazer fê do cumprimento das respectivas obrigações fiscais»¹⁶³.

Finalmente, importa notar que grande parte da actividade do Provedor de Justiça junto do Conselho da Revolução, primeiro, e do Tribunal Constitucional, depois, no domínio dos direitos, liberdades e garantias, foi direccionada para a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, na sequência, em grande parte dos casos, de reclamações apresentadas por associações sindicais e comissões de trabalhadores.

Em 1985, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, na sequência de um pedido que para o efeito lhe foi dirigido, em 1984, pelo Provedor de Justiça, a inconstitucionalidade das normas do Decreto-

¹⁶³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 120 a 126. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, p. 1241).

-Lei n.º 29 931, de 15 de Setembro de 1939, na parte em que cometiam aos sindicatos a competência para a passagem das carteiras profissionais, por violação designadamente dos princípios constitucionais da liberdade de inscrição sindical, e da independência dos sindicatos em relação ao Estado. Neste caso, o Provedor de Justiça informou o Governo da apresentação do pedido, tendo o Governo aprovado então o Decreto-Lei n.º 358/84, de 13 de Novembro, que revogou o Decreto-Lei n.º 29 931, atribuindo a competência para a passagem de carteiras profissionais ao Estado, através dos serviços do Ministério do Trabalho e Segurança Social e das Secretarias Regionais do Trabalho dos Açores e da Madeira¹⁶⁴.

Norma de conteúdo idêntico, desta feita da Portaria n.º 367/72, de 3 de Julho, que estabelecia que as cadernetas do registo de prática dos auxiliares de farmácia seriam fornecidas pelos sindicatos representativos dos respectivos profissionais, foi igualmente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, por violação do princípio da liberdade sindical¹⁶⁵.

Mais recentemente, ainda em defesa do princípio da liberdade sindical, vejam-se os requerimentos relativos à norma do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, na parte em que conferia aos sindicatos o direito de exigir o pagamento da quotização referente aos três meses seguintes ao da comunicação de desfiliação do trabalhador¹⁶⁶, e às normas do Regulamento da Car-

¹⁶⁴ *Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, pp. 41 a 44, e de 1985, p. 64.

¹⁶⁵ *Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, pp. 46 e 47, e de 1986, p. 76.

¹⁶⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, pp. 406 a 410. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

teira Profissional dos Empregados de Banca dos Casinos, aprovado em 27 de Julho de 1973 e publicado no Boletim do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência n.º 34, de 15 de Setembro de 1973, que previam a passagem por um Sindicato de carteira profissional obrigatória para o exercício da profissão¹⁶⁷.

Nos requerimentos em causa, pode ler-se, respectivamente, o seguinte:

«A liberdade de inscrição sindical desdobra-se em duas vertentes, uma positiva e a outra negativa. Na vertente positiva, a liberdade sindical consiste no direito dos trabalhadores se filiarem nos sindicatos que os possam representar; na sua vertente negativa, reconduz-se ao direito dos trabalhadores não serem obrigados a inscreverem-se nos sindicatos, e ao direito de, uma vez inscritos, os poderem abandonar. (...) Integrando a liberdade sindical o elenco dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, constante do capítulo III do título II da Constituição, goza do específico regime definido pelo art. 18.º da Constituição para esses direitos (...). A liberdade sindical ocupa um lugar de relevo no âmbito dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, e qualquer medida que restrinja, de modo efectivo, a autonomia daqueles na escolha do sindicato que o representa, vai repercutir-se de forma importante no seu conteúdo. (...) A manutenção ou reforço das associações sindicais existentes, ainda que podendo reconduzir-se à esfera de protecção traçada pela Constituição para aquelas associações, não é determinante no

¹⁶⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 115 a 120. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento de parte do pedido, por revogação de algumas normas, declarando, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das restantes (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

quadro constitucional dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores: (...) à ordem constitucional interessa que os trabalhadores estejam, se assim o desejarem, representados por sindicatos para defesa dos seus direitos e interesses, não a manutenção de um sindicato ou sindicatos em particular».

«Estes poderes de intervenção e decisão do Sindicato podem constituir um instrumento de “coerção” ou de sugestão no sentido da sindicalização dos empregados de banca nos casinos, sendo susceptíveis de retirar aos trabalhadores por ele abrangidos a possibilidade de uma livre escolha no plano sindical, apesar de o art. 23.º [do Regulamento da Carteira Profissional dos Empregados de Banca dos Casinos, acima citado] excluir a obrigatoriedade da inscrição no sindicato, sendo certo que o plano dos factos pode nem sempre acompanhar o do Direito. (...) Encontra-se, assim, em crise o princípio da liberdade sindical previsto no art. 56.º n.º 1 e n.º 2 al b) da CRP, quer na sua vertente positiva (direito a constituir ou de inscrição em associações sindicais), quer na sua vertente negativa (direito à não inscrição ou ao abandono de associações sindicais)»¹⁶⁸.

Por último, refira-se o pedido relativo à norma do Código do Procedimento Administrativo que negava às associações sindicais legitimidade para iniciarem o procedimento administrativo e para intervirem no mesmo, por violação do artigo 56.º, n.º 1, da Constituição, e onde se lê que

¹⁶⁸ O Provedor de Justiça já havia recomendado, ao legislador, muito tempo antes, concretamente em 1978, a atribuição, a uma ou a várias entidades públicas, da competência para a emissão de carteiras profissionais, retirando-se tal competência aos sindicatos, e alterando-se em conformidade os regulamentos de carteiras profissionais em vigor (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, pp. 48 e 49). V., também, supra p. 65.

«as associações sindicais têm legitimidade para participar em outros procedimentos (...) para além do legislativo-laboral, do contratual ou do de representação em organismos de concertação social. (...) Logo, quando num procedimento administrativo esteja em jogo um direito ou interesse legalmente protegido de uma pessoa enquanto “trabalhador”, será legítimo concluir que nele poderá intervir a organização sindical que, como tal, a represente»¹⁶⁹.

2.2. *Direitos económicos, sociais e culturais*

No tratamento dos direitos económicos, sociais e culturais, o exercício dos poderes do Provedor de Justiça decorrentes dos artigos 281.º e 283.º da Constituição justifica-se a partir da dimensão preceptiva que pode, em cada momento, considerar-se associada às normas catalogadas no Título III, Parte I, da Constituição, designadamente, por via do estabelecido no artigo 17.º, a aplicação que aos mesmos tem de ser feita do regime dos direitos, liberdades e garantias.

Desde logo, ao nível dos direitos dos trabalhadores, muito especialmente na defesa do princípio, constante do artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição, de que «para trabalho igual salário igual». São vários os exemplos de requerimentos dirigidos, designadamente ao Tribunal Constitucional, por violação da referida norma.

¹⁶⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, pp. 277 a 289. O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, p. 809).

Em 1995, foram, a este propósito, postas em causa as normas do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, podendo ler-se, no respectivo requerimento:

«A regra pode ser bilateralizada, passando a exigir, também, um salário desigual quando o trabalho prestado o for. (...) É um corolário da ideia de Justiça, não só tida por princípio orientador da actividade administrativa – cf. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição –, como objectivo basilar da actividade do Estado, mesmo até de toda a Comunidade, conforme nos indica o artigo 1.º da Lei Fundamental. (...) Nem se diga que o artigo 59.º, 1, a), da Constituição, não é uma norma preceptiva, por se enquadrar no Título respeitante aos Direitos económicos, sociais e culturais. (...) Ultrapassada, há muito, a ideia desta categoria de direitos fundamentais como repositório de boas intenções político-constitucionais, afastadas do mundo jurídico, a posição dominante a este respeito reconhece uma dupla natureza ou eficácia nas normas típicas que reconheçam ou criem direitos económicos, sociais ou culturais. (...) Assim, permite-se a coexistência de uma vertente programática, incapaz, por si só, de invalidar regimes jurídicos existentes, com uma vertente preceptiva, correspondente à porção da norma cuja concretização, por só depender de condicionalismos de facto já verificados, é vinculativa para os poderes públicos, fazendo vingar, na sua máxima amplitude, o princípio da constitucionalidade, consagrado nos artigos 3.º, n.º 3, e 277.º. (...) Do mesmo modo se pode argumentar com a possibilidade, constitucionalmente admitida, da existência de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, não estando previstos no catálogo formal do título II da Parte I da Constituição, mas beneficiando do respectivo regime jurídico. (...) A igualdade na posição remuneratória é uma exigência constitucio-

nal que, maxime para o Estado, nada tem de programático, cabendo-lhe pela sua estrutura, a qualificação de direito fundamental de natureza análoga a direitos liberdades e garantias»¹⁷⁰.

De um outro pedido, reportado às normas do Decreto-Lei n.º 373/93, de 4 de Novembro, e do Decreto-Lei n.º 347/91, de 19 de Setembro, que provocavam situações de inversão de posições relativas remuneratórias, em violação dos artigos 59.º, n.º 1, alínea a), e 13.º da Constituição, consta o que segue:

«De harmonia com o princípio da igualdade da retribuição, consagrado pelo art.º 59.º, n.º 1, al. a), da Lei Fundamental, todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade com respeito pelo princípio de que para trabalho igual salário igual, de acordo com critérios de justiça que aqueles regimes de descongelamento não salvaguardam. (...) O recurso a um critério diferenciador de índole temporal que desatende ao tipo de trabalho desenvolvido, às capacidades e às qualificações dos funcionários não se configura como justificação material bastante para tal desigualdade retributiva»¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, Provedoria de Justiça, pp. 239 a 248. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, por revogação superveniente das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

¹⁷¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, pp. 621 a 624. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, e com limitação de efeitos, a inconstitucionalidade da primeira norma, não a declarando quanto à segunda (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1060).

Na mesma linha argumentativa, veja-se, ainda, o pedido referente à norma da Lei n.º 29/87, de 30 de Junho, que define o Estatuto dos Eleitos Locais, por estabelecer a mesma remuneração para um eleito local em regime de permanência, mas em exercício não exclusivo de funções, e para um vereador em regime de meio tempo, resultando, assim, que por ambos fosse auferido igual vencimento independentemente de os primeiros prestarem à autarquia o dobro do trabalho, em violação das referidas normas constitucionais:

«O respeito do princípio da igualdade deve ser, assim, encarado na perspectiva de uma igualdade material, em detrimento de um mero juízo de igualdade formal. (...) Impõe-se que seja dado tratamento desigual a situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, ou seja, impostas pela desigualdade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, violando-se este comando quando a solução dada pelo legislador surja como arbitrária ao tratar igualmente o que é desigual ou tratando desigualmente o que é igual. (...) Muito embora se esteja a tratar da remuneração de titulares de órgãos públicos, aliás electivos, e não de qualquer relação laboral, crê-se aplicável à fixação da remuneração destes cargos a doutrina decorrente do princípio da igualdade»¹⁷².

A respeito das normas do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, que igualmente originavam situações de inversão de posições relativas remuneratórias, disse-se que

¹⁷² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, pp. 963 a 968. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, Provedoria de Justiça, p. 1407).

«o artigo 59.º, n.º 1, alínea a) da Lei Fundamental, ao concretizar o princípio da igualdade, no âmbito da relação jurídico-laboral determina que para trabalho igual salário igual, considerando que a trabalho igual em quantidade, natureza, e qualidade, deverá corresponder igual retribuição. (...) De igual modo determina este princípio que a trabalho desigual deverá corresponder salário distinto, definindo ele próprio o factor que permite diferenciações remuneratórias não arbitrárias»¹⁷³.

Finalmente, ainda no âmbito dos direitos dos trabalhadores, refira-se um outro requerimento, apresentado em 1997, referente às normas do Estatuto da Carreira de Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, e do Decreto-Lei n.º 287/88, de 19 de Agosto, que consideravam as faltas dadas por motivo de greve na quantificação do período de ausência, para efeitos de progressão na carreira, discriminando os trabalhadores grevistas. Argumentou-se, no correspondente requerimento ao Tribunal Constitucional, que serão idênticas, à face da Constituição, as faltas justificadas por motivo de greve e as faltas justificadas por motivo de acidente de serviço, de doença protegida e prolongada, e de licença de parto, não contabilizadas para o referido período de ausência:

«O direito à greve é um direito fundamental garantido pelo art. 57.º da Constituição, integrando o conjunto dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, pelo que goza do específico regime definido pelo art.

¹⁷³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, pp. 968 a 972. O Tribunal Constitucional decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, p. 1241).

18.º para os direitos, liberdades e garantias (...). (...) Se a lei considera que a ausência justificada pelo gozo de licença de parto não impede as docentes de adquirirem a qualificação necessária à profissionalização, terá, em coerência, de conceder que a ausência justificada pelo exercício do direito à greve também não o impedirá. (...) A relevância das faltas às componentes tem de ser apreciada de forma objectiva: se as faltas não inviabilizam a obtenção da necessária qualificação pelas mães, também não inviabilizarão a sua obtenção pelos grevistas»¹⁷⁴.

No domínio da iniciativa económica privada, recorda-se aqui o pedido relativo a normas do Decreto-Lei n.º 426/80, de 30 de Setembro, que regia a Cooperativa Universidade Livre, C.R.L., na medida em que autonomizavam «por via legal e contra a vontade dos órgãos de gestão da Cooperativa, um sector, aliás o essencial, da sua actividade: o do estabelecimento de ensino superior para cuja manutenção aquela fora criada». Considerou o Provedor de Justiça que esta solução violava

«o n.º 3 do artigo 61.º da Constituição, por cercear o direito de a Cooperativa desenvolver livremente a sua actividade. (...) [ofendendo], por outro lado, o n.º 2 do artigo 75.º da Constituição, que determina que o Estado fiscaliza o ensino particular e cooperativo. É que, no tocante ao ensino particular e ao cooperativo, o Estado tem apenas uma função tutelar e de fiscalização. Está

¹⁷⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, pp. 401 a 405. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 670).

a excedê-la quando toma a iniciativa de, por acto legislativo seu, de autoridade, criar um estabelecimento de “ensino particular”»¹⁷⁵.

Chama-se a atenção para o requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional, relativo à Resolução n.º 385/82 do Governo Regional da Madeira, de 25 de Maio de 1982, que impunha que nos cadernos de encargos relacionados com adjudicações relativas a obras públicas a realizar na área da Região Autónoma, constasse a obrigação de a adjudicatária estabelecer sede social nesta Região, por forma a ser nela tributada¹⁷⁶.

Posteriormente, a respeito do encerramento obrigatório das grandes superfícies comerciais, regista-se o pedido relativo às normas da Portaria n.º 153/96, de 15 de Maio, e do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, nos seguintes termos:

«A liberdade de iniciativa económica privada traduz-se no direito em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a Constituição e a Lei) para produzir bens e serviços [citam-se António Sousa Franco e Guilherme d’Oliveira Martins], e possui um duplo sentido, pois inclui quer a liberdade de iniciar uma actividade económica, quer a liberdade de gestão e actividade da empresa [citam-se Gomes Canotilho e Vital Moreira]. (...)

¹⁷⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1983*, pp. 37 a 40. O Tribunal Constitucional viria a declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de normas do diploma, por violação da liberdade de associação (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, p. 78).

¹⁷⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1983*, pp. 40 a 42. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, p. 65).

A fixação de limites ao horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas constitui uma restrição à liberdade de iniciativa económica privada, uma vez que interfere na gestão daqueles estabelecimentos comerciais, determinando os períodos em que aqueles poderão estar abertos ao público e, conseqüentemente, os períodos em que terão de se encontrar encerrados. (...) A liberdade de iniciativa económica privada integra o Título III da Constituição, referente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. (...) Esta localização sistemática no texto constitucional não retira, no entanto, à liberdade de iniciativa económica privada, a sua componente de direito de defesa ou autonomia dos particulares perante o Estado, pelo que lhe é reconhecido, nessa parte, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias»¹⁷⁷.

É vasta também a fundamentação utilizada pelo Provedor de Justiça em iniciativas dirigidas, designadamente ao Tribunal Constitucional, relativas ao direito de propriedade privada.

Exemplo disso mesmo é o requerimento que teve por objecto normas do Decreto-Lei n.º 399/82, de 23 de Setembro, que permitiam, em certas condições, a medida cautelar de apreensão de bens do devedor do imposto de transacções que não procedesse ao pagamento atempado deste, e no qual se conclui que «sendo o direito de propriedade, previsto no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos,

¹⁷⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 239 a 248. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, p. 1049).

liberdades e garantias do título II, são-lhe aplicáveis as disposições do artigo 18.º, designadamente dos seus n.ºs 2 e 3»¹⁷⁸.

Também o pedido, de 1990, de normas do Despacho Normativo n.º 24/89, de 17 de Fevereiro, do Ministro do Emprego e da Segurança Social, sobre as regras de distribuição das gratificações recebidas pelos empregados das salas de jogo dos casinos, onde se argumenta que

«as gratificações abonadas aos empregados das salas dos casinos pelos frequentadores das mesmas salas não têm subjacente alguma relação laboral, mas tão-somente um verdadeiro espírito de liberalidade ou doação. (...) E, enquanto doações, tais gratificações caem sob o regime do n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, preceito que garante o direito e transmissão da propriedade em vida»¹⁷⁹.

Mais tarde, viria a ser suscitada a inconstitucionalidade de normas da Lei n.º 14/89, de 30 de Junho, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, e da Portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro, que permitiam, aos empregados dos quadros das salas de jogos, aceitar as gratificações espontaneamente dadas pelos frequentadores daquelas salas, proibindo, porém, a percepção individual das referidas liberalidades:

¹⁷⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, pp. 43 a 46. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1986*, p. 76).

¹⁷⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1990*, pp. 21 e 22. O Tribunal Constitucional não conheceu do pedido, por inutilidade superveniente (Acórdão n.º 497/97).

«O direito à transmissão da propriedade privada, consagrado no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, só será respeitado se, e enquanto, o beneficiário da transmissão for aquele que o transmitente quiser, efectivamente, compensar. (...) A partir do momento em que ao trabalhador é entregue qualquer montante a título de gratificação (...), o respectivo montante – que foi ofertado àquele trabalhador em particular e não a qualquer outro, nem, tão pouco, ao estabelecimento onde trabalha –, passa a integrar a sua esfera jurídica, o mesmo é dizer, passa a ser sua propriedade privada, caindo sob a protecção do (...) artigo 62.º, n.º 1, da Constituição»¹⁸⁰.

Veja-se, igualmente, o articulado de um requerimento de 1985, relativo às normas de diversos diplomas legais referentes às nacionalizações:

«O Provedor considera anomalias da lei, susceptíveis de criar situações de injustiça, todos os desvios à regra fundamental do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição, que obriga o Estado ao “pagamento de justa indemnização” a todos os expropriados, princípio que vigora também em todos os diplomas de carácter universal a que aderiu a consciência internacional dos chamados “países livres”»¹⁸¹.

A merecer registo é ainda a iniciativa do Provedor de Justiça reportada às normas da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e do Decreto-Lei n.º

¹⁸⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, pp. 314 a 319. O Tribunal Constitucional não declarou as normas inconstitucionais (Acórdão n.º 497/97 mencionado).

¹⁸¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, pp. 52 a 57. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de uma das normas impugnadas, não procedendo o pedido quanto às restantes (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1988*, p. 16).

48 547, de 27 de Agosto de 1968, que tinham por objecto, respectivamente, o regime jurídico da actividade farmacêutica e o exercício da profissão farmacêutica, estabelecendo uma reserva de propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos e, sob condição resolutiva, dos alunos do curso de Farmácia:

«O regime jurídico [em causa] configura uma restrição ao direito de propriedade privada, consagrado no art. 62.º, n.º 1, da Constituição, [consubstanciando] um exclusivo de base corporativa. (...) Para que tal exclusivo seja admissível, será necessário que tenha por base a prossecução de um interesse público constitucionalmente atendível e que a sua previsão seja necessária e adequada à prossecução daquele interesse público. (...) O interesse público constitucionalmente atendível traduzir-se-ia, no caso vertente, na defesa da saúde pública, em cujo âmbito a Constituição comete ao Estado a disciplina da comercialização dos produtos farmacêuticos (art. 64.º, n.º 3, al. e)). (...) Para realização desse objectivo, a lei determina que a direcção técnica das farmácias seja assegurada por um farmacêutico (...), o qual será responsável pela preparação dos fármacos e pela venda ou entrega dos medicamentos ou substâncias medicamentosas ao público. (...) Da comissão das funções de direcção técnica das farmácias, em exclusivo, aos farmacêuticos, parece resultar assegurada, em termos suficientes, a defesa da saúde pública, uma vez que desta forma se garante que todos os actos farmacêuticos serão praticados por um farmacêutico ou por colaboradores seus, sob a sua supervisão e responsabilidade. (...) Acresce que, além de desnecessária, a solução legal se revela inadequada, pois o exercício das faculdades de uso, fruição e disposição sobre o estabelecimento pelo proprietário enquanto tal, em nada beneficia ou promove a saúde pública, necessariamente, pela razão de ser

confiado a um farmacêutico, uma vez que este exercício não envolve nem se reflecte directamente sobre a prática de actos farmacêuticos, reservada ao director técnico, com autonomia. (...) É atingida a esfera de protecção da norma contida no art. 62.º, n.º 1, da Constituição, tanto mais quanto beneficia do regime material dos direitos, liberdades e garantias, em razão da natureza análoga que destes manifesta. (...) Na sua formulação, o art. 62.º, n.º 1, determina que todos os bens susceptíveis de apropriação podem ser objecto de direitos de propriedade privada, ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição (...) e aqueles que de modo claro reflectam uma ponderação razoável e outros valores constitucionalmente protegidos. (...) Embora na mesma categoria de bens possam coexistir formas colectivas de apropriação, a par de direitos de propriedade privada, não é admissível privar a generalidade das pessoas singulares ou colectivas da possibilidade de se apropriarem de um bem, em favor de uma categoria de sujeitos, sem que se encontrem atendidos os pressupostos e verificados os requisitos do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição»¹⁸².

O Tribunal Constitucional não viria a declarar inconstitucional a norma do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que prevê o direito à aquisição forçada de participações sociais nos casos em que a sociedade dominante detenha mais de 90% da sociedade dominada, com a consequente extinção do direito de propriedade privada dos sócios minoritários relativamente à participação no capital social da sociedade dominada:

¹⁸² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 249 a 254. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 670).

«O objecto do direito fundamental de propriedade privada não se circunscreve às coisas – móveis e imóveis –, possuindo, ao invés, um âmbito muito mais extenso, equivalente ao conceito de património. (...) As participações sociais, enquanto conjunto das obrigações e direitos dos sócios e suas quotas-parte no capital social das sociedades comerciais, compreendem[-se] no âmbito de protecção normativa do direito de propriedade privada, consagrado pelo artigo 62.º da Constituição. (...) A opção constitucional pela integração sistemática do direito de propriedade privada no título dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais não lhe retirou a sua dimensão fundamental de liberdade. (...) Nessa medida, enquanto espaço de liberdade e autonomia perante o Estado, ao direito de propriedade privada é unanimemente reconhecido, pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias»¹⁸³.

No âmbito de um pedido, apresentado em 1999, tendo por objecto uma norma do Decreto-Lei n.º 547/74, de 22 de Outubro – diploma referente ao regime aplicável aos casos de arrendamento rural em que as terras foram dadas de arrendamento no estado de incultas ou em mato e se tornaram produtivas mediante o trabalho e investimento do rendeiro, prevendo a norma em causa o direito do rendeiro de remir o contrato, tornando-se o dono da terra pelo pagamento do preço que fosse fixado por uma comissão arbitral –, refere-se o seguinte:

«O art.º 62.º da CRP prevê o direito à propriedade privada e estipula que apenas podem existir limitações a este direito por requisição e expropriação

¹⁸³ *Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 126 a 139, e de 2003, p. 1240.

por utilidade pública com base na Lei e mediante o pagamento de justa indemnização. (...) No caso em estudo não me parece existirem quaisquer fins públicos mas apenas fins privados que se destinam a proporcionar ao rendeiro e sua família o direito às benfeitorias realizadas e a evitar o seu despejo das terras pela consolidação da sua situação jurídica. (...) Embora o direito de propriedade não faça parte do elenco dos “direitos, liberdades e garantias”, conforme refere a unanimidade da doutrina goza pelo menos do seu regime material, por revestir natureza análoga aos mesmos. (...) Manifestamente na sua vertente negativa ou de defesa, o direito de propriedade possui natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias”, compartilhando do respectivo regime específico»¹⁸⁴.

Os direitos dos consumidores, por seu turno, estiveram também na mira da atenção do Provedor de Justiça. Assim, é defendido, em requerimento enviado ao Tribunal Constitucional referente às normas da Tarifa Geral de Transportes, aprovada pela Portaria n.º 403/75, de 30 de Junho, e ao Regulamento do Serviço Público de Correios, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/88, de 18 de Maio, que:

«Pelos danos que o Caminho de Ferro houvesse de responder nos termos gerais, causados aos seus passageiros por incumprimento ou mora no cumprimento dos contratos de transporte respectivos, não responde o Caminho de Ferro, ainda que tenha agido culposamente. (...) O direito dos consumidores a serem indemnizados por danos resultantes de atrasos ou perdas de enlace das composições ferroviárias melhor revela a sua essencialidade

¹⁸⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 140 a 144. Pelo Acórdão n.º 159/07, o Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade da norma.

no conteúdo do direito inscrito no art. 60.º, n.º 1, in fine, se atendermos às circunstâncias, por um lado, de haver uma única empresa prestadora de transporte ferroviário, e por outro lado, de se encontrar o passageiro consumidor deste serviço numa típica situação contratual de adesão. (...) Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao anotarem o citado preceito não hesitam em qualificar o direito à reparação de danos causados a consumidores como um direito com análoga natureza à dos direitos, liberdades e garantias para o efeito de beneficiar do regime destes últimos. (...) Do mesmo passo, explicam que este direito dos consumidores a verem reparados os danos “traduz-se no direito de indemnização dos prejuízos causados pelo fornecimento de bens ou serviços defeituosos, por assistência deficiente ou por violação do contrato de fornecimento”. (...) A norma impugnada restringe de forma absoluta um dos efeitos que o regime positivo dos direitos, liberdades e garantias enuncia: a vinculação das entidades públicas. (...) No Regulamento do Serviço Público de Correios, o legislador estipulou que, ainda que fique demonstrada a responsabilidade da empresa operadora, e ainda que esteja determinado o montante do prejuízo causado, haverá um limite intransponível no quantitativo de indemnização a pagar. (...) Este especial regime de responsabilidade civil representa, assim, um injustificado benefício conferido pelo legislador ordinário aos CTT, quando confrontado com as empresas (também de direito privado) sujeitas ao regime de responsabilidade civil contratual sem limitações desta ordem. (...) Mas, para além de conferir um tratamento preferencial à empresa operadora, este regime representa um benefício negativo para o consumidor: ao usar a rede pública dos correios, o utente está menos protegido do que ao recorrer aos serviços de uma empresa comum de direito privado a operar na área de negócios concorrenciais. (...) Violam a norma contida no art. 60.º, n.º 1, quando articulada com o disposto

no art. 18.º, n.º 1 da CRP, as normas impugnadas ao afastarem o dever de indemnizar, num caso totalmente e nos outros não permitindo o ressarcimento integral dos danos causados aos utentes. (...) Violam a norma contida no art. 60.º, n.º 1, quando articulada com o disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP, as normas impugnadas ao restringirem o direito à reparação sem fundamento em outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. (...) Violam a norma contida no art. 60.º, n.º 1, quando articulada com o disposto no art. 18.º, n.º 3, as normas impugnadas, ao restringirem o dano indemnizável a jusante da fronteira do conteúdo essencial do direito à reparação, num caso afastando o dever de indemnizar consumidores por lesão típica de incumprimento ou defeituoso cumprimento do contrato de transporte ferroviário, no outro caso, por arredarem totalmente do domínio do dano ressarcível os lucros cessantes e por não permitirem mesmo, em alguns casos, o ressarcimento da totalidade dos danos emergentes»¹⁸⁵.

Quanto ao direito constitucional à protecção da saúde, a actividade do Provedor de Justiça junto do Conselho da Revolução e do Tribunal Constitucional centrou-se significativamente na questão da criação e fixação das denominadas taxas moderadoras.

Logo em 1984, o Provedor de Justiça contestou a constitucionalidade de normas de Despachos relativos à fixação de tabelas de preços nos hospitais

¹⁸⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 188 a 199. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma da Tarifa Geral de Transportes, não declarando inconstitucional a norma do Regulamento do Serviço Público de Correios (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, p. 1407).

e à fixação de taxas moderadoras no acesso a unidades hospitalares, aí se dizendo:

«O artigo 64.º, n.º 2, da Constituição estabelece que o direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um Serviço Nacional de Saúde universal, geral e gratuito. (...) É geralmente admitida a compatibilização entre a gratuitidade dos sistemas de saúde e a fixação de taxas moderadoras, desde que estas tenham como objectivo principal a contenção dos consumos (...), dada a ausência da finalidade principal de angariar receitas públicas (ou por via de carácter compensatório de despesas feitas ou por via de comparticipação em custos). (...) A análise do regime constante do despacho em apreciação e dos motivos que foram invocados para o estabelecimento de taxas moderadoras (...) conduz à conclusão de que aquelas taxas revestem, nuns casos, a natureza de “taxa tributária” (...), e, noutros, a natureza de “verdadeiros preços” baseados em custos reais (...), cujo fim principal consiste, no primeiro caso, na angariação de receitas públicas mediante comparticipação dos interessados e, no segundo, no pagamento do preço de um serviço com base em custos reais, situações em ambos os casos incompatíveis com o princípio de gratuitidade do Serviço Nacional de Saúde previsto no artigo 64.º, n.º 2, da Constituição»¹⁸⁶.

Três anos mais tarde, seria a vez de normas do Decreto-Lei n.º 57/86, de 20 de Março, que criou as taxas moderadoras para o Serviço Nacional de Saúde:

¹⁸⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, pp. 61 a 75. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, p. 64).

«A criação de taxas moderadoras afecta a tendencial gratuitidade do Serviço Nacional de Saúde. (...) Isto, nomeadamente, desde que se considere que tal gratuitidade tendencial implica, pelo menos, a proibição de regresso, ou seja, que a legislação do Serviço Nacional de Saúde caminhe progressivamente no sentido da redução dos respectivos custos de utilização para os cidadãos, e não em sentido inverso»¹⁸⁷.

Finalmente, e a propósito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas da Portaria n.º 131/82, de 29 de Janeiro (revogada entretanto pela Portaria n.º 509/82, de 22 de Maio), que criava uma taxa aplicada a cada embalagem farmacêutica dos Serviços Médico-Sociais – já que, considerada como um verdadeiro imposto, violaria o princípio constitucional da legalidade tributária e o direito fundamental dos cidadãos de não pagarem impostos que não tenham sido estabelecidos de harmonia com a Lei Fundamental, –, pode ler-se, a título de fundamentação para o arquivamento da queixa na parte em que era invocada a violação, pelas mesmas normas, do artigo 64.º, n.º 2, da Constituição, o seguinte:

«O Serviço Nacional de Saúde constitui uma das vias para a efectivação do direito à protecção da saúde, pois que outras constam do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição (...). (...) A Constituição [não se] alheou das condições económicas pressupostas para a realização daquele direito, condições essas que estão igualmente na base da efectivação de outros direitos constitucionalmente reconhecidos aos cidadãos [direitos fundamentais de carácter económico, social e cultural], como, por exemplo, os direitos à segurança social (...), à habitação (...), ao trabalho (...) e ao ambiente e qualidade de vida (...). Com efeito, todas

¹⁸⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1987*, pp. 69 a 72. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (Acórdão n.º 330/89).

as incumbências atribuídas ao Estado para a plena efectivação desses direitos pressupõem a existência dos indispensáveis meios financeiros»¹⁸⁸.

Encarando-se, por último, o campo específico da segurança social, recorde-se o requerimento de 2005 relativo a normas do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, que não permitem a contagem da integralidade do tempo de serviço prestado na situação em que o aposentado opta pela segunda aposentação, por violação do princípio do aproveitamento total do tempo de serviço prestado pelo trabalhador, consagrado no artigo 63.º, n.º 4, da Constituição, ao qual é aplicável o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias¹⁸⁹.

2.3. *Constituição económica e fiscal*

Não deixou de ser significativa a actividade do Provedor de Justiça relativa a normas que se enquadram na parte da Constituição da República Portuguesa dedicada, em geral, à organização económica¹⁹⁰.

¹⁸⁸ O Conselho da Revolução decidiu declarar a inconstitucionalidade das normas da Portaria (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1982*, pp. 44 a 55).

¹⁸⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 1235 a 1244. O Tribunal Constitucional não viria, no entanto, a dar provimento ao pedido (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2006*, Vol. II, Provedoria de Justiça, p. 1234).

¹⁹⁰ Pelo seu interesse histórico, veja-se o pedido relativo a normas do Decreto-Lei n.º 161/82, de 7 de Maio, que extinguiu a Sociedade Nacional dos Armadores de Pesca de Arresto, pelo facto de o diploma em causa consubstanciar, na prática, uma desnacionalização, em violação do então artigo 83.º, n.º 1, da Constituição, que determinava, à data, que «todas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras» (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1983*, pp. 33 a 36), O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, pp. 77 e 78).

Tratemos alguns exemplos, de que se destaca, desde já, o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma da Lei n.º 37/83, de 21 de Outubro, que criou um imposto extraordinário, com efeitos retroactivos:

«É certo que a Constituição não contém, mesmo após a revisão de 1982, uma norma que expressamente proíba a retroactividade das leis fiscais. (...) Mas, em meu entender, nem precisaria de o ter feito, precisamente e sobretudo na medida em que, através da referida revisão, a Constituição passou a consagrar e assumir, no seu conteúdo preceptivo, os princípios do Estado de direito democrático [artigos 2.º e 4.º, alínea b)]. (...) É que entre os princípios materiais configuradores do Estado de direito democrático encontram-se, decerto, em sede de fiscalidade, os do respeito pela confiança e capacidade contributiva dos cidadãos. (...) E viola esses princípios um preceito que (...) cria um novo imposto de aplicação retroactiva (intencionalmente retroactiva, como o próprio Tribunal Constitucional o reconhece), em termos de os particulares não terem podido prevê-lo nem tomá-lo em conta na orientação da sua actividade produtora de rendimentos no período atingido. (...) De resto, estes princípios, arredando a legislação constitucional das disposições que estabeleçam impostos em moldes retroactivos, encontram até directa expressão no âmbito das normas da lei fundamental que estruturam o sistema fiscal. (...) Na verdade, quando o n.º 2 do artigo 106.º prescreve que “os impostos são criados por lei”, ele não está senão a explicitar que as leis fiscais devem ter apenas eficácia para o futuro. (...) O termo “criado” implica, lógica e etimologicamente, o facto de, em dado momento, se gerar algo, que

passa então a existir, mais ou menos duradouramente, para o futuro – e não para o passado»¹⁹¹.

Da mesma forma, recorde-se o requerimento reportado a normas da Lei n.º 2/83, de 18 de Fevereiro, do Decreto-Lei n.º 119-A/83, de 28 de Fevereiro, e do Decreto Regulamentar n.º 66/83, de 13 de Julho, que igualmente criaram um imposto extraordinário com efeitos retroactivos:

«Do princípio da legalidade fiscal, consagrado nos artigos 106.º, n.º 2, e 168.º, n.º 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa, resulta, como corolário, a proibição implícita da retroactividade da lei tributária, sob pena de ser posta em causa a garantia da certeza e segurança que o referido princípio visa assegurar aos contribuintes. (...) Mas mesmo quando assim não se entenda, há que considerar que a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, fundamentando-se, pois, o Estado na legalidade democrática [artigos 2.º, 3.º, n.º 2, e 9.º, alínea b), da Constituição]. (...) Ora, um dos sentidos do valor material do princípio da legalidade democrática é a possibilidade de conhecimento prévio das exigências das normas legais, enquanto normas de conduta: sob este aspecto, o citado princípio salvaguarda o valor da segurança jurídica dos cidadãos, evitando que sejam surpreendidos por valoração, de actividades suas, posterior à realização destas»¹⁹².

¹⁹¹ O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade da norma (Relatório citado, pp. 48 a 50).

¹⁹² Relatório citado, pp. 50 a 54. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, p. 65).

Vale a pena também fazer menção ao requerimento relativo a norma do Código do IRS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro, que permitia que a administração tributária fizesse aplicar a tributação em IRS às pensões de preço de sangue, «permitindo confundir pensões e indemnizações, carência e dano»:

«A consagração do princípio de *nullum tributum sine lege* representa uma garantia notável do Estado de direito. Com ele, pretende não só assegurar-se a regra de *quod omnes tanget...*, como também afastar-se a imprevisibilidade e insegurança dos contribuintes. (...) Compreende-se, pois, que a Constituição tenha ido além ao exigir um grau de determinabilidade das normas tributárias impositivas que afaste, o mais possível, a intervenção de critérios valorativos e decisórios por parte da administração fiscal. (...) A lei fiscal não pode tributar todos e quaisquer acréscimos patrimoniais, desinteressando-se da natureza jurídica que tenham e dos factos que lhes dão origem. Isto explica, aliás, a ausência de tributação dos actos ilícitos. (...) O poder de tributar não reside mais numa soberania fiscal ilimitada, sob pena de se reconhecer como causa da obrigação tributária, apenas e somente, a vontade soberana do legislador [tem de incluir-se nos objectivos constitucionalmente enunciados do sistema fiscal]»¹⁹³.

Em 1993, foram postas em causa normas de várias Portarias que, ao estabelecerem um adicional por metro cúbico de água consumida, cobrado aos clientes da cidade e concelho de Lisboa, para compensação de gastos públicos do Município de Lisboa, não sendo a Câmara Municipal a prestadora do

¹⁹³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1992*, pp. 62 a 75. Através do Acórdão n.º 308/2001, o Tribunal Constitucional declarou a norma inconstitucional.

serviço, criaram um verdadeiro imposto. Para além dos vícios apontados no requerimento relativos à inconstitucionalidade orgânica e formal, violavam também aquelas normas «o direito fundamental dos contribuintes de não pagarem impostos senão nos termos previstos na Constituição, positivado no art.º 106.º, n.º 3, da Constituição, direito fundamental cuja analogia com os direitos, liberdades e garantias é flagrante»¹⁹⁴.

Em 1999, o Provedor de Justiça dirigiria ao Tribunal Constitucional um requerimento visando a declaração de inconstitucionalidade de normas da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da tributação do rendimento real. No pedido pode ler-se o seguinte:

«Ao presumir-se uma matéria colectável fixada de acordo com indicadores definidos anualmente pelo Ministro das Finanças, ficando o contribuinte com o ónus de provar por que razão não atingiu o valor determinado – sendo certo por um lado que a demonstração em causa poderá não se mostrar fácil dada a disparidade de situações e a diversidade de circunstancialismos que podem condicionar o exercício da mesma actividade e, por outro, que se a justificação apresentada pelo sujeito passivo não satisfizer a administração fiscal esta se encontrará legitimada a liquidar uma quantia que não corresponde ao montante declarado – o que se faz é transformar a necessária subsidiariedade da avaliação indirecta, que de resto resulta explicitamente dos arts.º 85.º, n.º 1 e 81.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária, na regra geral para a

¹⁹⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 34 a 42. O Tribunal Constitucional não conheceu de parte do pedido e não declarou inconstitucional a parte restante (Acórdão n.º 1108/96).

determinação naqueles casos da matéria colectável. (...) A determinação de um nível médio de matéria colectável nos termos do preceituado nos arts.º 87.º, alínea c), 89.º, 90.º, n.º 2 e 75.º, n.º 2, alínea c) da Lei Geral Tributária já seria admissível se por exemplo fosse utilizada como ponto de partida para uma acção de fiscalização sobre o sujeito passivo que apresentasse uma declaração de valores que se afastassem significativamente para menos, sem razão aparente, de um montante tido como indicativo da rentabilidade da respectiva actividade, mas não como meio efectivo e mecanismo-regra para a determinação da quantia a liquidar ao contribuinte, como é permitido pela actual legislação, sem prejuízo de aquele poder iludir a presunção, mas neste caso tendo a seu cargo o ónus daquela prova. (...) Pelo que a solução constante designadamente dos arts.º 87.º, alínea c), 89.º, 90.º, n.º 2 e 75.º, n.º 2, alínea c) da Lei Geral Tributária (...) traduz em si mesma um desvirtuamento dos valores estruturantes do sistema financeiro e fiscal consagrado na nossa Constituição, revelando-se aqueles preceitos inconstitucionais por violação dos princípios da capacidade contributiva e da tributação do rendimento real ínsitos nos arts.º 13.º, 103.º, n.º 1 e 104.º da Lei Fundamental»¹⁹⁵.

Finalmente, destaca-se o pedido referente a normas da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2000, e que determinavam que os valores das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos seriam fixados, para o continente, por portaria dos Ministros das Finanças e da Economia e, para as regiões autónomas, por portaria do

¹⁹⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 160 a 186. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido quanto a uma das normas, e não declarou a inconstitucionalidade das restantes (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, p. 1240).

membro competente do respectivo Governo Regional, dentro dos intervalos estabelecidos anualmente pela lei que aprova o orçamento do Estado. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, pelo facto de as normas se encontrarem, à data da decisão, feridas de caducidade, visto constarem de lei do orçamento, e ter terminado o respectivo ano de vigência¹⁹⁶.

Sendo certo que, em todos os orçamentos do estado, era repetida solução normativa idêntica, sofrendo assim, tais normas, de vício idêntico ao da norma citada, não deixou então de se fazer notar que a sucessiva inclusão de normas substantivas – sobre tributos ou outras matérias – em leis do orçamento poderia conduzir à subtracção de tais normas à possibilidade de fiscalização abstracta da constitucionalidade. Isto, se entre o pedido e a decisão ocorresse termo de vigência do orçamento. Assim sendo, considerou-se hipoteticamente necessária a reiteração, no início de cada ano, e reportado às novas normas, de idêntico pedido.

Foi o que se fez quanto a este caso concreto: aprovada uma nova lei do orçamento, o Provedor de Justiça viria a requerer a inconstitucionalidade, desta feita das novas normas – da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2003 – com idêntico objecto e fundamentação, que aqui se transcreve:

«A faculdade concedida ao Executivo de fixar ele mesmo, com base num leque alargado de variações possíveis, a taxa em concreto do imposto sobre os produtos petrolíferos, revela-se desta forma não só contrária aos princí-

¹⁹⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 527 a 533, e *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p.1059.

pios mais elementares do nosso sistema fiscal e constitucional, como manifestamente potenciadora de profunda indefinição, incerteza e insegurança, sublinhando o carácter discricionário da actuação do Governo e preterindo o valor da segurança jurídica e inerente protecção da confiança dos cidadãos, essenciais num verdadeiro Estado de direito. (...) A fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos (...) [revela-se] contrária aos princípios da legalidade e tipicidade fiscais, que integram afinal a base de apoio do nosso quadro tributário-constitucional»¹⁹⁷.

2.4. Constituição política

Foram diversificadas as situações que induziram o Provedor de Justiça a dirigir-se ao Conselho da Revolução e ao Tribunal Constitucional por violação de normas que constituem a parte da nossa Constituição concernente à organização do poder político, de que se destacam as que seguem.

Num requerimento que teve por objecto normas da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro, e da Lei n.º 39/78, de 5 de Julho, na medida em que permitiam que os magistrados judiciais e do ministério público fossem transferidos, por conveniência de serviço, sempre que fossem classificados de medíocre ou de suficiente, e em que se invocou a violação do princípio da inamovibilidade dos juízes e da independência dos tribunais, diz-se:

¹⁹⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, pp. 1155 a 1164. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, p. 1049).

«Sendo evidente que a regra de inamovibilidade não pode (nem deve) ser entendida em termos absolutos – como sucederia a não existir regulamentação tipificadora das excepções – evidente será também que aquela regra, e o respeito que lhe é devido, ficarão despidos de sentido se a lei ordinária for pautada pela possibilidade de exercício de faculdades de natureza discricionária como aquela que permite determinar uma transferência por conveniência de serviço sem anuência, seja tal transferência pior ou melhor fundamentada. (...) Essa transferência consubstancia, nos casos em que ocorre, uma verdadeira sanção. E sanção que não tem a precedê-la, na sua aplicação, processo disciplinar adequado, onde o visado pudesse alinhar a sua defesa contra tal medida ou onde, designadamente, se lhe concedesse a objectiva possibilidade de estruturar a sua discordância quanto à conveniência da mesma medida. (...) O dispositivo legal que melhor serviria a regulamentação das excepções admitidas pelo princípio constitucional da inamovibilidade seria o que preceituasse só poderem ocorrer transferências ou pelo decurso do sexénio, ou por iniciativa própria, ou por anuência, ou em resultado de processo disciplinar»¹⁹⁸.

Num outro pedido, reportado às normas do Decreto-Lei n.º 322/91, de 6 de Setembro, do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, e do Decreto-Lei n.º 51/86, de 14 de Março, relativas à fixação de indemnizações de bens nacionalizados, que atribuíam, ao Ministro das Finanças, competência para fixar, por despacho definitivo, o valor da

¹⁹⁸ O Conselho da Revolução decidiu declarar a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1982*, pp. 66 a 71).

indenização, invocou-se a violação do princípio da reserva de função jurisdicional, actualmente constante do artigo 202.º da Constituição¹⁹⁹.

A propósito ainda de normas do Código de Justiça Militar e do Decreto-Lei n.º 404/82, de 24 de Setembro, que atribuíam, aos Tribunais Militares, outras competências para além das permitidas no texto constitucional, refere-se, num pedido de 1995, o que segue:

«As funções e competências dos Tribunais em geral, e dos Tribunais Militares em particular, são as que se encontram consignadas nos (...) arts. 205.º, 208.º e 215.º da Constituição, sendo o estrito respeito por essas competências pedra angular do chamado princípio da separação de poderes, apanágio do moderno Estado de Direito. (...) A competência resulta da lei, e só pode ser exercida na medida em que a lei a atribua, em conformidade com o princípio da legalidade, nas suas vertentes da preferência e reserva de lei. (...) O princípio da legalidade tem por conteúdo não apenas a lei formal, mas todo o bloc légal, na expressão de Maurice Hauriou. (...) No Estado Social de Direito, a ideia de subordinação à lei formal é complementada pela ideia de subordinação ao Direito, incluindo-se aí, por maioria de razão, a Constituição, enquanto fonte normativa superior. (...) Para além do princípio de competência limitada (art. 215.º da Constituição), no caso em apreço encontra pleno acolhimento o princípio da separação de poderes (art. 114.º), na sua vertente do princípio da definição constitucional da competência dos órgãos de soberania (art. 113.º, n.º 2). (...) Isto significa, por um lado, que nenhum

¹⁹⁹ *Relatório Intercalar do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1991*, Provedoria de Justiça, pp. 49 a 69. O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (Acórdão n.º 452/95).

órgão de soberania se permitirá intrometer nas funções materiais específica e principalmente atribuídas a outro órgão. (...) E, por outro, a indisponibilidade do núcleo essencial de funções pelo próprio legislador. (...) Conforme se consagra expressamente no (...) art. 113.º, n.º 2, a competência dos órgãos de soberania é a definida na Constituição. Daí decorrem dois sub-princípios: o da reserva ou exclusividade constitucional e o da precedência de lei constitucional. (...) Princípio da reserva ou exclusividade constitucional, quanto à formação, composição, competência e funcionamento. (...) Princípio da precedência da lei constitucional, quanto à necessidade de autorização constitucional expressa das leis que ampliam o círculo de competências dos órgãos de soberania. (...) Ao conferir aos Tribunais Militares outras competências, para além do exercício da função jurisdicional relativamente a crimes essencialmente militares, aos crimes dolosos equiparados àqueles e para a aplicação de penas disciplinares, a lei que o fizer será materialmente inconstitucional por violar os preceitos constitucionais dos arts. 113.º, n.º 2, 205.º, 208.º e 215.º»²⁰⁰.

No âmbito da fundamentação dos actos administrativos, num pedido, de 1983, reportado a normas do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, que determinavam, com eficácia interpretativa em relação ao Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, que os actos de transferência ou exoneração de funcionários nomeados no exercício de poderes discricionários se consideram «suficientemente fundamentados quando o fundamento invocado for o

²⁰⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 274 a 283. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, por revogação superveniente das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

da conveniência de serviço», estando em causa a violação designadamente do artigo 268.º, n.º 2 (à data), da Constituição, afirmou-se:

«O n.º 2 do artigo 268.º da Constituição integrou na Lei Fundamental o princípio da fundamentação dos actos administrativos, antes apenas constante da lei ordinária. (...) E fá-lo em termos de se exigir “fundamentação expressa” para os actos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (...). (...) Ora, não corresponde, como parece claro, à exigência de fundamentação expressa a mera invocação de “conveniência de serviço”, não concretizada ou especificada»²⁰¹.

Com respeito ao acesso aos documentos administrativos, e tendo por objecto uma norma do Decreto-Lei n.º 34-A/89, de 31 de Janeiro, que estabelecia como regra sobre o acesso ao conteúdo das actas do Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros, em matéria de listas de graduação de funcionários, a da confidencialidade, explicita-se, no pedido então dirigido ao Tribunal Constitucional, que

«o art.º 268.º, n.º 2 da CRP tem como pressuposto a concepção de uma Administração aberta, agindo com publicidade e em comunicação para o exterior, afastando a concepção anterior de Administração autoritária, fechada sobre si e decidindo em segredo. (...) O direito de acesso aos documentos

²⁰¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1983*, pp. 23 a 32. O Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 1984*, p. 77). Mais tarde, veio a declarar a inconstitucionalidade das mesmas, na sequência de um pedido do Ministério Público, possibilitado pelo julgamento em três casos concretos de inconstitucionalidade (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1987*, p. 80).

administrativos, garantido pelo art.º 268.º da CRP (...) beneficia do regime dos direitos, liberdades e garantias, por via do art.º 17.º da Constituição. (...) Razão pela qual lhe é aplicável o disposto no art.º 18.º (CRP)»²⁰².

São vários os requerimentos apresentados ao Tribunal Constitucional respeitantes às regras constitucionais sobre actos normativos, hoje constantes do artigo 112.º da Lei Fundamental.

Assim, a propósito de uma norma do Decreto-Lei nº 74/79, de 4 de Abril (regime jurídico da atribuição de licenças para a exploração da indústria de transportes de aluguer em veículos ligeiros de passageiros), por violação do princípio da tipicidade da forma e da força de lei, lê-se no respectivo requerimento:

«O elenco do [então] art.º 115.º, n.º 1, deve ser considerado como um *numerus clausus*, em virtude da proibição introduzida pela 1.ª parte do n.º 5 do mesmo artigo, onde se veda a criação *ex lege* de outras formas de actos legislativos. (...) A esta tipicidade da forma de lei corresponde também uma tipicidade de força de lei, (...) como é preceituado na segunda parte do mesmo art.º 115.º, n.º 5, da Constituição. (...) Aqui se proíbe a atribuição, por via de lei, a actos que não revistam uma das formas previstas no n.º 1 do art.º 115.º, da capacidade de interpretar, modificarem, suspenderem ou revogarem qualquer dos preceitos contidos em actos de natureza legislativa (pelo menos, formal), com eficácia externa. (...) Deste modo, está vedada a atribuição aos actos das diversas funções do Estado, que não a legislativa,

²⁰² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 101 a 104. A norma não foi declarada inconstitucional (Acórdão n.º 527/96).

de poderes de interacção com os actos provindos da função legislativa, com força obrigatória geral, isto é, (...) equiparando-se em eficácia ao próprio acto legislativo»²⁰³.

Num outro pedido, em que estava em causa a norma do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro (Estatuto dos Governadores Civis) – e todas as normas regulamentares por aquela habilitadas –, que remetia à normação regulamentar as matérias da competência policial dos governadores civis e não disciplinadas em lei ou regulamento geral, funcionando como norma habilitante designadamente dos regulamentos de polícia, esclarece-se:

«A Constituição, no seu [então] art. 115.º, n.º 6, impõe a forma de decreto regulamentar para os regulamentos independentes do Governo, deixando ao critério do legislador a adopção desta ou outra forma para os regulamentos executivos ou subordinados. Não pode assim o legislador escolher naquilo que foi subtraído ao seu desígnio, ou seja, um regulamento independente do Governo há-de seguir a reserva de decreto regulamentar, não cabendo ao legislador a inversão da regra constitucionalmente fixada»²⁰⁴.

²⁰³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 43 a 50. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma, embora com restrição de efeitos (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, pp. 845 e 846).

²⁰⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 284 a 292. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, por revogação superveniente da norma legal, também estando revogada a maior parte dos actos regulamentares impugnados (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, p. 701).

Em 2000, foi a vez do pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas da Portaria n.º 7/99, de 11 de Fevereiro, do Governo Regional dos Açores, com a seguinte fundamentação:

«Todos os regulamentos devem mencionar as leis que os legitimam, traduzindo-se a ausência dessa menção na falta de um elemento formal constitucionalmente necessário, pelo que tais regulamentos padecem de inconstitucionalidade formal. (...) Isso é assim, mesmo quando seja possível identificar a lei habilitante, pois a função da exigência da identificação expressa consiste não apenas em disciplinar o uso do poder regulamentar, mas também em garantir a segurança e a transparência jurídicas, sobretudo relevante à luz dos princípios do Estado de direito democrático»²⁰⁵.

Relacionado com os poderes, designadamente legislativos, atribuídos, à data, às regiões autónomas, mostra-se também o requerimento, já atrás mencionado²⁰⁶, referente às normas do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário adaptado à Região Autónoma dos Açores, e do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, no qual se pode ler:

«Estabelecendo disciplina jurídica inovadora quanto à matéria dos concursos previstos no Estatuto em análise, invocando para tal o interesse específico da Região (...), fez em termos substantivos o Governo Regional uso

²⁰⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2000*, pp. 512 a 514. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do pedido, por revogação superveniente das normas (Relatório citado, p. 701).

²⁰⁶ V. *supra* p. 58.

de uma das atribuições conferidas pela Constituição às Regiões Autónomas – a de legislar em matérias de interesse específico para aquelas, prevista no art.º 227.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental – mas cujo exercício lhe está também constitucionalmente vedado, cabendo em exclusivo à Assembleia Legislativa Regional (cf. art.º 232.º, n.º 1, conjugado com o citado art.º 227.º, n.º 1, alínea a), do texto fundamental)»²⁰⁷.

Com referência aos princípios constitucionais que envolvem a actividade administrativa em geral, veja-se o pedido de inconstitucionalidade da norma do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril, consagrador de uma solução legal no sentido de que o instrutor do processo disciplinar militar era, em regra, o chefe que havia determinado a sua instauração, por violação do princípio da imparcialidade da Administração Pública, contido no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição:

«Sendo os princípios vertidos no art.º 266.º, n.º 2 da Constituição aplicáveis à administração militar, terão os órgãos e agentes da administração militar no exercício das suas funções que se conformar com eles. (...) O princípio da imparcialidade, como é natural, não pode deixar de se aplicar no âmbito do procedimento administrativo sancionatório. (...) Efectivamente, o princípio da imparcialidade aplica-se ao conjunto da actividade administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, pois constitui um princípio de todo o funcionamento administrativo, vinculando, consequentemente a totalidade da actividade da Administração Pública. (...) Po-

²⁰⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, pp. 977 a 996. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade orgânica das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, p. 1240).

dendo ser aplicadas, em processo disciplinar militar penas privativas ou restritivas de liberdade, o que, em regra, só deveria ocorrer em processo criminal, justifica-se a aplicação analógica ao domínio disciplinar militar de certos princípios consagrados na constituição quanto ao processo criminal. (...) Do regime constitucional relativo ao processo criminal (...) resulta que os juízos de pronúncia e de julgamento têm que ser necessariamente diferentes. (...) Isto é, como garantia da imparcialidade do julgamento o juiz de pronúncia, que acusa, e o juiz de julgamento, que decide a pena a aplicar (ou não) são necessariamente pessoas diferentes. (...) A imparcialidade administrativa só é integralmente garantida se existir separação institucional e procedimental entre o órgão que conduz a fase instrutória de um procedimento administrativo, ou seja, o órgão competente para proceder à recolha e tratamento da informação juridicamente relevante no caso e o órgão encarregue de avaliar e ponderar os elementos informativos recolhidos, isto é, o órgão competente para praticar o acto administrativo decisório»²⁰⁸.

Cita-se, também, o requerimento, apresentado em 1993, reportado à norma do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, referente ao quorum das deliberações dos órgãos colegiais, em que se invoca a violação do artigo 119.º (à data, hoje é o 116.º), n.º 2, da Constituição, afirmando-se que

«o instituto do quorum constitui uma garantia do princípio da separação e independência dos órgãos de soberania (...), ao permitir que o equilíbrio

²⁰⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, pp. 622 a 627. O Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1059).

maioria-oposição, chave dos sistemas políticos modernos, não seja perturbado [cita-se Canotilho]. (...) A concepção de poder político que a Constituição assume nesta epígrafe da sua parte III [dedicada à organização do poder político] não é, em termos sintéticos, compaginável com uma redução ao exercício da função política *stricto sensu* (...) nem tão pouco ao da função política *lato sensu* [cita-se Jorge Miranda]. (...) O poder político, em sede de aplicação dos princípios gerais, equivale a poder público (...). (...) O âmbito subjectivo do art.º 119.º, n.º 2 engloba todos os órgãos colegiais que integram qualquer das funções do Estado, em sentido amplo, a saber, a política, a legislativa, a administrativa e a judicial»²⁰⁹.

Atente-se, agora, noutras matérias que integram ainda a denominada Constituição política.

Em 1993, o Provedor de Justiça pediu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas do Decreto-Lei n.º 103-B/89, de 4 de Abril, por prescreverem uma tutela administrativa do Governo sobre as autarquias locais que excedia a da mera legalidade. Visava-se, com estas normas, bem como com as normas orçamentais que anualmente as executaram (e cuja inconstitucionalidade se pediu também que fosse declarada), habilitar o Governo a reter receitas próprias do Fundo de Equilíbrio Financeiro para cumprimento de obrigações dos municípios para com a EDP, Electricidade de Portugal S.A. decorrentes do fornecimento de energia eléc-

²⁰⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 50 a 65. Pelo Acórdão n.º 364/94, o Tribunal Constitucional não declarou a norma inconstitucional, porquanto o âmbito do Código do Procedimento Administrativo não abrangeria o âmbito da solução do artigo 119.º da Lei Fundamental.

trica, em violação dos então artigos 243.º, n.º 1, e 254.º da Constituição. O Tribunal Constitucional decidiu positivamente, considerando que a retenção por parte do Governo das citadas receitas, consignando parte das receitas municipais a determinada despesa e procedendo ao cumprimento da obrigação, exorbitava dos estritos parâmetros da tutela administrativa²¹⁰.

No que toca às garantias do recurso contencioso, recorde-se o pedido relativo às normas do Regulamento de Disciplina Militar (RDM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril, do Estatuto Militar da GNR (EMG NR), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 465/83, de 31 de Dezembro, e da Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas, aprovada pela Lei n.º 29/82, de 11 de Dezembro, onde se lê o seguinte:

«O recurso contencioso de anulação de actos administrativos encontra-se garantido pelo art.º 268.º, n.º 4 (CRP), em termos de não excluir a priori quaisquer actos administrativos. (...) Muito embora esta garantia se encontre colocada fora do título II, da Parte I da Constituição, goza do regime de protecção dos direitos, liberdades e garantias por via da cláusula de extensão do art.º 17.º (CRP). (...) Por consequência, vê salvaguardada a sua posição contra restrições efectuadas à margem do disposto no art.º 18.º, n.ºs 2 e 3 (CRP). Ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Militar para conhecer dos recursos contenciosos de alguns actos administrativos (...) restringe a esfera de protecção do art.º 268.º, n.º 4 da Constituição. (...) O recurso contencioso, por ilegalidade de todos e quaisquer actos administrativos, que firam direitos ou interesses legalmente protegidos, não pode deixar de ser

²¹⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, p. 883.

o recurso para os tribunais administrativos com todas as garantias e meios processuais, principais ou acessórios, que o estatuto e a lei reguladora do processo oferecem ao administrado recorrente»²¹¹.

2.5. *Princípios da confiança e da segurança jurídicas*

Transversais a todo o texto constitucional, os princípios da confiança e da segurança jurídicas, decorrentes designadamente do conceito de Estado de direito democrático, com expressão no artigo 2.º da Constituição, constituíram, conforme já afluído, ao longo destas três décadas, uma das principais, se não a principal, linha argumentativa das iniciativas do Provedor de Justiça junto do Conselho da Revolução e do Tribunal Constitucional.

Aqui ficam apenas alguns casos que contêm a argumentação mais marcante:

Num requerimento que teve por objecto uma norma da Lei n.º 56/90, de 5 de Setembro, que criou, com carácter retroactivo, determinadas incompatibilidades aplicáveis aos deputados ao Parlamento Europeu, afirma-se que

«as pessoas e a comunidade devem viver em segurança jurídica e têm que “acreditar” na ordem jurídica. A retroactividade das leis apenas poderá vulne-

²¹¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 85 a 101. O Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 127.º do RDM, não tomou conhecimento do pedido das normas do EMG NR, por revogação, e não declarou a inconstitucionalidade das demais normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1059).

rar essa confiança quando razões de muito bem configurável interesse público a justifiquem»²¹².

Num outro pedido, de 1992, relativo a normas do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34-A/90, de 24 de Janeiro, escreve-se assim:

«Muito embora possa ser difícil discernir em muitos casos onde situar a fronteira entre expectativa de facto e de direito, no caso vertente não podem deixar de reconhecer-se verdadeiras expectativas jurídicas. (...) São-no, tanto quanto foram geradas na lei e a legitimidade que daí retiram conferem-lhes alguma protecção. (...) Tal protecção há-de revelar-se mais intensa, na medida em que tal expectativa, pela opção de muitos militares no activo de passarem à reserva assentar na confiança e certeza na não precariedade da ordem jurídica oferecidas pela estabilidade das instituições e pela garantia do Estado de direito. (...) Os parâmetros de razoabilidade impostos pelo princípio do Estado de direito hão-de girar à volta dos seguintes aspectos: a necessidade da retroactividade como ultima ratio, a previsibilidade dos cidadãos simplesmente lesados ou afectados nas alterações da ordem jurídica e o carácter opressivo e desmesurado no balanço entre as vantagens obtidas pelo interesse público ou outros valores constitucionais e o sacrifício infligido aos cidadãos que, neste caso, confiaram na permanência da essencialidade das suas situações jurídicas profissionais»²¹³.

²¹² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1990*, pp. 17 a 19. O Tribunal Constitucional declarou a norma inconstitucional (Acórdão n.º 473/92).

²¹³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1992*, pp. 48 a 62. O Tribunal Constitucional não deu provimento ao pedido (Acórdão n.º 786/96).

Veja-se também a argumentação, constante de um pedido de 1994, de normas de um Despacho do Secretário de Estado dos Recursos Educativos de 23 de Outubro de 1992 que regulavam o acesso a determinado escalão da carreira docente:

«Não restam dúvidas, hoje, quanto à subordinação do Estado ao direito que ele próprio cria. Isto não redundaria, naturalmente, na imutabilidade da ordem jurídica. Antes significa que no exercício do poder legislativo, o Estado há-de respeitar limitações decorrentes dos seus actos tomados preteritamente, a começar pelos actos legislativos, em razão das situações jurídicas que se constituem e se consolidam sob a sua eficácia. (...) Eis, então, os traços essenciais do princípio da confiança na ordem jurídica, traduzido na esfera jurídica dos membros de uma mesma comunidade política-jurídica, no direito de poder confiar nos actos praticados pelos respectivos órgãos de poder, quando esse poder se submete ao direito»²¹⁴.

Ou do requerimento relativo a normas do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro²¹⁵:

²¹⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, pp. 291 a 314. O Tribunal Constitucional decidiu não conhecer do pedido por as normas impugnadas não serem normas com efeito externo, logo não passíveis de sujeição ao mecanismo da fiscalização da constitucionalidade (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, p. 846).

²¹⁵ Que visava garantir a boa execução dos instrumentos regionais de planeamento urbanístico, determinando a caducidade de direitos conferidos por actos praticados anteriormente à entrada em vigor das normas de uso e ocupação do solo designadamente decorrentes de planos regionais de ordenamento do território (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 224 a 238). O Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas, mas reconhece, na parte decisória, o dever de o Estado indemnizar os titulares das licenças urbanísticas, nos termos do Decreto-Lei n.º 48 051, de 27 de Novembro de 1968 (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, p. 597).

«Na ordem jurídico-constitucional portuguesa, a retroactividade da lei nova não é genericamente excluída. No entanto, quanto a normas incriminadoras (...) e a normas restritivas de direitos, liberdades e garantias (...) não deixou a Constituição de formular verdadeiras proibições de retroactividade. (...) Independentemente da posição que possa assumir-se relativamente ao conteúdo do direito consagrado [no caso] no art. 62.º, n.º 1, da CRP, o certo é poder e dever reconduzir-se o jus aedificandi à liberdade de iniciativa económica privada (...). Esta liberdade, desde a revisão constitucional de 1982 é protegida, entre outros dispositivos constitucionais, pelo art. 61.º, n.º 1, da CRP (...). Como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, é imperioso não descurar a regra constitucional da proibição absoluta de retroactividade das restrições a estes direitos, consagrada no (...) art. 18.º, n.º 3, da CRP».

Por último, refira-se o pedido de normas do Estatuto dos Militares da GNR, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, do Decreto-Lei n.º 170/94, de 24 de Junho, do Decreto-Lei n.º 259/94, de 22 de Outubro, e do Decreto-Lei n.º 59/90, de 14 de Fevereiro, que alterariam significativamente a situação jurídica dos militares e agentes das forças de segurança nas situações de reserva e de pré-aposentação, colocando-os numa posição desfavorável face ao regime anterior:

«A premência das modificações caberá ao legislador soberanamente conhecê-la, mas cingindo-se ao limite da menor lesão da esfera jurídica dos cidadãos. (...) No que à previsibilidade se refere, haverá que ter em conta dois pontos de partida. Primeiro, compete ao legislador, legitimado pela vontade popular, determinar em cada momento as melhores opções. Segundo,

ele deve vincular-se à regra de o cidadão ficar em condições de prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas. Deve poder confiar em que a sua actuação de acordo com o Direito seja reconhecida pela ordem jurídica e assim permaneça em todas as suas consequências juridicamente relevantes. (...) Esta confiança é violada sempre que o legislador atribua a situações de facto constituídas e desenvolvidas no passado consequências jurídicas mais desfavoráveis do que aquelas com que o atingido podia e devia contar. Um tal procedimento legislativo afrontará frontalmente o princípio do Estado de Direito Democrático»²¹⁶.

3. Fiscalização da constitucionalidade por omissão

São naturalmente muito menos as iniciativas do Provedor de Justiça no exercício dos seus poderes que decorrem do artigo 283.º da Constituição. De facto, e enquanto que, ao nível da fiscalização abstracta, há toda uma panóplia de normas infraconstitucionais que diariamente são aprovadas, abrindo um leque de possibilidades de um seu hipotético confronto com os ditames constitucionais, a fiscalização por omissão está limitada às normas constitucionais de natureza preceptiva não exequíveis por si mesmas, em número sempre restrito, e em âmbito que só é modificado por superveniência de revisão constitucional.

²¹⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 254 a 274. O Tribunal Constitucional não tomou conhecimento de parte do pedido, por revogação das normas, e não declarou inconstitucionais as restantes (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 670).

Deste modo, far-se-á aqui uma referência a todos os requerimentos constantes dos Relatórios anuais do Provedor de Justiça à Assembleia da República, apresentados ao abrigo daquela norma constitucional, em que o pedido no sentido da verificação da omissão de medidas legislativas para tornar exequíveis normas constitucionais constituiu o pedido principal. Estes pedidos do Provedor de Justiça – sete – correspondem à quase totalidade dos pedidos dirigidos – oito –, ao Tribunal Constitucional, desde 1982, ao abrigo da norma da Constituição mencionada²¹⁷.

Assim, em 1987, foi requerida, ao Tribunal Constitucional, a verificação da omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à norma do artigo, à data, 120.º, n.º 1, da Constituição, referente à responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos. A Assembleia da República viria a aprovar, nesse mesmo ano, a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, regulando a responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos, tipificando as infracções e estabelecendo as respectivas sanções.

Pode ler-se no correspondente requerimento, quanto aos requisitos para a activação do artigo 283.º da Lei Fundamental, o seguinte:

«Verificam-se, neste caso, os três pressupostos exigíveis para o funcionamento do instituto da inconstitucionalidade por omissão:

a) O não cumprimento da Constituição deriva da violação de uma norma constitucional (...);

²¹⁷ V. infra p. 191.

- b) Esta norma constitucional não é exequível por si mesma, não só porque remete a sua efectivação para lei futura como ainda porque o princípio da legalidade (...), na sua vertente da tipicidade, exigiria sempre a definição por lei da conduta punível e da respectiva pena;
- c) O juízo sobre o tempo em que a lei (...) deveria ser publicada também inculca no sentido da necessidade de tal lei e da obrigação de o legislador a ter já produzido (...)»²¹⁸.

Naquele mesmo ano, foi ainda pedida a verificação da omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade às normas do artigo 35.º, n.ºs 2 e 4, da Constituição, relativas à protecção dos cidadãos perante a informática²¹⁹. O Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 182/89, viria a verificar, pela primeira vez, a referida inconstitucionalidade por omissão. Posteriormente foi publicada a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, que deu cumprimento à Constituição, nos termos indicados.

Em 1990, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 36/90, não verificaria a inconstitucionalidade por omissão, requerida pelo Provedor de Justiça, de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à norma constitucional relativa ao regime dos referendos locais (na medida em que, à data da decisão, a iniciativa legislativa conducente à aprovação da legislação já estaria em curso). A respectiva regulamentação, feita através

²¹⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1987*, pp. 48 a 53. Atendendo à aprovação da referida legislação, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 276/89, não verificaria essa inconstitucionalidade.

²¹⁹ Relatório citado, pp. 65 a 68.

da Lei n.º 49/90, viria a ser publicada (em 24 de Agosto), pouco tempo após a data da publicação daquela decisão do Tribunal Constitucional²²⁰.

Através do Acórdão n.º 359/91, o Tribunal Constitucional não deu por verificada a inconstitucionalidade por omissão de uma medida legislativa que expressamente determinasse, conforme pedido pelo Provedor de Justiça, a aplicabilidade às uniões de facto em que há filhos menores, das normas do Código Civil relativas à transferência, entre cônjuges, do arrendamento para habitação (o Tribunal, no mesmo Acórdão, declarou, no entanto, também a pedido do Provedor de Justiça, a inconstitucionalidade do Assento do Supremo Tribunal de Justiça que considerou não serem aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores, as referidas normas do Código Civil²²¹)²²².

Em 1993, o Provedor de Justiça dirigir-se-ia ao Tribunal Constitucional para requerer a verificação da omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à norma do artigo 52.º, n.º 3, da Constituição, referente ao direito de acção popular²²³. Através do Acórdão n.º 638/95, o Tribunal Constitucional não daria por verificada a omissão em causa, na medida em que, à data daquela decisão, tinha sido já publicada a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, contendo a disciplina jurídica do direito de acção popular. Nota-se, aqui, que o projecto de acórdão apresentado pelo relator, antes da publicação daquele diploma, na sequência do requerimento dirigi-

²²⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1990*, p. 138.

²²¹ V. supra p. 83.

²²² Relatório citado, pp. 22 e 23.

²²³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 30 a 34.

do, em 1993, pelo Provedor de Justiça ao Tribunal Constitucional, propunha que se desse por verificado o não cumprimento da Constituição pelo motivo invocado pelo Provedor, e que se desse conhecimento dessa verificação à Assembleia da República.

A omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à norma do artigo 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição, relativa ao direito dos trabalhadores, no caso, da Administração Pública, à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, veio a ser suscitada em 1994. O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 474/02, verificaria a inconstitucionalidade por omissão invocada, e o Governo encetaria, cinco anos depois, diligências para o cumprimento da decisão²²⁴.

É a seguinte a fundamentação daquele requerimento:

«No caso do direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, a analogia da sua natureza com a dos direitos, liberdades e garantias revela-se, desde logo, na sua ligação com o direito fundamental que é condição prévia da existência de todos os outros direitos das pessoas singulares e condição primeira da dignidade humana: o direito à vida. (...) O direito dos trabalhadores involuntariamente desempregados à assistência material é reconhecido, no proémio do art.º 59.º, n.º 1, da Constituição, a todos os trabalhadores. (...) Deve, pois, concluir-se que também os funcionários ou agentes da Administração

²²⁴ V. supra p. 63.

Pública têm constitucionalmente direito à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, por virtude do art.º 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição. (...) Estando em causa (...) um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, não é dada ao legislador ordinário total margem de livre decisão no tocante à oportunidade de concretização do direito, pois não se está face a um direito “sob reserva do possível” [cita-se Vieira de Andrade], facto que autorizaria o poder legislativo ordinário a diferir a sua concretização ou desenvolvimento de acordo com uma opção que tomasse relativamente à afectação de recursos disponíveis»²²⁵.

Finalmente, viria a ser pedida, em 1999, ao Tribunal Constitucional, a verificação da omissão de medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à parte final do artigo 239.º, n.º 4, da Constituição, relativa à possibilidade de iniciativa não partidária de apresentação de candidaturas a todos os órgãos autárquicos, no caso, reportada aos órgãos dos municípios. O Tribunal Constitucional não verificou a inconstitucionalidade por omissão, já que entretanto fora publicada a legislação em falta.

No pedido em causa pode ler-se:

«É certo que a Constituição não fixa neste caso um prazo determinado para a feitura das normas legislativas em apreço, como aliás também sucede na generalidade dos casos. (...) Na ausência dessa fixação, é unânime a doutrina em estabelecer a apreciação do momento relevante para se formular um juízo

²²⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, pp. 320 a 327, e *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1060.

de incumprimento de acordo com a natureza da norma e as condições objectivas que tornem mais ou menos necessária ou imperiosa a tarefa legislativa»²²⁶.

A utilização, ainda que circunscrita aos casos elencados, da faculdade conferida ao Provedor pelo artigo 283.º do texto constitucional, foi determinante para a concretização da Constituição em domínios tão fundamentais como os dos direitos pessoais, direitos dos trabalhadores, e direitos de participação política.

²²⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 254 a 257, e *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2001*, p. 671.

Algumas decisões de recusa de iniciativa

Muitas são as decisões do Provedor de Justiça, ao longo destas três décadas, que não tendo dado origem a requerimentos dirigidos ao Conselho da Revolução ou ao Tribunal Constitucional, reflectem o pensamento e principais linhas interpretativas da Constituição, por parte dos sucessivos titulares do órgão. Em alguns desses casos, as iniciativas da instituição levaram inclusive a alterações do quadro legal português.

Assim, por exemplo, no domínio do acesso ao direito – objecto, como se viu, de vários requerimentos no âmbito da fiscalização da constitucionalidade –, o Provedor de Justiça recomendou, logo em 1977, a propósito do processo de revisão da legislação que vigorava, à data, sobre a matéria, um conjunto de medidas tendentes a reforçar as garantias do arguido em processo penal e o próprio direito ao apoio judiciário, designadamente propondo a assistência obrigatória de advogado ao arguido preso ou em liberdade, e a adaptação da tabela de honorários, no âmbito do apoio judiciário, de acordo com a natureza e a complexidade do processo²²⁷.

A extensão do apoio judiciário aos tribunais de trabalho, operada pelo Decreto-Lei n.º 44/77, de 2 de Fevereiro, aconteceu também na sequência de uma anterior intervenção do Provedor de Justiça junto do legislador²²⁸.

²²⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1977*, pp. 81 a 84.

²²⁸ *Relatório citado*, pp. 168 e 169.

Em 2005, o Provedor de Justiça viria a propor ao Governo um conjunto de alterações à Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, e Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto, que passaram a regular a matéria do acesso ao direito. Concretamente recomendou-se, entre várias outras medidas, a introdução

«de uma solução que possibilite ao requerente da protecção jurídica solicitar expressamente, no próprio requerimento que dá início ao procedimento que visa a concessão desse apoio, que a apreciação da insuficiência económica seja feita, no caso concreto, por referência aos seus rendimentos individuais, e não ao rendimento global do agregado familiar [como previa, à data, a lei], a presunção, pela lei, de um conjunto de situações em que a apreciação da insuficiência económica deva ser feita em função do rendimento individual do requerente da protecção jurídica – desde logo as situações em que o requerente da protecção jurídica pretende propor acção de divórcio litigioso, e em que litiga contra um ou mais membros do seu agregado familiar, e a ponderação de uma solução (...) que permita que na apreciação da insuficiência económica do trabalhador despedido requerente de protecção jurídica não seja considerado o rendimento resultante do trabalho que este auferia antes da data do despedimento»²²⁹.

Grande parte das referidas recomendações teria acolhimento na revisão da legislação operada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, que introduziu alterações à referida Lei n.º 34/2004, republicando-a.

²²⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 931 a 951.

Ainda no domínio dos princípios gerais do processo penal, no caso aplicados ao processo disciplinar, apresentou o Provedor de Justiça, em 1977, um conjunto de sugestões ao legislador para elaboração da lei de bases da função pública, relativas às garantias do funcionário público alvo de um procedimento disciplinar: aproximação às regras do direito processual penal; necessidade de instauração de processo disciplinar antes da aplicação de qualquer sanção; princípio do contraditório; natureza pública do processo disciplinar; sanções apenas com os efeitos previstos na lei; impossibilidade da aplicação de duas sanções à mesma infracção; competências para instaurar, instruir e decidir o processo atribuídas a pessoas diferentes; indispensabilidade da fundamentação da decisão; alargamento do âmbito do recurso contencioso; reforço das garantias em caso de suspensão preventiva, designadamente não implicando perda de vencimento ou remunerações acessórias; inversão do ónus da prova, que ficaria a cargo da administração²³⁰.

No campo da concretização dos direitos, liberdades e garantias, é ainda de destacar a recomendação legislativa formulada, em 2004, ao Governo, a propósito da prisão preventiva, no sentido designadamente de ser legalmente estabelecido que ao arguido que tivesse cumprido, no decurso de um processo penal, um determinado tempo em prisão preventiva, e que não viesse a ser condenado, nesse mesmo processo, pelo crime que a motivou, fosse atribuída uma indemnização pelos prejuízos sofridos na sequência da aplicação da referida medida de coacção.

Na mencionada recomendação é dito:

²³⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1977*, pp. 118 e segs.

«A prisão preventiva é, de entre todas as (...) medidas permitidas pela legislação nacional, a que problemas mais específicos acarreta para os respectivos destinatários, pelo afastamento a que os obriga relativamente ao meio familiar e social em que habitualmente se inserem, e pelo esforço subsequente a que os sujeita no sentido da integração num ambiente onde se conjugam, e sentem já, todos os elementos próprios da situação de reclusão para expiação de verdadeiras penas de prisão. Acrescem as questões que se suscitam, mais tarde, com a necessidade da reinserção dos mesmos na família e na sociedade das quais estiveram, mesmo que temporalmente, privados.

(...)

É, naturalmente, a comunidade que, em primeira linha, beneficia do instituto da prisão preventiva, aos seus interesses acudindo os pressupostos de aplicação das medidas de coacção, em grau superlativo neste caso. É justo, assim, que seja essa mesma comunidade que suporte os custos de uma prisão preventiva, estabelecida, como se viu, em sua função, e que não é amparada, a final, por um juízo condenatório que confirme a concretização do risco em quem prevaricou»²³¹.

A recomendação em causa viria a ter eco na recente alteração à legislação penal e processual penal, levada a efeito pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

A protecção às crianças, e designadamente aos menores em risco, foi uma tónica constante da actuação do Provedor de Justiça, patente, aliás, na criação, em 1993, da linha telefónica «Recados da Criança», e no desenvolvimento, ao longo dos anos, de acções inspectivas a instituições de acolhimento.

²³¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, pp. 729 a 748.

O quadro normativo constitucional e internacional de protecção das crianças foi designadamente convocado para justificar a intervenção do Provedor de Justiça, em 1997, no processo de atribuição de nacionalidade portuguesa a um menor acolhido, na Casa do Gaiato, sem qualquer identificação.

A recomendação, na qual se conclui «dever à criança, conhecida por E..., ser garantido o direito a um nome português, o direito ao registo civil do seu nascimento pelas autoridades portuguesas e o direito à cidadania portuguesa», no que foi acatada pela Administração, fundamentou-se nos seguintes pontos:

«Por motivo de a criança se encontrar em condições de ver registado o seu nascimento, tomando-se como suporte, nos termos da lei, a data e o local em que foi encontrada. Por não demonstrar indícios credíveis de qualquer ligação efectiva com outro país ou território autónomo. Parecendo irrazoável exigir a uma criança sem aparente ligação efectiva com outro Estado que prove esse mesmo facto negativo, o que, em rigor só seria possível no limite da exaustão de todos os países que integram a comunidade internacional. Considerando que se encontra privado de um nome, de assento de nascimento, de identificação civil, e que se encontra à margem de qualquer medida tutelar de menores, apesar do esforço notável e meritório da Casa do Gaiato de Lisboa. Reconhecendo os evidentes prejuízos para o desenvolvimento da sua personalidade. Observando a protecção constitucional de que às crianças, em especial às órfãs e abandonadas, é devida pelo Estado. Tendo presentes as normas e princípios de Direito Internacional Geral em matéria de cidadania das crianças e do combate à sua apatridia. Tomando em linha de conta o inexorável valor do costume internacional como fonte de direito e a sua plena recepção na ordem jurídica nacional, quando, como

neste caso, constitua Direito Internacional Geral ou Comum. Recordando as obrigações assumidas por Portugal ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 (...)»²³².

Em 2005, o Provedor viria a recomendar, ao Governo, o estabelecimento legal da possibilidade de os pais não casados, quando de comum acordo, exercerem conjuntamente o poder paternal, quer vivam ou não em união de facto (o que ainda não é possível, nos termos da lei)²³³. O Governo transmitiu a sua concordância quanto à solução proposta, aguardando-se uma oportuna revisão do Código Civil para a introdução da mesma.

No que toca à protecção à saúde, recorde-se a intervenção do Provedor de Justiça, ocorrida em 1993, relativa ao ressarcimento e compensação de lesões causadas por actos de transfusão de sangue e de produtos seus derivados contaminados pelo VIH, realizados em estabelecimentos públicos de saúde, a propósito do caso dos hemofílicos contaminados com lotes de factor VIII, um derivado do sangue. No âmbito da atribuição constitucional do órgão associada à prevenção e reparação de injustiças, foi recomendado ao Governo designadamente «a criação de um sistema de ressarcimento célere, eficaz e adequado aos valores de solidariedade nacional e de respeito pela dignidade humana», estendido a «todas as pessoas que foram infectadas através dos lesados por via da prestação de cuidados de saúde ou por consequência de outros factores inerentes às relações familiares» e a «todos quantos se encontrem em relação de estreita dependência económica do lesado,

²³² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997*, pp. 161 a 182.

²³³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 926 a 931.

na proporção dessa mesma dependência». Foi também sugerida a atribuição de diversos benefícios sociais associados ao tratamento domiciliário, à realização de programas culturais e de férias, à concessão de facilidades especiais na utilização de transportes públicos, à concessão de linhas de crédito bonificado para aquisição de habitação e meios de transporte próprios, e à concessão de diversos benefícios fiscais²³⁴.

Também nas matérias correntemente ligadas à segurança social, há que realçar a formulação, em 1978, de recomendação legislativa para alteração das disposições legais que impediam a contagem do tempo de serviço prestado ao Estado, a qualquer título e em qualquer ponto do território nacional (incluindo as antigas colónias), após a aposentação, e a sugestão tendo em vista a harmonização progressiva das disparidades existentes nos sectores público e privado, para organização do sistema de segurança social unificado e descentralizado a que alude o artigo 63.º da Constituição²³⁵.

A propósito desta norma da Lei Fundamental, veja-se, ainda, a posição tomada, em 2006, pelo Provedor de Justiça, a respeito da pretensão de integração dos bancários no regime geral de segurança social:

«O art.º 63.º, n.º 2, da Constituição determina que “incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários”.

²³⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1993*, pp. 147 a 164.

²³⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, p. 18.

A referida norma tem simultaneamente uma natureza preceptiva, que se traduz, no essencial, na imperatividade de o Estado criar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social com as características constantes do preceito, isto é, um sistema de segurança social universal (imposição que decorrerá do n.º 1 do artigo), unificado, descentralizado e participado, e uma natureza programática, representada no conjunto de tarefas a que o Estado se propõe, ou deve propor, para que o sistema de segurança social efectivamente criado e existente em cada momento seja progressivamente desenvolvido e aperfeiçoado.

Enquanto norma preceptiva, na dimensão acima referida, o comando constitucional insito no art.º 63.º, n.º 2, da CRP é imediatamente vinculativo, já que impõe ao legislador ordinário uma ordem concreta e específica de legislar – a criação de um sistema de segurança social com as características aí mencionadas –, podendo o seu não cumprimento, ou o seu incumprimento parcial, redundar numa omissão legislativa inconstitucional e fundamentar uma acção de inconstitucionalidade por omissão prevista no art.º 283.º da Constituição.

De outra banda, e na perspectiva do seu conteúdo programático, o preceito da Lei Fundamental de que nos ocupamos contém um conjunto de objectivos, ou melhor, um programa, a prosseguir pelo Estado – no sentido, não já da criação, mas da conformação concreta do sistema de segurança social, naturalmente no sentido do seu desenvolvimento e aperfeiçoamento –, programa este que está inevitavelmente dependente dos recursos e possibilidades que em cada momento histórico o legislador ordinário tem ao seu dispor para a respectiva concretização. Nesta medida, uma eventual omissão legislativa inconstitucional, legitimadora de uma acção de inconstitucionalidade por omissão, só poderia verificar-se se se pudesse concluir que, estan-

do reunidos todos os meios necessários a uma intervenção legislativa para a concretização desse programa ou de partes desse programa, o legislador ordinário, decorrido o tempo necessário para o fazer, não a efectivou.

Desde logo importa sublinhar que a densificação do direito à segurança social, proclamado em termos genéricos no n.º 1 do art.º 63.º da CRP, é tarefa em larga medida cometida ao legislador ordinário. A Constituição apenas determina, no n.º 3 do preceito e de forma não taxativa, as eventualidades que obrigatoriamente terão de estar salvaguardadas pelo sistema, impondo também que todo o tempo de trabalho contribua, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado (n.º 4 da mesma norma).

Fora das referidas determinações concretas do legislador constituinte, a margem de conformação pelo legislador ordinário do direito à segurança social é bastante ampla»²³⁶.

Ao nível da educação e ensino, recorde-se a intervenção, em 1996, junto do Ministério da Educação, na sequência da verificação de um conjunto de erros nas provas dos exames nacionais de acesso, naquele ano, ao ensino superior. Recomendou-se então, ao Governo, designadamente que fosse emitida,

«tão rápido quanto possível, uma regulamentação que contemple os mecanismos que permitam, caso se mostre necessário, corrigir desigualdades resultantes das várias vias que permitem a conclusão do ensino secundário e a candidatura ao ensino superior, ou eliminar, por padronização, as desigualdades resultantes das especificidades de cada exame»²³⁷.

²³⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2006*, Vol. II, pp. 1195 a 1211.

²³⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1996*, pp. 593 a 602.

Dez anos depois, na sequência da verificação de um conjunto de circunstâncias anómalas que envolveram as provas de acesso ao ensino superior, e mantendo-se a inexistência do tipo de regulamentação antes proposta, o Provedor de Justiça viria a ter uma intervenção idêntica junto do Governo, a propósito dos exames nacionais de física e de química no concurso de acesso ao ensino superior de 2006. Neste concurso, tendo por pano de fundo os alegados maus resultados verificados nas provas de exame da 1.^a fase nas mencionadas disciplinas, uma decisão administrativa do Secretário de Estado da Educação admitiu a possibilidade de melhoria dessas notas nos exames realizados na 2.^a fase, consistindo a excepcionalidade deste tratamento na permissão de utilização da nota eventualmente melhorada ainda na 1.^a fase do concurso.

No ofício então dirigido à Ministra da Educação pode ler-se:

«Nas queixas recebidas, mimetizando o debate nacional que a comunicação social retratou, as mais variadas soluções foram apontadas como correspondendo, pelo menos como aproximação, ao ideal de justiça e igualdade de oportunidades que deve presidir a momento tão importante e decisivo para o futuro de dezenas de milhar de jovens, como é a atribuição, por concurso, de um número finito e limitado de vagas no ensino superior público.

Tratando-se de um concurso e não de simples aferição de mérito absoluto para a frequência do ensino superior, a conflitualidade dos vários interesses particulares em presença é evidente, o que, expresso de outro modo, se traduz na impossibilidade de se tomar como neutra qualquer modificação nas

regras que moldam o complexo sistema de determinação do direito a certa vaga num par curso-estabelecimento.

Qualquer modificação das regras, designadamente das que estão aqui em causa, certamente que ocasionará uma modificação da lista graduada de candidatos, que será distinta daquela que hipoteticamente se poderia traçar no quadro normativo *ex ante*.

Ora, não discutindo, nem tal sendo relevante para a perspectiva que afirmo, a bondade da apreciação que pelo Despacho foi feita da realidade evidenciada pelos resultados das provas de exame em questão, creio que a postura a assumir pelas entidades públicas a quem cabe, nas suas várias vertentes, a condução deste processo tem que se basear, essencialmente, num critério basilar de protecção da confiança.

(...)

Estabelecido que esteja certo conjunto de regras, modificando-se as mesmas após o início da realização das provas é seguro que a solução final alcançada será certamente diversa da solução hipoteticamente verificável na ausência de tal alteração. Isso traduz-se na modificação de posições relativas o que, no limite, poderá significar que determinado aluno obtenha a colocação que antes caberia a outrem.

Não existe neutralidade numa decisão deste tipo, como afirmei, e o desejo de se obter, casuisticamente e num acompanhamento da realidade exibida pelas provas de exame, uma rigorosa equidade confunde-se com a criação de uma bicéfala situação de insegurança e potencial arbitrariedade.

(...)

Tal nada teria de errado se constasse das regras do jogo. Mas, por mais justa que possa parecer a sua modificação, a certeza do Direito e a segurança e

confiança que os cidadãos nele devem ter também correspondem a impulsos primários de justiça.

Contrapor-se-á que, em situações excepcionais, se devem encontrar respostas excepcionais. Naturalmente que não sendo possível tudo prever, há oportunidade de atempadamente se estabelecerem mecanismos de correcção.

(...)

Mais uma vez reafirmando que não quero pôr em causa a bondade da argumentação em que se estriba o Despacho e os seus intuitos, certamente louváveis, é necessário que o Ministério da Educação se dote em tempo dos instrumentos normativos que permitam, com clareza e transparência, adoptar critérios de correcção de resultados anómalos obtidos em provas de exame.

Tais critérios, por esse procedimento claro e atempado, obterão certamente o respeito da comunidade educativa, se não concordando com o seu teor, pelo menos aceitando a legitimidade da decisão.

No que toca ao concurso do presente ano, sugiro vivamente a Vossa Excelência que, a pretender-se aplicar a doutrina do Despacho, eventualmente recolhida pelo diploma legal ora aprovado [Decreto-Lei n.º 147-A/2006, de 31 de Julho, cuja publicação foi invocada como legitimando a posteriori a decisão do Ministério da Educação], tal actuação seja feita sem menoscabo dos alunos que legitimamente iniciaram a prestação de provas de exame confiando no Estado. Para tanto, sem lesão do interesse de particulares, o recurso às normas, já existentes, que permitem a criação de vagas adicionais, quando tal se mostre necessário para correcção de irregularidades imputáveis ao Estado (como é o presente), pode, em articulação com a CNAES

[Comissão Nacional de Acesso ao Ensino Superior] e as instituições de ensino superior, ser uma resposta justa à injustiça ora sentida»²³⁸.

O Governo não acolheu a referida sugestão, mas posteriormente os tribunais, e o próprio Tribunal Constitucional, no âmbito de acções concretas propostas por particulares visados, viriam a decidir no mesmo sentido do expresso pelo Provedor de Justiça.

Há, depois, ao longo destes trinta anos, um conjunto de iniciativas do Provedor de Justiça que aparecem comportadas a realidades que nos parecem já bem distantes. É o caso de uma recomendação, de 1978, no sentido da impossibilidade de o parentesco com funcionários públicos ser considerado como condição de preferência na admissão aos serviços em que aqueles estavam integrados²³⁹, ou de uma recomendação, formulada no mesmo ano, de medida legislativa revogatória da generalidade dos preceitos legais que exigiam a apresentação de um atestado de bom comportamento moral e civil, ou que condicionavam à apreciação desse comportamento a atribuição de direitos ou regalias, substituindo-o, para todos os efeitos, pelo certificado de registo criminal e policial²⁴⁰. O Decreto-Lei n.º 468/82, de 14 de Dezembro, viria a estabelecer que o atestado de bom comportamento moral e civil deixaria de constituir requisito da atribuição ou exercício de quaisquer direitos ou regalias²⁴¹.

²³⁸ In http://www.provedor-jus.pt/restrito/rec_ficheiros/Parecer_Proc3191_MEduc_Exames_.pdf.

²³⁹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, p. 24.

²⁴⁰ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1978*, p. 19.

²⁴¹ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1982*, p. 183.

Provando que nenhum tema é alheio às preocupações manifestadas pelo Provedor de Justiça, temos aquele que motivou a tomada de posição da instituição, já em 2006, num processo em que se invocava a inconstitucionalidade das normas que permitem a utilização dos símbolos nacionais – Bandeira e Hino Nacionais – nas acções de natureza publicitária.

Numa proposta ao Governo, em que se sugere a elaboração de legislação apta a regular a possibilidade de utilização dos símbolos nacionais – Bandeira Nacional e Hino Nacional, e elementos que os integram – para fins publicitários ou comerciais, e a possibilidade de uso dos símbolos nacionais, ou de emblemas específicos da soberania portuguesa (escudo nacional, esfera armilar, etc.), como emblemas próprios, ou na composição de emblemas próprios, de associações públicas ou privadas, pode ler-se:

«A consagração formal da Bandeira e do Hino Nacionais no art.º 11.º da CRP, isto é, a constitucionalização dos símbolos nacionais – embora por remissão para a lei republicana que os instituiu como tal – tem um objectivo de congregação da comunidade política em torno de uma “simbologia identificável por todos, que não suscita dúvidas enquanto elemento de referência, de identificação e de coesão colectivas” [cita-se António de Araújo].

Para aferir da suficiência e adequação das normas do nosso sistema jurídico que, de forma directa ou reflexa, regulam os símbolos nacionais, revelar-se-á necessário analisar que princípios e orientações concretas decorrem do estatuto constitucional, acima identificado, dos mesmos símbolos nacionais, e dos elementos que os integram.

O primeiro desses princípios traduz-se (...) no facto de os símbolos nacionais deverem ser elementos congregadores de toda a comunidade política,

não podendo ser utilizados como forma de dividir a colectividade em função das naturalmente diversas opções políticas, ideológicas, religiosas, éticas ou morais dos seus membros. Os símbolos constitucionalizados no art.º 11.º da CRP são símbolos nacionais e estarão acima e para além dessas opções.

Naturalmente que as normas de direito constitucional e infraconstitucional mencionadas são manifestação também de um segundo princípio decorrente do estatuto constitucional dos símbolos nacionais, que se traduz num dever geral de respeito, por parte do próprio Estado, mas também de todos os membros da colectividade política, relativamente a esses mesmos símbolos.

Em terceiro lugar, resultará do acima referido estatuto constitucional dos símbolos nacionais a orientação de que o Estado deve proteger o uso dos símbolos nacionais, designadamente atribuindo aos órgãos de soberania, maxime ao Governo, enquanto órgão de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública (cfr. art.º 182.º da CRP), a possibilidade de determinar o seu uso.

Finalmente, ao Estado incumbirá igualmente a tarefa – e aos cidadãos, em geral, o dever – de valorização dos símbolos nacionais, devendo nesta perspectiva o próprio Estado promover, antes de mais, o seu conhecimento pelos cidadãos.

(...)

A primeira conclusão [que se extrai do actual quadro legal do regime dos símbolos nacionais] vai no sentido de que o legislador ordinário procedeu a uma regulação mínima desses princípios e orientações [constitucionais], isto é, apenas regulou os aspectos essenciais do estatuto (constitucional) dos símbolos nacionais, de modo a garantir a existência dos instrumentos legais suficientes à salvaguarda do seu núcleo intocável, o que me parece positivo, por duas ordens de razões.

Antes de mais, porque este é o tipo de matéria em que será saudável que a própria colectividade se autoregule. Devendo os símbolos nacionais impor-se pela sua legitimidade designadamente simbólica, e não por força da obrigatoriedade do cumprimento de determinações legais que vinculem os cidadãos a respeitarem-nos, o objectivo subjacente à constitucionalização dos símbolos nacionais – feita através da mera indicação, na área sistemática dos princípios fundamentais da Constituição, daqueles que são os símbolos da soberania, independência, unidade e integridade de Portugal – é tanto mais conseguido quanto mais consensual for a utilização dos mesmos por parte dos cidadãos que compõem a correspondente comunidade política.

Por outro lado, na medida em que a regulação dos símbolos nacionais implica inevitavelmente um esforço de conjugação com outros princípios e valores estruturantes de um Estado de direito democrático, genericamente associados à liberdade de expressão, e que tenderão a resultar tanto mais comprimidos quanto maior for a restrição legal da sua utilização pelos particulares. Conforme refere António de Araújo, “uma das questões mais complexas que se colocam é a da determinação do sentido e limites do respeito devido aos símbolos nacionais. A tutela da dignidade dos símbolos nacionais suscita, em diversas ocasiões, problemas de concordância prática com outros valores constitucionais, como a liberdade de expressão (...), a liberdade religiosa (...) ou a liberdade de criação cultural”.

Uma segunda conclusão, decorrente da primeira, é a de que, no âmbito do sistema legal em vigor, a fiscalização da aplicação da legislação que regula os símbolos nacionais é feita a posteriori, em última instância através dos tribunais.

Finalmente, terá de concluir-se que, em todas as situações não proibidas pela mesma legislação em vigor, se mostra lícita a utilização ou uso dos símbolos

nacionais. Isto é, o legislador ordinário interpretou o art.º 11.º da CRP no sentido de que o mesmo encerrará uma cláusula geral de autorização de utilização dos símbolos nacionais – ou, pelo menos, não contém uma cláusula genérica de proibição da sua utilização –, interpretação que, aliás, me parece correcta. De facto, se a Bandeira e o Hino Nacionais são elementos de referência da comunidade política, fará sentido que a colectividade, ou cada um dos seus membros em particular, possam, dentro dos limites naturais que decorrem do estatuto e dignidade desses símbolos, usá-los em demonstração do reconhecimento e orgulho que os mesmos lhes merecem»²⁴².

Não devem igualmente deixar de ser referenciadas posições do Provedor de Justiça relativamente a alguns dos denominados temas «fracturantes» da sociedade, na medida em que reflectem o pensamento dos diversos titulares do órgão sobre a interpretação dos valores da Constituição que lhes estão associados.

Desde logo, em 2005, a propósito da interrupção voluntária da gravidez, em posição tomada ainda antes do último referendo sobre a matéria, ocorrido em Fevereiro de 2007, e subsequente aprovação da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril:

«O Tribunal Constitucional teve já (...) ocasião, através de pelo menos três Acórdãos proferidos em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade (dois no âmbito da fiscalização preventiva e um no âmbito da fiscali-

²⁴² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2006*, Vol. II, pp. 964 a 975.

zação sucessiva), de se pronunciar de forma inequívoca sobre as questões colocadas (...).

(...)

O Tribunal Constitucional, ao não declarar inconstitucionais as normas em referência [do Código Penal, que prevêm causas de exclusão da interrupção voluntária da gravidez], foi claro na sua fundamentação, assente essencialmente em duas orientações.

Em primeiro lugar, na ideia de que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido, não podendo no entanto gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito, que só cabe às pessoas. Deste modo, pode o referido direito ter de ceder designadamente quando confrontado com outros bens constitucionalmente protegidos. Em segundo lugar, considerou o Tribunal que a protecção da vida intra-uterina não imporá a sua efectivação, em todas as circunstâncias, através de mecanismos penais, podendo essa tutela não ser feita pelos meios penais quando estes se revelem desnecessários, inadequados ou desproporcionados, ou na medida em seja possível recorrer a outros mecanismos de protecção mais adequados e menos gravosos.

(...)

A matéria em análise é naturalmente complexa – exemplo disso mesmo são os vários (e veementes) votos de vencido apostos nos acórdãos do Tribunal Constitucional acima identificados –, sendo que, subjacente à sua discussão se encontram, desde logo, diferentes convicções da mais diversa natureza (política, ideológica, social, moral, ética e religiosa) que de alguma forma tenderão, diria quase inevitavelmente, a impedir a obtenção de consensos.

Nesta medida, a procura do equilíbrio em tão intrincado problema de compatibilização de valores é provavelmente a única via possível. E tão delicado exercício estará – como tem estado, de resto – no nosso caso, em última instância, a cargo do Tribunal Constitucional. Isto, para além da intervenção dos restantes tribunais competentes, que vão decidindo casos concretos, fazendo aí a necessária compatibilização dos direitos e interesses em jogo na matéria em apreciação.

A partir daí, qualquer opção que passe a caber na esfera estrita de decisão política do legislador estará, de uma forma ou de outra, sempre legitimada pelas regras próprias da democracia: de forma naturalmente mais participada através do acatamento do sentido do voto maioritário resultante de uma eventual consulta popular sobre o assunto, mas também através do simples exercício das competências políticas e legislativas de uma maioria parlamentar sufragada em eleições»²⁴³ ²⁴⁴.

Igualmente, em 2005, quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

«Interessará, neste momento, analisar a questão concreta (...) – resumida na proibição, expressamente estabelecida na lei portuguesa, designadamente

²⁴³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 1375 a 1383.

²⁴⁴ Recordar-se, no entanto, que, em 1984, o Provedor de Justiça tinha dirigido um pedido ao Tribunal Constitucional, requerendo a declaração de inconstitucionalidade das normas do Código Penal, por violação do direito à vida constante do artigo 24.º da Constituição, que estabeleciam – e estabelecem, ainda hoje – causas de exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, designadamente despenalizando o aborto terapêutico, o aborto eugénico e o criminológico (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, pp. 56 a 58). O Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1985*, pp. 65 e 66).

no art.º 1577.º do Código Civil [nos termos do qual, casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida], da contratualização do casamento civil entre pessoas que não sejam de sexos diferentes –, com especial enfoque na sua relação com os princípios e normas da Constituição da República Portuguesa (CRP) que com a mesma se relacionam, quer directa, quer reflexamente.

Em síntese, importará saber se a noção de casamento assumida pelo legislador ordinário, designadamente no referido preceito do Código Civil, da qual é inequivocamente elemento integrante e requisito insuperável a circunstância de o contrato em causa se celebrar entre pessoas de sexo diferente, se coaduna com as regras da Lei Fundamental, designadamente com os respectivos art.ºs 36.º e 13.º que, em maior ou menor medida, interagem com aquela noção.

Antes de mais, parece-me importante sublinhar que o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade, a que se refere o artigo 36.º, n.º 1, da CRP, se desdobra em vários momentos, correspondendo cada um destes a garantias constitucionais distintas, embora naturalmente correlacionadas entre si.

Num primeiro momento, resulta do referido preceito constitucional a garantia de que todos têm o direito de constituir família. A família é, aliás, considerada, pelo legislador constituinte, como “elemento fundamental da sociedade” e, enquanto tal, goza da protecção da sociedade e do Estado, nos termos que resultam designadamente do art.º 67.º da CRP. Num segundo momento, decorre do mesmo normativo constitucional que todos têm o direito de constituir família, designadamente através do casamento. Finalmen-

te, o legislador constitucional assegura que todos têm o direito de constituir família, designadamente através do casamento, em condições de igualdade. Da distinção dos três momentos da norma em análise ressaltam, por sua vez, duas conclusões a reter.

A primeira vai no sentido de que o direito de constituir família não se reduz nem sequer implica o direito de contrair casamento. (...) A segunda prende-se com a circunstância de, na decorrência da leitura e interpretação acima feitas do preceito em causa, o direito de contrair matrimónio se apresentar de alguma forma instrumental face ao direito de constituir família.

Naturalmente também que, apoiado na margem de conformação legislativa que, quanto a esta matéria, lhe foi dada pelo texto constitucional, o legislador ordinário definiu designadamente os requisitos para a celebração de um contrato de casamento enquadrado pelas noções, conceitos e usos sociais com uma determinada localização histórica, o que de resto acontece inevitavelmente com a regulação em geral da ordem jurídica, e muito em especial com as figuras e institutos relacionados com o Direito da Família.

Apesar de não deixar de se reconhecer que a aprovação de uma norma como a que se encontra estabelecida no art.º 1577.º do Código Civil está enquadrada, como, aliás, as demais da nossa ordem jurídica, por uma localização histórica específica, e que o conteúdo de tal norma espelha inevitavelmente o pensamento e usos sociais dominantes nesse período histórico, também é verdade que a Constituição – não só o art.º 36.º, mas o texto constitucional no seu todo, incluindo o art.º 13.º, referente ao princípio da igualdade (...) – não obriga o legislador ordinário a um comportamento diferente, isto é, não obriga o legislador ordinário a alterar os requisitos que estabeleceu para a contratualização do casamento, e designadamente a abrir a possibilidade da sua celebração a pessoas do mesmo sexo.

Não obrigando a Constituição a tal comportamento, também não proíbe naturalmente a Constituição essa alteração da lei ordinária, designadamente no sentido referido, isto é, no sentido de não ser limitada a celebração do casamento a pessoas de sexos diferentes. Precisamente deixa a Constituição – que, ainda assim, e face designadamente a qualquer legislação ordinária, terá de caracterizar-se por uma pretensão a maior intemporalidade –, ao legislador ordinário, a tarefa de definir, ele próprio, de acordo com as representações sociais de cada momento, o modelo concreto do instituto.

Apesar de (...) o nosso texto constitucional se mostrar em certo sentido alheio – ou neutral – face designadamente à solução que concretamente o legislador estabeleceu, ou venha a estabelecer, quanto à questão (...), ressalvada a imposição do cumprimento do princípio da igualdade no âmbito do modelo concreto escolhido pelo legislador para a celebração do casamento, a leitura que em cada momento é feita, pelo legislador ordinário, da própria Constituição, não pode deixar de acompanhar as mudanças comportamentais da sociedade cuja organização essa mesma Constituição e lei visam regular.

Em resumo, não impondo a Constituição a celebração do casamento para a constituição de família, logo reconhecendo o direito a constituir família – afinal, o valor nuclear que a Lei Fundamental se propõe proteger no domínio de que nos ocupamos – independentemente da celebração do casamento, e deixando ainda a mesma Constituição, para o legislador ordinário, a regulação do modelo concreto de celebração do casamento, designadamente ao nível dos requisitos de acesso ao mesmo, tarefa que o legislador ordinário concretiza apoiado numa ampla liberdade de conformação legislativa, não decorre (...) qualquer incompatibilidade da solução do art.º 1577.º do Código Civil com o texto constitucional, designadamente com o seu art.º 36.º.

De tal circunstância não decorre, antes pelo contrário, que não deva o legislador ordinário fazer, de forma continuada, uma leitura da Constituição compatível com a evolução que se vai registando ao nível das relações sociais e comportamentais, e com o nível de assimilação dessas mudanças por parte da sociedade em geral.

Isto é, qualquer decisão a tomar sobre a questão colocada (...) deve ser feita em sede própria, pelo poder político, isto é, pelo legislador democraticamente eleito, já que implica a tomada de uma posição de natureza política, preferencialmente depois da realização de um debate público tão amplo e alargado quanto possível sobre o assunto.

(...) O teor do art.º 13.º da CRP, que estabelece, em geral, o princípio da igualdade, em nada altera o que acima fica dito, até na medida em que as normas do art.º 36.º, n.ºs 1 e 2 (...) mais não representam do que uma concretização específica, no caso quanto ao direito de constituir família e de contrair casamento, daquele mesmo princípio.

A inclusão, na revisão constitucional operada pela aprovação da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, no referido preceito, da orientação sexual como mais uma razão em função da qual não pode haver discriminação, também nada acrescenta ao que fica dito, pelo menos do ponto de vista jurídico.

De facto, o elenco das razões em função das quais não pode haver discriminação é meramente exemplificativo. Assim sendo, não só em teoria outros critérios, não especificamente elencados na norma, serão já proibido o seu aproveitamento para actuações discriminatórias por parte do legislador e das entidades públicas e privadas em geral, como já mesmo antes da inclusão da expressão “orientação sexual” na norma, qualquer discriminação infundada

feita em função da orientação sexual, seria proibida pela Constituição, designadamente ao abrigo do princípio da liberdade e autonomia individuais. De qualquer forma, a questão colocada (...) terá de ser analisada e enquadrada de forma não diversa dos termos que ficam acima expostos relativamente às normas constantes do art.º 36.º, n.º 1 e 2, da CRP que, como se disse, consagram uma concretização específica do princípio da igualdade no que à constituição de família e à celebração do casamento diz respeito.

Sendo previsível que o debate sobre a questão colocada (...) venha a concretizar-se a breve trecho no nosso país, não só na medida em que o assunto é neste momento recorrentemente trazido à discussão pública, como pelo facto de outros países, designadamente da União Europeia, terem vindo sucessivamente a tomar posição sobre a questão, a verdade é que esse debate não deverá ser feito na perspectiva da violação ou da não violação da Constituição, antes na perspectiva das opções políticas do legislador, devendo este tomar uma decisão, qualquer que ela seja, de preferência após (...) a realização de uma discussão pública tão ampla quanto possível sobre o assunto»^{245 246}.

Por último, e pela relevância do assunto, veja-se a posição, perfilhada em 2005 pelo Provedor de Justiça, a propósito da inclusão, na Constituição

²⁴⁵ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2006*, Vol. II, pp. 923 a 931.

²⁴⁶ O Provedor tinha já analisado a questão do reconhecimento, na ordem jurídica portuguesa, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo validamente contraído ao abrigo da legislação em vigor num outro Estado-membro da União Europeia. A questão era fundamentalmente de direito privado, mas foi também analisada do ponto de vista do direito internacional dos direitos do homem, do direito da União Europeia, e do direito constitucional português: *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2003*, pp. 859 a 879.

da República Portuguesa, na revisão constitucional de 2004²⁴⁷, do n.º 4 do respectivo artigo 8.º, que determina que «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático»:

«O desenvolvimento e aprofundamento progressivos, aos mais diversos níveis, do projecto da União Europeia, teriam como consequência inevitável que, mais cedo ou mais tarde, os Estados que da mesma fazem parte viessem a defrontar-se novamente com a questão da posição ocupada pelas normas de direito comunitário no quadro da hierarquia das normas que vigoram nas respectivas ordens internas.

O passo qualitativo dado, no processo de integração europeia, com a assinatura de um Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, veio impor decisivamente essa reflexão, e a ponderação, pelos Estados-membros, de soluções que permitam, caso o Tratado seja por todos ratificado e conseqüentemente venha a entrar em vigor, a adequação dos respectivos sistemas constitucionais a uma nova fase de vivência política do projecto da União Europeia.

A questão da recepção e da incorporação, na ordem jurídica interna, das normas comunitárias está enquadrada designadamente pelo artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), em moldes que resultaram subs-

²⁴⁷ Operada pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho. O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma, em 29 de Outubro de 2004, não viria a ser ratificado por todos os Estados-membros, como é sabido.

tancialmente diferentes com a entrada em vigor da última revisão do texto fundamental.

(...)

A disposição constitucional em causa [art.º 8.º, n.º 4] veio dar solução à necessidade de adequação da situação que envolve a eventual ratificação, por Portugal, do Tratado em análise, ao nosso quadro jurídico-constitucional que (...) determinava anteriormente a inequívoca prevalência das normas constantes da Constituição da República Portuguesa sobre todo o direito internacional, incluindo o direito comunitário.

O legislador constituinte optou assim, no âmbito da última revisão constitucional, por consentir explicitamente no primado do direito comunitário sobre o direito nacional, nos termos que decorrem do (...) artigo I-6.º do Tratado.

(...)

(...) São duas as questões que, na prática [se] colocam a propósito da inclusão, na Constituição portuguesa, da norma contida no respectivo artigo 8.º, n.º 4, e que podem enunciar-se da seguinte forma:

a) A inclusão, na Constituição da República Portuguesa, de uma norma como a que consta actualmente do seu artigo 8.º, n.º 4, mesmo ressalvados os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, respeitará os denominados limites materiais da revisão constitucional, designadamente o limite da independência nacional de que decorre o princípio da soberania do Estado português? Isto é, a explicitação, na Lei Fundamental, de que um outro complexo normativo, no caso o Tratado Constitucional Europeu, se impõe à nossa Constituição, não representará, por si só, uma violação ao referido limite material de revisão?

b) Não consubstanciará a norma em discussão uma espécie de “cheque em branco”, designadamente permitindo uma atribuição, sem limites, de competências do Estado português à União, concretizáveis, por exemplo, em revisões futuras do Tratado? Por outras palavras, não deveria o nosso legislador constituinte explicitar, no preceito em referência, quais as competências que não poderão nunca vir a ser atribuídas pelo Estado português à União Europeia sob pena de ser posta em causa a sua própria soberania?

(...)

As duas questões acima enunciadas (...) levam-nos, embora por caminhos diferentes, à mesma questão de saber se o legislador constituinte, ao introduzir, na última revisão da Lei Fundamental, a norma actualmente constante do seu artigo 8.º, n.º 4, terá ou não violado o limite implícito à revisão constitucional associado à soberania da República Portuguesa, que fundamenta, de resto, o limite explicitado na alínea a) do artigo 288.º da Constituição, na parte respeitante à independência nacional.

(...)

Se os conceitos de soberania e de independência nacional reflectem designadamente a possibilidade de, em cada momento histórico, o legislador constituinte decidir sobre quais as normas, e com que valor umas face às outras, deverão integrar a respectiva ordem jurídico-constitucional, incluindo a possibilidade de o mesmo legislador decidir livre e conscientemente que um determinado complexo normativo deve, em certo momento histórico e por motivações fundamentadas, ter um valor superior ao da própria Lei Fundamental do país (naturalmente ressalvados os princípios fundamentais e estruturantes desse país), a opção livre e consciente do legislador constituinte ao introduzir, na última revisão da Constituição, uma norma com o teor da que consta actualmente do seu artigo 8.º, n.º 4, não porá em causa

os referidos princípios, antes traduzirá o exercício de um poder dos mesmos decorrente.

Acresce que o limite da revisão constitucional em apreço terá de ser recortado a partir do texto constitucional globalmente considerado que (...) expressamente autoriza, no respectivo artigo 7.º, o Estado português a participar na União Europeia.

A partir daqui, eventuais limitações à soberania que decorrerão dessa integração e que venham a revelar-se necessárias ao respectivo desenvolvimento, deverão admitir-se no âmbito constitucional. A eventualidade de a Constituição portuguesa estar vinculada a adequar-se, se for o caso, a um texto constitucional europeu, aprovado no âmbito do referido projecto de integração europeia, desde que salvaguardado o núcleo essencial dessa Constituição ao nível dos princípios estruturantes do Estado de direito democrático, poderá ter assim justificação no âmbito do conceito constitucional actual de soberania.

(...)

Se o poder soberano do Estado se traduz (...) designadamente na capacidade de decidir sobre as regras que, em cada momento histórico, devem compor a respectiva ordem normativa global, está bom de ver que a possibilidade que os Estados-membros têm de, na perspectiva em referência, escolher as regras que, em determinado momento histórico, deverão integrar o seu quadro jurídico-constitucional – e com que relação entre elas – parece afastar qualquer imposição que pudesse de alguma forma interferir com esse limite implícito a que está obrigado o legislador constituinte.

A margem de manobra de cada Estado-membro no exercício dos seus poderes de soberania no âmbito da perspectiva em discussão, decorre de um conjunto de elementos (...) designadamente da necessidade de o Tratado Cons-

titucional Europeu ser ratificado por todos os Estados-membros para poder entrar em vigor, e de eventuais alterações ao Tratado serem decididas por unanimidade e só entrarem em vigor também após a respectiva ratificação por todos os Estados-membros. Em último caso, o exercício decisivo do poder soberano do Estado-membro está traduzido na possibilidade de, a todo o tempo, poder o Estado-membro sair voluntariamente da União e consequentemente rever a sua Constituição no sentido de retirar da mesma disposições como a que consta actualmente do artigo 8.º, n.º 4, da nossa Constituição. De resto, terá sempre de entender-se que a primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados-membros, maxime do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa sobre as constituições nacionais, só vale naturalmente no âmbito das matérias em que a União é competente (no âmbito de competências exclusivas ou partilhadas com os Estados-membros).

(...)

Do que fica dito, conclui-se que, para além daquilo que decorre já do texto do Tratado Constitucional Europeu – texto esse que pode ou não ser ratificado por cada um dos Estados-membros, através do processo obrigatório conducente à ratificação (ou não ratificação) do Tratado em causa, sendo que a não ratificação do mesmo apenas por um dos Estados-membros determina inevitavelmente a sua não adopção – a verificação de eventuais vicissitudes na aplicação das regras gerais consignadas no Tratado, seja através de alterações futuras ao próprio Tratado seja através da utilização dos mecanismos de “escapatória” acima identificados (de qualquer forma com regras expressamente previstas no Tratado), implicará sempre a tomada de uma decisão individual por parte de cada Estado-membro, ao abrigo dos seus poderes de

soberania, decisão essa que pode mesmo inviabilizar a adopção, pela União, da acção ou decisão em causa.

O que significa que em momento algum o Estado-membro é confrontado com uma situação em que tenha, por factores independentes da sua própria vontade, de assumir aquilo que não pretenderia assumir no âmbito do exercício livre e consciente dos seus poderes de soberania.

O que no fundo acontece é não a transferência de soberania dos Estados-membros para a União Europeia mas a definição de uma soberania europeia exercida, pela União, através de competências exclusivas ou através de competências partilhadas com os Estados-membros, em ambos os casos definidas no documento em análise»²⁴⁸.

²⁴⁸ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 1324 a 1362.

Conclusões

Na medida em que o Tribunal Constitucional acolha, no todo ou em parte, o pedido do Provedor e a respectiva fundamentação jurídica, o poder de iniciativa deste órgão do Estado junto daquela jurisdição permite, no fundo, transpor a instituição do Provedor ou Ombudsman do típico domínio da «magistratura de persuasão», de sentido recomendatório, para o domínio da «força de caso julgado», da «força obrigatória geral», ganhando, nessa medida, uma sua intervenção, sempre, como é óbvio, com a interpositio da jurisprudência constitucional e por força desta, uma espécie de «autoridade injungente».

Catarina Sampaio Ventura

A primeira conclusão que resulta do que fica dito é a de que o exercício dos poderes associados à fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas, atribuídos ao Provedor de Justiça pelos artigos 281.º e 283.º da Constituição, ao longo de mais de trinta anos de actividade, terá representado a iniciativa, de entre todas as iniciativas formais autorizadas por lei ao Provedor de Justiça, que menos vezes foi utilizada pelos sucessivos titulares do órgão²⁴⁹, pela conjugação de um conjunto de razões que resulta já atrás explicitado²⁵⁰.

²⁴⁹ No conjunto dos 30 relatórios anuais do Provedor de Justiça à Assembleia da República, feitos entre 1976 e 2006, encontram-se referenciadas 174 iniciativas deste órgão, ao abrigo dos poderes constitucionais que lhe são conferidos pelos artigos 281.º e 283.º da Constituição.

²⁵⁰ V. supra pp. 50 e segs.

Em segundo lugar, consta dos – até agora trinta – relatórios anuais do Provedor à Assembleia da República²⁵¹, um único pedido que tem por objecto principal – outros têm-no como cumulativo ou subsidiário – de declaração de ilegalidade. É o caso do requerimento apresentado ao Tribunal Constitucional em 2002, em que se reclama a ilegalidade de uma norma do Decreto-Lei n.º 440/99, de 2 de Novembro, reguladora do estatuto dos serviços de apoio do Tribunal de Contas, em desenvolvimento dos princípios da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, por sua vez reguladora do estatuto remuneratório das carreiras de auditor e consultor do Tribunal de Contas²⁵².

António de Araújo, estudando o caso do Tribunal Constitucional²⁵³, refere uma taxa de sucesso de 70% dos pedidos de fiscalização abstracta sucessiva feitos pelo Provedor de Justiça, reportados, pelo menos, ao período compreendido entre Agosto de 1989 e Dezembro de 1994²⁵⁴.

²⁵¹ Não foi elaborado o Relatório referente ao ano de 1989.

²⁵² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, pp. 973 a 977. O Tribunal Constitucional não declarou a ilegalidade da norma (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, p. 1049).

²⁵³ In *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra Editora, 1997.

²⁵⁴ Desde a entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional até ao ano de 2006, e no âmbito da fiscalização da constitucionalidade por acção, 30% dos pedidos do Provedor de Justiça mereceram total provimento do Tribunal, 13% provimento parcial, e 41% foram improcedentes. Em 16% dos casos o Tribunal Constitucional não viria a conhecer do pedido, designadamente por falta de interesse jurídico relevante, pelo facto de as normas em causa se encontrarem, à data da decisão, já revogadas ou caducadas. Quanto à inconstitucionalidade por omissão, dos 7 pedidos apresentados pelo Provedor de Justiça naquele mesmo período, 2 foram considerados procedentes, 1 foi considerado improcedente, e nos 4 restantes o Tribunal Constitucional não daria por verificada a omissão pelo facto de a legislação em causa estar já aprovada ou em fase de elaboração.

Tal percentagem é mencionada no âmbito de uma análise sobre a possibilidade de se saber se uma «dada espécie de fiscalização da constitucionalidade tem servido como “arma de arremesso político”», e onde se lê o seguinte:

«Veja-se, a título de exemplo, o que se passa com os pedidos de fiscalização abstracta sucessiva da iniciativa dos deputados.

Entre Agosto de 1989 e Dezembro de 1994, o TC [Tribunal Constitucional] proferiu nove acórdãos em relação a pedidos de fiscalização abstracta sucessiva da iniciativa dos deputados. Desses nove acórdãos, apenas um se pronunciou, em termos globais, pela inconstitucionalidade; nas restantes ocasiões, o TC decidiu não declarar a inconstitucionalidade (6 casos), não conhecer ou não admitir o pedido (2 casos). O que significa, pois, que os pedidos de fiscalização abstracta sucessiva formulados por deputados têm uma “taxa de sucesso” baixíssima (aprox. 11%). Se compararmos com os pedidos formulados pelo Provedor de Justiça ou pelo Procurador-Geral da República (ou pelo seu representante no TC) que têm “taxas de sucesso” da ordem de 70% e de 42%, respectivamente, aqueles números ainda são mais impressionantes»²⁵⁵.

Ainda na senda deste tipo de análise, e circunscrevendo-a a um universo de alguma forma comparável – o do conjunto dos pedidos de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade dirigidos ao Tribunal Constitucional pelo Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República e Presidente da República (neste caso também relativamente aos pedidos de inconstitucio-

²⁵⁵ Ob. cit., p. 138.

nalidade por omissão) –, atendendo à natureza e características dos órgãos de iniciativa em causa, é de notar que desde a entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional até ao ano de 2006, o Provedor de Justiça foi responsável por 87,5% – que representam 7 dos 8 pedidos apresentados, excluindo eventuais pedidos relativos às regiões autónomas que não entram no universo aqui considerado – dos pedidos de verificação de inconstitucionalidade por omissão decididos por aquele Tribunal²⁵⁶.

Quanto à inconstitucionalidade por acção, no mesmo período de tempo o Provedor de Justiça motivou cerca de 61% do conjunto dos pedidos de fiscalização abstracta sucessiva decididos pelo Tribunal Constitucional, aproximadamente 37% resultaram de iniciativa do Procurador-Geral da República, sendo o Presidente da República responsável por cerca de 2%²⁵⁷.

Nestes trinta anos de actividade, houve situações em que o Provedor de Justiça insistiu junto do Tribunal Constitucional na formulação de pedidos relativos a situações de facto e baseados em fundamentações jurídicas idênticas, embora naturalmente reportados a normas diferentes.

Foi o caso, já atrás mencionado²⁵⁸, dos requerimentos relativos à fixação, por despacho ministerial, da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos. No segundo daqueles requerimentos afirma-se:

²⁵⁶ Tendo todos os pedidos a partir da revisão constitucional de 1982 sido apresentados pelo Provedor de Justiça, o único outro pedido foi da iniciativa do Conselho da Revolução.

²⁵⁷ Agradece-se ao Tribunal Constitucional o envio dos dados que permitiram a análise aqui feita.

²⁵⁸ V. supra p. 134.

«Recordo Vossas Excelências que requerimento idêntico a este, visando normas substantivamente idênticas do Orçamento do Estado para 2000, foi já apresentado por este Órgão do Estado ao Tribunal Constitucional, tendo dado origem ao Acórdão n.º 142/2002, de 09 de Abril, que não conheceu do pedido, na medida em que as referidas normas se encontravam, à data da decisão em causa, já feridas de caducidade. (...) O pedido ora apresentado, com base em idêntico suporte argumentativo, tem como objecto normas recentemente publicadas (...), e pretende ser um contributo, no quadro dos poderes de iniciativa que detenho, para que o Tribunal Constitucional possa efectivamente apreciar e decidir sobre a questão de fundo exposta».

Também aconteceu ter o Provedor de Justiça optado por se dirigir ao legislador após a formulação, junto do Tribunal Constitucional, de vários pedidos relativos a uma mesma legislação. Foi o que ocorreu, por exemplo, na sequência de várias iniciativas, junto do Tribunal Constitucional – às quais, aliás, este Tribunal deu, em geral, provimento –, a propósito de um conjunto de distorções ao sistema retributivo da função pública, criadas pelas também sucessivas alterações legislativas ao mesmo, que conduziram à inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública, em violação do princípio da igualdade na retribuição, decorrente dos artigos 59.º, n.º 1, alínea a), e 13.º da Constituição.

O Provedor dirigiria, assim, um apelo ao Governo no sentido de ser promovido um

«rigoroso estudo, nas diferentes dimensões social, financeira e funcional, conducente à preparação de medidas legislativas de alteração ou mesmo de

revisão do enquadramento legal do sistema retributivo e de carreiras da função pública que assegure, de forma mais justa e equilibrada, a clarificação, regularização e prevenção das múltiplas situações de desequilíbrio e injustiça relativa que pontuam a estrutura e enquadramento indiciário das carreiras de regime geral, de regime especial e de alguns corpos especiais da Administração Pública (...)»²⁵⁹.

Houve também situações em que determinadas normas, objecto de requerimentos a que o Tribunal Constitucional não deu provimento, vieram a ser alteradas na ordem jurídica, por via do legislador, no sentido propugnado pelo Provedor de Justiça nesses mesmos requerimentos. A alteração da legislação relativa à propriedade das farmácias, no sentido da eliminação do regime de reserva da propriedade da farmácia para os farmacêuticos, oportunamente defendida pelo Provedor de Justiça em iniciativa dirigida ao Tribunal Constitucional, não provida por este²⁶⁰, a que já acima nos referimos²⁶¹, é disso mesmo um exemplo.

De notar, igualmente, que não foi sempre coincidente a interpretação, feita pelo Provedor de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, do conceito de norma para efeitos da aplicação designadamente do artigo 281.º da Constituição, isto é, para efeitos de admissibilidade do controlo da constitucionalidade.

²⁵⁹ Cf. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004*, pp. 621 a 639. Queixas posteriores com o mesmo objecto foram arquivadas atendendo ao compromisso, publicamente anunciado pelo Governo, de revisão do regime jurídico das carreiras e vencimentos da função pública.

²⁶⁰ Acórdão n.º 187/01.

²⁶¹ V. *supra* p. 119.

Tal discrepância foi patente num caso em que o Provedor de Justiça pediu a declaração de inconstitucionalidade de uma norma do Despacho n.º 5/SEAE/97 (do Secretário de Estado da Administração Educativa), de 10 de Fevereiro, que o Tribunal Constitucional não conheceu, por entender que a mesma não integrava o conceito funcional de norma para efeitos de fiscalização da sua constitucionalidade. É a seguinte a argumentação do Provedor:

«No campo da fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade não há qualquer princípio da tipicidade de forma, ao contrário da fiscalização preventiva (art.º 278.º, n.º 1). (...) Isto, independentemente de a forma do acto em causa, o despacho simples, não ser uma forma típica de acto normativo. (...) Como tem sido definido pela jurisprudência desse Tribunal, há que atender a um conceito funcional de norma, caracterizada, no que ora interessa, pelas características de generalidade e abstracção, em imediata relação de desconformidade com a Constituição. (...) Nem tão pouco se pode considerar existir um princípio de tipicidade da forma dos regulamentos, bastando, na distinção por vezes difícil com o acto administrativo atender ao seu conteúdo. (...) Tratando-se de um regulamento, recaem as suas normas sob a alçada do mecanismo previsto nos art.ºs 281.º e 282.º, integrando o conceito de norma jurídico-pública unanimemente considerado como pedra de toque para delimitação do objecto desse tipo de fiscalização.

(...)

A igualdade dos cidadãos perante a lei compreende uma igual imposição de esta lhes ser aplicada de modo idêntico logo que caíam no seu âmbito subjectivo e objectivo. (...) Esse direito é afectado se a administração, unilateralmente, define quem considera como mercedores ou não da tutela legal

sem qualquer base material e juridicamente sustentada, maxime quando o faz sem qualquer base (...). Ao fazê-lo sem qualquer critério, mostra-se ainda violado o art.º 2.º da Constituição (princípio do Estado de Direito), na sua vertente da proibição do arbítrio.

(...)

Torna-se intolerável para quem vê reconhecido pela Administração que a um caso em tudo idêntico, de facto e de direito, ao seu, é aplicável certo normativo, verificar que é pela mesma Administração negada a sua pretensão por aplicação de uma norma sem qualquer base material (...)»²⁶².

Regista-se, ainda, a inclusão, em determinados requerimentos, de apreciações não estritamente de índole jurídica, mas com algum significado político ou, pelo menos, de política legislativa. É disso mesmo ilustrativo o requerimento, já acima referenciado²⁶³, relativo a normas da Lei Geral Tributária que consagram os denominados métodos indiciários:

«Sem querer entrar na questão do mérito do mecanismo de determinação da matéria colectável consagrado no art.º 87.º, alínea c) da Lei Geral Tributária, mostra-se no entanto importante reflectir sobre a eficácia do mesmo, designadamente para aferir da proporcionalidade da solução face aos fins de combate à fraude e evasão fiscais. (...) No último dos acórdãos mencionados no presente requerimento, é ainda trazido à colação o entendimento de António Sousa Franco (...), segundo o qual “a tributação real, sobretudo por razões de justiça e eficiência económica, é preferível – representa um siste-

²⁶² *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1998*, pp. 607 a 613, e *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2002*, p. 1059.

²⁶³ V. supra p. 132.

ma mais justo, que permite a personalização do imposto e mais uma correcta distribuição da carga fiscal –, sendo certo que tal forma de tributação tem recebido entre nós uma concretização efectiva limitada, desde logo porque pressupõe a existência de uma economia desenvolvida: um elevado grau de precisão e desenvolvimento da máquina administrativa, uma estrutura económica com empresas de razoável dimensão, dispendo de processos de contabilidade normalizados e rigorosos, com sujeitos económicos racionais e uma economia altamente monetarizada e baseada na troca”. (...) Ora, se porventura ainda não temos a “economia desenvolvida” de que fala o autor, sendo certo que é sempre um objectivo a atingir e que não se deve conceber uma solução alternativa ao sistema mais justo e correcto (acompanhado, por exemplo, de um investimento forte na fiscalização) pensando na dificuldade da respectiva prossecução, a verdade é que temos uma Constituição com princípios e valores fundamentais a concretizar, os quais não devem ser preteridos para obviar a um invocado atraso do país»²⁶⁴.

Em jeito de conclusão, diga-se que não houve, ao longo de mais de trinta anos de actividade do órgão no exercício dos poderes associados à fiscalização da constitucionalidade das normas, inflexões relevantes na interpretação, pelo Provedor de Justiça, dos princípios e normas das diversas versões da Constituição da República Portuguesa.

Uma excepção aconteceu, no entanto, quanto à matéria relativa à propriedade das farmácias, já por várias vezes aqui mencionada²⁶⁵. O titular do cargo havia considerado, numa decisão de 1984, que o regime de reserva

²⁶⁴ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1999*, Vol. II, pp. 160 a 186.

²⁶⁵ V. supra pp. 119 e 194.

aos farmacêuticos da propriedade das farmácias não violava a Constituição, designadamente o preceito da Lei Fundamental por ofensa do qual, em 1995, o seu sucessor viria a fundamentar o requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional sobre a questão, já acima referenciado. Naquela primeira decisão de 1984, defende-se o seguinte:

«O artigo 63.º da Constituição (direito de propriedade privada) não é ofendido pela Lei n.º 2125, a qual proíbe o acesso à propriedade privada das farmácias, mas tão-somente limita esse acesso aos cidadãos que sejam titulares de uma qualificação profissional específica. (...) A Lei n.º 2125, na sua base II, e o Decreto-Lei n.º 48 547, reconhecem o direito de propriedade privada sobre as farmácias com as restrições já apontadas na mira de defender mais eficazmente a saúde pública no domínio da venda de medicamentos num regime de autêntico monopólio»²⁶⁶

No requerimento de 1995 ao Tribunal Constitucional pode, por sua vez, ler-se o seguinte:

«Além de desnecessária, a solução legal revela[-se] inadequada, pois o exercício das faculdades de uso, fruição e disposição sobre o estabelecimento pelo proprietário enquanto tal, em nada beneficia ou promove a saúde pública, necessariamente, pela razão de ser confiado a um farmacêutico, uma vez que este exercício não envolve nem se reflecte directamente sobre a prática de actos farmacêuticos, reservada ao director técnico, com autonomia.(...) Pode, pois, concluir-se que a reserva da propriedade das farmácias para os

²⁶⁶ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1984*, p. 18.

farmacêuticos consubstancia um privilégio ilegítimo, na medida em que se mostra como um tratamento desigual que não é necessário nem adequado para a defesa da saúde pública ou para a garantia da independência deontológica dos farmacêuticos. (...) Assim, encontrando-se a reserva da propriedade das farmácias para os farmacêuticos desprovida de fundamento material bastante, viola o princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º da Constituição.

Sempre se dirá ainda que é atingida a esfera de protecção da norma contida no art.º 62.º, n.º 1, da Constituição, tanto mais quanto beneficia do regime material dos direitos, liberdades e garantias, em razão da natureza análoga que destes manifesta. (...) Na sua formulação, o art.º 62.º, n.º 1, determina que todos os bens susceptíveis de apropriação podem ser objecto de direitos de propriedade privada, ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição (...) e aqueles que de modo claro reflectam uma ponderação razoável de outros valores constitucionalmente protegidos. (...) Resulta assim que, embora na mesma categoria de bens possam coexistir formas colectivas de apropriação, a par de direitos de propriedade privada, não é admissível privar a generalidade das pessoas singulares ou colectivas da possibilidade de se apropriarem de um bem, em favor de uma categoria de sujeitos, sem que se encontrem atendidos os pressupostos e verificados os requisitos do art.º 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição»²⁶⁷.

Houve, talvez, naturalmente, uma adequação dos critérios do Provedor de Justiça no âmbito dos poderes de fiscalização da constitucionalidade à própria jurisprudência designadamente do Tribunal Constitucional. Foi o caso,

²⁶⁷ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, pp. 249 a 254.

por exemplo, da tomada de posição, em 2005, no caso dos denominados pagamentos especiais por conta, que levou em linha de conta a decisão e considerações tecidas, pelo Tribunal Constitucional, em 2002, no caso, também por várias vezes já mencionado²⁶⁸, das normas da Lei Geral Tributária que estabelecem os métodos indiciários. Na tomada de posição do Provedor de Justiça relativa aos mencionados pagamentos especiais por conta, conclui-se:

«O pagamento especial por conta é, neste momento, uma figura não só descaracterizada pela introdução de sucessivos remendos legislativos – num percurso pouco linear do legislador –, como de contornos indefinidos em termos de evolução legislativa futura.

Aliás, a evolução legislativa do instituto dos pagamentos especiais por conta é representativo da evolução da opção do Estado no que respeita à estratégia de combate à fraude e evasão fiscais, que perante a assumida impotência na concretização da acção fiscalizadora *stricto sensu*, tem vindo tendencialmente a centrar-se na noção de rendimento presumido, e na aplicação dos denominados métodos indirectos de fixação da matéria colectável.

(...)

Mesmo que o legislador venha a optar definitivamente por descaracterizar a natureza do pagamento especial por conta como pagamento por conta – em que há um rendimento estimado mas não um rendimento fixado, e em que permanecem intactos o princípio da verdade da declaração do contribuinte e o ónus da prova por parte da Administração Fiscal –, e aproximá-lo do âmbito de tributação do rendimento presumido, podendo mesmo, no caso de não haver um reembolso, enquadrar uma verdadeira colecta mínima, não

²⁶⁸ V. supra pp. 132 e 196.

parece que a invocação da respectiva inconstitucionalidade, por violação designadamente do princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real, viesse a surtir efeito junto do Tribunal Constitucional, isto a fazer fé na recente jurisprudência daquele Tribunal, designadamente a expressa no Acórdão n.º 84/2003, de 12 de Fevereiro de 2003, proferido aliás na sequência de pedido de fiscalização da constitucionalidade apresentado por este órgão do Estado.

Aí pode ler-se que “o que se deixa dito (...) tem apenas o alcance de “relativizar” o sentido com que o artigo 104.º, n.º 2, da CRP estabelece o princípio da tributação das empresas “sobre o seu rendimento real”, afastando uma pretensa identificação, em termos absolutos, com uma tributação isenta de presunções, exclusivamente assente na contabilidade ou nas declarações do contribuinte”.

E mais à frente: “Em suma, pois, a tributação das empresas pelo seu rendimento real constitui um princípio ou uma regra que permite, excepcionalmente, desvios ou exceções. (...) Assente a declaração do contribuinte numa presunção de veracidade (...), pode o legislador prever situações baseadas em elementos de normalidade em que o ónus da prova se inverta contra o contribuinte. (...) O estabelecimento dessas presunções há-de, porém, ter um fundamento de razoabilidade e não onerar o contribuinte com uma prova impossível ou excessivamente onerosa que transforme em regra a exceção da tributação pelo rendimento normal”.

É certo que a circunstância de, à partida, não permitir o legislador que o contribuinte justifique a razão do afastamento em mais de 10%, para menos, das médias de rentabilidade por sector – ao contrário da norma da Lei Geral Tributária que estava em causa no referido Acórdão – poderia, de alguma forma, alterar os pressupostos de análise do Tribunal Constitucional que levaram à decisão reflectida no mencionado aresto (aliás, com vários votos de vencido). O mesmo se poderá dizer do facto de o reembolso dos montantes

pagos estar ainda dependente, também ao que parece, da possibilidade, designadamente financeira, de o sujeito passivo poder desencadear uma inspecção da Administração Fiscal, nos termos acima explicitados.

A inviabilização do reembolso caso o sujeito passivo não venha a preencher os requisitos mencionados transformará os pagamentos especiais por conta numa verdadeira colecta mínima.

De qualquer forma, e ainda assim, a possibilidade constitucional da implementação de uma colecta mínima poderia vir a ser sustentada, no entendimento do Tribunal Constitucional, com base na existência de um bem constitucional de valor superior ao direito à tributação pelo rendimento real, traduzido, em última análise, no princípio da igualdade e no próprio princípio do Estado de Direito democrático, que sustentará as opções legislativas tendo em vista o combate à fraude e evasão fiscais.

Assim, no mesmo acórdão pode ler-se que deve considerar-se que as receitas fiscais representam um instrumento necessário para o cumprimento pelo Estado das tarefas fundamentais que a Constituição lhe impõe, e que a política fiscal é um dos meios através do qual o Estado deve promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (arts. 9.º e 81.º, alínea b), da Constituição). Acrescenta o Tribunal que não significando que o combate à evasão fiscal legitime todo e qualquer instrumento legal com desrespeito pelos princípios da constituição fiscal, “esses princípios, nomeadamente, e com a plasticidade que de algum modo o caracteriza, o que consta do artigo 104.º, n.º 2, da CRP, não podem deixar de ser lidos e aplicados em conjugação com outros ditames constitucionais” (...)²⁶⁹.

²⁶⁹ Cf. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2005*, Vol. II, pp. 1278 a 1292.

Notas finais

Não são seguramente apenas as iniciativas do Provedor de Justiça associadas aos seus poderes no âmbito da fiscalização da constitucionalidade das normas – traduzidas em requerimentos dirigidos ao Conselho da Revolução e ao Tribunal Constitucional, ou em outras decisões em que a abordagem se situou essencialmente ao nível da apreciação da eventual desconformidade de normas à Constituição, e a cujo domínio se circunscreveu o presente trabalho – que reflectem o tipo de envolvimento, em cada momento histórico, do órgão com a Lei Fundamental do país.

A forma como o Provedor de Justiça interpretou e se relacionou, ao longo de mais de trinta anos, com a Constituição da República Portuguesa, terá de retirar-se do conjunto da sua actividade, reflectida em muitas outras medidas e iniciativas – que seria impossível abarcar na presente análise – que traduzem a luta diária e incansável do órgão na defesa dos direitos e interesses legítimos, por mais localizados e circunscritos que sejam, de cada uma das pessoas que se lhe dirigem.

Nas palavras de José Menéres Pimentel,

«em causa não está unicamente o Direito, ou seja, a sua realização, se por este se entender apenas ou primacialmente a Lei. Ao Provedor interessa o Direito, mas igualmente a Justiça e a Sociedade. O Provedor não é o provedor da Lei, é o Provedor da Justiça. Mas não o é da Justiça tomando esta como objecto de especulação filosófica. É Provedor da Justiça no concreto, no dia a dia da sociedade»²⁷⁰.

De qualquer forma, não deixa de ser possível, com o que acima fica dito, retirar algumas conclusões gerais sobre o tema a que nos propusemos.

A primeira conclusão vai no sentido de que o Provedor de Justiça foi um dos elementos de continuidade e de estabilidade no regime constitucional do pós-25 de Abril. Criado ainda antes da Constituição de 1976, mas constitucionalizado desde a sua versão originária, o Provedor de Justiça manteve, e reforçou até, ao longo destas três décadas, o seu estatuto constitucional e, consequentemente, os seus poderes e competências estatutários.

Conforme esclarecem Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva,

«foi um fenómeno de desenvolvimento constitucional, e não de ruptura, aquele que atravessou a Constituição de 1976 ao longo destas quase três décadas, por efeito da jurisprudência, das revisões constitucionais (...) e da interacção dialéctica da aplicação das normas e do crescimento de cultura

²⁷⁰ Na intervenção «O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)» citada na nota de rodapé n.º 36.

cívica do País. (...) Foram modificadas dezenas e dezenas de artigos e houve inflexões, formais ou reais, de sentido, mas permaneceram os princípios cardeais que lhes conferem sentido e coerência»²⁷¹.

O Provedor de Justiça ou, se se quiser, o direito de queixa ao Provedor de Justiça, viria a transformar-se num destes princípios.

A segunda conclusão aponta para o facto de ter o Provedor de Justiça, ao longo de todo este período, usado o próprio texto constitucional – seja através da utilização do método da interpretação conforme à Constituição, seja por via da opção, tomada desde o início de funcionamento do órgão e sempre mantida pelos seus sucessivos titulares, da utilização dos poderes conferidos designadamente pelo artigo 281.º da Lei Fundamental tendencialmente como último recurso de actuação, seja como consequência da aplicação conjugada dos demais critérios associados à efectivação desses poderes –, como instrumento de manutenção de alguma estabilidade do quadro infraconstitucional português.

Em terceiro lugar, o Provedor de Justiça nunca deixou de utilizar a Constituição como elemento congregador da sociedade pela mesma potencialmente abrangida. Fê-lo, designadamente, interpretando a Lei Fundamental, em temas, por exemplo, mais recentes, como a interrupção voluntária da gravidez ou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de na mesma poderem caber os diversos modelos sociais e comportamentais em cada momento histórico naturalmente coexistentes nessa mesma socie-

²⁷¹ In *Constituição da República Portuguesa*, 4.ª edição, Principia, 2004, p. 33 e 32.

dade. Utilizou também o Provedor de Justiça o texto constitucional com o objectivo de estender todas as suas potencialidades aos não naturais com uma ligação efectiva ao país, neste sentido procurando que a Lei Fundamental constituísse o instrumento, também ele fundamental, de integração daqueles na comunidade nacional.

A Constituição da República Portuguesa foi, igualmente, em questões emblemáticas da actividade do Provedor de Justiça como órgão para a prevenção e reparação de injustiças, como as relativas ao ressarcimento e compensação de lesões causadas por actos de transfusão de sangue e de produtos seus derivados contaminados pelo VIH (a propósito do caso dos hemofílicos contaminados com lotes de factor VIII)²⁷², e das lesões e mortes de insuficientes renais crónicos assistidos na Unidade de Hemodiálise do Hospital Distrital de Évora²⁷³, a Constituição da solidariedade social.

Representou também a Constituição portuguesa, nestes trinta anos, simultaneamente o elemento agregador daqueles – todos nós – que naturalmente a têm como referência máxima, tão bem traduzida na expressão «Lei Fundamental» (v., por exemplo, a questão, acima mencionada²⁷⁴, dos símbolos nacionais), e o suporte para a participação de um Estado, ao qual aqueles mesmos cidadãos pertencem, num projecto humano, civilizacional, social, económico e legislativo que extravasa as fronteiras nacionais, como é o da União Europeia.

²⁷² V. supra p. 164.

²⁷³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1994*, pp. 101 a 119.

²⁷⁴ Pp. 172 e segs.

Finalmente, o Provedor de Justiça foi contribuindo, ao longo do tempo, através da sua actividade diária, para a clarificação, aprofundamento e densificação dos próprios conceitos constantes da Constituição. Se o fez por iniciativa própria em determinados momentos, fê-lo seguramente, a maior parte das vezes, a partir das dúvidas, preocupações e reflexões dos cidadãos que se lhe dirigiram. Neste sentido, a Constituição da República Portuguesa é, hoje em dia, também um pouco do contributo de cada um desses cidadãos.

No desenvolvimento e aprofundamento, ao longo de todos estes anos, de uma relação – poderá mesmo dizer-se – de cumplicidade, entre o Provedor de Justiça e a Constituição do país, esta foi afinal sempre a razão de ser e a finalidade última da actividade da instituição.

São impressivas as palavras de Diogo Freitas do Amaral relativas à caracterização, em geral, do Ombudsman, aplicadas, no caso específico de Portugal, ao Provedor de Justiça:

«Se os três poderes imortalizados por Montesquieu legislam, executam e julgam, o “Ombudsman” fiscaliza e controla a actuação administrativa desses três poderes, com plena independência e imparcialidade, a fim de prevenir ou reparar injustiças. É, pois, fora e para além dos poderes legislativo, executivo e judicial, mas actuando sobre todos eles, um destacado e eminente órgão de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo face ao Estado. Chame-se-lhe “Ombudsman”, “Provedor de Justiça”, “Defensor do Cidadão”, “Mediador”, ou outro nome qualquer – ele é, na realidade, o protector institucional do cidadão e dos seus direitos fundamentais em face do Poder.

É, pois, um dos pilares básicos em que assenta os seus alicerces o Estado de Direito Democrático. (...) O “Ombudsman” é (...), em minha opinião, o quarto poder do Estado. (...) Se Montesquieu voltasse à vida, decerto não hesitaria, com todo o seu realismo e poder de observação, a proclamar, numa nova edição do *Esprit des lois*, que actualmente os três poderes do Estado são quatro. (...) Não sei que nome daria, em francês, ao quarto poder; mas tenho a certeza de que o consideraria tão importante como os três primeiros e – num aspecto, pelo menos – até poderia afirmar, como fundamento válido, que o quarto poder é mais importante que os outros três: é que o “Ombudsman” controla e fiscaliza, no todo ou em parte, os outros três poderes; mas nenhum desses três poderes pode controlar ou fiscalizar o “Ombudsman”»²⁷⁵.

De certa forma alheado ou desinteressado de eventuais categorizações, quantificações e hierarquizações de poderes ou órgãos do Estado, e decididamente esmagado por um inferno de impressos, requerimentos, prazos, incidentes processuais, comunicações evasivas, ou, apenas, por um silêncio ostensivo da parte desses mesmos poderes ou órgãos, o cidadão comum vê muitas vezes o Provedor de Justiça simplesmente como uma última esperança, se nem sempre numa solução favorável para a sua situação concreta, pelo menos na obtenção de uma simples resposta.

É esta ideia que tão bem foi sintetizada pelo poeta Manuel Alegre, quando, referindo-se ao Provedor de Justiça, afirmou que «quando mais ninguém ouve ninguém, há sempre alguém que ouve um cidadão»²⁷⁶.

²⁷⁵ «Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do “Ombudsman”», acima citada.

²⁷⁶ *Ombudsman, Novas Competências, Novas Funções*, VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman, acima citada, p. 37.

Bibliografia

AAVV, *Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI*, Provedoria de Justiça, 2003.

AAVV, *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, 2002.

ARAÚJO, António de, *O Tribunal Constitucional (1989-1996): Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra Editora, 1997.

BAPTISTA, Filipe Boa, *O Provedor de Justiça. A actividade e o seu fundamento*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (policopiado), 1998.

CALDEIRA, Reinaldo e SILVA, Maria do Céu, *Constituição Política da República Portuguesa de 1976, Projectos, votações e posição dos partidos*, Bertrand, 1976.

CANOTILHO J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, 2004.

CORREIA, Fernando Alves, «Do Ombudsman ao Provedor de Justiça», *in* separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1979.

MARTINS, Manuel Meirinho e SÁ, Jorge de, *O Exercício do Direito de Queixa como Forma de Participação Política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Provedoria de Justiça, 2005.

MIRANDA, Jorge, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Colecção Estudos Portugueses, 1978.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

PIMENTEL, José Menéres, «Provedor de Justiça», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, 1994.

SILVEIRA, Luís Lingnau da, «O Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Coimbra Editora, 2001.

SILVEIRA, Luís Lingnau da, «O Provedor de Justiça», in *Portugal, O Sistema Político e Constitucional, 1974/87*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989.

VENTURA, Catarina Sampaio, *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*, Provedoria de Justiça, 2007.

[Provedor de Justiça] *20 Anos do Provedor de Justiça*, Provedoria de Justiça, 1996.

[Provedor de Justiça] *Ombudsman, Novas Competências, Novas Funções, VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman*, Provedoria de Justiça, 2004.

[Provedor de Justiça] *O Provedor de Justiça, Estudos. Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, Provedoria de Justiça, 2006.

[Provedor de Justiça] *Provedor de Justiça – 20.º Aniversário 1975-1995, Sessão Comemorativa na Assembleia da República de 30 de Novembro de 1995*, Provedoria de Justiça, 1996.

[Provedor de Justiça] *Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República dos anos de 1976 a 2006 (excepto 1989)*, editados pela Provedoria de Justiça.

Índice

Nota de apresentação	3
Preâmbulo.....	9
O estatuto constitucional	11
1. O artigo 23.º da Constituição	13
2. Os poderes de iniciativa da fiscalização.....	17
3. A evolução do estatuto constitucional	20
A concretização legal.....	33
As iniciativas de fiscalização.....	49
1. Critérios de apreciação das queixas	50
2. Fiscalização da constitucionalidade por acção.....	73
2.1. Direitos, liberdades e garantias.....	73
2.2. Direitos económicos, sociais e culturais	110
2.3. Constituição económica e fiscal	128
2.4. Constituição política	135
2.5. Princípios da confiança e da segurança jurídicas.....	147
3. Fiscalização da constitucionalidade por omissão.....	151
Algumas decisões de recusa de iniciativa.....	159
Conclusões.....	189
Notas finais	203
Bibliografia.....	209